

**Derecho y psicoanálisis:
La subjetividad en la objetividad de los actos y hechos jurídicos**

Law and psychoanalysis: subjectivity in objectivity of acts and legal acts

Rodrigo da Cunha Pereira*

RESUMEN

El Derecho es una eficaz técnica de organización social y, por lo tanto, una sofisticada técnica de control de las pulsiones. Eso significa que, para que el Derecho exista, es necesario que haya interdictos y prohibiciones. En el Derecho de Familia, el Psicoanálisis tiene especial importancia en la medida que, al revelar el sujeto del inconsciente, trae a la consciencia la verdadera razón de un litigio. El inconsciente y la subjetividad interesan al Derecho porque, al revelar una realidad psíquica, nos posibilita, además de romper el dogmatismo institucional del Derecho, comprender algunos procesos patológicos irracionales muy comunes y frecuentes en el cotidiano de la práctica jurídica.

ABSTRACT

The law is an effective technique of social organization and, therefore, a sophisticated technique of control of drives. That means to have the right whereas there are injunctions and prohibitions. In the family law, psychoanalysis is especially important to measure in that the real reason for litigation it brings consciousness to reveal the subject of the unconscious. The unconscious and subjectivity is interested in law because, by revealing a psychic reality, enables us, in addition to break institutional dogmatism of the law, understand some irrational pathological processes very common and frequent in everyday legal practice

PALABRAS CLAVE:
Psicoanálisis - Derecho

KEY WORDS:
Psychoanalysis - Law

La otra dimensión de la ley

El Derecho es una eficaz técnica de organización social y, por lo tanto, una sofisticada técnica de control de las pulsiones. Eso significa que, para que el Derecho exista, es necesario que haya interdictos y prohibiciones.

La primera ley organizadora de las relaciones sociales es una ley de Derecho de Familia conocida como Ley del Padre o Ley del Incesto. Es esta Ley primera que funda la cultura, o sea, posibilita el pasaje de la naturaleza hacia la cultura. Este pasaje del estado del instinto hacia un estado de

* Doctor (UFPR) y Máster (UFMG) en Derecho Civil, Abogado en Belo Horizonte, Presidente del IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família y autor de varios libros www.rodriгодacunha.adv.br

aculturación ocurre todos los días con cada niño, en cualquier sociedad humana. Esta primera ley constituye, entonces, el paso fundamental y erige el sujeto. Eso ocurre cuando el padre, o mejor, un padre, toda vez que el padre no es necesariamente el biológico, intercepta el deseo de la madre, poniéndose entre ella y el hijo, haciendo un corte en aquella simbiótica relación. Con este interdicto ocurre la separación madre-hijo y surge la posibilidad de existir un “sujeto” o, en lenguaje más común para el campo jurídico, la “persona”. Esta ley simbólica es lo que Freud llamó de interdicción del incesto, cuyo representante es el padre, y sus mecanismos y su estructuración están descritos en uno de sus textos más conocidos: *Tótem y tabú*¹

Así, las leyes jurídicas existen a partir de esta primera ley y son, en verdad, modalidades de expresión de aquella ley simbólica. El Derecho surge como una exigencia de la civilización, o sea, el desarrollo de la civilización impone restricciones a las pulsiones y al gozo y reposa sobre la supresión de los instintos.

Esta es la función del Derecho y la razón de su existencia: impedir la tendencia del hombre a hacer del otro un objeto de dominación o de sus pulsiones destructivas. En verdad, los hombres buscan satisfacer sus pulsiones en el otro. Es en el prójimo que se intenta satisfacer la agresividad, explorar su capacidad de trabajo sin compensación, utilizarlo sexualmente sin su consentimiento, hacerlo sufrir, etc. Es por eso que el desarrollo de la civilización impone restricciones a la libertad total, y la ley jurídica exige que nadie escape de esas restricciones.

En este sentido, intentando saciar su gozo, el hombre hace del otro un objeto. Por lo tanto, el Derecho lidia también con el gozo. “Es ahí que está la esencia del Derecho: repartir, distribuir, retribuir, lo que se dice respecto al gozo”². Pero, al final, ¿qué es el gozo? Conforme el propio Lacan, el gozo tiene apetito de muerte, y la ley jurídica se relaciona con el gozo a medida en que impide los excesos gozosos. El concepto de gozo en el Psicoanálisis surge y presenta relieve con Lacan, y según el psicoanalista y doctor en filosofía, Antônio Quinet, él reúne la satisfacción pulsional y su paradoja de placer y desplacer, implicando la ausencia de barrera entre el principio del placer y su más allá. Hay entre los dos un *continuum*, o sea, no hay interrupción entre ellos. Si sólo existieran pulsiones sexuales, no existiría paradoja. Hay paradoja porque la pulsión de muerte ahí se mezcla y exige satisfacción. La pulsión de muerte está de tal forma intrincada con las demás pulsiones que Freud, en *Más allá del principio del placer*, afirma que el “principio del placer parece en realidad servir a las pulsiones de muerte”³

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. P. 17-29.

² LACAN, Jacques. *O seminário: Livro 20: mais, ainda*. Tradução M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 11

³ QUINET, Antônio. O gozo, a lei e as versões do pai. In: GROENIN GA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 56

Si el placer, el desplacer, las pulsiones sexuales, la pulsión de muerte hacen parte de la estructura del funcionamiento del sujeto humano, si el inconsciente también hace parte de esta estructura y “burla” la ley de la consciencia o de la supuesta objetividad, el Derecho no puede negarse a esas evidencias, sin pagar el alto precio de ver sus objetivos frustrados y su ineficaz efecto regulador. Y más, el Derecho debe conocer su lugar de interferencia en esta estructura.

Si el Derecho tiene una relación directa con el gozo, significa que sus acciones y el desenvolvimiento de los actos y hechos jurídicos y juicios no están sólo en el orden de la objetividad. Hay, entonces, otras razones determinantes en la vida del Derecho y en su aplicabilidad que no están sólo en el mundo visible y aparente. Giorgio Del Vecchio ya había dicho esto en la década del 30 del siglo pasado, al recordar una sentencia de Vico, que decía que si el mundo civil fue creado por el hombre, sus principios deben hallarse en la propia mente humana. Del Vecchio concluye diciendo que es necesario conocer los procesos psíquicos para comprender el origen del Derecho. Y una vez establecidas las leyes, ellas se dirigen a la consciencia de cada uno y requieren obediencia, y así regresan al mismo espíritu que las originó: “el Derecho se desarrolla totalmente en el orden de los hechos psíquicos; y a él pertenecen, además, por algún aspecto, los ideales que nos sirven de criterio estimativo en las normas jurídicas positivas”⁴.

Más de medio siglo después de que el jusfilósofo italiano llamó la atención de la relación del Derecho con los procesos psíquicos internos, el jurista francés Pierre Legendre trae nuevas contribuciones a esa comprensión. Evidentemente, esto sólo fue posible porque, además del Psicoanálisis haber dado pasos largos con Jacques Lacan, el propio Legendre promocionó el encuentro de estos dos campos del conocimiento, Derecho y Psicoanálisis, aparentemente opuestos, ya que uno trata de la objetividad y el otro de la subjetividad. En uno de sus primeros trabajos, *L’amour du censeur*, Legendre⁵ innova, introduciendo un discurso que es producto del encuentro de estos dos campos del conocimiento. Él nos dice que el fenómeno jurídico es un sistema ficcional esencial para las organizaciones sociales y que el principio de la razón y la función dogmática del Derecho orientan y conducen estos montajes institucionales. Sin embargo, el Psicoanálisis, al anunciar otro sujeto, el sujeto del inconsciente, provoca una perturbación en la tradición jurídica: “*La psychanalyse – rejeton de l’Aufklärung – a troublé le repertoire classique, extraordinairement dépendant de la tradition juridique lorsqu’il s’agit de traiter d’institutions et de propager les savoirs politiques [...] Freud a fait une sortie, montrant que se joue quelque chose, pour l’ê compte d’une autre scène [...] Freud a lésé la majesté*”⁶.

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução Antonio José Brandão. Coimbra: Armenio Amado, 1959. v. 2, p- 21

⁵ LEGENDRE, Pierre. *L’amour du censeur: essai sur l’ordre dogmatique*. Paris: Seuil, 1982, p.18

⁶ Trad. libre: “El Psicoanálisis –retoño del Aufklärung– perturbó el repertorio clásico, extraordinariamente dependiente de la tradición jurídica cuando se trata de instituciones y de propagar los

Más adelante, en otro texto, *¿Serían los fundamentos del orden jurídico razonables?*, Legendre reafirma: “el Derecho se origina también de una escena no jurídica, que remite a otra escena freudiana: el Derecho surge de un doble registro: enunciados y representaciones”⁷.

No es ninguna novedad hablar de los elementos de ficción tradicionales, con los que el Derecho construye lo que podemos llamar fenómeno jurídico. El enunciado “todos tienen obligación de conocer la ley”, o hasta la convocación de un reo a través de un edicto, por ejemplo, son premisas, sin las cuales no sería posible operacionalizar el Derecho. Sin el presupuesto de que todos conocen la ley sería fácil escapar de una determinada ley, bastando para eso la alegación de su desconocimiento, incluso porque el “no saber” hace parte de la estructura humana. Del mismo modo, el llamamiento de alguien desaparecido, o en lugar incierto y no sabido, para componer el polo pasivo de un proceso judicial, o incluso las amonestaciones para impedir el matrimonio son enunciados necesarios a la operacionalización de los aparatos de Estado y sin los cuales no habría la formación de un proceso, y consecuentemente no sería dado el derecho a quien alega tenerlo. La práctica del Derecho, por lo tanto, no sería posible sin esos enunciados, que son ficciones, una vez que es imposible a cualquier ciudadano común, y actualmente incluso a un profesional del Derecho, conocer todas las leyes; asimismo, las amonestaciones y edictos no tienen funcionamiento práctico, o sea, no alcanzan ni tampoco llaman efectivamente a alguien.

La novedad es traer para el campo jurídico la comprensión de que el Derecho no sólo necesita y se alimenta de los tradicionales elementos de ficción, sino que principalmente surge de una ficción. Dicho de otro modo, la primera ley, investigada en un *regressum infinitum*, para usar las palabras de Kelsen, es una ley ficcional. Para Freud esta ley posibilitadora de la cultura es la Ley del Padre, el interdicto prohibitorio del incesto que es una ley simbólica, y sin la cual no habría sujeto. Peter Goodrich⁸, traduciendo el trabajo de Legendre, nos ayuda a concluir que, poniéndose la ficción en el centro del Derecho, tendremos acceso a otra dimensión de la ley:

*Legendre's goal, is to place fiction at the very core of legal interpretation. By bringing forth fiction as the law's originary core, Legendre shows the fundamentally satiric structure that legal critique must have, if it is to enjoy some limited immunity from its own reflexive character.*⁹

conocimientos políticos [...] Freud produjo una salida, mostrando que se representa alguna cosa por cuenta de otra escena [...] Freud lesó la majestad”.

⁷ LEGENDRE, Pierre. Seriam os fundamentos da ordem jurídica razoáveis? Tradução Laurice Levy. In: ALTO É, Sônia (Org.). *Sujeito de direito e sujeito do desejo*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999. p.17.

⁸ GOODRIC H, Peter. Translating Legendre, or the poetical sermon of a contemporary jurist. In: GOODRIC H Peter; CARLSON David Gray (Ed.). *Law and postmodern mind: essays on psychoanalysis and jurisprudence*. Michigan: University of Michigan, 2001. p. 10.

⁹ Trad. libre: “El objetivo de Legendre es poner ficción en el meollo de la interpretación legal. Trayendo la ficción como núcleo original del derecho, Legendre muestra la estructura fundamentalmente satírica

Esta otra dimensión de la ley está contenida en su objetividad. Es la construcción de la subjetividad y de la institución social del deseo por la cual el sujeto reconoce la autoridad o paternidad. Esto es posible por el origen ficcional del Derecho. Y es por este origen ficcional que se instala la ley, la autoridad. Y eso es lo que hace posible, en el Derecho de Familia contemporáneo, comprender que la paternidad es una función y, por esta razón, se desarrolló la teoría de la paternidad no biológica o socioafectiva. Resulta de ahí que el padre es una representación simbólica y lo que interesa para la existencia del sujeto no es propiamente “el padre”, sino “un padre”, o sea, la autoridad, otro que se interponga como autoridad:

The other dimension of law is therefore that dimension that, by taking into account the biological and social elements of subjectivity, forces us to consider the function of the institution as a bond, which integrates the elements of subjectivity, the subject and its unconscious representations. What follows is a change of perspective on the role of the sciences in law, on the notion of society as such, and on the concept of the person itself. Psychoanalysis is a knowledge of the subject and comes to modify the occidental idea of how we conjure ourselves from the power to institute and from its relation to the question “What is life?”^{10 y¹¹}

La vida del Derecho empieza, entonces, con una ley ficcional y a partir de ahí se desarrolla, y es esta ley primera que posibilita el acceso al lenguaje. El Derecho es, ante todo, una operación del discurso, y la normatividad sólo funciona si este discurso es apropiado en la forma dogmática. Se entiende por forma dogmática del discurso aquel que dice siempre la verdad. Pero eso nos remite al imposible. El dogmatismo jurídico queda, por lo tanto, abatido cuando se desvenda que la verdad normativa es apenas una verdad. Hay otras verdades. Está la subjetividad y el sujeto del inconsciente. Por eso, Legendre, en *L'amour du censeur*, nos dice que el psicoanálisis “lesionó la majestad”.

La introducción del psicoanálisis en el discurso jurídico

Foucault, en uno de sus últimos estudios, *La verdad y las formas jurídicas*, afirma que entre las prácticas sociales que el análisis histórico permite localizar son las prácticas jurídicas, y más específicamente las prácticas judiciales, aquellas en que más presente está la subjetividad. El

que la crítica legal debe de tener, si es para que disfrutemos alguna inmunidad limitada de su propio carácter reflexivo”.

¹⁰ LEGENDRE, Pierre. The other Dimension of law. In: GOODRICH Peter; CAWSEN David Gray (Ed.) *Law and the post modern mind: essays on psychoanalysis and jurisprudence*. Michigan: University of Michigan, 2001. p. 190

¹¹ Trad. libre: “La otra dimensión de la ley es, por lo tanto, aquella que llevando en cuenta los elementos biológicos y sociales de la subjetividad, nos lleva a considerar la función de la institución como un vínculo que integra los elementos de la subjetividad, el sujeto y sus representaciones inconscientes. En la secuencia, hay una mudanza de perspectiva de las ciencias sobre la ley y en la noción de sociedad como ella es y también en el concepto de la propia persona. El Psicoanálisis es un conocimiento que vino para modificar la idea occidental de cómo nos posicionamos delante de la fuerza de lo que nos imponen y de la siguiente cuestión: ‘¿Qué es la vida?’”.

arbitramento de daños y responsabilidades y el modo por el cual en la historia del Occidente se ha definido la manera cómo los hombres podían ser juzgados, cómo se impuso a determinadas personas castigos, reparaciones, condenas y absoluciones, son formas por las cuales la sociedad ha definido tipos de subjetividad¹². Esta subjetividad (e interpretación subjetiva) está presente en todas las áreas del Derecho. Pero es en el Derecho de Familia que ella se hace presente con más fuerza y también es más peligrosa, a causa de la relatividad y singularidad de los sujetos allí involucrados.

La importancia de la subjetividad en la operacionalidad del Derecho pudo ser mejor comprendida con la introducción de la teoría psicoanalítica en el pensamiento occidental. El Psicoanálisis fue “inventado” por Freud al final del siglo XIX, con la publicación de varios textos a partir de 1886, y entre los más importantes están *Estudios sobre la histeria* (1893) e *Interpretación de los sueños* (1900). Se desarrolló a lo largo del siglo XX y tomó nuevo impulso a partir de las décadas de 60/70 con Jacques Lacan, que incluso desarrolló su teoría a partir de la observación de procesos judiciales (ver ítem anterior). Con la revelación al mundo de la existencia del inconsciente, el pensamiento occidental, en todas sus vertientes, tomó otro rumbo.

La literatura, las artes, el cine, la sociología, en fin, la comprensión de que la psique está compuesta por el consciente y el inconsciente ha cambiado las formas de ver el mundo. Ha sido así incluso en el pensamiento jurídico y hasta en Kelsen, quien influenciado por este nuevo pensamiento, rehizo algunas de sus teorías. El profesor de la Universidad de Manchester, Neil Duxbury, en su texto *Explorando la tradición legal*, habla de esta reciente historia del encuentro entre Derecho y Psicoanálisis:

At the beginning of this century the Russo-Polish jurist Leon Petrazycki proposed a theory of legal psychology, arguing that law, as an intuitively intelligible component of the human mental process, is in essence constituted by individual feelings of moral obligation and responsibility. Around the same time, psychoanalytical theory was beginning to make a slight impact on American and European jurisprudential thinking. This impact was to become all the more significant when in the 1930s. Thurman Arnold and Jerome Frank presented arguments about the nature of legal reasoning, and the roles of both academic lawyers and judges, which were very clearly founded upon broad interpretations of psychoanalytic ideas and concepts. In the continental tradition, Hans Kelsen, though in his early work drawing a distinction between pure legal theory and psychological–sociological speculation, nevertheless attempted on occasion to conceive of the sovereignty of the state in Freudian psychoanalytic terms. (DUXBURY, p. 84).¹³

¹² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto C. de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: NA U, 2002, p. 11

¹³ Trad. libre: “Al principio de este siglo, el jurista ruso-polonés Leon Petrazycki propuso una teoría de la psicología legal, discutiendo el hecho de que la ley, como un componente del proceso mental humano

Jacques Derrida, uno de los mayores filósofos contemporáneos, en un diálogo con la psicoanalista e historiadora francesa Elisabeth Roudinesco, realza la importancia y la virtud subversiva de Freud y de cómo eso interfirió en varios campos del conocimiento y sectores de la vida, y, en especial, en el Derecho:

No son, repito, las tesis freudianas que más cuentan, desde mi punto de vista, pero antes la manera como Freud nos ayudó a traer a la luz un gran número de cosas referentes a la ley, al derecho, a la religión, a la autoridad patriarcal, etc. Gracias al puntapié inicial freudiano, se puede, por ejemplo, relanzar la cuestión de la responsabilidad, en lugar de un sujeto consciente de sí mismo, respondiendo soberanamente por sí mismo delante de la ley, se puede utilizar la idea de un "sujeto" dividido, diferenciado, que no sea reducido a una intencionalidad consciente y egológica.¹⁴

intuitivamente inteligible, y en esencia constituida por sentimientos individuales de obligación moral y responsabilidad. Más o menos al mismo tiempo, la teoría psicoanalítica estaba empezando a provocar un pequeño impacto en el pensamiento jurídico europeo y americano. Este impacto se tornaría notablemente más significativo cuando, en los años 30, Thurmars Arnold y Jerome Frank presentaron ideas sobre la naturaleza del raciocinio legal y sobre el papel de abogados y jueces. Sus argumentos estaban muy claramente embasados en amplias interpretaciones de ideas y conceptos del Psicoanálisis. En la tradición occidental, Hans Kelsen, a pesar de que en sus primeros trabajos señalaba distinción entre la teoría del Derecho Puro y la especulación psicológico-sociológica, más tarde intenta concebir la soberanía del Estado en términos del Psicoanálisis de Freud".

¹⁴ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 211

Subjetividad e inconsciente

Pero, al final, ¿qué es la subjetividad y cómo interfiere o pasa por los negocios, actos y hechos jurídicos y también por los actos jurisdiccionales? Si la psique está compuesta por el consciente y por el inconsciente, ¿qué es el sujeto del inconsciente? Subjetivo es considerado aquí como el opuesto de objetivo, o sea, aquello que no es del orden de la objetividad, una polaridad a la objetividad, así como consciente e inconsciente. En el lenguaje tecno-jurídico tradicional, derecho subjetivo significa el poder de acción (procesal), o sea, el derecho atribuido al individuo, titular activo de un derecho, y el poder de ejercerlo, contraponiéndose al derecho material, en el sentido del derecho que dispone de reglas objetivas. “Se denomina subjetivo por ser exclusivo del respectivo titular y se constituye en un poder de actuación jurídico reconocido y limitado por el derecho subjetivo”¹⁵. Sin embargo, aquí no nos interesa pensar en el derecho subjetivo, sino en la subjetividad que integra y pasa por los hechos y actos jurídicos y jurisdiccionales. Subjetivo viene del latín *subjectivus* y es lo que se refiere al sujeto y a él se destina¹⁶. Es el sujeto con sus particularidades y su singularidad. En este sentido, el Psicoanálisis es revolucionario. Viene exactamente a “rescatar” el sujeto con toda su singularidad, su subjetivismo y darle un lugar de sujeto único. En la era de la globalización, del mercado internacionalizado en que nos vamos reduciendo y tornando objeto de gozo del consumo y del capital, y cada vez más identificados a través de un número, el Psicoanálisis trae de vuelta la valorización del individuo, o sea, del sujeto.

La expresión sujeto fue introducida en el Psicoanálisis por Lacan, especialmente para tornar posible operar con la hipótesis de que existe otro sujeto, el sujeto del inconsciente¹⁷. Y es el descubrimiento de esta otra realidad psíquica, que se revela a través del inconsciente, la que puede revelar el sujeto y su subjetividad. Es paradójico hablar de la subjetividad del sujeto pues en él ya está intrínseca su subjetividad, pero así hablando podemos reforzar la idea de que la subjetividad está asociada al inconsciente, que a su vez se vincula al deseo, ya que el deseo es inconsciente.

Para comprender esa cadena de signos y significados y cuál es su interferencia en el Derecho, es necesario traer hacia el campo jurídico esas nociones que el Psicoanálisis desarrolló. Inconsciente no quiere decir inconsciencia ni tampoco una segunda consciencia. Es un “lugar psíquico” particular que tiene sus contenidos, mecanismos y tal vez una “energía” específica¹⁸.

¹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187

¹⁶ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1328

¹⁷ KAUFMAN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Tradução Vera Ribeiro, Maria L. X. de A Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 502

¹⁸ LA PLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. Tradução Pedro Tamem. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 236

Freud, al revelar la existencia del inconsciente, dio un sentido nuevo a esta expresión, que hasta entonces tenía un sentido negativo. El inconsciente escapa, falla, tropieza y rompe de forma incomprensible la continuidad lógica del pensamiento y del comportamiento de la vida cotidiana. Se revela a través de los sueños, actos fallidos, olvidos, lapsus, etc. En un texto de 1900, denominado *La interpretación de los sueños*, Freud mostró que los sueños son el camino, por excelencia, para mostrar las señales del inconsciente, y que son un lenguaje “cifrado” del inconsciente, pero que tienen una estructura psíquica y un sentido determinado. En este mismo texto demuestra que Aristóteles ya tenía consciencia de la vida onírica y decía que los sueños no resultan de manifestaciones sobrenaturales, o sea, no son de origen divino, al contrario, son demoníacos, ya que la naturaleza es demoníaca y no divina ¹⁹.

El inconsciente se muestra también a través de la palabra (lapsus, actos fallidos, etc.), que revela la verdad del deseo. Esas nociones interfieren en la ciencia jurídica a medida en que revelan lo no-dicho, aquello que está por detrás de la palabra de la ley, de los dogmas jurídicos y de las instituciones. Ese desvendamiento ya ha sido hecho por Pierre Legendre en varios trabajos, especialmente en *L'amour du censeur*, cuando habla de la otra dimensión de la ley y de la función dogmática de las instituciones jurídicas y cómo el descubrimiento del inconsciente pudo desmontar la función dogmática de la ley y de las instituciones.

En el Derecho de Familia, el Psicoanálisis tiene especial importancia en la medida que, al revelar el sujeto del inconsciente, trae a la consciencia la verdadera razón de un litigio, por ejemplo. Saber de la existencia del sujeto del inconsciente puede también descubrir muchos porqués de demandas judiciales, que son verdaderas trayectorias de sufrimientos. El sujeto del inconsciente está presente en los actos y hechos jurídicos y judiciales e interfiere mostrando una “cara oculta” y revelando, muchas veces, un deseo recalcado. El inconsciente no conoce tiempo y tampoco contradicción. Se trata de una realidad psíquica que ignora las relaciones lógicas de causa y efecto. Un registro inconsciente puede persistir y promocionar actos en la persona sin que ella se dé cuenta de que aquel acto tiene razones inconscientes antiguas y que a veces resurge y se muestra de forma encubierta en actos de nuestra vida cotidiana. Por ejemplo, un juez, al conceder una pensión alimenticia con el *quantum* más elevado o menos elevado no lo hace sólo por la demostración de las pruebas producidas en el proceso para el binomio necesidad-posibilidad, por supuesto, porque allí está presente su concepción particular, autorizada por el poder discrecional de los jueces para cada caso. En esta discrecionalidad de los jueces, o sea, en la singularidad de los juzgadores, están sus inscripciones inconscientes adquiridas a lo largo de la vida y, principalmente, en la infancia.

¹⁹ FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos. In: FREUD, Sigmund. *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: v. 4/5: A interpretação dos sonhos. Rio de Janeiro: Imago, 1972, p. 40

El Psicoanálisis, o mejor, el inconsciente y la subjetividad interesan al Derecho porque, al revelar una realidad psíquica, nos posibilita, además de romper el dogmatismo institucional del Derecho, comprender algunos procesos patológicos irracionales muy comunes y frecuentes en el cotidiano de la práctica jurídica. Pero lo que interesa directamente al Derecho no es la clínica psicoanalítica o su terapéutica. La importancia de ese otro campo del conocimiento para el Derecho es que él introdujo un discurso que revolucionó el pensamiento occidental, y en el campo jurídico, como dijo Legendre, “lesionó la majestad”. Así empezó una nueva revolución copernicana que trajo la “peste” al renegar fundamentalmente las bases del pensamiento cartesiano: “El yo ya no es señor en su propia casa” (Freud)²⁰

Sujeto de derecho y sujeto de deseo y su objeto: deseo, luego existo y tengo derechos

Todo hombre es sujeto de derecho, aunque históricamente hayan estado excluidos los esclavos y extranjeros que tuvieron recusada su personalidad jurídica. Del mismo modo, estuvieron excluidos parcialmente, a causa de una capacidad relativa, las mujeres y los indígenas. Si consideramos que la definición de sujeto de derecho está atada a cuestiones de inclusión y exclusión en el lazo social de determinadas categorías o personas, no hay cómo desenlazar esta noción de razones ideológicas y morales. Véase, por ejemplo, las exclusiones hechas a través del sello de la ilegitimidad, de las familias no constituidas por el matrimonio y de los hijos nacidos fuera del casamiento hasta 1988, del impedimento del voto de las mujeres hasta 1934, y el no-reconocimiento por el Estado de las uniones de personas del mismo sexo. La ilegitimidad o legitimidad concedidas por el Estado a determinadas categorías o personas incluyen o excluyen, o sea, van autorizando o concediendo un lugar social al sujeto de derecho. Para ser un sujeto de plenos derechos no basta apenas tener capacidad jurídica en el sentido clásico de los ordenamientos jurídicos. Es necesario que, además del requisito de la capacidad de querer y de determinarse en relación a los demás, él sea también reconocido como sujeto, incluido en una moralidad pública legítima y reconocida por el Estado. Esta legitimación, además de los ingredientes ideológicos cuyo substrato económico es, en la mayoría de las veces determinante, está vinculada a una moral sexual civilizadora. Esta moral civilizadora es provocadora de injusticia y de exclusión social en la medida que ella exige de todos idéntica conducta moral y sexual, que sólo puede ser sanada por la desobediencia a esos mandamiento morales²¹. Fue con base en esa moral civilizadora que el Derecho de Familia estuvo asentado hasta recientemente en el trípode sexo-casamiento-reproducción. Con el avance y desarrollo de la ciencia, de nuevas tecnologías y de un nuevo discurso sobre la sexualidad y, consecuentemente, de otra moralidad, producida con el advenimiento del Psicoanálisis, esos elementos ya no están atados. El

²⁰ KAUFMAN, Pierre, op.cit., p. 265

²¹ FREUD, Sigmund. Moral sexual civilizada e doença nervosa moderna. In: FREUD, Sigmund. *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: v. 9: Gradiva de Jensen e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

casamiento ya no es la única forma legitimadora de las relaciones sexuales y tampoco es necesario sexo para que haya reproducción²².

El descubrimiento del sujeto del inconsciente revela, además de una realidad psíquica, que el deseo es inconsciente y que el sujeto es también deseo, pues donde se encuentra el deseo está el sujeto. Deseo, luego existo. Por lo tanto, el sujeto es esencialmente deseo. Freud y Descartes convergen en este aspecto. Descartes parte del pensamiento y concluye la existencia. Freud parte del pensamiento inconsciente y llega al deseo²³.

Así, el sujeto del derecho es ese mismo sujeto de deseo, o sea, un sujeto deseante. ¿Por qué el sujeto de derecho, activo o pasivo en la relación jurídica, paga pensión alimenticia o no, se casa, se separa, rompe deberes del matrimonio, reconoce o no la paternidad, en fin, cumple o incumple deberes establecidos en la ley jurídica, practica actos o negocios de esta o de aquella manera? Todos estos actos, que incluso se transforman en hechos jurídicos, son determinados, predeterminados, penetrados o rozados por el deseo. Dicho de otra manera, en todas las relaciones jurídicas el objeto y el sujeto de derecho y de derechos son determinados por el deseo, muchas veces, inconsciente.

Si la relación jurídica presupone sujeto y objeto, es necesario comprender que ahí está presente también el sujeto del inconsciente, el sujeto deseante, y que el objeto de la relación está también vinculado al gozo, mejor dicho, en la facultad o posibilidad de pretenderse un gozo²⁴. Recorriendo otra vez a Lacan en su seminario *Más, todavía*, libro 20, la esencia del derecho no es propiamente el gozo, pero sí la distribución del gozo. Si la esencia del derecho es la distribución, retribución y reparto del gozo²⁵, éste está ligado a un objeto del querer humano, que a su vez se vincula a la voluntad, necesidad y deseo.

Voluntad, necesidad, deseo y gozo con el sufrimiento

La voluntad es siempre consciente y revela la manifestación exterior del deseo. Es el acto del querer, de consentir. Es el elemento determinante de las relaciones jurídicas de obligaciones. En las relaciones del Derecho de Familia el eslabón determinante es el amor, el afecto, que está vinculado al deseo, al sujeto del inconsciente. La necesidad es consciente y es un estado del que no se puede huir o prescindir, y si se corre el riesgo de una simplificación, podríamos decir que ella viene antes de la voluntad y del deseo, o sea, sería su substrato. Para un recién nacido lo que predomina inicialmente es la necesidad. A medida que crece, empieza a tener voluntades. Podemos sentir la necesidad de alimentarnos y no tener voluntad. Puede que yo no tenga

²² PEREIRA, Rodrigo Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30

²³ QUINET, Antonio. *A descoberta do inconsciente: do desejo ao sintoma*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 14

²⁴ DEL VECCHIO, Giorgio., op.cit., p. 203

²⁵ LACAN, Jacques., op.cit., p. 11

necesidad de alimentarme, pero tenga voluntad de comer más de lo necesario en función de un deseo inconsciente. Este deseo, por lo tanto, interfiere en la voluntad y en la necesidad. Nos sirve también como ejemplo para ayudar a distinguir esos tres conceptos a veces semejantes, a veces distintos, las relaciones y objetos de consumo. La sociedad de consumo nos hace consumir más de lo necesario. Ella inventa necesidades y nos hace creer que determinados objetos o cosas son realmente necesarios. Esos objetos hacen nacer la voluntad de consumir más allá de la necesidad. Así, se tornan objetos de deseo en la medida que creemos que pueden suplir una "falta". Sin embargo, consumir objetos de deseo no significa satisfacer el deseo, incluso porque su fisiología es querer siempre más. De ahí la definición de Lacan: deseo es deseo de deseo.

La necesidad puede y debe ser satisfecha; la voluntad, a veces. El deseo, jamás. Es que es imposible satisfacerlo. Él siempre va a requerir otra satisfacción. Parece que se acaba al ser realizado, pero en seguida reinventa otra "solicitud". No es posible satisfacerlo porque esta es la naturaleza de nuestra estructura psíquica. Nuestro destino es querer siempre más y, a veces, ni sabemos qué es lo que queremos. La paradoja de no poseer todo lo que deseamos es exactamente lo que nos hace vivir. Nuestra incompletud y el inexorable vacío son nuestra fuerza motriz. Así, siempre estamos intentando satisfacer el deseo. Ese es el destino.

La ilusión de la completud nos mueve en dirección a la realización de los deseos y a la búsqueda de objetos que llenen lo que falta en nosotros. El otro puede significar apenas un objeto de nuestra ilusión, un tapón de la incompletud. Cuando se acaba el amor, y los restos van a parar a la Justicia, el litigio judicial, muchas veces, significa sólo una manera o una dificultad de no encontrarse con el desamparo. De este modo, una demanda judicial puede significar también no querer encontrarse con la realidad del desamparo estructural.

Esas nociones traídas por el Psicoanálisis prestan al campo jurídico, particularmente al Derecho de Familia, una ampliación y comprensión de la estructura del litigio y del funcionamiento de los actores y personajes de la escena jurídica y judicial. Comprender la estructura psíquica y su funcionamiento posibilita una *praxis* más ética de los operadores del Derecho.

En las relaciones jurídicas y judiciales, el deseo, la voluntad y la necesidad se entrelazan, se confunden y pueden provocar injusticias. Por ejemplo, en un pedido de pensión alimenticia la discusión objetiva se da entre la necesidad del que va a recibir y la posibilidad del que va a pagar. Sin embargo, cuando la relación entre los sujetos allí involucrados está mal resuelta, la objetividad se desvirtúa a partir de elementos y registros inconscientes. A aquel que paga siempre le parece que está pagando mucho y a aquel que recibe siempre le parece que está recibiendo poco. Si la necesidad es x , se piensa que es $x + y$, como si el y fuese algo "más" para pagar un abandono, un desamor o una traición. Se paga "menos" que la necesidad como si ese menos fuese una punición por el fin de la relación conyugal. Se ve ahí que el deseo, el inconsciente, interfieren en el derecho, en el "deber-ser", al

relativizar la necesidad, o escamotear la posibilidad alterando, así, el curso de una discusión que debería darse apenas en el campo de la objetividad. El juez y los abogados se tornan instrumentos de la búsqueda de la realización de un deseo inconsciente, cuyo proceso disfraza otra escena, que es del orden de la subjetividad. Comprender esta otra escena es no permitir ser instrumento de ilusión de satisfacción del deseo oculto, es impedir el gozo, el exceso. Al final, el Derecho es un sistema de límites y de vínculos de voluntad ²⁶.

Gozar, en el sentido del Derecho Civil, es fruir las utilidades, disfrutar de la cosa, pero preservando su esencia. Es satisfacerse de los placeres que puedan ser obtenidos o retirados de alguna cosa ²⁷. Si el uso y el gozo están juntos, entonces se tiene el disfrutar, donde se encuentra el desenvolvimiento de toda noción y teoría del usufructo. Lacan desarrolló buena parte de su teoría psicoanalítica, y en especial el concepto de gozo, a partir de esos elementos del Derecho. Para el Psicoanálisis, como se ha dicho anteriormente, el gozo envuelve la satisfacción pulsional y su paradoja con el placer y el displacer.

Fundiendo el concepto de gozo de estos dos campos del conocimiento y transportándolo hacia la práctica y el cotidiano del Derecho de Familia, constatamos, en la mayoría de los procesos litigiosos, particularmente los de separación, un eternizar del litigio, que significa también un gozo. El litigio es una forma de no separarse, y las partes siguen allí unidas por el odio, por el gozo con el sufrimiento. El odio, en verdad, une mucho más que el amor, pero estar unido por el odio, gozando a través de un proceso judicial, trae consecuencias nefastas y conduce a la destructividad de los sujetos. Es en este sentido que Lacan dice que el gozo tiene apetito de muerte. Se goza con el placer pero también con el sufrimiento. El litigio judicial es una historia de degradación del otro. Pero como eso es inconsciente, las partes, en la mayoría de los casos, no perciben el mal que se están haciendo a sí mismos y principalmente a los hijos. Todo eso en nombre de la búsqueda de un derecho, en que cada una de las partes está siempre convencida de que la otra es la que está lisiando su derecho. Esta escena judicial es la propia escena de la inconsecuencia y destrucción, cuyo discurso de la apariencia, o sea, de las razones objetivas, es justificable por un discurso objetivo. Este sometimiento al gozo es la alienación del sujeto, cuya tela fue tejida por él mismo, a través de su cadena de registros inconscientes, o mejor, de las tramas del deseo.

Una de las grandes contribuciones del Psicoanálisis a la práctica jurídica es que al revelarnos esa realidad que es psíquica, descubre una subjetividad y razones inconscientes (si es que el inconsciente tiene alguna razón) que quiebra una máxima jurídica: "lo que no está en los autos (proceso judicial) no está en el mundo". Aunque no esté allí en el mundo objetivo de los autos, las razones inconscientes y el gozo están presentes, pasando por la escena objetiva del proceso y proporcionando al mundo del proceso judicial un destino muy diferente de aquel que tendría si estuvieran presentes tan sólo los aspectos objetivos.

²⁶ DEL VECCHIO, Giorgio., op.cit., p. 275

²⁷ SILVA, De Placido., op.cit., p. 661

Al traer a la consciencia del operador del Derecho esta “otra escena”, se tiene la posibilidad de una conducta más ética por el simple hecho de no permitirnos ser instrumentos del litigio y no contribuir al sometimiento de las partes a aquel gozo.

La clínica del derecho

La gran contribución del Psicoanálisis, como ya se ha dicho, no es la clínica y su terapéutica, sino la introducción de un discurso que revela una realidad psíquica, que interfiere y determina los actos y negocios jurídicos. Sin embargo, al mostrarnos esta otra realidad, posibilita que los operadores del Derecho adopten otra postura y una conducta diferente frente al trabajo que deben desempeñar.

Los operadores del derecho y los jueces podrán entender que los actos jurisdiccionales tienen también una función simbólica de la mayor importancia en la vida de los sujetos involucrados en un proceso judicial. El juez representa allí la autoridad necesaria que impide, pone límites. El acto de decidir también quiere decir “paren de gozar”. La sentencia pone fin a una demanda que hará que los sujetos puedan reorganizar su vida de otra forma, por otros caminos, y que por lo menos allí, donde se depositó los restos del amor, no se goce más.

El Psicoanálisis instala otra ética para el derecho de familia, a partir del momento en que pasamos a comprender la presencia de la subjetividad en las demandas que se nos presentan. La nueva ética está en enseñar al cliente que su verdadero interés no es aquel que aparenta ser, por ejemplo, no es sostener el litigio. El verdadero interés es resolver la demanda. Para ello es necesario comprender la subjetividad allí presente. La función del abogado debería ser, entonces, separar la objetividad de la confusión de los elementos subjetivos, para ayudar al cliente a organizar un texto jurídico. Si se consigue deshacer esta mezcla de elementos objetivos y subjetivos, los aspectos jurídicos por cierto se encaminarán hacia una resolución del conflicto. Debemos evitar que los procesos judiciales se tornen un “montaje perverso” y que nosotros, operadores del derecho, no seamos instrumentos de este gozo que sólo trae sufrimiento para las partes, y, en muchos casos, los hijos son usados como moneda de trueque del fin de la relación conyugal. Esta nueva ética de la abogacía proporcionada por la comprensión del discurso psicoanalítico conduce al abogado en una dirección: en que su trabajo puede ser también una “clínica del derecho”.

Neutralidad, imparcialidad y subjetividad de los jueces

Hasta la introducción del discurso psicoanalítico en el pensamiento contemporáneo occidental no se podía hacer una distinción entre neutralidad e imparcialidad. Con las nociones de subjetividad e inconsciente fue posible comprender que la imparcialidad es diferente de la neutralidad. Es posible ser imparcial, pero la neutralidad absoluta no existe. Al decidir y sentenciar, el juez debe ser imparcial, es decir, no se debe dejarse contaminar por las pasiones, no debe beneficiar o perjudicar a una de las partes, etc. Son nociones obvias, básicas e inherentes a cualquier juzgador. La novedad aportada por el

Psicoanálisis reside en que los registros inconscientes en una persona producen efecto, contaminan y determinan el “deber-ser” y también el acto de juzgar. En este sentido, no existe la neutralidad. Exigir de los jueces neutralidad es sentenciar que ellos deberán “deshumanizarse” para quedar libres y exentos de su singularidad, de su historia y valores personales, abolir el inconsciente, en fin, “cosificarse”.

Esta subjetividad de los jueces, inherente a la condición humana, hace que haya diferentes decisiones sobre casos semejantes o idénticos. Cada caso trae, por sí sólo, sus particularidades y variaciones. Pero la gran diversidad de decisiones sobre el mismo caso o semejantes, en instancias diferentes y también en tribunales diferentes, se da en razón de la singularidad del sujeto juzgador. Sendas personalidad y particularidad están vinculadas a la historia personal de cada uno, a la construcción de sus valores morales y éticos, su concepción política e ideológica, a la manera como ve y enfrenta las vicisitudes de la vida. En fin, cualquier decisión, pero particularmente en Derecho de Familia, revela, en último análisis, la posición del juzgador delante de la vida, que es subjetiva. Veamos abajo dos decisiones que bien ejemplifican la argumentación aquí traída.

- a) Separación Judicial – Litigiosa – No basta alegación de lo insoportable de la vida en común. No bastando la insoportabilidad de la vida en común para justificar la separación judicial, por tratarse de requisito para su acogida con base en la conducta deshonorosa y en la infracción de los deberes conyugales, es por eso que no se puede requerir la separación simplemente porque los cónyuges ya no se toleran o ya no soportan la vida conyugal²⁸;
- b) Apelación civil. Separación litigiosa. Innecesidad de definir la culpa. En las relaciones conyugales no se puede atribuir, de forma simplista, culpa a quien sea, como consecuencia de la falencia de la relación conyugal, que se debe, en verdad, a la corrosión de las relaciones, por una serie de hechos de comportamientos mucho más complejos, que no caben dentro de la simple división maniqueísta entre inocentes y culpables. En el caso concreto más se evidencia la innecesidad de la atribución de la culpa al varón, una vez que ninguna secuela jurídica le advenirá, evidenciándose que la voluntad de la apelante constituye mera materialización de un lamentable deseo de venganza, infelizmente tan común después del fracaso de las relaciones conyugales. Desproveyeron la apelación. Unánime.²⁹

Éstas sentencias, además de demostrar las diferentes interpretaciones que se puede tener sobre la aplicación de una regla (ley), nos muestran, también, la desconsideración de determinados principios. En el primer caso, al

²⁸ TJ/SP – Ac. unán. da 3ª Cám. De Derecho Privado, de 22-2-2000 - Ap. Civ. (133.757-4/4 – Rel. Des. Waldemar Nogueira).

²⁹ Apelación Civil nº 70003528262, Séptima Cámara Civil, TJ/RS, Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos, juzgado en 20/2/2002.

juzgar improcedente la acción de separación litigiosa, el juzgador, además de haberse aferrado a la literalidad de la ley y revelado su concepción moral y particular delante de aquel caso, violó el principio de la autonomía de los sujetos y del no-intervencionismo estatal al impedir que la pareja se separase por no haber sido probada una culpa. En el segundo caso, la interpretación dada a la misma ley bajo la cual fue sometido el primer caso, llevó en consideración los principios orientadores del derecho de Familia.

La subjetividad de los principios jurídicos

La “declinación” del positivismo jurídico y la concepción de su objetivismo neutro, cediendo espacio a un derecho más abierto a la principiología, se deben a la introducción de las nociones de la autonomía, vida privada conjugada con libertad, intimidad y sexualidad. Esta autonomía reflexiva de los sujetos asociada a las concepciones traídas por el Psicoanálisis ha provocado cada vez más la comprensión y consideración de la subjetividad, no sólo en el campo jurídico, sino también en todos los campos del conocimiento. La consideración de esta subjetividad en el Derecho provoca una importante reflexión en la aplicación de los principios jurídicos.

Sin ignorar o dejar de lado las teorías ya desarrolladas por Alexy y Duwork y por tantos otros importantes autores que contribuyeron a la cuestión de la aplicación de los principios, nos gustaría reflexionar sobre la contribución del Psicoanálisis, o mejor dicho, de la importancia de la comprensión y de la interferencia de la subjetividad en la aplicación de los principios.

Independientemente de saber si en caso de conflicto de principios será considerada la adecuabilidad (Duwork) o la ponderación (Alexy) para la aplicación de un principio o de otro, interesa exponer aquí que la colisión de principios sólo existe a causa de su contenido de subjetividad. Aunque se pueda afirmar que principios no son valores, ellos contienen valores. Por ejemplo, el principio de la dignidad de la persona humana contiene un valor mayor que es el de la libertad. Los valores contenidos en un principio pueden no estar en el texto jurídico, pero están inscritos en la consciencia, en el inconsciente y en el contexto social y cultural. El valor es algo que se atribuye. Así se puede decir que un principio está construido por valores. Por más que se diga que el valor que se atribuye al principio es el sentido común mediano de la sociedad, él es relativo y relativizable. Por ejemplo, el principio de la dignidad humana puede ser invocado para situaciones incluso antagónicas. Se ha afirmado que este principio es lo que da sustentación a la legitimación y reconocimiento a las Familias homoafectivas. Sin embargo, este mismo principio ha sido invocado para sostener exactamente lo contrario. El discurso de un obispo de la Iglesia Católica, Dom Amaury Castanho, publicado en el periódico de mayor circulación nacional, invoca la dignidad para repeler y excluir las relaciones homosexuales del cuadro de una normalidad:

El posicionamiento de mi iglesia coincide con el de varias iglesias ortodoxas, de las más diversas iglesias protestantes e incluso con doctrina de grupos no cristianos, como los musulmanes, los judíos y otros. Todos nosotros estamos fundamentados en

fuertes razones que 'se firman en la dignidad humana' y en el respeto a la naturaleza del hombre y de la mujer. (CASTAN HO, 2004, p. A3. subrayamos).

La relatividad de los valores es lo que provoca la colisión de principios. Si fuesen absolutos, los principios serían armónicos entre sí. Esa correlación proviene de concepciones ideológicas, morales, políticas o económicas. Pero cualquiera de esos motivos sólo existe a causa de la posición del sujeto en la vida. Y la posición del sujeto en la vida es determinada por su constitución psíquica, que a su vez tiene sus raíces en su estructura familiar. La estructura psíquica y el desenvolvimiento del psiquismo, que posiciona al sujeto delante de la vida de esta o de aquella manera, sufre la influencia de varios factores. Pero, sin duda, es la manera como cada uno recibe esas influencias, escribe su historia y la inscribe en sí mismo, constituyendo, así, su subjetividad, la que influenciará en la aplicación de la norma al caso concreto. Dos juicios en dos tribunales diferentes sobre cambio de nombre de transexuales, incluso con votos divergentes, iluminan esta reflexión. Observamos que fueron decisiones en fechas próximas, o sea, los posicionamientos antagónicos no se dan a causa de una "evolución" o modificación de tendencia jurisprudencial. Se trata de concepciones diferentes de los respectivos juzgadores, advenidas por cierto de sus posiciones delante de la vida y de los valores atribuidos a la cuestión. Veamos:

a) Registro Civil. Rectificación. Sexo. Estado Individual. Inmutabilidad Transexual. Cirugía de Transgenitalización. Mudanza de Nombre y de Sexo - El sexo, como estado individual de la persona, está informado por el género biológico. La rectificación del sexo, de la cual derivan derechos y obligaciones, procede del Derecho y no puede variar de su origen natural sin legislación propia que la acautele y discipline. Se deben, por lo tanto, rechazar los embargos que lo infringen para dar aprovisionamiento a la apelación del Ministerio Público y juzgar improcedente el pedido de rectificación del registro civil referente al nombre y al sexo del embargante. V.gr.: Negar, en los días actuales, no el avance del falso modernismo, que jamás conviene, pero la existencia de trastorno sexual reconocido por la medicina universal sería poco científico. Por lo tanto, se debe acoger los embargos infringentes para negar aprovisionamiento a la apelación del Ministerio Público y permitir la rectificación del registro civil respecto al nombre y al sexo del embargante que se sometió a la cirugía de transgenitalización.³⁰

b) Rectificación de registro civil. Partida de nacimiento. Transexual alteración en la indicación del sexo. Anuencia. Necesidad de cirugía para cambio de sexo reconocida por acompañamiento médico multidisciplinar - Concordancia del Estado con la cirugía que no se compatibiliza con la manutención del estado sexual originalmente inserto en la partida de nacimiento negativa al portador de disforia del género del derecho a la adecuación del sexo morfológico y psicológico y la consecuente redesignación

³⁰ Des. Carreira Machado y Hiparco Immesi (Embargos Infringentes nº 1.0000.00.2960763/001 en la Apelación Civil nº 296.0763, Comarca de Belo Horizonte, Rel.: Des. (Carreira Machado, Rel. para la sentencia: Des. Almeida Melo – 4ª CC TJMG – 22.4.04.

del estado sexual y del nombre en la partida de nacimiento que acaba por afrontar la ley fundamental. Inexistencia de interés genérico de una sociedad democrática en impedir la integración del transexual. Alteración que busca obtener efectividad a los comandos previstos en los arts. 1º, II, y 3º, IV, de la Constitución Federal Recurso del Ministerio Público negado, provisto el del autor para el fin de acoger integralmente el pedido inicial, determinando la rectificación de su partida de nacimiento no sólo respecto al nombre, sino también respecto al sexo.³¹

Es cierto que las razones del voto en ambas decisiones están de acuerdo con la imparcialidad y los más altos preceptos de la consciencia de cada juzgador. La reflexión necesaria, hoy, es que los preceptos de la consciencia pasan por los motivos y registros inconscientes. Hay fundamentos y argumentos objetivos para conceder la alteración del nombre en el registro civil, así como hay argumentos en contra y razones para negar la rectificación del mismo y ambos pueden invocar la aplicación de los mismos principios constitucionales. La cuestión que queda y persiste es que, en la objetividad de la argumentación -y el derecho es también un ejercicio de argumentación-, está presente una motivación inconsciente para justificar este o aquel principio. No hay cómo huir o escapar de esta no-neutralidad de los juzgadores. Por más objetividad e imparcialidad que se imprima a la aplicación de las normas, el sujeto del inconsciente estará siempre allí con sus subjetivaciones. Eso siempre fue y seguirá siendo así. La novedad es que al traer a la consciencia estas manifestaciones inconscientes, se rompe el mito de la neutralidad y nos acercamos cada vez más a la verdad, mejor dicho, a una verdad que no es absoluta ni universal, porque hasta las verdades son construidas ideológicamente. Riobaldo, personaje de Guimarães Rosa en *Grande sertões: veredas*, dice que “la verdad es la búsqueda de ella”. Y la verdad del sujeto (de deseo). El pasaje de las ciencias objetivistas y positivistas para una ciencia más reflexiva significa, por lo tanto, apuntar hacia una verdad, que es del sujeto y con ella el contenido de las idiosincrasias de la vida.

Referencias bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. A primeira lei é uma lei de direito de família: a lei do pai e o fundamento de lei. In: GROENIN GA, Giselle Câmara.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. P. 17-29.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

³¹ Ac de la 1ª C de Derecho Privado del TJ/SP mv – AC 209.101 4/0 00 Rel. Des. Elliot Akel j 9.4.02 DJ SP I 17.5.02 – IO B N°19/2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução Antonio José Brandão. Coimbra: Armenio Amado, 1959. v. 2.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DUXBURY, Neil. *Exploring legal tradition: psychoanalytical theory na Roman law in modern continental jurisprudence*. Massachussets. Mimeo.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto C. de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: NA U, 2002.

FREUD, Sigmund. O mal estar na civilização. Tradução José Octávio de A. Abreu In: FREUD, Sigmund. *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: v. 21: Ofuturo de uma ilusão; o mal-estar na civilização e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos. In: FREUD, Sigmund. *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: v. 4/5: A interpretação dos sonhos. Rio de Janeiro: Imago, 1972.

FREUD, Sigmund. Moral sexual civilizada e doença nervosa moderna. In: FREUD, Sigmund. *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: v. 9: Gradiva de Jensen e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

GOODRIC H, Peter. Translating Legendre, or the poetical sermon of a contemporary jurist. In: GOODRIC H Peter; CARLSON David Gray (Ed.). *Law and postmodern mind: essays on psychoanalysis and jurisprudence*. Michigan: University of Michigan, 2001. p. 10.

KAUFMAN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Tradução Vera Ribeiro, Maria L. X. de A Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

LACAN, Jacques. *O seminário: Livro 20: mais, ainda*. Tradução M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

LA PLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. Tradução Pedro Tamem. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LEGENDRE, Pierre. *L'amour du censeur: essai sur l'ordre dogmatique*. Paris: Seuil, 1982.

LEGENDRE, Pierre. Seriam os fundamentos da ordem jurídica razoáveis? Tradução Laurice Levy. In: ALTO É, Sônia (Org.). *Sujeito de direito e sujeito do desejo*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999. p.17.

LEGENDRE, Pierre. The other Dimension of law. In: GOODRIC H Peter; CAWSEN David Gray (Ed.) *Law and the post modern mind: essays on*

psychoanalysis and jurisprudence. Michigan: University of Michigan, 2001. p. 190.

QUINET, Antonio. *A descoberta do inconsciente: do desejo ao sintoma*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

QUINET, Antônio. O gozo, a lei e as versões do pai. In: GROENIN GA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 56.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.