

La revolución de lxs “nada”: una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación

The revolution of ‘those who have no part’: an approach to the debate regarding sexual orientation, gender identity and discrimination

Paula Víturro Mac Donald

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Es Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Diploma en Derechos Humanos de las Mujeres por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Máster en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica por la Universidad Internacional de Andalucía y Diploma de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Es docente e investigadora del Departamento de Filosofía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y coordinadora del Área de Tecnologías del Género del Centro Cultural Rector Ricardo Rojas de la misma universidad. paulaviturro@derecho.uba.ar

RESUMEN

En un comienzo, el artículo da cuenta de los avances del sistema de protección de derechos humanos y de las legislaciones latinoamericanas en materia de discriminación por orientación sexual e identidad de género. Luego, da paso al análisis de los elementos de igualdad universal que deberían ser respetados en materia de orientación sexual e identidad de género. Considerando esto, se analizan tres dificultades que han existido para reconocer este deber. Primero, se revisan los límites que la modernidad ha puesto al concepto de “hombre”, que ha justificado a lo largo de la historia distintos tipos de discriminación a ciertos grupos. Segundo, las limitaciones que tiene el discurso jurídico, que si bien aparece como neutro, a la hora de tratar temas relativos a discriminación por orientación sexual se puede apreciar su inminente dimensión política. Tercero, se aborda la importancia que la justificación naturalista ha tenido en el tratamiento de decisiones judiciales de casos con titulares de derechos homosexuales, trans o travestis. Para finalmente dar cuenta de cuál sería el necesario paso final: saltar de una visión de patología a una en donde se reconozca la autonomía de las personas.

Palabras clave: Discriminación – orientación sexual – identidad de género – transgeneridad – Rancière.

SUMMARY

At the outset, this paper addresses the advances achieved in the human rights protection systems and in Latin American legislations with regard to discrimination due on the grounds of sexual orientation and gender identity. The paper also analyzes the elements of universal equality, in particular relating to sexual orientation and gender identity, as well as three challenges faced in establishing this construction. First, the article reviews the notion and limitations that modernity has placed on the concept of “man”, which have, throughout history, allowed various kinds of discrimination against certain groups. Second, the limitations of legal discourse, as well as its political dimension (despite its sometimes neutral appearance), surface when dealing with topics related to discrimination due to sexual orientation. Third, the article focuses on the importance that arguments based on naturalism have had in the treatment of judicial decisions on cases related to homosexuals, transsexuals or transvestites rights holders. To conclude, the article suggests that the road to be taken should move from a prism of pathology to one in which the autonomy of individuals is recognized.

Key words: Discrimination – sexual orientation – gender identity – transgender – Rancière.

"A menudo la lucha política es más intensa cuando los problemas que se debaten no pueden justificarse en la naturaleza o en la verdad".

Joan Scott

1. Introducción

Durante el transcurso de los últimos años, los derechos a la orientación sexual¹ y a la identidad de género parecen haber alcanzado finalmente un mayor reconocimiento institucional como derechos humanos.

El 17 de junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó la resolución 17/19 sobre "Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género" –la primera de ese organismo–, centrada específicamente en violaciones a los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y trans².

En noviembre del mismo año se presentó el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes, prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género³.

El secretario general de la ONU, Ban Ki-moon, inició el 2012 instando a los líderes de África reunidos en la XVIII Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, a respetar los derechos a la orientación sexual y a la identidad de género⁴. Hacia el fin de año, en un evento contra la homofobia realizado el 10 de diciembre con ocasión del Día de los Derechos Humanos, volvió a pedir "que se ponga fin a la violencia y la discriminación por motivos de identidad de género y orientación sexual", y añadió: "permítanme decir esto alto y claro: las personas lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero tienen derecho a los mismos derechos que todos los demás. Ellos también nacen libres e iguales. Yo estoy hombro con hombro con ellos en su lucha por los derechos humanos"⁵.

¹ Utilizo el término "orientación" por ser el comúnmente aceptado, no obstante ello, entiendo que el mismo puede ser fuertemente objetado debido a la reminiscencia biologicista que parece tener.

² El texto completo puede ser consultado en: [en línea] <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/17/19> [consulta: 17 enero 2013]. Cabe recordar que en el año 1994, al resolver el caso *Toonen v. Australia*, el Comité de Derechos Humanos ya había sostenido que los Estados estaban obligados a proteger a las personas de la discriminación por razón de su orientación sexual. Esta postura se mantuvo en casos posteriores, tales como *Young v. Australia*, o *X v. Colombia*. Asimismo, en sus Observaciones Generales, varios Comités afirmaron que si bien ni la orientación sexual ni la identidad de género están expresamente enumeradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en otros tratados de derechos humanos, ambas se encuentran comprendidas en la frase "cualquier otra condición social". Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 13 de 18 de abril de 2011; Comité contra la Tortura. Observación General No. 2 de 23 noviembre de 2007; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observación General No. 28 de 22 de octubre de 2010; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20 de 22 de mayo de 2009. Esta última es especialmente importante porque además hace una referencia a los Principios de Yogyakarta. Los mismos fueron redactados a instancias de la Comisión Internacional de Juristas por un grupo de expertos y –si bien no son vinculantes– constituyen una guía fundamental para trabajar en la materia.

³ ONU. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. 17 de noviembre de 2011. [en línea] <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_Spanish.pdf> [consulta: 17 enero 2013].

⁴ En dicha oportunidad afirmó: "una forma de discriminación ignorada e incluso penada por muchos países durante demasiado tiempo ha sido la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género".

⁵ El texto completo puede consultarse: [en línea] <<http://www.onu.org.pe/Publico/CentroPrensa/DetalleNoticia.aspx?id=3357>> [consulta: 17 enero 2013].

En el contexto latinoamericano en particular, se produjeron también cambios muy significativos. A pesar de la influencia que tienen en la región los grupos religiosos conservadores, y de la persistencia del machismo, el sexismo y la homofobia tanto a nivel social como institucional, el activismo local logró importantes avances tanto legales como jurisprudenciales.

Así por ejemplo, a finales de 2006, la Corte Suprema argentina por unanimidad revocó una sentencia de la Cámara Civil que había confirmado la disposición de la Inspección General de Justicia por la que se denegó la personería jurídica a la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (ALITT). Se trata de un *leading case* que implicó la derogación de la doctrina que en sentido contrario había sido establecida por la Corte –aunque con otra composición– en 1991, al denegarle la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina (CHA)⁶.

Los fundamentos centrales de la sentencia son muy significativos. En primer lugar porque califica a la denegatoria de derechos denunciada por ALITT como un acto de discriminación. En segundo lugar porque sitúa la violación de derechos de lxs disidentes sexuales, en el contexto histórico político conformado por las múltiples violaciones de derechos humanos, incluido el terrorismo de Estado. Y por último, porque se trata del primer reconocimiento institucional por parte de un órgano del más alto nivel estatal, de la extrema situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el colectivo de personas travestis y transexuales⁷. Dijo la Corte:

[N]o es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con **terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país**, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia. Que tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a la que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de **malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios**. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más

⁶ Corte Suprema de Argentina. *Comunidad homosexual argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas* Sentencia del 22 de noviembre de 1991. Disponible: [en línea] <<http://www.cha.org.ar/articulo.php?art=185&cat=7>> [consulta: 19 enero 2013].

⁷ De todos los colectivos que conforman el campo de la disidencia sexual, las personas travestis, transexuales y transgénero son las que sufren las peores condiciones de exclusión y privación de derechos humanos. La pobreza, la discriminación, la falta de acceso a la salud y la violencia policial son una constante en nuestro continente. Las travestis en especial, sufren violación de derechos humanos desde la infancia. El círculo de violencia comienza con la expulsión del hogar a muy temprana edad, lo que desencadena una vida marcada por una sucesión de exclusiones. Discriminadas también en la escuela, donde sufren las burlas de sus compañeros y el rechazo de las autoridades escolares, las niñas travestis son condenadas a la prostitución como único medio de sobrevivencia. El derecho a la salud también se encuentra profundamente vulnerado. La falta de acceso a los sistemas de salud pública no deja otra alternativa que las riesgosas prácticas clandestinas de inyección de silicona o ingesta de hormonas. Al respecto véase el documental *Translatina* del realizador peruano Felipe Degregori, Buenaletra Producciones. En Argentina, recién en el censo nacional realizado en el año 2010 se incluyó la posibilidad de expresar otras identidades que no fueran la de hombre o mujer, por lo tanto aún no existen datos oficiales suficientes. Sin embargo, en el año 2005, la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transsexual realizó un primer relevamiento sobre la situación de la comunidad. Durante el trabajo se revelaron los nombres de 420 compañeras fallecidas, de las cuales 35% falleció entre 22 y 31 años, y 34% entre 32 y 41 años, lo que equivale a la mitad de expectativa de vida nacional. BERKINS, Lohana y FERNÁNDEZ, Josefina (Coords). *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en Argentina*. Primera edición. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2005; BERKINS, Lohana (Comp.). *Cumbia, copeteo y lágrimas. Informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros*. Buenos Aires: ALITT, 2007.

desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad [...] [Las decisiones apeladas] **estrecharon el concepto de bien común** en perjuicio de la asociación requiriente y rechazaron su personería no por el hecho de que sus metas se dirigieran a mejorar la situación de un determinado grupo necesitado de auxilio (propósito que comparte con numerosas personas jurídicas), sino porque ese auxilio está dirigido al grupo travesti-transexual. Dicho de otro modo, la orientación sexual del grupo social al que pertenecen los integrantes de la asociación ha tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada⁸.

En mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal de Brasil reconoció el estatus de "entidad familiar" de las uniones homoafectivas, al otorgarles el trato previsto en el artículo 1723 del Código Civil para las uniones estables. Se trata de una sentencia con efecto vinculante y eficacia *erga omnes*, por lo que todos los tribunales brasileños deben acatarla. Como consecuencia se extendió el régimen jurídico respecto de los alimentos, las herencias, las pensiones, la división de bienes en caso de separación, la inscripción en el registro de la Seguridad Social y en programas sanitarios, las autorizaciones para cirugías de riesgo, y la inembargabilidad la vivienda conyugal⁹.

De acuerdo con César Baldi, lo más significativo del fallo es que quedaron expresamente protegidos los derechos humanos a la privacidad, la intimidad, la dignidad, el tratamiento igualitario, la diversidad, el pluralismo y la libertad sexual. La realización de tales derechos quedó a su vez garantizada en dos niveles, a saber: (i) la abstención de conductas discriminatorias y (ii) la garantía de ejercicio de los derechos previstos constitucionalmente. Estas obligaciones no sólo se aplican al Estado (en sus tres esferas), sino también a los particulares que se ven impedidos de justificar la discriminación en el campo de la educación, el trabajo, la salud, etcétera.

El activismo colombiano también logró importantes decisiones en el último tiempo. En el campo del derecho de familia, la Corte Constitucional, con fundamento en los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, incluyó a las parejas permanentes entre personas del mismo sexo, dentro de los beneficiarios del régimen de pensión de sobrevivientes, hasta entonces previsto sólo para parejas heterosexuales (sentencias T 716/11¹⁰ y T-860/11¹¹). Asimismo, reconoció

⁸ Corte Suprema de Argentina. *Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual vs. Inspección General de Justicia*. Sentencia del 26 de noviembre de 2006. Disponible en: [en línea] <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=611573>> [consulta: 19 enero 2013]. El destacado es nuestro.

⁹ Al respecto véase BALDI, César. *O STF e a união homoafetiva* [en línea] <<http://www.democraciaiejusica.org/cienciapolitica3/node/272>> [consulta: 19 enero 2013].

¹⁰ Dijo la Corte: "la tesis central de esta conclusión consiste en considerar que en el Estado Constitucional se privilegia, en tanto aspectos definitorios del mismo, la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Esto significa que cada persona, en tanto sujeto libre y autónomo, está investida de la potestad de definir su proyecto de vida bajo la sola condición que ello no imponga afectaciones esenciales a los derechos de los demás. En esa competencia se encuentra, sin duda alguna, tanto la definición de la identidad y orientación sexual como la decisión acerca de conformar una unidad marital estable, constitutiva de familia, con otra persona del mismo o de diferente sexo. Este, a su vez, es un ámbito estrechamente vinculado con el núcleo esencial del derecho a la intimidad, de manera tal que configura un límite infranqueable para la influencia tanto del Estado como de la sociedad. Para la Sala es válido afirmar, en términos conclusivos, que las personas en el Estado Constitucional están investidas de soberanía sobre la definición de su orientación e identidad sexual, así como para la decisión sobre con quién y en qué condiciones desean conformar proyectos de vida con otras. Por lo tanto, están proscritas formas de discriminación fundadas en la falta de aceptación de orientaciones o identidades sexuales por el simple hecho de ser distintas y minoritarias. Esto debido no solo a que son distinciones basadas en criterios sospechosos y que están carentes de justificación, sino porque toman la forma de tratamientos indignos, puesto que, como se ha indicado, tales decisiones individuales corresponden solo al fuero interno de las personas y en modo alguno pueden ser cuestionadas o restringidas basadas en actitudes que tienen como único fundamento el prejuicio, la ignorancia o el franco desconocimiento del régimen de libertades que prevé la Constitución". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 716/11 de 22 de septiembre de 2011.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 860/11 de 15 de noviembre de 2011.

el derecho de herencia en uniones permanentes de personas igual o diferente sexo (sentencia C-238/12¹²). A su vez en el campo de la salud pública y, tomando como base los derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, la Corte estableció que la normativa que impedía a los homosexuales donar sangre es discriminatoria por calificar a una identidad sexual como riesgosa¹³.

En materia de litigio internacional, debemos destacar la sentencia dictada en el mes de marzo de 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Se trata de la primera decisión de la Corte respecto de la discriminación por orientación sexual¹⁴.

A nivel normativo tal vez los casos más destacables sean los de Bolivia, Ecuador, y Argentina.

El artículo 14 de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada en el año 2009, prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón del sexo, la orientación sexual y la identidad de género, entre otras razones¹⁵.

En Ecuador tanto la no discriminación por orientación sexual como por identidad de género tienen reconocimiento constitucional desde los años 1998 y 2008, respectivamente. Con relación a la reforma del año 1998, Judith Salgado¹⁶ señala que a pesar de las tendencias conservadoras que se manifestaron en la Asamblea Constituyente, la lucha de diferentes grupos sociales logró consolidar la centralidad del tema de los derechos humanos en el texto aprobado. No obstante ello, la autora se aparta de posibles narrativas triunfalistas al advertir que si bien el derecho a no ser discriminado por orientación sexual fue aprobado sin discusión, esto no necesariamente implicó un amplio reconocimiento de los derechos sexuales dada la forma en la que se asociaron discursivamente los derechos sexuales y los reproductivos.

En Argentina, los ejemplos más relevantes en la materia son las leyes de Matrimonio Igualitario y de Identidad de Género aprobadas en julio de 2010 y en mayo de 2012, respectivamente. Desde su vigencia, la ley de matrimonio igualitario establece que todas las uniones matrimoniales, con prescindencia del sexo de los contrayentes, gozan de los mismos derechos, incluido el de adopción. De esta forma, Argentina se convirtió en el primer país de América Latina en reconocer este derecho en todo su territorio nacional, y en el décimo a nivel mundial.

A su vez, la aprobación de la Ley de Identidad de Género implicó un cambio de paradigma respecto de la concepción de las identidades, al pasar del modelo hegemónico a nivel mundial basado en la "patologización", a un modelo basado en la autodeterminación y en el respeto de los derechos humanos¹⁷. El texto aprobado consagra el derecho a la rectificación de los datos registrales cuando éstos no concuerden con el género autopercebido de la persona y garantiza de manera integral, complementaria, autónoma y suficiente el acceso a la salud integral, incluyendo el acceso a hormonas e intervenciones quirúrgicas de reasignación genital total o parcial. No se requiere de diagnósticos médicos o psicológicos, ni de dictámenes de comités científicos o de

¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 238/12 de 22 de marzo de 2012.

¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 248/12 de 22 de marzo de 2012.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

¹⁵ Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada por la Asamblea Constituyente en 2007 [en línea] <<http://consuladoboliviano.com.ar/portal/node/119>> [consulta: 5 febrero 2013].

¹⁶ SALGADO, Judith. *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*. Primera edición. Quito: Abya Yala Corporación Editora Nacional, 2008, pp. 50 y ss.

¹⁷ Sobre este aspecto volveré más adelante en los apartados No. 5 y 6.

bioética para acceder al pleno goce de los derechos consagrados en la ley. Asimismo se preserva el goce de otros derechos tales como el de reproducción, en oposición a numerosas legislaciones europeas que exigen la esterilización de la persona para acceder al cambio de identidad. A fin de garantizar la plena vigencia de la ley, la misma califica como práctica discriminatoria cualquier acto que perturbe, obstaculice, niegue o lesione cualquiera de los derechos consagrados en ella¹⁸.

En Uruguay estaba prevista la aprobación de la Ley de Matrimonio Igualitario en la sesión del Senado del 28 de diciembre de 2012, sin embargo, a último momento, el pleno del Congreso decidió postergar su tratamiento para abril de 2013. La experiencia uruguaya es especialmente significativa, ya que –si tomamos en consideración la reciente legalización del aborto, y los proyectos de matrimonio igualitario y de legalización de la marihuana para consumo personal– es la única que parece fundar estas reformas de manera explícita en el campo de la autonomía, incluida la corporal.

En el caso de Argentina, dada la resistencia a tratar los múltiples proyectos de legalización del aborto, el fundamento parece deslizarse más hacia el campo discursivo de las llamadas "acciones privadas". Leída en clave biopolítica, la capacidad reproductiva de las mujeres escaparía a ese ámbito, y por lo tanto es excluida por parte de las autoridades políticas del contexto liberal que dio lugar a la sanción de las leyes de matrimonio igualitario e identidad de género. De esa manera, el discurso institucional paradójicamente invisibiliza la importancia histórica del activismo de los grupos feministas locales en la conformación del contexto ideológico-político que dio lugar a esas reformas¹⁹.

Avances como los señalados²⁰ son, sin embargo, insuficientes en el contexto de un continente que registra una altísima tasa de crímenes por razones de orientación sexual e identidad de género, y donde la violencia institucional es moneda corriente –en especial contra el colectivo travesti–. En este sentido, la muerte del joven chileno Daniel Zamudio, luego de una larga y cruel agonía producto del brutal ataque homofóbico que sufriera en manos de un grupo neonazi, nos enfrenta a una cruda realidad²¹.

¹⁸ El texto completo de la ley puede consultarse [en línea] <<http://www1.hcdn.gov.ar/BO/boletin12/2012-05/BO24-05-2012leg.pdf>> [consulta: 7 diciembre 2013].

¹⁹ Lohana Berkins, activista travesti que tuvo un rol fundamental en la conformación del movimiento travesti-transexual tanto argentino como latinoamericano, al referirse a la historia política de su movimiento señala: "Estos temas nos llegan a través del feminismo. Conocer a las mujeres feministas nos pone frente a una serie de preguntas vinculadas a nuestra identidad. ¿Qué somos las travestis? ¿Somos varones? ¿Somos mujeres? ¿Somos travestis? ¿Qué quiere decir esto? [...] comienza la discusión para derogar los Edictos Policiales. Allí vamos las travestis y allí conocimos a diversos grupos feministas [...] Me detendré brevemente en contarles que compartiendo este espacio con compañeras feministas, algunas de nosotras comenzamos a definirnos también nosotras como feministas. No obstante, la mirada de algunas de ellas sobre nosotras sigue situándonos en nuestro origen biológico masculino". BERKINS, Lohana. "Un itinerario político del travestismo". En: MAFFÍA, Diana (Comp.). *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*. Primera edición. Buenos Aires: Feminaria, 2003, pp. 127-137.

²⁰ La enumeración es sólo ejemplificadora, y por lo tanto sólo refleja algunos de los cambios más significativos; no se trata de un detalle exhaustivo, ya que ello superaría los límites de este trabajo.

²¹ Cito este caso por ser el que más repercusión obtuvo en la región durante el año pasado. Sin embargo, es uno entre muchos otros que se suceden de manera anónima y cotidiana en el continente. Por ejemplo, el Grupo Gay de Bahía (Brasil) denunció que sólo en el transcurso del primer trimestre de 2012 se registraron 104 homicidios por homofobia, lesbofobia y transfobia. Ver [en línea] <<http://www.ggb.org.br/assassinatos%20de%20homossexuais%20no%20brasil%202011%20GGB.html>> [consulta: 6 febrero 2013]. Por su parte, la trágica muerte del activista gay y defensor de los derechos humanos Erick Alexander Martínez Ávila, ocurrida en la capital de Honduras el pasado 7 de mayo motivó una comunicación de ONUSIDA en la que manifiesta una "profunda preocupación por las frecuentes denuncias que recibe desde organizaciones de derechos humanos, sobre casos de muertes, desapariciones y violaciones a los derechos humanos dirigidas contra las personas LGTBI en Honduras así como en otros países de América Latina" [en

Debido a todo lo que aún resta por hacer, a continuación me referiré a algunas de las dificultades a las que solemos enfrentarnos quienes trabajamos en el campo del activismo socio sexual, al desarrollar estrategias antidiscriminación en el ámbito jurídico. Si bien pueden ser dificultades comunes a todos los movimientos sociales, son especialmente complicadas en el campo de los géneros y las sexualidades, donde operan fuertes discursos naturalistas y/o deterministas.

A tal efecto tendré en consideración la experiencia del movimiento trans argentino, que derivó en la sanción de la ley de identidad de género, ya que se trata de una experiencia que podría ser calificada como emancipatoria, democrática y política en los términos de J. Rancière,²² dada la manera en la que logró sortear con éxito dichos obstáculos.

2. De la sencillez

“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, es la afirmación que da inicio a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La fórmula parece simple, ingenua y esperanzadora. Si tomamos en consideración el momento histórico en que fue sancionada, se revela como un extraordinario e incomprensible acto de fe en el progreso de los valores. Una fórmula voluntarista tendiente a restablecer un orden que jamás debió haber sido roto.

De ella parece desprenderse que el respeto de los derechos humanos sólo requeriría de apego a los valores del humanismo, de buena voluntad política, y para el caso en que eso no suceda, del establecimiento de mecanismos de reparación²³.

En una entrevista realizada con ocasión del primer aniversario de la presentación del “Informe sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Radhika Chandiramani²⁴, afirmó esa postura al sostener que:

[E]l espíritu mismo de los derechos humanos significa que todas las personas los tenemos **sencillamente porque somos humanas y humanos**. Según esta **lógica**, las personas LGBTI tienen los mismos derechos humanos que el resto de la gente [...] El marco internacional de los derechos humanos es únicamente eso: un marco para guiar la conducta de los Estados. Por sí solo nunca puede ser suficiente. Debe ser implementado y vigilado, y los Estados tienen que rendir cuentas por sus fallas tanto a nivel nacional como en la esfera internacional [...] **La cultura varía** de un lugar a otro **—no así los derechos humanos—**.

[línea] <<http://www.onusida-latina.org/en/press-statements/181-la-oficina-regional-de-onusida-para-america-latina-deplora-la-tragica-muerte-del-activista-gay-hondureno-erick-alexander-martinez-avila>> [consulta: 6 febrero 2013]. Véase también el comunicado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29 de octubre de 2012 en el que insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para evitar estos crímenes [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/129.asp>> [consulta: 5 febrero 2013].

²² RANCIÈRE, Jacques. *El tiempo de la igualdad. Diálogos sobre política y estética*. Primera edición. Barcelona: Herder, 2011.

²³ Esa es la postura de por ejemplo Ignatieff cuando afirma: “we know from historical experience that when human beings have defensible rights—when their agency as individuals is protected and enhanced—they are less likely to be abused and oppressed. On these grounds, we count the diffusion of human rights instruments as progress even if there remains an unconscionable gap between the instruments and the actual practices of states charged to comply with them”. IGNATIEFF, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Tercera Edición. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 288.

²⁴ Directora Ejecutiva de TARSHI (siglas en inglés de “Hablando sobre Asuntos de Salud Sexual y Reproductiva”), una ONG con sede en Nueva Delhi, India, que se dedica a cuestiones relacionadas con la sexualidad y los derechos.

Además, los derechos humanos no son estáticos: son conceptos en evolución y resaltan asuntos particulares a medida que el marco de los derechos humanos evoluciona para arrojar su luz sobre aspectos que podrían no haber sido considerados anteriormente²⁵.

Algo similar parece desprenderse de la postura de Ignatieff cuando afirma que:

La Declaración Universal representó un retorno a la **Tradición europea** del derecho natural, un retorno que busca restaurar la *acción*, para otorgar a los individuos los recursos judiciales para levantarse cuando el Estado les ordene hacer el mal. Históricamente hablando, la Declaración Universal es parte de una amplia reorganización del orden normativo de las relaciones internacionales postguerra, diseñada para crear fuertes cimientos en contra de la **barbarie** [...] ²⁶.

Para este autor, la vigencia de los derechos humanos dependerá entonces del énfasis que la política occidental ponga, no sólo en el desarrollo de la democracia, sino también en el del constitucionalismo, de forma tal de asegurar la división de poderes, el control jurisdiccional de las decisiones de los poderes ejecutivos y el cumplimiento de los derechos de las minorías²⁷.

Abordajes como los citados suelen ser muy habituales en el ámbito de la dogmática jurídica. Como docente en la carrera de derecho, todos los cuatrimestres tengo la oportunidad de constatar la seguridad con la que el alumnado lo repite. Dicto dos cursos en el departamento de filosofía del derecho. Uno tiene por objeto el análisis de las formas en las que el discurso jurídico instituye el orden de género; y el otro la forma en la que se tematizan y jerarquizan los cuerpos en las diferentes ramas del derecho, según las capacidades que se les atribuyen. Dado el carácter fundamentalmente práctico que tienen las materias dogmáticas, las de filosofía suelen ser vistas como un sinsentido, una pérdida de tiempo, o un obstáculo a sortear para poder obtener el título.

Por esa razón, la primera clase está destinada a explicar –siguiendo a Rancière– que “nunca hay una consecuencia práctica de la teoría, en términos de liberación y de emancipación; [sino] que hay desplazamientos que modifican el mapa de lo que es pensable, de lo que es nombrable, perceptible y, por lo tanto, también de lo que es posible”²⁸.

De allí la importancia de comprender la complejidad e implicancias de los diferentes soportes teóricos presupuestos en las construcciones de la dogmática, para poder percibir aquellas que dan lugar a la discriminación y eventualmente habilitar otros modos de pensamiento que amplíen el campo de lo factible en pos de su erradicación²⁹.

La respuesta inmediata de los alumnos suele ser una forma abreviada de posturas como las citadas. Sería más o menos así: “las violaciones de los derechos humanos se deben a los abusos en el ejercicio del poder estatal y/o a los múltiples prejuicios sociales tolerados por el Estado. Todos tenemos los mismos derechos. Las víctimas de la discriminación en todo caso cuentan con el derecho como una herramienta de protección frente a los abusos de los poderosos”.

²⁵ Entrevista realizada por Gabriela de Cicco para AWID, divulgada el día 8 de junio de 2012. [en línea] <<http://awid.org/es/Las-Noticias-y-Analisis/Notas-de-los-Viernes/La-ONU-sale-del-closet-respecto-a-los-derechos-humanos-de-las-personas-LGBTI>> [consulta: 19 enero 2013]. El destacado es nuestro.

²⁶ IGNATIEFF, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*... op. cit. [traducción propia, el destacado es nuestro].

²⁷ *Ibidem*, p. 306.

²⁸ RANCIÈRE, Jacques. *El tiempo de la igualdad*... op. cit., p. 261.

²⁹ *Ídem*.

El derecho se presenta entonces como una solución exógena y simple, para un problema social complejo derivado del abuso del poder estatal, o de su tolerancia respecto de los abusos perpetrados por los particulares. Una herramienta que sería capaz de poner un límite al poder estatal (usualmente caracterizado de manera reduccionista como sinónimo de funciones ejecutivas). Al parecer no hay mucho más que discutir.

De esa forma se sitúa al derecho en un lugar ideal de garante imparcial, universal, acultural y "tranhistórico". Como consecuencia, se elude cualquier consideración respecto de la forma en la que el discurso del derecho occidental que se inaugura con la modernidad, instituye y legitima órdenes discriminatorias.

3. De la modernidad y los límites del humanismo

"¿Qué es el hombre, si es siempre el lugar –y a la vez el resultado– de divisiones y censuras incesantes? Trabajar sobre estas divisiones, preguntarse de qué modo –en el hombre– el hombre ha sido separado del no-hombre y el animal de lo humano, es más urgente que tomar posición sobre las grandes cuestiones, sobre los llamados valores y derechos humanos".

Giorgio Agamben³⁰

Afirmaciones como la de Chandiramani según la cual "todas las personas tenemos derechos humanos sencillamente porque somos humanas y humanos", no parecen advertir que las promesas universalistas de la modernidad paradójicamente se limitan a un ideario de humanidad que no es natural ni obvio.

La entronización del sujeto racional como centro de la modernidad se articuló mediante una serie de dualismos tales como naturaleza/cultura, razón/cuerpo, universal/particular, civilización/barbarie, hombre/mujer, blanco/negro, sano/enfermo, nacional/extranjero, etc., que modelaron los límites de lo humano.

Tal como nos recuerda Rancière³¹, autores ya clásicos como Burke, Marx, Arendt y más contemporáneamente Agamben, denunciaron la distancia que la declaración de la revolución francesa instituía entre los derechos del hombre y los del ciudadano. Esa distancia es la que dio origen al surgimiento de formas de subjetivación política radical. El feminismo, las luchas antidiscriminación racial, el anticolonialismo, son algunos de los ejemplos más destacados de esa radicalidad.

La historia de esas luchas nos enseña que la naturalización de la categoría de persona física (correlato en la dogmática jurídica de la noción de sujeto de derecho) no es más que el reflejo de un consenso hegemónico (de allí su pretendido carácter autoevidente y universal) respecto de los atributos humanos que imperan en un momento histórico. Operación que hoy se desarrolla aún a través de categorías que no parecen estar definidas por concepciones "biologicistas", como la terrorista³².

³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Lo abierto. El Hombre y el animal*. Primera Edición. Valencia: Pre-Textos, 2005.

³¹ RANCIÈRE, Jacques. *El tiempo de la igualdad...* op. cit., p. 162.

³² Por ejemplo, Judith Butler al criticar la analogía entre "terrorista" y "enfermo mental" practicada por las autoridades de los Estados Unidos para justificar la detención indefinida de los prisioneros en Guantánamo, señala: "creo que hay que desconfiar de esta analogía [porque] cuando se hace una analogía, se presupone la comparación de términos separados. Pero cualquier analogía también presupone una base de comparación común, y en este caso la analogía funciona en cierto grado metonímicamente. Los terroristas son *como* enfermos mentales porque su mentalidad es incomprensible, porque están fuera de la razón, porque están fuera de la civilización –si tomamos este término como un lema de una

Por lo tanto, la lucha por la igualdad en el goce de los derechos humanos necesariamente implica una disputa de sentidos respecto de cómo somos reconocidos como seres humanos, o dicho en otros términos, respecto de quién posee las aptitudes que conformarían al ser humano, de quién puede ser un miembro legítimo de "la familia humana"³³.

Un reciente fallo de la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina lo ilustra de manera elocuente, al denegar la solicitud de arresto domiciliario formulada por una madre lesbiana en período de lactancia. Para la mayoría del Tribunal,

la decisión de mantener al bebé consigo es del resorte decisivo de su progenitora, habida cuenta que su pareja no se encuentra impedida de hacerse cargo en la medida de sus posibilidades [...] En suma, **no ha demostrado vulneración alguna de los derechos del menor** ni la existencia de **razones humanitarias** que constituyen el fundamento previsto en la normativa que rige la materia³⁴.

Como señala Rancière, cuando se alude a la igualdad entre todos los "hombres" es necesario analizar de manera constante quién está incluido en ese todo y qué tipos de relaciones están comprendidas en la esfera de validez de esa igualdad³⁵. Siguiendo ese razonamiento, vemos en el caso citado que, para ese Tribunal, no es suficiente con ser niño para acceder a la protección de su "interés superior" en los términos de la Convención, sino que además debe estar dentro de la esfera de validez de las relaciones de filiación heterosexuales.

De allí que, al referirse a la concepción de los derechos sexuales como derechos humanos, Miller sostenga que el desarrollo de un marco coherente e inclusivo que se pueda aplicar a diversos tipos de personas, necesariamente requiere: (i) comprender cómo algunas normas internacionales funcionaron históricamente para regular la sexualidad en términos genéricos, raciales, etarios, etc. y (ii) la incorporación de teorías contemporáneas acerca de la construcción social de la sexualidad³⁶.

La fórmula del artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según la cual "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", parece presuponer que la personalidad jurídica es un correlato legal de una realidad natural

perspectiva occidental que se define a sí misma en relación con ciertas versiones de racionalidad y que afirma provenir de ellas-. La hospitalización involuntaria es como el encarcelamiento involuntario sólo si aceptamos la función carcelaria de la institución mental, o sólo si aceptamos que algunas actividades criminales sospechosas son en sí mismas signos de enfermedad mental. En efecto, tenemos que preguntarnos si efectivamente son sólo determinados actos cometidos por extremistas islámicos, lo que se considera fuera de los límites de la razón establecidos por el discurso civilizatorio de Occidente, y no más bien todas y cada una de las creencias y prácticas pertenecientes al Islam lo que se vuelve un signo de enfermedad mental, en la medida en que se apartan de las normas hegemónicas de la racionalidad occidental". BUTLER, Judith. *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*. Primera edición. Buenos Aires: Paidós, 2009, pp. 102-103.

³³ El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura ha observado que "a los miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos **porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo** [...] la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a **deshumanizar a la víctima**, lo que con frecuencia es una **condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos**". ONU. Asamblea General. Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment 3 de julio de 2001 A/56/156, párr. 19. [en línea] <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/%28Symbol%29/A.56.156.En?Opendocument>> [consulta: 3 febrero 2013]. El destacado es nuestro.

³⁴ Cámara Federal de Casación Penal de Argentina. *F. A. M. s/ recurso de casación*. Causa No. 33/12. De fecha 10 de enero de 2013. El destacado es nuestro.

³⁵ RANCIÈRE, Jacques. *El tiempo de la igualdad...* op. cit., p. 160.

³⁶ MILLER, Alice. "Sexual but not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights". En: *Health and Human Rights*. Vol. 4, No. 2, pp. 68-109. [en línea] <www.hhrjournal.org/archives/vol4-no2.php> [consulta: 23 enero 2013].

preexistente (ser humano), y de esa manera reivindica la lógica de la tradición europea del derecho natural a la que alude Ignatieff.

Por ello Baldi va a señalar que en materia de derechos humanos lo importante es revisar las bases en que se asienta ese discurso, y expandir la noción actual de humanidad que se limita a nivelar diferencias dentro de la fórmula universalista que define al Occidente blanco, masculino, heterosexual y cristiano³⁷. En el mismo sentido, Butler recupera la crítica al humanismo que formulara Fannon al afirmar que “el negro no es un hombre”³⁸. De esa manera, Fannon mostró la forma en la que la articulación contemporánea de lo humano está “racializada”. A su vez según Butler, en ese uso de la palabra “hombre” se formula también una crítica a la masculinidad, ya que implica que el hombre negro es feminizado. El alcance de esa formulación sería que nadie que no sea un “hombre” en el sentido masculino es un humano, con lo que sugiere que tanto la masculinidad como el privilegio racial conforman la noción de lo humano³⁹.

Llegados a este punto, resulta elocuente la advertencia de Legendre según la cual “los descendientes de Europa, hijos de guerras que fueron holocaustos, promotores de la Felicidad industrial, conquistadores de ciencias inauditas, hemos olvidado que la fábrica del hombre es precaria”⁴⁰. La misma, al dar un contexto histórico y geopolítico al humanismo, llama nuestra atención respecto de las consecuencias que se derivan del etnocentrismo que conlleva. Una de ellas es la reducción, simplificación u ocultamiento de las causas de la discriminación que se produce, cuando se la caracteriza como un producto de formas culturales reaccionarias.

De esa manera tácitamente se reivindica un dualismo que jerarquiza una idea de cultura universal caracterizada como progresista, por sobre una idea de cultura entendida como mero particularismo conservador. Esta parece ser la postura de Chandiramani, cuando sostiene que “la cultura varía de un lugar a otro –no así los derechos humanos–. Además los derechos humanos no son estáticos: son conceptos en evolución”, de lo contrario no se comprendería de dónde deduce el carácter dinámico que le atribuye a los derechos humanos. Ignatieff sostiene una explicación similar, aunque en su caso el etnocentrismo se hace expreso a través de la reivindicación de la tradición europea del derecho natural como una defensa frente a la barbarie.

La cultura universal tal como se plantea en este dualismo se corresponde con la tradición occidental entendida como el canon de la cultura europea de la modernidad. Esa cultura se expresa fundamentalmente a través del discurso secular de la ciencia moderna, basada en la creencia en el progreso indefinido de la razón, y en los principios del positivismo. Cultura basada en la creencia en la verdad científica universal por oposición al oscurantismo religioso, el fanatismo, o los particularismos folclóricos.

La principal consecuencia de este planteamiento es que no da cuenta de la forma en la que el discurso científico de la modernidad, por medio de las diferentes disciplinas que lo componen, justificó (y justifica) órdenes discriminatorias. Los prejuicios o estereotipos sociales, que suelen ser señalados como motivo de discriminación, tienen su correlato en discursos científicos.

³⁷ BALDI, César. “Direitos, humanos e direitos humanos: onde @s homossexuais?” En: GRÜNE, Carmela (Org.). *Samba no pé e direito na cabeça*. Primera edición. San Pablo: Saraiva, 2012, pp. 33-58.

³⁸ FANON, Frantz. *Piel negra. Máscaras blancas*. Primera edición. Madrid: Akal, 2009, p. 42.

³⁹ BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. Primera edición. Barcelona: Paidós, 2006, p. 29.

⁴⁰ LEGENDRE, Pierre. *La fábrica del hombre occidental*. Primera edición. Buenos Aires: Amorrortu, 2008, p.15.

Por lo tanto, no hay posibilidad alguna de remover esos estereotipos si no se cuestiona el aparato ideológico cientificista que le da valor de verdad. Ni es posible seguir sosteniendo el valor de la civilización por sobre la barbarie como una forma de acabar con las violaciones de derechos humanos, frente a la evidencia histórica según la cual el exterminio masivo de personas, el racismo, etc., se fundaron en el corpus de las ciencias y en el desarrollo de la técnica.

Aquí vale traer a colación dos ejemplos significativos del peso que aún hoy tiene esta forma de etnocentrismo. Según el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, las leyes que criminalizan a las personas por su orientación sexual u identidad de género (comúnmente conocidas como leyes antisodomía), suelen ser a menudo vestigios de la legislación colonial⁴¹. Por otro lado, en el informe también se reconoce que los niños intersex son víctimas de discriminación por ser sometidos a intervenciones quirúrgicas innecesarias desde el punto de vista médico, practicadas sin su consentimiento informado previo ni el de sus padres, en un intento de fijar su sexo⁴². Sin embargo, esta última circunstancia ni siquiera es advertida como una violación de derechos humanos en gran parte de los discursos en contra de la mutilación genital femenina, cuando es caracterizada sólo como una práctica tribal. Al respecto Cabral es elocuente al afirmar, a propósito del Día Internacional de la Cero Tolerancia con la Mutilación Genital Femenina, que "la gran mayoría de intervenciones quirúrgicas normalizadoras afectan a niñas y a mujeres, o son intervenciones feminizantes que adaptan cuerpos masculinos fallados a versiones machistas y misóginas de cuerpos femeninos y, aun así, las cuestiones intersex no forman parte de ninguna agenda de género"⁴³.

4. Del carácter político del discurso jurídico

"¿La biología determina la capacidad de razonamiento, de reflexión moral o de acción política? [...] Como es imposible dar una respuesta definitiva a esas preguntas, los que proponían respuestas de signos opuestos trataron de determinar una solución, con frecuencia en forma de leyes o reglamentos. En consecuencia, la ley sustituyó a la verdad como guía de la acción humana. Sin embargo, esa sustitución no era reconocida como tal sino que, por el contrario, la norma aprobada era presentada como basada en la naturaleza o la verdad. Así, los triunfadores atribuyeron su victoria no a la política, sino a la superioridad de su comprensión científica o moral y, de esa manera, se logró ocultar la influencia de la ley en las percepciones de la naturaleza".

Joan Scott⁴⁴

Otra dificultad está dada por la caracterización del derecho como simple herramienta, descripción que lo vacía de todo contenido político.

Esa invisibilización de la política se produce en primer lugar, a través de la reducción y asimilación del concepto de lo político al ejercicio de las funciones ejecutivas del poder estatal.

⁴¹ ONU. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia... op. cit., párr. 40.

⁴² *Ibidem*, párr. 57.

⁴³ CABRAL, Mauro. "Hoy en este mundo". *Página 12*, 6 de febrero de 2009 [en línea] <<http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-604-2009-02-06.html>> [consulta: 7 febrero 2013].

⁴⁴ SCOTT, Joan. *Las mujeres y los derechos del hombre: feminismo y sufragio en Francia, 1789-1944*. Primera edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012, p. 11.

De esa manera, el rol de los operadores judiciales, en especial el estamento de los jueces como clase privilegiada y corporativa, queda al margen de cualquier consideración respecto de su responsabilidad en el establecimiento y sostén de la discriminación. Tal vez el mejor ejemplo de ello sea el caso *Atala Riffo*. Además de la obvia violación de derechos humanos perpetrada contra la accionante y sus hijas al negarle la tuición –materia que fuera objeto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, es importante señalar un aspecto que suele pasar inadvertido. El mismo está ligado al carácter de magistrada de la Sra. Atala Riffo, lo que desencadenó un intrincado proceso de superintendencia tendiente a disciplinarla.

El funcionamiento corporativo de los poderes judiciales es un reaseguro contra su diversificación y pluralismo, que atenta contra el pleno reconocimiento de los derechos humanos. El hecho de que gran parte de sus integrantes formen parte de un estrato social privilegiado –usualmente conservador en términos morales y uniforme en términos etarios, genéricos, culturales y étnicos–, sumado a la falta de mecanismos institucionales que aseguren la democracia interna, constituye un obstáculo para la realización de los valores pluralistas.

La falta de cuestionamiento del rol de la magistratura asimismo está ligada a la forma en la que históricamente se concibió la función jurisdiccional como “boca de la ley”. Creencia profundizada a partir de la expansión del positivismo jurídico, que redujo la labor interpretativa a una mera adecuación de normas generales a casos concretos. Sin embargo, como explica Marí, la pretendida uniformidad semántica del discurso jurídico es un mito. Una decisión judicial o una norma (tomados como discursos tipo) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos diferentes por su origen y función, que se entrecruzan con él. Entre el proceso de formación y el producto final formado, hay una ruptura, distancia o brecha. El resultado no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia, sino el correlato de una relación de fuerza entre los discursos en pugna. Y en muchos casos un discurso ausente es el condicionante principal, sea de tipo económico (como el modo de organización del sistema productivo), sea de razones políticas (como la llamada “razón de Estado”), morales, ideológicas, etc. Por lo tanto, entre el proceso de producción, de formación y constitución del discurso jurídico y este discurso como producto final existe una ruptura, una discontinuidad, un desplazamiento. Ese desajuste no sería un desacuerdo meramente semántico, sino un desajuste construido en la *praxis* social, la que se caracteriza por ser variable en términos históricos. De allí la imposibilidad de verificar los conceptos jurídicos en forma independiente de la teoría jurídica que los produce⁴⁵.

5. Del naturalismo

La naturaleza entendida como primer principio de realidad parece ser la clave filosófica a partir de la cual los jueces suelen resolver las demandas por discriminación en razón del género o la sexualidad de las personas. Dicho en otros términos, el razonamiento se basa en una operación de naturalización de un patrón normativo al que se intentará asimilar por todos los medios a la víctima de la discriminación. Así, establecido un modelo ideal asociado a cierta idea de naturaleza, cualquier denuncia por discriminación será en principio reconducida por el camino de la asimilación. Quien afirme ser discriminado en virtud de una diferencia, será obligado a eliminarla o minimizarla a fin de gozar del derecho negado. Tal vez el mejor ejemplo de esta operación de

⁴⁵ MARÍ, Enrique. “‘Moi, Pierre Rivière...’ y el mito de la uniformidad semántica en las Ciencias Sociales y Jurídicas”. En: MARÍ, Enrique. *Papeles de filosofía*. Buenos Aires: Biblos, 1993, p. 254.

naturalización lo constituya la forma en la que en el ámbito del derecho civil se desarrollaron los discursos referidos a la identidad de género con anterioridad a la sanción de la ley en Argentina⁴⁶.

El análisis de la jurisprudencia y producción doctrinaria acerca de expedientes en los que se solicitó autorización judicial para la realización de operaciones de cambio de sexo y la modificación registral de datos identitarios, nos muestra que la construcción judicial de la transexualidad se realizaba a partir de un relato basado en la figura mítica del hermafrodita condenado por la naturaleza a la indefinición sexual.

A partir de melodramáticas descripciones de presuntas experiencias de vida, se instituían víctimas enfermas cuya situación antinatural tendría el derecho la misión de remediar mediante la autorización de intervenciones quirúrgicas que aseguraran el fin del sufrimiento y la vigencia del naturalizado orden dicotómico de los cuerpos. Como consecuencia, el fundamento del reconocimiento del derecho no era la autonomía de la persona accionante, sino su normalización.

Dada su resistencia al anclaje genital de su identidad, las travestis aparecerían en ese discurso como figuras antagónicas. Frente al travestismo, el relato centrado en un orden naturalista alterado que da lugar a las figuras del hermafrodita y el transexual cedía paso en favor de argumentos propios del ámbito de la reflexión moral.

Las víctimas eran reemplazadas por perversos sujetos autónomos que teniendo la posibilidad corporal de vivir de acuerdo con el orden natural, no lo hacían y que, por lo tanto, eran responsables de las condiciones de vida adversas a las que eran sometidas. Aquí el discurso retributivo es claramente equivalente al que sostiene a la figura del delincuente en el derecho penal liberal moderno. Ello no es casual, dado que la mayor usina de representaciones judiciales respecto del travestismo fueron históricamente la institución policial y la jurisdicción penal por medio de la persecución de la prostitución.

Veamos algunos ejemplos:

Su aspecto es femenino. Pero de una femineidad natural, sin afectación ni acicalamiento, lejos, muy lejos, de otras situaciones en la que la exageración de rasgo, la ostentación, es la nota [...] Las pericias médicas coincidieron en que es una pseudohermafrodita [...] el sujeto tiene algunos rasgos en común con el transexual –rechazo de la homosexualidad, no queda en el mero travestismo⁴⁷.

Cabe señalar que no es posible confundir el transexualismo, que es un problema existencial, con el isosexualismo, ya sea homosexualismo o lesbianismo, ni con el travestimiento [...] El transexual tiene derecho a disponer de su cuerpo en la medida que ello obedece a una necesidad médica para recuperar la salud que nunca tuvo [...] El transexual, en cuanto ser libre, tiene el derecho de proyectar su vida de acuerdo a una incontrolable exigencia existencial que no es, ciertamente, un capricho. Esta vocación existencial se halla fuera del control de su voluntad [...] El ser humano no tiene derecho a disponer de su cuerpo, salvo ciertos casos señalados por la doctrina, la jurisprudencia o la ley⁴⁸.

[E]l fenómeno transexual es bastante reciente, ya que su afinidad con otras perversiones como el travestismo o la homosexualidad no han facilitado su autónoma clasificación [...]

⁴⁶ Antes de la sanción de la Ley de Identidad de Género, y en virtud de la ley de ejercicio de la medicina que prohibía la realización de operaciones mutilantes, las personas que querían cambiar de género debían judicializar su situación.

⁴⁷ Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, Argentina. Sentencia 11/8/94-C, L.J. Voto del juez Maggi.

⁴⁸ FERNÁNDEZ, Carlos. "Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual". En: *Jurisprudencia Argentina* No. 6166, Especial Bioética, 3 de noviembre de 1999, pp. 10-20.

ni el homosexual ni el travesti refutan su identidad [...] el transexual, por el contrario, advierte que su propio sexo anatómico es el obstáculo más grave para su elección de comportamiento, y el desagrado latente en los primeros años de vida degenera con los años hacia formas maníacas de autodestrucción⁴⁹.

[Los transexuales] son sujetos a los que no se los puede considerar como viciosos o perversos sexuales, sino que, por el contrario, padecen un desajuste profundo que les provoca un fuerte malestar [...] nos alejamos de aquellos defensores de la intervención médico-quirúrgica impulsada por la libertad sexual como libertad de elección y de sexo⁵⁰.

En virtud de la situación descrita, el derecho a la identidad de género de las travestis no era reconocido y, por lo tanto, les era negada la posibilidad de cambio registral del nombre.

Dentro del discurso naturalista, los relatos referidos a la salud poseen un rol destacado. Ello permite volver sobre la vieja idea de una naturaleza desviada o desarreglada que el derecho debe intentar restaurar. De esa manera la decisión judicial se legitima a partir de la retórica del naturalismo que acecha a cualquier conceptualización del derecho a la salud, y evade decisiones fundadas en otros derechos como la autonomía personal. Las sentencias basadas en este último principio exponen la dimensión política de toda decisión judicial y por lo tanto suelen ser evadidas por los jueces, quienes están poco acostumbrados a dar cuenta de sus propios posicionamientos o compromisos ideológicos.

6. De la patología a la autodeterminación

Tal como señaláramos, la Ley de Identidad de Género recientemente sancionada en Argentina produjo un cambio paradigmático en la concepción de las identidades, al abandonar el modelo hegemónico a nivel mundial que se basa en la noción de patología⁵¹. La simple manifestación por parte de la persona interesada de su voluntad de cambiar de género es suficiente para que el Estado proceda a modificar los datos registrales y esté obligado a cubrir las prestaciones de salud en caso que le fueran requeridas.

Si bien este cambio ya es de por sí revolucionario, según la conocida clasificación de los tipos de demandas de derechos formulada por Miller⁵², a modo de conclusión me gustaría volver sobre las implicancias que en términos políticos tuvo el proceso de activismo desarrollado por los grupos trans. Mi hipótesis es que dicha experiencia podría ser calificada como emancipatoria, democrática y política en los términos de Rancière.

Emancipatoria porque implicó un cambio en los términos de posición de los cuerpos, una disociación del orden de las nominaciones por el cual cada uno tiene asignado un lugar. Para este

⁴⁹ ROGNONI, Giancarla. "Reseña de Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo de Landriscina". En: *Giurisprudenza Italiana*, 5ta. Entrega, mayo 1976, Turín-Italia, p. 176. Publicado también en *La Ley*, T. 1986-A, p. 1129.

⁵⁰ WAGMAISTER, Adriana y MOURELLE DE TAMBORENEA, Cristina. "Derecho a la identidad del transexual". En: *Jurisprudencia Argentina* No. 6166, Especial Bioética, 3 de noviembre de 1999, pp. 69-70.

⁵¹ Un análisis de la despatologización puede verse en CABRAL, Mauro. "Los rumores de la despatologización", *Clam*, 13 de diciembre de 2012 [en línea] <<http://www.clam.org.br/ES/destaque/conteudo.asp?cod=10109>> [consulta: 7 febrero 2013].

⁵² Véase MILLER, Alice. "Las demandas por derechos sexuales". En: *III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos*. Lima: Cladem, 2002, pp. 121-140 y MILLER, Alice. "Sexual but not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights". En: *Health and Human Rights*. Vol. 4, No. 2, pp. 68-109 [en línea] <www.hhrjournal.org/archives/vol4-no2.php> [consulta: 23 enero 2013].

autor, las relaciones de sujeción no están basadas en la ignorancia, tal como sostiene la tradición marxista al afirmar que la gente se encuentra dominada porque desconoce las condiciones de su explotación. No es la "toma de conciencia" de la sujeción, sino el deseo de iniciarse a otra vida, la visión de sí mismo como capaz de vivir algo diferente a ese destino de dominación lo que determina la posibilidad de emancipación, la cual se materializa en el apoderamiento por parte de los oprimidos de las palabras que no les estaban destinadas. Poniendo como ejemplo al proletariado, señala que el secreto de la mercancía, del capital y de la plusvalía era algo que nunca les había faltado, sino que lo que les faltaba era el sentimiento de la posibilidad de un destino diferente, el sentimiento de participación en la cualidad de ser hablante⁵³.

De allí la definición de democracia como la "posibilidad de cualquiera". Posibilidad que consiste en terminar con la distinción según la cual hay un habla común que pertenece a los superiores, mientras que el resto de la humanidad está asignada al ámbito del ruido. Posibilidad de acabar con la creencia que todo ser de una clase inferior es sólo capaz de expresar hambre, cólera, furor o escándalo, e incapaz de articular un discurso sobre lo justo y lo injusto⁵⁴. La forma en la que la identidad travesti fue asociada históricamente a la noción de escándalo en los tipos penales y contravencionales que punían el uso de ropas del sexo opuesto y que aún hoy persiguen la oferta de servicios sexuales, son un claro ejemplo.

La democracia no sería entonces simplemente una forma de gobierno, ni un modo de vida social a la manera de Tocqueville, sino un modo específico de estructuración simbólica del ser en común. Es esa inversión singular del orden de las cosas según la cual, los que no están destinados a ocuparse de las cosas comunes, pasan a ocuparse de ellas.

Por ello, para Rancière, el comienzo de la política está dado por la existencia de esos sujetos que no son "nada"⁵⁵, que son un exceso respecto del recuento de partes de una población⁵⁶ en el preciso momento en el que ponen en cuestión el reparto de lo sensible, de las "evidencias sensibles" que sostienen la dominación, y disputan la posibilidad de establecer el sentido de lo que vemos⁵⁷.

La política es, entonces, ese momento conflictivo respecto del hecho mismo de saber quién está dotado de la capacidad política de la palabra. Por ello la política adviene como exceso en relación al orden policial, entendido este último como la estructuración del espacio común que hace que una situación dada de dominación aparezca fundada en evidencias sensibles. Dominación que, como señaláramos, se fundamenta en la creencia de que hay personas que no hablan verdaderamente, que sólo expresan hambre, cólera, rabia, escándalo. Creencia que se ha manifestado históricamente respecto de los pobres, las personas de color, las poblaciones indígenas, las mujeres, las travestis, los homosexuales, etcétera.

Lo que distingue entonces a la política de la policía no es la especificidad de un contenido reivindicativo, sino la forma misma de la acción. Lo que Rancière llama "policía" supone un sistema

⁵³ RANCIÈRE, Jacques. *El tiempo de la igualdad...* op. cit., p. 83.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 84.

⁵⁵ En nuestro caso, el ejemplo paradigmático de esa "nada" serían las corporalidades trans en prostitución, expulsadas hacia zonas rojas ubicadas del otro lado de las fronteras de la ciudadanía sexual. Un interesante análisis de la exclusión en términos espaciales y de las regulaciones de la sexualidad y el género en función de la construcción de un ideal de ciudadanía es el de SABSAY, Leticia. *Fronteras sexuales. Espacio urbano, cuerpo y ciudadanía*. Primera edición. Buenos Aires: Paidós, 2001.

⁵⁶ RANCIÈRE, Jacques. *El tiempo de la igualdad...* op. cit., p. 74.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 88.

de distribución de los lugares y de las competencias. La política es la revocación de esa idea de que sería necesaria una competencia específica para ocuparse de los asuntos comunes.

En el proceso de gestación de la Ley de Identidad de Género se dio esa disputa en el momento en que el movimiento trans se organizó bajo el Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género y propuso un proyecto que puso en cuestión los cuatro borradores que estaban siendo tratados por el Parlamento. Uno fue impugnado porque proponía la creación de una Oficina de Identidad de Género, como órgano estatal destinado a supervisar las solicitudes de rectificación de datos registrales o de acceder a intervenciones quirúrgicas. Otros dos fueron criticados porque regulaban de forma separada el reconocimiento de la identidad y la atención sanitaria, dando lugar a una jerarquización de los derechos en juego y porque requerían estabilidad y permanencia en el género para acceder al cambio registral de nombre. Por último, el proyecto restante fue el más criticado por el Frente, dado que le otorgaba potestad de aplicación a la autoridad para crear comités de bioética mediante el pedido de informes especiales⁵⁸.

A pesar de la alta competencia técnica que el tema parecía requerir a la luz de la literatura sobre la materia, lxs activistas reunidxs en el Frente pusieron en cuestión la legitimidad de ese saber establecido para decidir sobre su autonomía. Si bien podían desconocer el alcance teórico de ese saber impugnado, sí conocían las gravosas consecuencias que se derivarían de la perpetuación de la potestad científico-estatal para regular sus vidas. En ese sentido, se cumplió la máxima de Rancière, según la cual toda política es una lucha entre dos mundos perceptivos:

Una lucha entre un mundo en el que los datos son objetivables, en el que expertos los traducen en decisiones, y un mundo en el que hay de entrada un debate sobre los datos mismos y sobre quién está capacitado para definirlos. [Donde] la discusión tiene lugar sobre la base de una disimetría de las posiciones, que el reconocimiento tanto de lo que es objeto de discusión como de la capacidad de los interlocutores es en sí mismo un objeto de controversia lo cual se opone al modelo de la deliberación racional⁵⁹.

⁵⁸ Véase, LITARDO, Emiliano. "Perturbaciones normativas: la ley de identidad de género en Argentina. Los cuerpos desde 'ese otro lado'". En: *Derecho y Humanidades*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago [en prensa].

⁵⁹ RANCIÈRE, Jacques. *El tiempo de la igualdad...* op. cit., p. 265.

