

Capítulo 6

Las migraciones del derecho a la identidad de género*

En los últimos años, las iniciativas para combatir la discriminación y la violencia de grupos en situación desaventajada han dejado de ser esporádicas, aisladas y locales. Por el contrario, han ocupado un lugar considerable en la geopolítica mundial a través de articulaciones y extrapolaciones de experiencias a nivel nacional e internacional. En particular, esto se observa en las variadas y novedosas iniciativas desplegadas en el ámbito internacional, tanto formal como informal,¹ y en el ámbito nacional a los efectos de reconocer los derechos de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Estas iniciativas se han conjugado de maneras creativas y efectivas tanto para que sean incorporadas en los sistemas jurídicos nacionales, como en los múltiples órganos del sistema internacional de derechos humanos.

La Argentina ha sido un actor primordial en esta historia al ser el primer país del mundo en sancionar una ley que reconoce el derecho a la identidad de género despatologizado y desjudicializado. Una de las particularidades que presenta la sanción de la ley consiste en su capacidad para esparcir a nivel mundial el derecho a la identidad de género basado en su autopercepción. A continuación, se analiza cómo, luego de receptor el paradigma instaurado por los “Principios de Yogyakarta”,² la experiencia despatologizadora argentina está siendo replicada en otras latitudes, invirtiendo de esta forma la subordinación que existe entre los sitios centrales de producción normativa y los sitios periféricos de recepción

* Este capítulo fue elaborado en el marco del Proyecto de Investigación 30/3206, “El Derecho a la identidad de género: la construcción de su visibilización política y jurídica”, IDH, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2014-2016.

¹ Por formal me refiero al sistema internacional de derechos humanos. Por informal me refiero a las iniciativas generadas fuera de aquel.

² El artículo 2 de la ley recepta la definición sobre identidad de género tal cual es provista por los “Principios de Yogyakarta” en su preámbulo.

Subordinaciones invertidas

normativa. Las migraciones, interacciones e imbricaciones que genera el derecho a la identidad de género en el mundo es, sin dudas, una característica importante de este tema.

Tal como se examinó en el segundo capítulo, la historia del reconocimiento de los derechos de las personas LGBT es parte de un proceso social de formación de significados constitucionales conformado por interacciones entre la sociedad civil y los ámbitos nacionales e internacionales. En este sentido corresponde recordar que la Argentina ha sido un actor importante en la consolidación del sistema internacional de protección de los derechos humanos en general.³ Los activistas, académicos, expertos, operadores jurídicos, legisladores y funcionarios públicos argentinos han aprovechado el sistema internacional de derechos humanos como una fuente de argumentación para la protección de derechos. Y al hacerlo, lo fueron configurando, lo nutrieron de interpretaciones cuyo origen se remonta al desarrollo del discurso de los derechos humanos en la Argentina. Además, la reforma constitucional del año 1994, que ha conferido estatus constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, proveyó argumentos legales para justificar la protección de los derechos humanos de los grupos en situación desaventajada, entre ellos, las minorías sexuales. El alcance de la reforma constitucional puede apreciarse en el hecho de que la Corte Suprema argentina considera en sus decisiones tanto los acuerdos internacionales constitucionalizados, como las decisiones de los órganos internacionales a cargo de la interpretación de tales acuerdos.⁴

A continuación se examinan tres líneas de iniciativas que fueron, y continúan siendo, desarrolladas en pos del reconocimiento de los derechos de las personas LGBT.

Elaboración internacional informal del DIG

La primera de ellas consistió en la elaboración de los “Principios de Yogyakarta” sobre la aplicación del derecho internacional humanitario en relación con la orientación sexual y la identidad de género, en el año 2006, por parte de un grupo de expertos en el tema sin ningún tipo de apoyo por parte de Estados soberanos ni de organizaciones multilaterales.⁵ Los “Principios de Yogyakarta” se refieren a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, y fueron producto

³ Ver lo dicho al respecto en el capítulo 2.

⁴ Ver la nota 35 del capítulo 2.

⁵ Ver los “Principios de Yogyakarta” en http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

de un esfuerzo por promover estándares internacionales al respecto. Sin dudas marcaron un antes y un después para el derecho a la identidad de género, y es, en los últimos años, la iniciativa en materia de identidad de género más importante por abrir el camino a una nueva mirada sobre el tema y por su capacidad desestabilizadora del *status quo* en materia de sexualidad.⁶ Antes de ellos existieron dos esfuerzos transnacionales para promover la diversidad sexual. El primero fue el proyecto de resolución sobre derechos humanos y orientación sexual introducido por Brasil ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2003, que intentó asegurar el compromiso de los Estados en la materia por medio del derecho internacional y que generó mucho disenso en dicha asamblea. El segundo fue la “Declaración de Montreal”, en el año 2006, en el marco de una Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT, una declaración no oficial sobre el valor de la diversidad sexual.

Lxs activistxs que participaron de la confección de los “Principios de Yogyakarta”, basándose en los principios del derecho internacional de los derechos humanos, definieron a las minorías sexuales como un grupo en situación de vulnerabilidad que merece protección. Ryan Thoreson indica que esto se logró gracias a la modestia de sus demandas, a la estabilidad de sus fundamentos estructurales y filosóficos, y a la efectividad de la estrategia empleada para diseminarlos, todo lo que contribuyó a alentar a lxs activistxs a que se vean como parte de un movimiento global y a la incorporación táctica de perspectivas locales y globales (ver 2009).

A pesar de que los principios no han sido elaborados ni adoptados por los órganos formales del sistema internacional de derechos humanos, han sido, en cambio, citados por varios de ellos, como así también por organismos regionales de derechos humanos, por tribunales gobiernos y órganos legislativos nacionales, y por el Consejo de Europa, entre otras instituciones. Estos organismos e instituciones públicas han convertido a los “Principios de Yogyakarta” en una guía para definir sus políticas en la materia y los han considerado una herramienta importante para identificar las obligaciones del Estado relativas al respeto, protección y realización de los derechos humanos de las personas trans. Los principios no solo son utilizados retóricamente como evidencia de un cambio normativo en la materia, sino que también son utilizados por las elites para formular políticas a nivel local. Un ejemplo de ello es el caso de la Argentina, primer país del mundo en hacer una aplicación concreta de los “Principios de

⁶ Para un desarrollo del impacto de los “Principios de Yogyakarta” dos años después de su elaboración ver Thoreson, 2009.

Subordinaciones invertidas

Yogyakarta” al adoptar en la ley sobre el derecho a la identidad de género su definición de identidad de género.⁷

A nivel internacional, la Observación General N° 20 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que la legislación argentina, también remite a la definición que ofrecen sobre la identidad de género los “Principios de Yogyakarta” al sostener que “la identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.⁸ Asimismo, el Comisionado por los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha considerado a dichos principios como una herramienta destacada para identificar las obligaciones de los Estados relativas a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas más allá de su identidad de género.⁹ Más recientemente, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes también ha recurrido a los principios 17 y 18 de Yogyakarta para destacar la relevancia de garantizar el consentimiento informado de las minorías sexuales.¹⁰ Todas las instancias mencionadas han hecho uso de los “Principios de Yogyakarta”, producción normativa que corresponde a lo que se ha denominado *soft law*, es decir, normas que fueron expedidas por fuera del sistema de fuentes formales del derecho internacional,¹¹ determinando la jerarquía de esta normativa de carácter informal.

⁷ La Ley N° 26743 sobre el derecho a la identidad de género fue sancionada por unanimidad por el Congreso Nacional en mayo de 2012.

⁸ Ver la Observación General N° 20, Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, vol.: A-2: para. 32.

⁹ Ver Human Rights and Gender Identity: Issue Paper- Mr. Thomas Hammerberg, Commissioner for Human Rights, Council of Europe, 2009, vol: A-2: pp. 107-108.

¹⁰ Méndez, J.E. (2013) Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. Report to the Human Rights Council, A/HRC/22/53, 1/02/2013, para. 38.

¹¹ Este término se refiere a instrumentos cuasi legales que no tienen fuerza jurídica obligatoria o cuya fuerza obligatoria es más débil que la fuerza obligatoria del derecho tradicional. Conforme Klabbers, el *soft law* designa una “amplia zona gris ocupada por aquellos documentos e instrumentos que no son claramente derecho, pero que de los que no se puede decir que sean jurídicamente insignificantes” (Klabbers, 1996: 167).

Reconocimiento de la discriminación de las minorías sexuales en el ámbito internacional formal

Otra línea de iniciativas que también confluyen en integrar los avances e interacciones respecto del reconocimiento del derecho a la identidad de género (que no mencionan a los “Principios de Yogyakarta”) es el conjunto de normas y/o informes emanados de los órganos formales del sistema internacional de derechos humanos que en los últimos años han reconocido paulatinamente el problema de la discriminación en virtud de la orientación sexual y/o identidad de género. En este sentido, en el ámbito internacional se han comenzado a elaborar informes que dan cuenta de la vulnerabilidad que afecta a las minorías sexuales a través de la discriminación a la que están expuestas.¹²

Uno de los primeros informes en reconocer tal vulnerabilidad se encuentra el informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos (2001) que con mucha lucidez para la época expresaba:

... [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. De hecho, 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. [...] los miembros de las minorías sexuales son un grupo especialmente vulnerable en lo que respecta a la tortura en diversos contextos y que su condición puede afectar también a las consecuencias de los malos tratos que reciban tanto en cuanto a sus posibilidades de presentar denuncias o recibir tratamiento médico en los hospitales públicos, en donde tal vez teman que se les siga victimizando, como en cuanto a las consecuencias jurídicas relativas a las sanciones legales derivadas de determinados abusos. [...] debido a su situación económica y educacional, supuestamente exacerbada muchas veces o causada por leyes y actitudes discriminatorias, se priva a los miembros de las minorías sexuales de los medios de reivindicar sus derechos y asegurar

¹² También merece mención la Recomendación General N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/27, 16/12/2010. Su párrafo 13 afirma: “La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por motivo de edad a la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacida d, grado de pobreza, orientación sexual e identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias”.

Subordinaciones invertidas

que se respeten, incluidos sus derechos a ser representados por abogados y a obtener una reparación legal, como por ejemplo, una indemnización.¹³

En el año 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó la declaración sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” que expresa que el principio de no discriminación exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, con independencia de su orientación sexual o identidad de género.¹⁴ En el mismo año, el Comité sobre la Tortura, en su Observación General N° 2 relativa a la implementación del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes reconoció que los Estados deben velar por que sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualquiera sea su orientación sexual e identidad transexual.¹⁵ Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, en su Recomendación General N° 28 sostuvo que la identidad de género es un factor de discriminación contra las personas.¹⁶ En un sentido similar, la Recomendación General N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos del mismo comité afirma:

La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por motivo de edad a la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual e identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias.¹⁷

Asimismo, en el año 2011, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe sobre “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, Navanethem Pillay, destacó los obstáculos legales que enfrentan las personas que desean obtener documentos de identidad que reflejen

¹³ “Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156”, 3/07/2001, para. 19.

¹⁴ ¹⁵ A/63/635, Asamblea General, 22 de diciembre de 2008.

¹⁵ Ver el Observación General N° 2, Committee on Torture CAT/c/GC/2, 24/01/2008, para. 21.

¹⁶ Ver la Recomendación General N° 28 “The Core Obligations of States Parties under” Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Committee on the Elimination of Discrimination against Women at Annexure A-4, 16/10/2010, para. 18.

¹⁷ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW/c/GC/27, 16/12/2010, para. 13.

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

su género autopercebido.¹⁸ También debe tenerse en cuenta la condena contra la esterilización forzada de personas transgénero e intersex para adecuarlas al binarismo de género llevada adelante en junio de 2014 por la Organización Mundial de la Salud y media docena de organismos de las Naciones Unidas.¹⁹

A nivel regional se destaca la aprobación de la resolución “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” de la Organización de Estados Americanos (OEA) del año 2008, que reconoce la grave situación de violaciones a derechos humanos que enfrentan las personas a causa de su orientación sexual e identidad de género que antecedió a la declaración sobre el mismo tema de la ONU, citada más arriba.²⁰ En sintonía con ello, en el mismo año, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó una Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays y las Personas Trans, Bisexuales e Intersexo.²¹ En particular, es importante mencionar la decisión en el año 2010 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala” referida a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. En este caso la Comisión estableció que la orientación sexual es una categoría sospechosa bajo la fórmula convencional de “cualquier otra condición social”.²² En igual sentido se pronunció un par de años después la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²³ Además de las normas y reportes mencionados, deben agregarse aquellos enumerados en el primer punto del tercer capítulo de este libro.

¹⁸ Ver 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”, A/HRC/19/41, 17/11/2011, vol: A-2.

¹⁹ Informe “Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement,” OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF Y WHO, 2014.

²⁰ AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). Ver también la AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) del año siguiente sobre el mismo tema.

²¹ Ver el comunicado de prensa disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/115.asp>

²² Caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 12502, “Karen e hijas contra Chile”, 17/09/2010, párr. 95.

²³ Caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 239, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012.

Subordinaciones invertidas

Migración transnacional del DIG

Una tercera línea de iniciativas que contribuye al reconocimiento de un derecho a la identidad centrado en la identificación personal del género corresponde a un tipo de interacción o fertilización cross-borders relativa a la migración del modelo despatologizador instaurado a nivel local por el Congreso argentino a otros regímenes jurídicos nacionales; modelo que, como vimos, está a su vez basado en los “Principios de Yogyakarta”. Concretamente, el marco regulatorio de la ley sobre el derecho a la identidad de género argentina se está replicando en otros países o es utilizado, ya sea por legisladores o por jueces, como fundamento para promover la sanción de normas o decisiones que, como la argentina, despatologizan la identidad de género.

En este sentido, a partir del año 2014 comenzaron a observarse algunas iniciativas orientadas a adoptar leyes similares a la argentina. Tal fue el caso del Parlamento Europeo que en su informe sobre “La situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2010-2011)” hace mención expresa al modelo argentino como aquel que debe ser emulado en Europa por ser el único modelo a nivel mundial que ha reconocido la autonomía y la despatologización de las personas trans.²⁴ Este informe expresa:

Lamenta que en varios Estados miembros todavía se considere que los transexuales son enfermos mentales; insta a los Estados miembros a que introduzcan o revisen los procedimientos de reconocimiento jurídico de género, de acuerdo con el modelo de Argentina, y revisen las condiciones establecidas para el reconocimiento jurídico de género (incluida la esterilización forzosa); pide a la Comisión y a la Organización Mundial de la Salud que supriman los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales y de comportamiento, y que garanticen una reclasificación de dichos trastornos como trastornos no patológicos en las negociaciones de la undécima versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11).²⁵

Acatando la recomendación del Parlamento Europeo que sugiere tomar como referencia a la ley argentina, y basada en la experiencia argentina, la Comunidad

²⁴ Informe del Parlamento Europeo sobre “La situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2010-2011)”, 22/11/2012. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2012-0383+0+DOC+PDF+V0//ES>.

²⁵ Id., para. 94.

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

Autónoma andaluza ha sido la primera región de un Estado europeo en despatologizar la transexualidad, “la única a nivel mundial que ha reconocido la autonomía y la despatologización de las personas trans.”²⁶

En similar sintonía, el Parlamento de Dinamarca, tomando también como referencia el modelo argentino, sancionó una nueva legislación que permite el reconocimiento jurídico de las personas trans basado solo en la autodeterminación de género y sin intervenciones médicas u opiniones de terceros.²⁷ Esta regulación significa que las personas trans de este país europeo ya no serán más forzadas a esterilizarse a fin de cambiar legalmente su género.²⁸ Los únicos requerimientos son una edad mínima de 18 años y un “período de reflexión” de seis meses (una carga que está ausente en la ley argentina). Con esta decisión Dinamarca se convierte en el primer país europeo en establecer una regulación del derecho a la identidad de género que pareciera ser respetuosa de los derechos humanos.

Sin embargo, este modelo debe cohabitar con otro modelo retrógado todavía vigente en Europa que no permite el casamiento entre las personas del mismo sexo, circunstancia que en muchos países crea obstáculos para el respeto de los derechos de las personas trans, como es el caso en el que se ven forzadas a terminar matrimonios para poder cambiar de manera legal su género. Lo más penoso de esta situación de violación de los derechos de las personas transgénero es que ha tenido el visto bueno de la Corte Europea de Derechos Humanos en un caso en el cual consideró que la ley de confirmación de género de transexuales de Finlandia, que obligaba a Heli Hämäläinen, de 51 años, a divorciarse de su mujer, o convertir su matrimonio en una unión civil si quería obtener el cambio de género, no violaba la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁹ La Corte argumentó que las diferencias menores que existen bajo la ley finlandesa entre el matrimonio y la unión civil implican que la conversión

²⁶ Ver “Andalucía será la primera región europea en despatologizar la transexualidad” 08/01/2014. Disponible en http://www.eldiario.es/andalucia/Claves-andaluza-transexualidad-vanguardia-europea_0_196680636.html.

²⁷ Por ejemplo, el título de una nota periodística es “Denmark goes Argentina! (*¿Dinamarca se transforma en Argentina!*) Denmark passes best legal gender recognition law in Europe”, 11/06/2014. Disponible en <http://tgeu.org/denmark-goes-argentina/>

²⁸ Muchos países europeos ordenan realizar procedimientos de esterilización forzada a aquellas personas que buscan cambiar de género. Ver la nota 18 de este capítulo.

²⁹ *Hämäläinen v. Finland* No 37359/09, ECHR 2014, Judgment of 16/07/2014. Para un análisis de las implicancias de este caso para la región europea ver “European Court Of Human Rights Deals Blow To Trans Rights And Marriage Equality”, 17/7/2014. Disponible en <http://www.buzzfeed.com/lesterfeder/european-court-of-human-rights-deals-blow-to-trans-rights-an>.

Subordinaciones invertidas

de su matrimonio en una unión civil no implicaba una pérdida significativa de derechos. Este retroceso para la protección de los derechos de las personas LGBT no ha logrado frenar los avances que en la materia están aconteciendo en el mundo a una velocidad considerable.

El año 2015 fue particularmente fructífero en materia de reconocimiento de los derechos de las personas transgénero. Malta, Colombia, la Ciudad de México son lugares que se han hecho eco de esta tendencia mundial hacia la despatologización del género. Y el año 2016 se inauguró con la incorporación de Irlanda, Chile, Bolivia y Noruega entre los países que están a la delantera en el tema.

En el ámbito europeo, en abril de 2015, el Parlamento de Malta aprobó el “Acta de Identidad de Género y Características Sexuales”, la que es el resultado de la fertilización de la legislación de Malta con la corriente despatologizadora iniciada por los “Principios de Yogyakarta” y continuada por primera vez a nivel doméstico por la Argentina.³⁰ En el proceso de elaboración del proyecto de ley maltesa participaron activistas LGBT locales e internacionales, entre los que participó un activista argentino.³¹ El acta reconoce el derecho a demorar la inscripción inicial del sexo en la partida y otros marcadores de género distintos a la f y la m, como es el caso de la x. En un giro más novedoso aún que la ley argentina sobre el tema, el artículo 14 del acta maltesa sobre el derecho a la integridad corporal y a la autonomía física declara ilegal la realización de tratamientos de asignación de sexo o intervenciones quirúrgicas sobre las características sexuales de una persona menor de edad, receptando de este modo el principal reclamo de las personas intersex. Sin embargo, a diferencia de la ley argentina, no incluye el acceso gratuito a procedimientos biotecnológicos de afirmación de género, tratamientos hormonales o cirugías. El acta establece que para cambiar de género no podrá requerirse ninguna prueba de la realización de procedimientos quirúrgicos de reasignación total o parcial de género, terapias hormonales o ningún otro tratamiento psiquiátrico, psicológico o médico. Además, estipula que, a través de un procedimiento judicial, deberá tenerse

³⁰ Un año antes la Constitución de Malta fue la primera en el mundo en proteger el derecho a la identidad de género. Ya en ese momento, conforme activistas de dicho país, se estaba preparando una propuesta sobre los procedimientos para el reconocimiento de género, que fue la base del acta comentada, que tomaría como modelo la ley argentina sobre el derecho a la identidad de género. Ver en <http://tgeu.org/malta-douze-points-first-constitution-in-europe-to-name-gender-identity-tgeu-statement/>.

³¹ Ver Mauro Cabral, “en el camino”, *Suplemento SOY de Página12*, 17/04/2015. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-3937-2015-04-17.html>

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

en cuenta el superior interés del niño y su voluntad respecto de solicitantes menores de 18 años representados por sus padres o guardianes legales. La ley también ordena el respeto del reconocimiento de género realizado en el exterior y establece un grupo de trabajo sobre *healthcare* de las personas trans que debe investigar las mejores prácticas internacionales en la materia.

Irlanda también se ha sumado a los países de Europa que están decidiendo darle una vuelta de tuerca al entendimiento vetusto médico-psiquiátrico de la identidad de género en pos de uno que jerarquiza la decisión personal sobre el tema. En julio de 2015 este país sancionó la Ley sobre el Reconocimiento del Género que elimina la necesidad de la intervención médica o del Estado para cambiar el género legal.³²

El siguiente país europeo en seguir el camino hacia la despatologización del género fue Noruega. El 6 de junio de 2016 el Parlamento de este país aprobó una nueva Ley de Identidad de Género que establece que con un simple trámite administrativo las personas mayores de 16 años podrán modificar la referencia al sexo que aparece en sus documentos oficiales. El mismo procedimiento se aplicará a las niñas y adolescentes de entre 6 y 16 años, siempre que cuenten con el visto bueno de sus tutores legales. De no contar con este acuerdo un comité externo gubernamental resolverá la cuestión teniendo en cuenta el bienestar del menor de edad. Los cambios de estatus legal en menores de 6 años quedan limitados a los casos en los que alteraciones del desarrollo sexual no hayan permitido antes adjudicar el sexo que mejor se corresponde con la identidad de género que manifiestan.³³ Con esta legislación, Noruega se convierte en el segundo país después de la Argentina en reconocer el derecho a la identidad de género de las niñas y adolescentes, aunque corresponde resaltar que la ley argentina no establece el límite de seis años que en cambio sí establece la ley noruega para que las niñas puedan gozar de este derecho.

Una región que merece especial atención respecto del desarrollo en la materia es Latinoamérica. Unos meses antes que Irlanda, el gobierno de Colombia sancionó el Decreto N° 1227, de junio de 2015, que exige a los notarios y a la Registraduría darles trámite inmediato a las peticiones de las

³² “Ireland passes law allowing trans people to choose their legal gender”, *The Guardian*, 16/07/2015. Disponible en <http://www.theguardian.com/world/2015/jul/16/ireland-transgender-law-gender-recognition-bill-passed>

³³ Ver la noticia en <https://www.hrw.org/news/2016/06/07/dispatches-norways-transgender-rights-transformation>. Además ver “Noruega: avance histórico para los derechos trans”, 18/03/2016. Disponible en <http://www.amnistia.org/profiles/blogs/noruega-avance-historico-para-los-derechos-trans>.

Subordinaciones invertidas

personas transgénero que desean cambiar el sexo consignado en sus documentos de identidad por el que adquirieron o desean tener. Esta norma elimina los exámenes médicos a los efectos de la modificación de la identidad sexual que figura en los documentos. El decreto es producto del trabajo sostenido entre el gobierno y organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos de personas trans, en particular, la coalición Aquelarre Trans (compuesta por organizaciones como PAIIS, Colombia Diversa, Fundación Procrear, Fundación Santa María, PARCES Ong, GATT y Colectivo Entre-tránsitos).³⁴ Activistas argentinxs, algunxs de ellxs redactorxs del proyecto de la ley argentina, colaboraron con Aquelarre Trans y Colombia Diversa en el proceso de redacción y discusión del borrador de la norma.³⁵

Por su parte, unos meses antes, el pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México aprobó, con 42 votos a favor, ninguno en contra y seis abstenciones, el dictamen que elimina el juicio que debían realizar las personas que decidían cambiar su identidad de género, sustituyéndolo por un simple y sencillo trámite administrativo ante el Registro Civil. Antes, se podía llevar a cabo el cambio de género mediante un juicio en el que se debía presentar un peritaje psicológico y médico que corroborara que la persona estaba tomando hormonas para modificar su cuerpo. El dictamen aprobado considera reformas, adiciones y la derogación de diversas disposiciones del Código Civil y de los Procedimientos Civiles del Distrito Federal relativos a la rectificación “de actas y garantías del derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, a través de un procedimiento administrativo ante el Registro Civil del DF” (noviembre de 2014). Según esta modificación, para realizar el levantamiento de una nueva acta de nacimiento debe hacerse una solicitud con copia certificada del acta de nacimiento, original y copia de la identificación y comprobante de domicilio. El dictamen fue resultado del trabajo conjunto

³⁴ El jefe del Ministerio Público radicó una demanda de nulidad a fin de que se revoque el decreto 1227 del Ministerio del Interior y de Justicia. En los meses posteriores a la sanción del decreto el procurador ha demandado nulidades de cada pronunciamiento que favorece los derechos LGBT (tal el caso del decreto aquí comentado, de la Sentencia T- 478 de 2015 de la Corte Constitucional en el caso de Sergio Urrego sobre discriminación por orientación sexual e identidad de género en ambientes escolares y la sentencia de la Corte Constitucional colombiana que reconoce la adopción igualitaria. Ver “Mi sexo, mi cédula, yo decido”, diario *El Espectador*, 30/10/2015. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/mi-sexo-mi-cedula-yo-decido-articulo-596196>.

³⁵ Conforme AboSex (Abogados por los derechos sexuales), 30/06/2015. Disponible en <https://abosex.wordpress.com/2015/06/30/colombia-despatologiza-y-desjudicializa-el-reconocimiento-de-la-identidad-de-genero/>.

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

realizado por distintas entidades estatales, el Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (CONAPRED) y organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos de las personas trans, en particular la Coalición T47.

La reciente experiencia de Chile también merece mención. El proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho de identidad de género,³⁶ ingresó a tramitación legislativa en mayo de 2013 y en la actualidad tiene asignada la etiqueta de “suma urgencia” (información recabada en enero de 2016). Primero fue aprobado por la Comisión de DDHH del Senado y luego pasó a la Comisión de Constitución. Acto seguido, el proyecto fue remitido a la Corte Suprema para recabar su parecer. Este tribunal, al informar sobre el proyecto al Senado, consideró que la exigencia de aprobación judicial no tenía sentido si, al mismo tiempo y de forma consistente con la definición de identidad de género (“vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente respecto de sí misma”) el proyecto prohibía al juez solicitar como medios de prueba exámenes médicos o psicológicos, o evidencias basadas en la vestimenta, etcétera, pues justamente lo decisivo para acoger la petición era la vivencia íntima del solicitante.³⁷ Por esa razón, el máximo tribunal de Chile consideró preferible entregar al Registro Civil la competencia para recibir y aprobar las solicitudes.³⁸

Además, Chile conjuntamente con Malta están abriendo el camino en lo referido a la prohibición de la realización de cirugías de asignación de género en bebés intersex.³⁹ La Circular 18, del 22 de Diciembre de 2015, titulada “Instruye sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex” emitida por la Subsecretaría de Salud Pública ordena a todos los centros médicos del país detener cualquier intervención quirúrgica a niños y niñas intersexuales con el fin de que no se lleven a cabo tratamientos innecesarios para “normalizar” el sexo de los menores, como cirugías genitales irreversibles. Dicha circular instruye esperar a que los menores “tengan la edad suficiente para decidir sobre sus cuerpos”. Además, establece que debe elaborarse un protocolo en términos similares a los que existen desde el 2011 para la población transexual.

³⁶ Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, Boletín N° 8924-07.

³⁷ Conforme el punto Duodécimo a) del Informe Proyecto de Ley 46-2015 de la Corte Suprema chilena.

³⁸ Agradezco a Jaime Couso Salas la información brindada.

³⁹ Ver Morgan, “Chilean Ministry of Health issues instructions stopping “normalising” interventions on intersex children”, Organization Intersex International Australia, 11/1/2016. Disponible en <https://oii.org.au/30250/chilean-ministry-stops-normalising/>.

Subordinaciones invertidas

Así también, se encomienda a los servicios de salud crear mesas de trabajo de expertos y seguir los conductos regulares actuales para seleccionar el sexo registral, pero sin cirugías.

En la mayoría de los países de Latinoamérica el debate respecto de la protección de los derechos de las minorías sexuales gira en torno a la creación de normas favorables para estos grupos. Además de las experiencias expuestas, las constituciones nacionales de Ecuador y Bolivia reconocen el derecho a la no discriminación con motivo de la identidad de género.⁴⁰ En mayo de 2016, se sancionó en Bolivia la Ley N° 807 de Identidad de Género que permite a las personas transexuales y transgénero mayores de 18 años hacer el cambio de nombre y género en sus documentos personales.

En otros países, el camino adoptado para reconocer el derecho a la identidad de género centrado en su percepción personal ha sido el judicial. La Corte Suprema india en el caso “NALSA”, relativo al reconocimiento de los derechos de las personas transgénero, es un ejemplo notorio de ello. Este caso fue presentado por la Autoridad Nacional de Servicios Legales de India (NALSA).⁴¹ Otros peticionarios fueron la organización no gubernamental Women Welfare Society Poojya Mata Nasib Kaur Ji y Laxmi Narayan Tripathy, una renombrada activista Hijra. La opinión de la Corte, elaborada por el juez Radhakrishnan, se apoya en los artículos 14 (derecho a la igualdad), 15 y 16 (derecho a la no discriminación), 19 (derecho a la libertad de expresión), 21 (derecho a vivir con dignidad y el derecho a la autonomía), 51 (principio rector de la política del

⁴⁰ Constitución de Ecuador, artículo 14. II: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona”. Constitución de Bolivia, artículo 11: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios [...] Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

⁴¹ NALSA fue establecida por la ley de autoridades de servicios legales del año 1987 para brindar servicios legales gratuitos a los sectores más débiles de la sociedad. Ver <http://nalsa.gov.in/>.

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

estado que promueve el respeto por el derecho internacional) y las voces justicia social, económica y política del Preámbulo de la Constitución.

Basándose en la definición brindada por los “Principios de Yogyakarta”, la Corte Suprema india se pronunció a favor del reconocimiento del derecho a la identidad de género. Para ello creó una categoría denominada “tercer género” para aquellas personas que no se identifican ni como hombres, ni como mujeres. La decisión judicial reconoce a la palabra transgénero en un sentido amplio de forma tal de incluir comunidades regionales y transregionales prominentes tales como los Hijras, Kothis, Aravanis, Jogappas, Shiv Shaktis, etcétera, y a las personas transgénero (ver “NALSA”, párrafos 12 y 129). Al respecto, los jueces de forma específica clarificaron que se están refiriendo a dos tipos distintos de reclamo de identidad de género: en primer lugar, que las personas trans pueden optar por ser reconocidas como un tercer género o, en segundo lugar, que pueden decidir su género dentro del esquema binario de hombre/mujer independientemente de su sexo biológico.⁴² Respecto de la cirugía de reasignación de sexo, la Corte le indica al gobierno que se aparte de la evaluación de género en términos biológicos y que en su lugar siga la psique de la persona en la determinación de su género (ver “NALSA”, párrafo 75).

El tribunal supremo indio en “NALSA” le ordena a los gobiernos locales y al central adoptar los pasos necesarios para permitir un estatus igualitario al asegurar un sistema de salud, de seguridad social, educación y empleo adecuado, como así también baños públicos separados, además de otras garantías contra la discriminación (ver “NALSA”, párrafo 129). Dichos gobiernos también deben adoptar las medidas necesarias para crear conciencia pública para que las personas trans se sientan que son parte de la vida social y que no sean tratadas como intocables (ver “NALSA”, párrafo 129). Todos los documentos que acreditan identidad, como los certificados de nacimiento, las licencias de conducir y pasaportes, deberán tener, además de los casilleros que dicen hombre y mujer, otro llamado tercer género. En especial, la decisión resalta en varias ocasiones el sufrimiento histórico al que se ha sometido a la comunidad transgénero.⁴³

La Corte destaca los orígenes indígenas de la cultura hijra y la rica tradición mitológica e histórica india llena de representaciones de personas del tercer género para marcar que la Constitución del país debe ser interpretada de forma tal de receptor el cambio de miradas estigmatizantes de la época de la colonia británica hacia otras miradas más inclusivas de la era poscolonial. En India,

⁴² Ver Siddharth Narrain, “(En) Gendering a Rights Revolution,” *Kafila*, 16/04/2014. Disponible en <http://kafila.org/2014/04/16/en-gendering-a-rights-revolution-siddharth-narrain/>

⁴³ Ver, por ejemplo, el párrafo 16.

Subordinaciones invertidas

las personas transgénero fueron criminalizadas en la Sección 377 del Código Penal sancionado durante la administración colonial británica en 1860, el que continúa vigente. Según la Sección 377 quien tenga relaciones carnales voluntarias “contra el orden de la naturaleza” con cualquier hombre, mujer o animal, será castigado con hasta 10 años de prisión o una multa. Organizaciones LGBT impugnaron esta norma bajo el argumento de que, a pesar de que la legislación pareciera ser neutral, tiene un efecto discriminatorio contra las personas LGBT, en particular los hombres homosexuales. La Corte india en su decisión en el caso “Suresh Kumar Koushal” de diciembre de 2013, emitida por otra sala distinta a la que decidió “NALSA”, confirmó la constitucionalidad de la Sección 377.⁴⁴

El juez Radhakrishnan reconoce en “NALSA” que la Sección 377 es utilizada por la policía como un instrumento de acoso y de abuso físico en contra de las personas transgénero (ver párrafo 18). No obstante, y dado que el pronunciamiento en “Koushal” es reciente, sostuvo que “no expresamos opinión sobre ella (la sección 377) dado que en este caso estamos preocupados con una cuestión diferente relativa a los derechos constitucionales y legales de la comunidad transgénero y de su identidad de género y su orientación sexual”.⁴⁵ De esta manera, la Corte india no modifica “Kousal” y en cambio se focaliza en el reconocimiento jurídico de la comunidad transgénero. Como consecuencia de ello, hoy la República de India tiene leyes sobre género y sexualidad contradictorias, siendo los grandes perdedores de esta historia las personas homosexuales.

El máximo tribunal en “NALSA” realiza una detallada referencia de los tratados internacionales de derechos humanos, de leyes de otros países y de una importante cantidad de jurisprudencia que ha sido emitida en otras jurisdicciones. En esta mención jurisprudencial recurre no solo a aquella de países del primer mundo, sino también a países como Pakistán y Nepal, quienes han reconocido los derechos de las personas trans. Entre las decisiones de otros países citadas se encuentra la ley argentina sobre el derecho a la identidad de género, a la que describe minuciosamente:

En el año 2012 el Senado de Argentina sancionó una ley de identidad de género que reconoce el derecho de todas las personas a que se les reconozca su identidad de género como así también el libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y a que puedan requerir que sus sexo

⁴⁴ Sentencia “Suresh Kumar Koushal and another v NAZ Foundation and others”, Corte Suprema de India: Apelación Civil No 10972, 11/12/ 2013. Disponible en <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Case%20Summary%20Suresh%20Kumar%20Koushal%20and%20another%20v%20NAZ%20Foundation%20and%20others.pdf>

⁴⁵ Id.

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

registrado sea enmendado junto al cambio de nombre e imagen cuando no concuerden con la identidad de género auto-percibida. Tampoco es necesario que prueben que se han llevado a cabo procedimientos quirúrgicos totales o parciales de reasignación genital, terapias hormonales o cualquier otro tratamiento médico o psicológico. El artículo 12 trata sobre el tratamiento digno, conforme el cual ordena respetar la identidad de género adoptada por la persona a pesar de que su nombre sea diferente de aquel registrado en los documentos de identidad. Otras leyes también proveen que, cuando sea requerido por la persona, se debe utilizar el nombre elegido para llamar, registrar, llenar, citar y cualquier otro procedimiento o servicio en los ámbitos público y privado (“NALSA”, párrafo 40).

En este punto corresponde tener en cuenta que la decisión india se da en un contexto en el que Asia es otra localización, al igual que Latinoamérica, donde los derechos de las personas trans ven ampliada su protección jurídica. Por ejemplo, Nepal se convirtió en el primer país de Asia en reconocer en su texto magno los derechos de la comunidad LGBT.⁴⁶ Antes, los tribunales supremos de Paquistán y Bangladesh también habían adoptado decisiones en el mismo sentido.

Volviendo al análisis de los tribunales que han receptado la perspectiva despatologizadora de la identidad de género, cabe mencionar a la Corte Constitucional de Colombia. En el año 2015, citando los “Principios de Yogyakarta” y la ley argentina sobre el derecho a la identidad de género, entre otras normas y decisiones judiciales, adoptó tal perspectiva en un caso en el que se discutía la constitucionalidad de la obligatoriedad de la libreta militar para las mujeres transgénero.⁴⁷ Esta decisión fue la antesala para la sanción del Decreto N° 1227 ya comentado, dado que tuvo lugar solo unos meses antes de su aprobación. Las organizaciones miembros de la Coalición Aquelarre Transgénero, que tuvieron un rol muy activo en el proceso de elaboración del decreto, presentaron su opi-

⁴⁶ Kyle Knight, “How Nepal’s Constitution Got Queered”, *Human Rights Watch*, 14/10/2015. Disponible en <https://www.hrw.org/news/2015/10/14/how-nepals-constitution-got-queered>. La provisión sobre el derecho a la igualdad de dicho país establece que, “No se discriminará a ningún ciudadano en la aplicación de las leyes generales en razón de su religión, color, casta, tribu, sexo, orientación sexual, estado físico, discapacidad, estado de salud, estado civil, embarazo, condición financiera, origen, idioma o región, convicción ideológica o por cualquiera de dichas razones.” La Constitución también estipula que el Estado deberá “dictar disposiciones legales especiales para la protección, emporaderamiento o promoción (entre otros) de las minorías definidas por su orientación sexual e identidad de género”.

⁴⁷ La Sentencia T-063/15, Sala primera de Revisión de la Corte Constitucional, decisión del 13/02/2015.

Subordinaciones invertidas

nión en relación con el caso sometido a revisión. Respecto de la ley argentina, la Corte colombiana reconoce su carácter paradigmático y de guía del rumbo que se debe seguir en la materia en términos no patologizantes cuando afirma que se considera a la ley argentina "... el procedimiento a nivel global más respetuoso de los derechos de las personas transgénero".⁴⁸

Todas las iniciativas expuestas enarbolan los "Principios de Yogyakarta" y su modelo despatologizador, marcando de este modo una tendencia en la cual este *soft law* creado por activistas y expertos de distintas partes del mundo es reconocido no solo por los órganos formales del sistema internacional de derechos humanos, sino también por los órdenes jurídicos de muchos países, y la Argentina fue el primero de ellos en aceptarlo en su legislación.

La perspectiva de la identidad de género como autodeterminada tiene su origen en varias periferias distintas. La palabra "periferia" aquí empleada tiene por objeto denotar tres rasgos destacados de la interacción normativa que genera el DIG. En primer término, periferia refiere a quién es su productor. En el caso del modelo despatologizador del derecho a la identidad de género, los activistas LGBT de distintas partes del mundo que elaboraron los "Principios de Yogyakarta", quienes ni siquiera son reconocidos como ciudadanos de primera en sus propios países. Ryan Thoreson señala que la conceptualización de los derechos humanos LGBT es definida por activistxs internacionales que establecen quién establece qué, quién califica para la protección de tales derechos, y cómo se institucionalizan sus ideas en las Naciones Unidas y en otras partes del mundo (ver 2014). Por su parte, Levitt y Merry señalan que los activistas de los movimientos sociales y los directores y empleados de las ONG son vernaculizadores, es decir, quienes transportan ideas de un contexto al otro, adaptándolo y moldeándolo (ver 2009). El trasplante de los principios al sistema jurídico argentino no fue promovido por el gobierno, ni el gobierno ha generado este tipo de intercambio de bienes jurídicos, sino las mismas personas que harán uso de la ley; el gobierno argentino, es cierto, aprobó la ley, pero ella fue gestada, pensada, elaborada, promovida fuera de él, sin la colaboración de los distintos órganos del Estado hasta la etapa final de discusión y aprobación legislativa.

En segundo término, por "periferia" debe entenderse al hecho de que las normas a las que la Argentina le dio una forma de aplicación específica, los "Principios de Yogyakarta", no pertenecen al ámbito formal del derecho, ni al derecho formal local, ni al derecho internacional local, sino que son producto del *soft law*.

⁴⁸ Id., apartado 6.2.2.3. Los "Principios de Yogyakarta" son mencionados en el apartado 6.2.1.

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

En tercer término, por “periferia” se hace referencia al hecho de que quien recepta y aplica por primera vez el modelo de identidad de género autopercebido es una jurisdicción, la Argentina, que se ubica en los márgenes de los centros tradicionales de producción del saber normativo. Desde este país se está exportando a otros países dicho modelo. Pertenece al “sur”, es decir, a una jurisdicción descrita como periférica. Esto trastoca y subvierte dinámicas tradicionales relativas a la colonización del saber que involucra la producción del conocimiento concentrada en el “norte”, es decir, en jurisdicciones prestigiosas y centrales, y cuyo consumo o recepción está generalmente concentrada en el “sur”.⁴⁹

En resumen, la acepción periferia es aquí utilizada para hacer referencia a estos tres escenarios y actores: activistas despreciados por su sexualidad que elaboran el modelo despatologizador, principios y normas elaboradas fuera de cualquier sistema jurídico formal, y la primera recepción local de dicho modelo realizada por un país en los márgenes de la producción normativa global. De esta forma se invierte el lugar subordinado que la academia, el activismo y la producción jurídica de las periferias mencionadas tienen en los circuitos globales de producción y difusión de ideas sobre el derecho, constituyéndose y afianzándose como el canon normalizado a escala global.⁵⁰ El desarrollo del derecho a la identidad de género también muestra el surgimiento de un intercambio paritario entre jurisdicciones del sur-sur. Esto se observa, por ejemplo, en las referencias a la legislación argentina de parte de tribunales de la India y de Colombia.

Muchos de los ejemplos expuestos en los párrafos precedentes muestran que ideas novedosas sobre el derecho a la identidad de género originadas en distintas periferias descritas se están irradiando a países, algunos de ellos centrales, y a organismos internacionales de derechos humanos formales, quienes están comenzando a utilizarlas y a trasplantarlas, invirtiendo esquemas tradicionales respecto de quién es el productor y receptor del conocimiento. En este sentido, en la actualidad, países, muchos de ellos centrales, y organismos internacionales están comenzando a ser importadores del modelo despatologizador del género creado en los márgenes del derecho internacional, por personas cuya identidad

⁴⁹ Las referencias al norte y al sur no son necesariamente geográficas sino que tienen por objeto la distribución desigual del poder político, económico, militar y cultural entre distintos países del mundo. Para una crítica de la dinámica centro-periferia respecto de la academia del derecho y las clínicas jurídicas ver Bonilla, 2013.

⁵⁰ La distinción entre sitios de producción y de recepción normativa la extraigo de Lopez Medina, 2009. Ver también Lopez Medina, 2005.

Subordinaciones invertidas

de género u orientación sexual también es considerada que está en los márgenes de lo socialmente aceptable, y cuya primera aplicación concreta tiene lugar en un país ubicado también en los márgenes.

El desarrollo de los fenómenos normativos descritos consiste en manifestaciones de flujos y migraciones transnacionales. César Rodríguez Garavito afirma que este proceso de surgimiento de un derecho poswestfaliano, como él lo llama, requiere:

Una concepción amplia de la transnacionalización del derecho que permita incluir y entender no solo los fenómenos que tienen lugar en la escala global (por ejemplo, el surgimiento de instituciones como la Corte Penal Internacional), sino aquellos que, aunque suceden en la escala nacional, son manifestaciones de flujos transnacionales [...]. Igualmente, un marco poswestfaliano debe dar cabida analítica a las formas plurales de regulación que gobiernan los flujos transnacionales, incluyendo las clásicas del derecho internacional “duro” (vinculantes en sentido jurídico estricto) y las múltiples formas de “derecho blando” (no vinculantes en sentido estricto). Estas últimas van desde las más institucionalizadas (por ejemplo, las recomendaciones de organismos intergubernamentales de derechos humanos) hasta las más informales (por ejemplo, los estándares de coordinación de Cortes o agencias estatales), pasando por tipos intermedios como los códigos de conducta empresariales en materia ambiental y laboral (2011: 78).

En este sentido, el escenario jurídico mundial actual se caracteriza por un creciente volumen de migración y fertilización jurídica de carácter complejo donde la autoridad de las decisiones de algunas jurisdicciones influye cada vez más en las decisiones adoptadas por otras jurisdicciones.⁵¹ La movilidad del derecho a la identidad de género denota una más de las migraciones jurídicas que se están produciendo en el mundo. Muchos órganos de decisiones nacionales y/o internacionales recurren a fuentes legales que no son de obligado cumplimiento efectivo para ellos pero que terminan teniendo efecto en el derecho doméstico. Estas fuentes legales se encuentran establecidas fuera de las fronteras jurídicas tradicionales las que, a diferencia de las primeras, sí son obligatorias. Tales fuentes legales no obligatorias consisten, entre otras, en el derecho comparado, el derecho internacional y el derecho trasnacional.⁵²

⁵¹ Algunas obras que tratan sobre estas migraciones y fertilizaciones jurídicas son Merry, 2006 y Dezalay y Garth, 2012.

⁵² Sobre las tensiones inherentes a la idea del autogobierno constitucional y las afirmaciones de autoridad hechas por el derecho internacional ver Choudhry, 2011.

Capítulo 6. Las migraciones del derecho a la identidad de género

A modo de ejemplo, se ha sostenido que la penetración de los argumentos de las decisiones desde ámbitos regionales de protección de derechos al ámbito nacional se da por medio de una interacción continua entre cada uno de ellos, en la cual el derecho internacional sobre los derechos humanos está prevaleciendo cada vez más sobre los sistemas jurídicos locales, ya sea en virtud de la incorporación constitucional de tratados de derechos humanos –tal como es el caso de la Argentina y de Colombia–, o a través de la cita de decisiones internacionales por parte de los tribunales nacionales.⁵³

Sin embargo, la dinámica presente en las migraciones transnacionales del derecho a la identidad despatologizante tiene una trayectoria diferente. Se origina a nivel internacional, pero no en los organismos formales del sistema internacional de los derechos humanos, sino en uno informal. Además, se está replicando y exportando a dos ámbitos principales, el internacional formal y el nacional, aunque la recepción en el primero de ellos se encuentra más rezagada respecto de la velocidad que se observa de tal recepción en las jurisdicciones locales.

Estas interacciones transnacionales forman parte de un tipo de intercambio y deliberación que, según fue descrito en el último punto del segundo capítulo de este libro, Seyla Benhabib, denomina “iteraciones democráticas”. En ellas se contextualizan, cuestionan, invocan y revocan distintas posiciones sobre derechos a través de diálogos políticos y morales. Ello tiene lugar de una forma interconectada, en las instituciones jurídicas y políticas locales, nacionales y/o internacionales y en constante vinculación con las asociaciones de la sociedad civil. Por su parte, Peggy Levitt y Sally Merry han denominado al proceso de

⁵³ En este contexto se enmarca el desarrollo del “control de convencionalidad” de la Corte IDH en varios casos. Se refiere a la obligación de los tribunales domésticos de llevar a cabo dicho control como parte del trabajo jurisdiccional. La Corte IDH a mantenido: “Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. [...] Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH, Caso “Atala Riffo e daughters v. Chile”, Sentencia del 24/2/2012. Series C, N° 239, pars. 281 y 282. Sobre este tema ver también Contesse, 2014.

Subordinaciones invertidas

apropiación y adopción local de ideas y estrategias generadas de forma global “vernacularización” (*vernacularization*) (2009). Aunque su trabajo analiza cómo las ideas globales sobre los derechos de las mujeres son traducidos a los contextos locales y cómo lo local responde, es dable aplicar su marco conceptual a las migraciones que conforman el proceso extensivo del DIG despatologizado.

Conforme lo expuesto ya se observan iniciativas firmes a fin de despatologizar las identidades de género en el sentido propugnado por la Argentina como modelo mundial que está siendo copiado o tomado como ejemplo en muchas partes del mundo. En otras localidades, como por ejemplo Chile, se está debatiendo un proyecto de ley sobre el tema que seguramente pronto sea aprobado por su legislatura. Sin duda, el derecho a la identidad de género establecido por la ley argentina debe darse a conocer y extrapolarse a todo el mundo ya que rompe con los modelos existentes que patologizan las identidades de género diversas. Por consiguiente, la aprobación legislativa de un modelo que no patologiza a las personas transgénero, sino que por el contrario, reconoce sus derechos, no es solo un comienzo auspicioso para la Argentina, sino también para el resto del mundo.