

Capítulo 2

La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género en la Argentina

El reconocimiento de los derechos de la comunidad lesbiana, gay, bisexual y transgénero argentina (LGBT) fue un proceso lento y gradual. El Estado fue concediéndolos a cuentagotas primero y luego, con algo más de fluidez y velocidad. Aquí no se busca hacer un relevamiento exhaustivo de la historia de la lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT, ni de todos los argumentos legales utilizados, sino tan solo marcar los momentos que permitan trazar una suerte de genealogía en la que se inserta la sanción de la ley de derecho a la identidad de género. Estos momentos son procesos elásticos, siempre en movimiento, complejos e imposibles de capturar en una perspectiva evolutiva y lineal. Por ello, el objetivo de este apartado consiste en dar algunas guías, algunas coordenadas para entender una historia superpuesta, fluida, cambiante y mucho más abarcativa de lo que se expondrá.

La transición a la democracia y la visibilización LGBT, el reconocimiento de derechos y las articulaciones con otros grupos sociales

Un punto de partida para pensar esta genealogía consiste en la vuelta a la democracia en la Argentina en el año 1983 de la mano del triunfo electoral de Raúl Alfonsín, luego de siete años de una cruenta dictadura cívico-militar. Tal retorno democrático significó la normalización institucional luego de las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por la dictadura que lo precedió. Fue una época de fuertes expectativas, en particular para aquellos sectores que buscaban ampliar sus derechos. Desde su instauración, se entendió a la democracia como un sistema inseparable de la protección de los derechos

Subordinaciones invertidas

humanos. Esta noción de democracia era ajena a la retórica política de los períodos constitucionales previos a la dictadura y se convirtió en la retórica en la que se fundó el reconocimiento de los derechos de los grupos desaventajados.

En sus primeros años, el Gobierno constitucional prestó especial atención a la recuperación de las instituciones democráticas. Es preciso tener en cuenta que el nuevo gobierno heredó el aparato represivo de las fuerzas de seguridad que operaron secuestrando, torturando y desapareciendo gente durante la dictadura. Y también heredó una cultura de desprecio y represión de la libertad de los argentinos. En este contexto, uno de los principales objetivos fue consolidar el respeto por la autonomía personal.¹

A fin de entender este aspecto de la transición democrática argentina es importante tener en cuenta las particularidades históricas que determinaron que en el país (y en la región) la expansión del Estado de bienestar y de los derechos sociales no siempre fuera acompañada por la correlativa expansión de los derechos cívicos y políticos. Es por ello que el reconocimiento formal de los derechos laborales y sociales no ha sido necesariamente consecuencia de la plena

¹ En varios casos dictaminados por la Corte Suprema durante los primeros años de democracia posdictadura, los jueces localizaron sus decisiones dentro del excepcional contexto político e histórico que representaba la transición a la democracia. En este contexto consideraron el principio de autonomía como un pilar fundamental sobre el que debe asentarse la reconstrucción de una democracia respetuosa de los derechos humanos. Son casos ilustrativos: “Fiorentino”, Fallos: 306:1752 (1984), sobre la inconstitucionalidad del allanamiento de un domicilio por la policía sin protección de la privacidad y los límites a la libertad de expresión; “Sejean”, Fallos 308:2268 (1986), sobre la inconstitucionalidad de la prohibición al divorcio vincular; “Portillo”, Fallos 312:496 (1989), concerniente a la aceptación de la objeción de conciencia contra la obligación de servir en el servicio militar; y el caso “Bazterrica”, Fallos 308:1392 (1986), sobre la inconstitucionalidad de la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal. El juez Petracchi, integrante de la Corte Suprema ha expresado: “En una sociedad como la nuestra en la que, a consecuencia de los extravíos del pasado, se han entronizado hábitos de conducta, modos de pensar y hasta formas de cultura autoritarios, si bien es de urgente necesidad que se enfrente amplia y debidamente el problema de la droga, es de igual urgencia que se lo haga —en el aspecto jurídico— dentro de los límites que la Constitución establece a los órganos estatales para inmiscuirse en la vida de los particulares. No menos perentorio y esencial que combatir la proliferación de las drogas (...) resulta afianzar la concepción ya consagrada en nuestra Carta Magna según la cual el Estado no puede ni debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles el marco de libertad necesario para que ellos los elijan”, ver “Bazterrica”, pp. 1460-1461. El artículo 19 de la Constitución Argentina establece el principio de autonomía: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

vigencia de los derechos civiles y políticos (ver Jelín, 2007). Dos eventos de la historia política argentina confluyen para explicar la prevalencia del primer tipo de derechos y de la escasa importancia que han tenido los últimos.

El primero de ellos consiste en el surgimiento, a mediados de la década del cuarenta del siglo xx, del Movimiento Peronista con su compromiso con la defensa de los derechos sociales como mecanismo para integrar a la clase social de los trabajadores como ciudadanos plenos. El peronismo le otorgó a la clase trabajadora un lugar en la política argentina, hasta entonces inexistente, como una fuerza social que reclamaba su reconocimiento y representación en la vida política de la nación. Para ello, postuló que ni el ejercicio de los derechos formales de ciudadanía, ni la mediación política de los partidos políticos eran suficientes para el reconocimiento de la ciudadanía plena de la clase trabajadora. Por el contrario, en su lugar, “la clase trabajadora, como fuerza social autónoma, había de tener acceso directo y por cierto privilegiado al Estado” (James, 2010: 32). Los derechos sociales y los sindicatos fueron los mecanismos elegidos para vehicular tal acceso.

El pensamiento peronista partía de cuestionar una idea central en el pensamiento liberal moderno relativa a la separación entre el Estado y la política, por un lado, y la sociedad civil y el mercado, por el otro. Al respecto, Daniel James expresa:

El éxito de Perón con los trabajadores se explicó, más bien, por su capacidad para refundir el problema total de la ciudadanía en un molde nuevo, de carácter social. El discurso peronista negó la validez de la separación, formulada por el liberalismo entre el Estado y la política por un lado y la sociedad civil por el otro. La ciudadanía ya no debía ser definida más simplemente en función de derechos individuales y relaciones dentro de la sociedad política, sino redefinida en función de la esfera económica y social de la sociedad civil. En los términos de su retórica, luchar por derechos en el orden de la política implicaba inevitablemente cambio social. Al subrayar constantemente la dimensión social de la ciudadanía, Perón desafiaba en forma explícita la validez de un concepto de democracia que la limitaba al goce de derechos políticos formales, y a la vez ampliaba ese concepto hasta hacerlo incluir en la participación en la vida social y económica de la nación. En parte esto se reflejó en la reclamación de una democracia que incluyera derechos y reformas sociales, así como en una actitud que trataba con escepticismo las demandas políticas formuladas en la retórica del liberalismo formal (2010: 29-30).

Subordinaciones invertidas

El segundo evento que incidió en un tardío afianzamiento de los derechos civiles y políticos fue la repetida interrupción de las instituciones que desde la década del treinta afectó a la democracia argentina. A partir del primer golpe de Estado, la vida política y social de la Argentina estuvo signada por la práctica habitual de deponer las autoridades gobernantes, lo que vino acompañado de la represión de las libertades fundamentales y de la suspensión de la posibilidad de ejercer los derechos políticos. Hasta la fecha, esta interrupción del orden institucional tuvo lugar en seis ocasiones. El último golpe de Estado fue en el año 1976 y tuvo una duración de siete años. Esta dictadura militar se caracterizó por la violación masiva de los derechos humanos.

Durante la década del setenta en la Argentina comenzó a hacerse palmario entre los distintos sectores de la población el descontento frente a las dictaduras. Tal descontento se basaba en la clausura de los canales de participación política y en la limitada política educativa, social y económica. Cabe recordar que tanto las dictaduras argentinas, como otras en la región, tuvieron lugar en el marco de la Guerra Fría. En este contexto, Estados Unidos creó y gestó la denominada “doctrina de seguridad nacional”, que fue exportada al resto de América con el objeto de garantizar el orden interno por medio del combate de las ideologías, las organizaciones o los movimientos que, dentro de cada país, pudieran favorecer o apoyar al comunismo. De esta forma se legitimó la usurpación del poder por parte de las Fuerzas Armadas y la violación sistemática de los derechos humanos de los ciudadanos.

Como reacción a tales dictaduras vieron la luz guerrillas de izquierda, cuya ideología le confiere un rol central a los derechos sociales como fundamento e instrumento para reducir las desigualdades socioeconómicas. Los derechos sociales adquieren una preeminencia discursiva tal que opaca a los derechos de carácter individual, los que terminan siendo relegados tanto por las organizaciones armadas de izquierda como por las dictaduras y su represión social. Recién con el retorno a la democracia se puso énfasis en jerarquizar también los derechos individuales como condición para eliminar años de represión y autoritarismo estatal. Pero para entonces, las ideas y las iniciativas relativas a los derechos económicos y sociales estaban ya naturalizadas y afianzadas.

La inclusión ciudadana de la clase trabajadora promovida y alcanzada por el peronismo en los términos descriptos, más las continuas interrupciones del orden institucional, han provocado que la evolución del concepto de ciudadanía adopte un curso de desarrollo distinto al teorizado por T. H. Marshall para Inglaterra (también seguido por Estados Unidos de Norteamérica y varios países de Europa), el cual ubica en un desarrollo temporal consecutivo primero a los

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

derechos civiles (siglo XVIII), luego a los políticos (siglo XIX) y finalmente, a los económico-sociales (siglo XX) (ver Marshall, 2005).

En suma, en la Argentina, la expansión del Estado de bienestar y de los derechos sociales no siempre estuvo acompañada por la adquisición de más y mejores derechos civiles y políticos. Por su parte, el reconocimiento formal de los derechos sociales tampoco fue una consecuencia del cumplimiento de los derechos civiles y políticos.

La vuelta a la democracia en aquellos países que sufrieron rupturas del orden institucional en la década del ochenta vino con el reconocimiento de la importancia de los derechos individuales como condición para eliminar las estructuras represivas establecidas durante los golpes de Estado, las que todavía continuaban operativas tras años de represión y autoritarismo estatal. Se diagnosticaba que, en gran medida, la distancia que existía entre los derechos reconocidos por la ley y las prácticas estatales y sociales que reflejaban el descrédito y la falta de cumplimiento de dichas normas eran consecuencia de la permanencia de las estructuras represivas (ver Jelin, 2007; Nino, 1997).

La apertura democrática también vino acompañada de la liberalización de los discursos y de las prácticas vinculadas a la sexualidad. A ello contribuyó la progresiva legitimación del discurso de los derechos humanos, que posibilitó la difusión de representaciones favorables al ejercicio de la diversidad sexual. Tal como señala Aluminé Moreno, “se ampliaron las posibilidades para postular como cuestiones susceptibles de discusión política experiencias relacionadas con la intimidad, el cuerpo, el género y la sexualidad. Es decir, se modificaron algunas condiciones que inciden sobre los procesos sociales de visibilidad e invisibilidad de la diversidad sexual y de sus sujetos y sujetas” (2008: 227).

Este escenario significó una oportunidad de expansión y diversificación de las demandas y modos de expresión y comunicación de las organizaciones LGBT. Aquí cabe recordar que la epidemia del virus de inmunodeficiencia humana o síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH-sida) forzó la atención pública a un tema conectado de manera directa con la sexualidad de las personas. Por ello, la expansión y diversificación de las organizaciones que pujaban por la diversidad sexual fue producto, en gran medida, de la movilización de recursos de toda índole (económicos, emocionales, jurídicos, médicos, etcétera) que generó la respuesta comunitaria a la epidemia del sida (ver Sívori, 2008). Al respecto, Horacio Sívori indica que “el combate al sida fue un gran movilizador, operando como fundamento moral del compromiso político y como puerta de entrada y punto de inflexión para el desarrollo de recursos simbólicos y materiales que

Subordinaciones invertidas

potenciarían la expansión del movimiento de las minorías sexuales como un todo y le darían una orientación específicas” (2008: 247).

Paradójicamente, más allá de la liberalización de los discursos y de las prácticas sexuales, las personas LGBT continuaban sufriendo estigmatizaciones, discriminaciones, limitaciones en el acceso a recursos fundamentales para la comunidad de la diversidad sexual (matrimonio, adopciones, cambios de nombres en registros y documentos de identidad, cirugías de cambio de sexo, etcétera), así como también la criminalización de la que eran objeto bajo la forma de detenciones por averiguación de identidad y la imputación de presuntas contravenciones o faltas de parte de los agentes de las fuerzas de seguridad y de los efectores de Justicia. En la Argentina, normas tales como los Edictos Policiales y Códigos Contravencionales fueron empleadas para legitimar la violencia estatal dirigida contra las personas homosexuales y travestis, con el fin de “limpiar” la sociedad de las “patologías sociales” que ellas, según esta mirada, encarnaban. Uno de los párrafos de los fundamentos del proyecto de ley sobre el “Régimen reparatorio para víctimas de violencia institucional por motivos de identidad de género” ilustra de forma acabada la dinámica persecutoria de las sexualidades disidentes:

El estado argentino hizo uso del poder de policía como técnica gubernamental, con fines higienistas: sus representaciones, lenguajes, metáforas, modelos de análisis y modos de control sirvieron de base para su concreción en las figuras contravencionales y edictales. En este sentido ciertos cuerpos y la expresión de determinadas identidades sociales asociadas al género, a la orientación sexual, a la condición social o a la nacionalidad, eran consideradas “patologías sociales” que ponían en peligro la salubridad moral del estado-nación. La Policía recurrió a la elaboración de figuras punitivas asociadas a sujetos y conductas, que merecían ser corregidas.²

En este contexto de restricción y negación de sus derechos, las organizaciones LGBT entendieron desde sus inicios que era conveniente amalgamar sus demandas con las de otros grupos sociales. La razón principal fue el despliegue represivo de las fuerzas policiales contra los homosexuales, que consistía centralmente en razias y detenciones por averiguación de antecedentes fundadas en los Edictos

² Ver los fundamentos del proyecto de ley sobre el “Régimen reparatorio para víctimas de violencia institucional por motivos de identidad de género”, *Redacción 24*, 25/11/2014. Disponible en <http://www.redaccion24.com.ar/nota/41931/conti-impulsa-una-pension-graciable-para-transsexuales-y-travestis-por-violencia-de-genero-institucional.html>.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

Policiales. Las dinámicas de esta represión se conectaban con la permanencia, aun en democracia, del aparato represivo de la dictadura.

De esta forma, las organizaciones LGBT buscaron articular su lucha específica con la de los movimientos de derechos humanos, el feminismo, las agrupaciones de estudiantes universitarios y las víctimas de la represión policial (ver Bellucci, 2010; Bellucci y Palmeiro, 2013). Además, en particular, tales organizaciones se propusieron exponer las reivindicaciones de las distintas minorías sexuales como parte inseparable de un proyecto de democratización de la sociedad argentina en el que los derechos humanos tenían un papel primordial (ver Bellucci, 2010; Bellucci y Palmeiro, 2013).

Ese tipo de articulación no era novedosa. En la Argentina, ya en la década del setenta, y luego a partir de los primeros años de la vuelta de la democracia, se formaron entre la comunidad LGBT, el activismo queer y el activismo feminista coaliciones y alianzas que trascendieron tradiciones, experiencias e historias muy disímiles. Mabel Bellucci cuenta que a las feministas les interesaba la apuesta desafiante de las minorías sexuales por la lucha decidida contra la discriminación. De esta forma se gestaron compromisos políticos, teóricos y experienciales con muchos frentes distintos: feministas, agrupaciones de mujeres, de gays, de lesbianas, travestis, de defensa de los derechos humanos, profesionales, piqueteras y piqueteros, integrantes de partidos políticos, sindicatos, centros de estudiantes, artistas, periodistas, intelectuales, entre otros (ver Bellucci, 2014). El adversario común era el régimen heteronormativo y la necesidad de sacudir los pilares de la política sexual hegemónica centrada en la identificación entre sexualidad y reproducción. Los objetivos comunes consistían en lograr la libertad sexual, la libre opción sexual, el derecho a decidir sobre los cuerpos, el derecho al aborto libre, y el feminismo proveía de un espacio de contención y expresión común.

En los años noventa, cuando la epidemia del VIH-sida estaba en su punto más álgido y la importancia y necesidad de controlarla era ampliamente aceptada a nivel social y político, las personas travestis y transexuales se movilizaron para hacer oír sus reclamos. El primer grupo travesti en organizarse fue la Asociación de Travestis Argentinas (ATA), en 1991. Poco tiempo después, en virtud de diferencias internas respecto de si debían aceptar o no la práctica prostibular, ATA se dividió y se constituyeron otras dos organizaciones. Por un lado, la Organización de Travestis y Transexuales de la República Argentina (OTTRA) y, por el otro, la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT). Lo más destacado de la organización del movimiento trans es que colectiviza sus preocupaciones y las transforma en lucha. En ese momento se incorpora al léxico de esta lucha la noción de “identidad de género”.

Subordinaciones invertidas

Aun cuando las organizaciones de travestis nacen de la mano de las asociaciones gays, las relaciones entre unas y otras no fueron al comienzo muy pacíficas. Cuenta Lohana Berkins, activista travesti, que en el año 1991 se produjo el primer contacto con Carlos Jáuregui, integrante en ese momento de la organización Gays por los Derechos Civiles:

Llegamos a él buscando ayuda. Un grupo de compañeras había sido visitado violentamente por la policía en su domicilio particular. Jáuregui no solo brinda el apoyo solicitado, también nos invita a organizarnos. De la mano de este dirigente gay nace nuestra primera organización que, como dije antes, se llama ATA. Entretanto se está preparando la “III Marcha del Orgullo Gay Lésbico”, para nosotras la primera. El mismo Jáuregui nos recibió diciendo: “Esta es la pata que le faltaba al movimiento”. Sin embargo, no todos/as pensaban igual. Buena parte de las organizaciones gays y lesbianas de entonces sentían nuestra presencia como una invasión. Las lesbianas discutían nuestro “femenino” y nos alentaban a realinearnos con los gays, viéndonos como una de las tantas versiones de esta orientación sexual. Los gays oscilaban entre el maravillarse por el glamour travesti y el rechazo al mismo. Aquí se dio nuestra primera lucha por la visibilización (2003: 128).

Les llevó un tiempo a los gays y a las lesbofeministas reconocer por completo al movimiento de travestis y transexuales, el tiempo necesario para vencer su rechazo al travestismo (ver Fernández, 2004). Un momento de inflexión para el colectivo LGBT fue la VIII Marcha del Orgullo GLTT y B del año 1999, en la que pueden vislumbrarse acuerdos y puntos de contacto entre los distintos grupos de la diversidad sexual. Durante esta década, las travestis consiguieron imponer su nombre y presencia, de forma gradual, dentro del movimiento por la diversidad sexual, hecho que “facilitó la creación de un escenario político nuevo” (Fernández, 2004: 143). Una circunstancia que contribuyó a lograr puntos de encuentro entre las distintas minorías sexuales fue el hecho de tener dos adversarios comunes: la policía y la Iglesia católica. Ambas cuestiones serán discutidas más adelante.

La instauración en el año 1996 de la primera Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³ brindó la oportunidad de instalar en el ámbito público discusiones referidas a los derechos de las minorías sexuales. Dicha

³ La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 estableció la autonomía de esta ciudad (art. 125), razón por la que debía darse su propio texto constitucional.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

constitución reconoció, en su artículo 11, el derecho a ser diferente y prohibió la discriminación fundada, entre otros motivos, en la orientación sexual. Organizaciones homosexuales y transgénero apoyaron esta incorporación, incluso a pesar de que los grupos trans se dieron cuenta de que este motivo prohibido de discriminación no los incluía a ellos (ver Berkins, 2003).

Otra cuestión central fue la discusión sobre los Edictos Policiales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que penalizaban la prostitución, la homosexualidad y vestirse como alguien del género opuesto al que figuraba en los documentos de identidad (ver FALGBT, 2008). A comienzos de la década del noventa, el movimiento LGBT⁴ emprendió la lucha contra este tipo de normas locales, cuestión que sirvió de catalizadora para la organización y movilización de las personas travestis y transexuales.⁵ En esta época, los temas que se disputaron el poder político dentro de las organizaciones LGBT giraron en torno a la inclusión de las personas travestis y transexuales en las marchas del orgullo gay y a la posición que cada organización tenía sobre la prostitución.

Respecto de las marchas del orgullo, de forma paulatina se fue logrando la presencia e inclusión primero de lesbianas, más tarde de travestis, transexuales y transgénero, y se convirtieron en un sitio preponderante para la visibilidad en el espacio público del movimiento LGBT. Las marchas han sabido combinar un espacio para la celebración de la diversidad con un acto de protesta y denuncia

⁴ A partir de esta década dado el nivel de incidencia y desarrollo de las personas y organizaciones LGBT es posible identificarlas como un movimiento social. Conforme las características identificadas por Charles Tilly "... a la vista de su desarrollo en Occidente desde 1750, el movimiento social fue el resultado de la síntesis innovadora y trascendental de tres elementos: 1. Un esfuerzo público, organizado y sostenido por trasladar a las autoridades pertinentes las reivindicaciones colectivas (lo denominaremos *campaña*); 2. el uso combinado de algunas de las siguientes formas de acción política: creación de coaliciones y asociaciones con un fin específico, reuniones públicas, procesiones solemnes, vigiliat, mítines, manifestaciones, peticiones, declaraciones a y en los medios públicos, y propaganda (denominaremos a este conjunto variable de actuaciones: *repertorio del movimiento social*); 3. manifestaciones públicas y concentradas de VUNC de los participantes: valor, unidad, número y compromiso, tanto de los actores como de su circunscripción" (2010:21-22). La Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Federación Argentina Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), Futuro Transgenérico, Movimiento Andidiscriminatorio de Liberación (MAL), Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (ALITT), Asociación Travestis, Transexuales y Trans Argentina (ATTTA), son algunas de las organizaciones que conforman tal movimiento.

⁵ Ver Sabsay, 2011. En este trabajo se retrata el proceso de criminalización y discriminación en relación con la despenalización del trabajo sexual y la visibilización de colectivos de travestis y mujeres transexuales en el espacio público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También ver Fernández, 2004 (cap. 4) y Berkins, 2003.

Subordinaciones invertidas

de las situaciones de violencia y discriminación a las que están expuestas las personas LGBT.⁶

El tema de cómo entender la prostitución no ha sido saldado y aún genera grandes divisiones en y entre las organizaciones de la diversidad sexual. Dentro del feminismo argentino no hay consenso sobre cómo se debe considerar a las mujeres y travestis que ejercen la prostitución. Se dividen entre quienes se consideran trabajadoras sexuales o quienes se consideran personas en situación de prostitución. Las reivindicaciones del segundo grupo, tanto de mujeres como de travestis, consisten en la necesidad de crear espacios que posibiliten mejorar la calidad de vida para así poder salir de la prostitución. Según la activista travesti Marlene Wayar, es necesario:

La puesta en marcha de medidas políticas económicas concretas para resarcir económicamente a las personas en situación de prostitución, porque el Estado, por acción u omisión, ha provocado el cercenamiento activo de derechos humanos [...] puesta en marcha de políticas públicas para el empleo legal y legítimo de personas trans en puestos públicos. Oferta de financiamiento sectorizado o no de microemprendimientos, cooperativas y otras formas organizacionales para tener acceso a trabajo y vivienda. Planes sociales para el acceso al sistema de pensiones y jubilaciones. Planes activos y masivos de acceso a la educación, capacitación. Acceso a la salud, la vivienda, la cultura y la recreación. Planes efectivos de representación política (2007: 26).⁷

Por su parte, las reivindicaciones de aquellas que entienden que quienes ejercen la prostitución son trabajadoras sociales buscan que el Estado las reconozca

⁶ Para una descripción detallada de su contenido y dinámica ver Carlos Figari, Daniel Jones, Micaela Libson, Hernán Manzelli, Flavio Rapisardi y Horacio Sívori, “Sociabilidad, Política, Violencia y Derechos. La Marcha del Orgullo GLTB de Buenos Aires 2004. Primera Encuesta”, con el apoyo del Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG) Área Queer, Laboratorio de Políticas Públicas (LPP) y del Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), disponible en <https://carlosfigari.files.wordpress.com/2009/12/primeraecuesta.pdf> y Tomás Iosa, Hugo H. Rabbia, Ma. Candelaria Sgró Ruata, José Manuel Morán Faúndes y Juan Marco Vaggione, “Política, sexualidades y derechos. Primera Encuesta Marcha del Orgullo y la Diversidad” Córdoba, Argentina 2010, disponible en <http://www.clam.org.br/uploads/archivo/Pol%C3%ADtica,%20sexualidades%20y%20derechos%20-%20Marcha%20C%C3%B3rdoba.pdf>.

⁷ El libro fuente de la cita –Berkins y Korol (eds.), 2007– es el resultado de un diálogo sobre la prostitución y el trabajo sexual que se llevó a cabo entre mujeres y travestis prostitutas, en el que también participaron feministas mujeres y travestis.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

como tales. Para ello exigen el reconocimiento de un sindicato propio, acceso a la educación y a la salud, que el Estado provea planes sociales para la trabajadora sexual y sus hijos, en suma, tener los mismos derechos de cualquier otro trabajador. El reclamo común a ambas es ser consideradas personas con derechos a fin de ser incluidas como ciudadanas en la comunidad. Coinciden en que institucionalizar la prostitución favorece la explotación y en que las verdaderas enemigas de una vida digna son la explotación, la coima, la amenaza y la pobreza. En este sentido, Diana Maffía afirma que “el objetivo central de las organizaciones que nuclean cada una de estas definiciones es la autonomía en el sentido de darles más poder a las compañeras para tomar sus propias decisiones sin depender de nadie” (2007: 26).

Las organizaciones transgénero participaron de forma abierta en las discusiones sobre los Edictos Policiales, circunstancia que les permitió ganar visibilidad política. Fue también una oportunidad para conocer y encontrarse con diferentes actores con quienes establecieron vínculos importantes para su lucha por el derecho a la identidad de género: grupos como las feministas, las organizaciones tradicionales de derechos humanos (el Servicio de Paz y Justicia, el Centro de Estudios Legales y Sociales, las Madres de Plaza de Mayo y otros organismos) y organizaciones de mujeres en prostitución (ver Berkins, 2003).⁸

Lohana Berkins destaca la relevancia del feminismo cuando cuenta que muchos temas y su forma de encararlos –como la prostitución, la victimización, cómo ser sujetos de derecho– les llegan por medio de esta corriente de pensamiento. Al respecto, sostiene que “conocer a las mujeres feministas nos pone frente a una serie de preguntas vinculadas a nuestra identidad” (2003: 130). De esta manera, las travestis comenzaron a compartir espacios con mujeres feministas, muchas veces no sin conflictos, y algunas de ellas incluso comenzaron a definirse como feministas.

En el año 1998, en el marco de la autonomía asignada a la ciudad de Buenos Aires, se reemplazó la vieja legislación contravencional, es decir, los Edictos Policiales de 1946, cuya aplicación estaba a cargo de la Policía Federal, por un nuevo código contravencional, el Código de Convivencia Urbana, que estableció los deberes y derechos de los habitantes de la ciudad y despenalizó el trabajo sexual.⁹

⁸ Dice Josefina Fernández que a fines del año 1999 entre las organizaciones de derechos humanos que apoyaban a la comunidad LGBT cabe mencionar a HIJOS y a Madres de Plaza de Mayo (ver 2004).

⁹ En el Código Penal argentino el trabajo sexual no constituye un delito. Sí en cambio la explotación de la prostitución (artículos 126 y 127). La penalización del trabajo sexual

Subordinaciones invertidas

Pero ello duró poco ya que cuatro meses después se limitó tal despenalización bajo la figura de la oferta y demanda de servicios sexuales en el espacio público. Luego, en 1999 fue nuevamente prohibido el trabajo sexual y en el año 2004 se lo reformuló a través de la creación de una zona roja oficial (un espacio limitado del territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se permitía el trabajo sexual en la vía pública), espacio que representó los límites y desafíos de la lucha por los derechos de las personas trans llevada a cabo por los organismos de la comunidad trans (Asociación de Travestis Argentinas, Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual, Organización de Travestis y Transexuales de la República Argentina).

Según la autora Leticia Sabsay, esos cuatro meses de despenalización fueron un acontecimiento significativo que posibilitó “la articulación política de nuevas demandas en torno a los derechos y las ciudadanías sexuales, abriendo un espacio de debate que ya no podría volver a cerrarse” (2011: 60). La despenalización del trabajo sexual callejero, que afectó tanto a mujeres como a travestis prostitutas, y la paralela descriminalización de las identidades trans fueron claves en la desestabilización y renegociación de los mecanismos normativos que regulan el vínculo entre sexualidad y ciudadanía (ver Sabsay, 2011; Fernández, 2004; Berkins, 2003).

Al mismo tiempo que se daban las discusiones sobre los Edictos Policiales, las organizaciones de la diversidad sexual emprendieron acciones destinadas a remover los estereotipos y promover la valoración positiva de la diversidad sexual. Estas acciones se enmarcan en lo que se llama la “política de la visibilidad”, es decir, “un conjunto de estrategias de crítica y creación de nuevos patrones sociales de ‘representación, interpretación y comunicación’” (Moreno, 2008: 232).¹⁰

Otro terreno en el cual la lucha por la visibilidad y el reconocimiento social y legal se llevó a cabo fue el de la obtención del reconocimiento estatal de la personería jurídica de organizaciones no gubernamentales que trabajan en pos de la defensa de los derechos de las minorías LGBT, reclamo que muestra, por un lado, el momento más radical de exclusión de este grupo y, por el otro, el comienzo de un rumbo de mayor grado de protección de sus derechos.

corresponde a cada una de las provincias del país en sus propios códigos penales y/o en los códigos contravenciones locales mediante figuras tales como “escándalo en la vía pública”, “alteración a la tranquilidad pública” y otras actividades que “atenten contra la moral pública, el decoro y las buenas costumbres”. Son estas figuras las que no recibió el nuevo Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁰ Por ejemplo, las “marchas del orgullo” fueron parte de dicha estrategia de visibilización. Al respecto, ver la nota 7 de este capítulo.

El reconocimiento jurídico de organizaciones LGBT y de la pensión por fallecimiento de parejas homosexuales

Los únicos dos casos en los cuales la Corte Suprema trató sobre los derechos de las minorías sexuales llevan el nombre de las organizaciones involucradas en el litigio: la Comunidad Homosexual Argentina (CHA)¹¹ y la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT).¹²

En ambos casos, con quince años de diferencia, la autoridad administrativa a cargo de otorgar la personalidad jurídica a las asociaciones civiles –la Inspección General de Justicia (IGJ)– rechazó las peticiones de estos colectivos basándose en que sus asociaciones no cumplían con el requisito de propender al bien común establecido por el artículo 33 del Código Civil argentino. Asimismo, en ambos casos, los demandantes apelaron sus sentencias ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la que estuvo de acuerdo con la opinión denegatoria de la IGJ. Finalmente, ambos casos llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero con diferentes resultados. En el primer caso, la Corte Suprema confirmó las decisiones de la IGJ y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, mientras que en el segundo, la Corte decidió modificar su jurisprudencia al decidir que la denegación del reconocimiento estatal a una asociación cuyo principal objetivo es luchar contra la discriminación de las minorías sexuales es inconstitucional y viola los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado argentino.

Hacia el final de la década del ochenta, la CHA había solicitado el reconocimiento estatal de la IGJ para funcionar como una asociación civil reconocida jurídicamente conforme el Código Civil argentino.¹³ El artículo 2 del estatuto

¹¹ Caso “CHA”, CSJN Fallos 314:1531 (1991). Fue decidido por una mayoría de siete votos contra dos votos de la minoría. Cada juez emitió su propio voto.

¹² Caso “ALITT”, CSJN Fallos 329:5266 (2006). El caso fue decidido de forma unánime.

¹³ Artículo 33 del Código Civil: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1º El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2º Las entidades autárquicas; 3º La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1º Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar; 2º Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.” La autorización referida por la norma es la que otorga la IGJ conforme al art. 10, inc. a) de la Ley N° 22315, la cual deberá determinar si el objeto estatutario de la asociación propende al “bien común”. La autorización estatal le permite a la asociación tener capacidad jurídica para adquirir bienes por compra, donación o legado.

Subordinaciones invertidas

de la CHA señala que su principal objetivo consiste en: “a) Bregar porque la condición homosexual no sea materia de discriminación en lo familiar, social, moral, religioso, laboral ni de ninguna otra índole; b) generar ámbitos de reflexión y estudios multidisciplinarios sobre la problemática homosexual y difundirlos; c) luchar por la plena vigencia de los Derechos Humanos en todo el territorio de la República Argentina”.

La IGJ rechazó el reconocimiento de la personería jurídica a la asociación fundada por la CHA sosteniendo para justificar tal denegación que los objetivos de la asociación “no se compadecen con la concepción de bien común, como expresión del interés público o general”,¹⁴ un requisito del Código Civil que toda asociación civil debe cumplir para obtener el reconocimiento por parte del Estado. Además, agregó que, según la Academia Nacional de Medicina, la homosexualidad “es tratada como una desviación del instinto sexual normal” que “impide la formación de la familia y por ende atenta contra la misma”.¹⁵

La denegatoria administrativa motivó la apelación a la justicia por parte de la CHA, fundada en el hecho de que dicha denegatoria violaba el derecho de asociación y de libertad de expresión garantizado por el artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina, y el derecho de igualdad receptado en su artículo 16, así como normas similares incluidas en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la Argentina. La CHA también expresó que el bien común comprende el derecho individual a desarrollar plenamente las potencialidades personales para procurar el logro de los fines de cada individuo.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo propias las conclusiones de la IGJ acerca de que la condición de homosexual importa una anomalía psicológica y afecta además, considerada en sí misma, la moral y las buenas costumbres así como las bases de la institución familiar.¹⁶ Ese tribunal de alzada agregó que, además de perseguir los objetivos de su estatuto social —es decir que la condición de homosexual no fuera objeto de discriminación—, la CHA también

También le permite tener un patrimonio distinto al de sus miembros. De otra forma, como una simple asociación, no podrá tener estas prerrogativas.

¹⁴ Resolución IGJ 1005, 7/12/89.

¹⁵ Profundizando sobre su percepción de la homosexualidad, el Inspector General de Justicia también sostuvo: “la homosexualidad hiere los principios de moral y buenas costumbres de nuestra sociedad. La aceptación pública o promoción legalizada de un tercer género híbrido, contraría no solamente los principios del derecho natural, sino que la moral y la pastoral católica se enfrentan con todas las corrientes que persiguen la glorificación del comportamiento homosexual”. Resolución IGJ 1005, 7/12/89.

¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “Comunidad Homosexual Argentina”, 12/7/90.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

realizaría otro objetivo no ajustado al bien común como es “la pública defensa de la homosexualidad en sí misma, considerada con vistas a su aceptación social”. Cabe aclarar que tanto la IGJ como la Cámara de Apelaciones no indican en sus decisiones el artículo o párrafo del estatuto de la asociación que señalaría como objetivo la defensa pública referida, sino que tan solo asumen que la CHA de hecho llevaría a cabo dicho propósito. Como consecuencia del fallo negativo de la Cámara de Apelaciones, la CHA acudió a la Corte Suprema, que, en el año 1991, con una mayoría de siete jueces y con argumentos notoriamente prejuiciosos, confirmó la decisión del tribunal de apelación.

La mayoría de la Corte Suprema argentina suscribió que la “defensa pública de la homosexualidad” no era un fin que tendiese hacia el “bien común”. Sostuvo que incluso si la Corte aceptara la definición sobre el bien común enarbolada por la CHA, la mayoría del máximo tribunal no veía cómo la promoción de la homosexualidad impulsaría la búsqueda de cada individuo en pos de su propia perfección.¹⁷ A tono con esta idea, el juez Belluscio sostuvo que “no se advierte cuál es la perfección que puede alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad”.¹⁸ Y el juez Boggiano agregó que “bregar por que la condición homosexual no sea discriminada con tan amplios alcances como los que contempla el antes transcripto artículo de los estatutos del recurrente, puede razonablemente ser considerado como una pública defensa de esa condición, en grave conflicto con los principios familiares, sociales, morales, religiosos y jurídicos del país, y aun del exterior.”¹⁹

Conforme algunas de las ideas y de las opiniones de los miembros de la mayoría del máximo tribunal, el hecho de que un grupo mayoritario de la sociedad argentina desdeñara moralmente la homosexualidad justificaba su prohibición jurídica. El más claro ejemplo de esta posición fue la opinión del juez Boggiano, quien sostuvo:

Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría alguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de esos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo.²⁰

¹⁷ El juez Boggiano fue el mayor exponente de esta mirada, caso “CHA”, 1538.

¹⁸ Ibid., 1572.

¹⁹ Ibid., 1589.

²⁰ Ibid., 1590.

Subordinaciones invertidas

En suma, el juez Boggiano creía que la mayoría tiene el derecho de imponer sus valores sobre el resto de los miembros de la sociedad con el fin de prevenir la desintegración de los valores comunes. En el universo constitucional de Boggiano, el Estado tiene el rol de tutor moral. Por lo tanto, si la mayoría de los integrantes de la sociedad argentina desprecia la homosexualidad, se encuentra justificada su prohibición jurídica.²¹

El juez Belluscio, por su parte, agregó otro punto de vista en esta argumentación. Negó que existiera discriminación contra los homosexuales en la Argentina en estos términos:

Independientemente del juicio moral que pueda merecer una desviación del instinto sexual cuyos orígenes no están bien precisados, tal discriminación no se da en nuestro país, donde –a diferencia de otros– [...], nunca ha existido punición penal de la homosexualidad, y personas que padecen tal desviación han ocupado destacados lugares en la vida artística, literaria y aun científica.²²

En consecuencia, no había necesidad de reconocer a una organización cuyo objetivo principal consistía en luchar contra la discriminación dado que esta no tenía lugar en la Argentina.

Por su parte, el voto en disidencia del juez Fayt, en sintonía con uno de los argumentos del demandante, empleó un concepto diferente sobre el bien común respecto de aquél sostenido por la mayoría de esa Corte Suprema. Fayt sostuvo que la Constitución de la Nación Argentina protege la concreción del propio plan de vida, principio reconocido en su artículo 19.²³ Este juez enfatizó que lo que diferencia una democracia de una dictadura es justamente una concepción fuerte de la privacidad.²⁴ Por ello, expresó su preocupación por el peligro que la democracia puede significar para los grupos minoritarios sujetos a la voluntad de la mayoría, en su búsqueda de objetivos comunitarios. Según Fayt, la arquitectura social no debe colocarse por encima de las decisiones personales. Por su parte, en una línea de razonamiento similar, el juez Petracchi alertó que conceptos como el “bien común” han sido utilizados durante la dictadura argentina para justificar restricciones a la libertad individual.²⁵

²¹ A tono con la opinión de Boggiano, Belluscio sostuvo que “no se advierte cuál es la perfección que puede alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad”, *ibid.*, 1572.

²² *Ibid.*, 1571.

²³ *Ibid.*, 1599.

²⁴ *Ibid.*, 1600.

²⁵ *Ibid.*, 1616.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

Constitucionalistas importantes de la Argentina cuestionaron la posición de la mayoría de la Corte. De esta forma, Carlos Nino sostuvo que la lucha contra todo tipo de discriminación es un aspecto central del bien común. Una asociación que busca alcanzar este objetivo asume parte del rol que el Estado y la sociedad deben realizar; por lo tanto debe ser apoyada con recursos públicos, como el reconocimiento de la capacidad jurídica (2000). Néstor Sagües, por su parte, expresó que la tesis mayoritaria en el caso “CHA” es difícil de entender dado que la defensa contra la discriminación no pareciera contradecir el bien común, sino todo lo contrario, al menos en una sociedad pluralista y tolerante (1999). Otro constitucionalista notorio de dicha época, Germán Bidart Campos, centró su crítica en la violación al derecho de libre asociación que implica la denegatoria de personería jurídica a la CHA al sostener que “los argumentos que la fundamentan carecen de asidero ya que no es cierto que, aun cuando se le deniegue la personalidad jurídica, dicha asociación sea un sujeto de derecho” (1992: 3).

A pesar de la decisión negativa de la Corte, la CHA finalmente consiguió el reconocimiento estatal por la vía de la pragmática política. Haciendo caso omiso de la decisión negativa de la Corte y en virtud de la presión internacional que distintas organizaciones de homosexuales ejercieron sobre el gobierno argentino, el entonces presidente Carlos Menem le ordenó a la IGJ que volviera sobre sus pasos y le confiriera la personería jurídica a la CHA, hecho que se consumó el 15 de enero de 1992 (Verbitsky, 2006).

Casi quince años más tarde, la ALITT, otra asociación que defiende los derechos de las minorías sexuales, se encontró nuevamente con el rechazo por parte de la IGJ al reconocimiento estatal de la asociación creada con ese objeto. En el caso “ALITT”, la IGJ y luego la Cámara de Apelaciones, utilizaron argumentos similares a los que habían sido invocados en el caso “CHA”. En abril de 2003, la ALITT solicitó a la IGJ el reconocimiento de su personería jurídica. Este pedido consignaba, como uno de sus objetivos fundamentales, la lucha por el reconocimiento legal y social del travestismo como una identidad propia, así como el reconocimiento de las personas travestis y transexuales como ciudadanas de pleno derecho. Los objetivos de ALITT están enumerados en el artículo 2 de su estatuto social y son: a) luchar por que el Estado y la sociedad acepten el travestismo como una identidad propia, b) lograr que las personas travestis y transexuales sean reconocidas como sujetos de derecho, c) conseguir una mejor calidad de vida para las personas travestis y transexuales, entre otros. Es preciso tener en cuenta que en el momento de hacer esta presentación administrativa el movimiento transgénero entraba al siglo XXI con una década de lucha detrás,

Subordinaciones invertidas

principalmente con la batalla contra la criminalización del trabajo sexual en su apogeo (ver los antecedentes históricos narrados en el subtítulo anterior).

En su solicitud, la ALITT sostuvo que el “bien común” consiste en la articulación y el equilibrio de los distintos intereses que alberga en la actualidad la sociedad, entre los que se incluye el reconocimiento de las diversidades que existen y su armonización, en tanto y en cuanto tengan un objeto considerado como lícito y que no interfiera con la libertad y la diversidad de terceros. Además, la ALITT propuso en su presentación considerar la noción de “bien común” desde el punto de vista de las condiciones histórico-sociales-culturales concretas, y tener en cuenta la evolución de la sociedad que se refleja en el derecho, en la medida en que paulatinamente fue reconociendo que la lucha por la diversidad ha signado de forma especial la segunda mitad del siglo xx. Este tipo de análisis constituye una herramienta fundamental para comprender la necesidad de dejar a un lado interpretaciones dogmáticas y restrictivas de dicha noción.

La IGJ adoptó una posición contraria a la sostenida por la ALITT y consideró –como en el caso “CHA”– que los objetivos de la asociación eran contrarios al requisito de bien común del Código Civil dado que “no ofrecen un marco valioso para el desarrollo de la convivencia, integrando así el patrimonio espiritual y cultural de la comunidad, que es condición esencial para que una asociación de naturaleza civil pueda obtener el reconocimiento del Estado en lo que se refiere a sus actividades y objetivo”.²⁶ Por esta razón este órgano del Poder Ejecutivo decidió denegar la autorización para funcionar como una asociación con reconocimiento estatal. Esta denegatoria llevó a la ALITT a recurrir la decisión ante la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que confirmó la resolución de la IGJ.²⁷ El argumento principal esbozado por la Cámara para considerar correctamente denegada la personería jurídica por parte de la IGJ consistió en afirmar que no alcanza con que el objeto de la asociación sea lícito, sino que también debía ser socialmente útil. En otras palabras, la utilidad del fin de la asociación no debía ser solo para sus integrantes y para

²⁶ Resolución IGJ 001142, 16/9/2003, punto 7. Disponible en <http://www.legislaw.com.ar/juris/jurisIGJ-03.htm#dos>. Además indicó: “La autorización prevista por el artículo 33 del Código Civil es de interés predominantemente estatal. Ello significa que la autorización otorgada por el Estado a las asociaciones civiles que se presentan para obtener la misma, implica hacer suyos los objetivos que persigue esa entidad y no creo que constituya una prioridad del Estado la aceptación del travestismo como una identidad propia o la construcción de una ciudadanía travesti-transsexual, según los expresos propósitos que han inspirado su fundación, conforme cláusula expresa de su estatuto”, punto 11.

²⁷ Caso “ALITT”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, abril, 2004.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

quienes compartan sus ideas, sino que debía implicar un beneficio positivo para toda la sociedad. Y en el caso, el tribunal observó solo un beneficio particular para los integrantes del grupo conformado por las personas que detentan esa condición y para quienes comulgan con sus ideas.

La conclusión que se sigue necesariamente de esta posición consiste en aceptar que se puede privar a las personas de ciertos derechos si ellos no se alinean con el interés de la sociedad o del Estado visto como un todo. Esta visión presupone una entidad colectiva que constituye una persona moral independiente con intereses irreductibles. De esta manera, la autonomía de los individuos solo se materializaría a través de su pertenencia al todo del Estado o la sociedad que, a su vez, les confiere a ellos su carácter real. En este escenario, el Estado no está conformado por individuos que satisfacen intereses individuales, sino que está por encima de ellos.

Luego de la sentencia negativa de la Cámara, la ALITT se presentó ante la Corte Suprema, que para entonces tenía una composición diferente a la que decidió en el caso “CHA”. En consonancia con la crítica esbozada en el párrafo anterior, y contrariando la decisión de la Cámara, el fallo de la Corte no solo reconoce la plena validez de los objetivos estatutarios de la asociación, sino que además critica la identificación del bien común con la perspectiva de las mayorías. Asimismo, la Corte Suprema consideró que el rechazo de la personería jurídica a la ALITT había constituido una injustificable iniciativa discriminatoria y estableció que su derecho de asociación debía ser reconocido en nombre del respeto a la dignidad humana.²⁸

Es importante destacar el reconocimiento expreso que realiza la Corte de las vicisitudes que enfrentan todos los días las personas LGBT. El máximo tribunal reconoció que las personas que pertenecen a las minorías sexuales representadas por la ALITT:

No solo 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 desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad

²⁸ Caso “ALITT,” par. 11.

Subordinaciones invertidas

de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo.²⁹

Ante semejante realidad de opresión y discriminación de las personas travestis y transexuales, los jueces de la Corte subrayaron la importancia que tienen los objetivos estatutarios de la ALITT para revertir esta situación. Al respecto afirmaron que “resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad”.³⁰ En consecuencia, concluye la Corte, los objetivos que procura la ALITT propenden al bien común, al cual dota de una esencia pluralista que se extiende más allá del beneficio propio de los integrantes de las minorías sexuales involucradas en el caso.³¹

En particular, y por primera vez, el tribunal supremo del país hizo referencia a la realidad de exclusión, marginalidad y opresión que día a día viven las personas integrantes de las distintas minorías sexuales al sostener que:

... no 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.³²

Durante los quince años que transcurrieron entre ambas causas sucedieron muchas cosas. Como ya fuera mencionado, la irrupción de la epidemia del VIH-sida fue central para la visibilización del movimiento LGBT. Asimismo, a comienzos de los años noventa entran a jugar en la discusión pública cuestiones vinculadas a la sexualidad como el aborto, los derechos sexuales y reproductivos, la violencia contra la mujer y cuestiones de equidad de género y acoso sexual. A nivel internacional se sancionaron instrumentos internacionales por medio de

²⁹ Ibid., par. 17.

³⁰ Ibid., par. 15.

³¹ Ibid., par. 18.

³² “ALITT”, par. 16.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

los que se establecen derechos de grupos minoritarios específicos (la Convención de los Derechos del Niño, la Convención CEDAW, etcétera). Mientras tanto, un año antes de que la Corte decidiera en el caso “ALITI”, el Poder Ejecutivo reconoció la situación de vulnerabilidad, de tratos discriminatorios y de violencia que sufren las personas transgénero, travestis, transexuales e intersex en la Argentina en el ámbito de la educación, la salud y el trabajo.³³

Otro hecho destacado que tuvo lugar en esos años es la reforma constitucional argentina del año 1994 que reconoce jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y reconoce también derechos de grupos minoritarios; provee de esta forma argumentos para justificar la protección de aquellos grupos en situación de vulnerabilidad (ver art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina). El alcance de esta reforma puede apreciarse en el hecho de que ahora los jueces deben considerar en sus decisiones tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos constitucionalizados como las decisiones de los organismos internacionales a cargo de la interpretación y aplicación de tales instrumentos.³⁴

³³ Ver el documento “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación”, aprobado por el Decreto N° 1086/05, pp. 166-171, 2005, disponible en <http://www.obsdiscriminacion.gob.ar/wp-content/uploads/2009/10/plannacional.pdf>. Este documento realiza un diagnóstico de las distintas cuestiones y grupos que son objeto de discriminación en la Argentina y entre ellas menciona la identidad y orientación sexual. Por su parte, en el mes de enero del año 2012 el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) reconoció que el Estado argentino ha discriminado y perseguido al colectivo trans y que existe un deber de pedir perdón por las violencias y discriminaciones sistemáticas que por acción u omisión han sufrido. Ver “Es un deber el pedir perdón”, diario *Página 12*, 23/1/2012.

³⁴ En concreto, la Corte Suprema ha sostenido que como resultado de la reforma constitucional de 1994 las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sirven como guía de interpretación para resolver los casos en los cuales está en juego la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver, entre otros, los casos de la Corte Suprema “Giroldi”, Fallos 319:514, 1995, y “Espósito”, Fallos 327:5668, 2004. Esta línea jurisprudencial ha sido confirmada por la Corte respecto de los informes de la Comisión Americana de Derechos Humanos. Ver los casos “Bramajo”, Fallos 319:1840, 1996; “Romero Cacharane”, Fallos 327:388, 2004. Del mismo modo, la Corte Suprema afirmó que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye un modelo hermenéutico válido y de interés para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según los casos “Viaña”, Fallos 318:2348, 1995; “Nardelli”, Fallos 319:2557, 1995; “Llerena”, Fallos 328:1491, 2005. En un caso reciente del máximo tribunal, por una mayoría de cuatro votos, se pronunció sobre las consecuencias jurídicas que traen aparejadas para el Estado argentino las recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana, en los términos del informe definitivo previsto en el artículo 51.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La mayoría de los jueces postuló la obligatoriedad para los Estados de cumplir en toda circunstancia con los informes “del artículo 51”

Subordinaciones invertidas

Sin lugar a dudas la decisión del máximo tribunal en el caso “ALITT” fue central para destrabar y promover los reclamos de las minorías sexuales orientados a su protección. Una de las demandas que se beneficiaron del contexto favorable que generó dicho caso fue la referida a la pensión por fallecimiento de uno de los integrantes de una pareja homosexual, uno de los logros más significativos para las parejas del mismo sexo. Un par de años después de la decisión de la Corte Suprema en el caso “ALITT”, aún estaba pendiente de resolución por parte de la misma Corte un caso en el que se había denegado, tanto en sede administrativa como judicial, la pensión por fallecimiento al conviviente homosexual. El Poder Ejecutivo se involucró en el caso y le ordenó a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) que revirtiera su posición inicial a fin de reconocer el derecho a percibir la pensión por fallecimiento al concubino homosexual.³⁵

El señor Alfredo Pascale nació el 12 de junio de 1927. Entre los años 1955 y 1996 formó pareja amorosa, con convivencia pública, permanencia, fidelidad y asistencia mutua con el señor José Miguel Castro. Dicha convivencia duró hasta el 19 de junio de 1996, fecha en que el señor Castro falleció. Ambos miembros de la pareja se ocuparon uno del otro organizando su vida en común en todos los aspectos de su convivencia durante 40 años, y varios años antes del fallecimiento se habían instituido mutuamente como herederos únicos y universales mediante escritura pública.³⁶

En 1997 el señor Pascale inició ante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) los trámites administrativos tendientes al reconocimiento del derecho a pensión derivada de su pareja.³⁷ Varios años después, en mayo de 2004, la ANSES desestimó la petición de Pascale con el argumento de que las parejas convivientes homosexuales no tienen derecho a la pensión derivada de la muerte de uno de ellos –establecido en el art. 53 de la Ley N° 24241–, pues ese derecho solo le corresponde a los convivientes que forman una pareja

de la Comisión Interamericana y el deber del Estado argentino de adoptar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la comisión. En el caso se discutió la responsabilidad civil del Estado nacional ante el incumplimiento de las recomendaciones que le formulara dicha comisión. Ver el Fallo CSJN “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional”, 6/8/2013.

³⁵ La resolución 671/2008 de dicho organismo declara a los convivientes del mismo sexo con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público.

³⁶ El Código Civil argentino instituye el modelo de herencia forzada por lazos de consanguinidad, razón por la cual tal escritura pública es inválida. En el caso solo sirvió para mostrar el grado de compromiso mutuo entre Pascale y su pareja.

³⁷ Expte. ANSES N° 024-24044729683-007.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

heterosexual.³⁸ Frente a la denegatoria de la ANSES, Pascale inició una demanda ante un juzgado de primera instancia del fuero de la Seguridad Social. La jueza del caso denegó dicha pensión basada en lo antinatural de las uniones homosexuales.³⁹ Con un gran poder de síntesis, la jueza sostuvo que en el caso planteado por Pascale no existía el “aparente matrimonio” exigido en la normativa recién citada, dado que era imposible la celebración de un matrimonio entre homosexuales. De allí que, según el fallo, la pareja en cuestión no podía aparentar un matrimonio. Pascale decidió apelar esta decisión ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social.

En ese momento de la historia, desde mi lugar de funcionaria de la Secretaría de Derechos Humanos, puse en conocimiento del caso al entonces secretario de Derechos Humanos de la Nación, Eduardo Luis Duhalde, quien vio, por primera vez desde una dependencia del Poder Ejecutivo Nacional, la oportunidad de argumentar sobre la discriminación que sufren las personas gays en términos de violaciones a los derechos humanos.⁴⁰ Duhalde decidió presentar un *amicus curiae* ante la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social en la que se hallaba el caso, con argumentos basados en el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas homosexuales. Cuando acerqué el *amicus curiae* de la Secretaría de Derechos Humanos al Tribunal de Apelación, tuve la oportunidad de conversar durante media hora con uno de los jueces del tribunal, Martín Laclau, quien quiso saber en qué consistía el *amicus curiae*, una práctica que recién empezaba a imponerse en los tribunales argentinos. Le expuse las razones que debían llevar a revocar la sentencia de primera instancia. En la actualidad, sostuve, siguiendo la línea de razonamiento de la presentación judicial, ningún campo del derecho puede quedar ajeno a la Constitución Nacional que en el año 94 encumbró con jerarquía constitucional los principales tratados internacionales de derechos humanos que, entre otros muchos derechos, reconocen el derecho a la igualdad y no discriminación. Siguiendo la argumentación del *amicus curiae*, detallé los recientes avances internacionales en el tema de la pensión por fallecimiento de la pareja homosexual, en particular el caso Young (Australia), del año 2003, del Comité de los Derechos Humanos. En este caso se resolvió que un régimen de pensión que reconocía el derecho a las parejas no casadas heterosexuales, pero que negaba el mismo beneficio a las

³⁸ Resolución ANSES N° 1501/04.

³⁹ Sentencia N° 24533 del 24/11/06 del Juzgado de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 5.

⁴⁰ El caso llegó a mi conocimiento a través de los alumnos de la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo, institución de la que soy profesora, quienes me contactaron para ver la posibilidad de que la Secretaría de Derechos Humanos se involucrase de algún modo en él.

Subordinaciones invertidas

parejas no casadas homosexuales, violaba el Pacto de Derechos Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, indiqué que la reforma constitucional implicó la constitucionalización de los derechos humanos y de los principales instrumentos internacionales en la materia, y recalqué que toda legislación que se sancione en la Argentina debe estar en consonancia con la Constitución, por lo tanto, con los derechos humanos en ella reconocidos. El juez Laclau se mostró muy interesado y agradeció el esfuerzo realizado por acercarle argumentos novedosos en la materia. No obstante, a la hora de decidir el caso, rechazó los argumentos presentados, esta vez con razones que, aunque contrarias a la pretensión de Pascale, intentaron dialogar con aquellas presentadas en la demanda y en el *amicus curiae*.⁴¹ Más allá del revés que significó la decisión, ha sido un hecho inédito y destacado para aquel momento que un juez de apelación se esforzara en adoptar el léxico del ámbito los derechos humanos para discutir una cuestión de seguridad social.

Pascale apeló la decisión contraria a sus intereses ante la Corte Suprema. Existía una razonable presunción de que este tribunal colegiado decidiría a favor del derecho a la pensión en juego, ya que el máximo tribunal había decidido en el caso “ALIT” un año antes. No obstante, y probablemente por esta razón, el Poder Ejecutivo le ganó de mano a la Corte y le ordenó a la ANSES que revisara su resolución previa denegatoria del derecho de Pascale y terminó reconociendo su derecho a la pensión por fallecimiento.⁴² De todos modos, la nueva resolución de la ANSES no tornó en abstracto el caso judicial, ya que el beneficio concedido por la ANSES se proyectó de forma retroactiva solo a los haberes devengados durante el año anterior a la fecha de la citada resolución, mientras que Pascale reclamaba la retroactividad al momento del fallecimiento de su pareja. Es por ello que se presentó un nuevo caso judicial relativo a dicha retroactividad, reclamo que la Corte Suprema reconoció un año después de la sanción de la ley de matrimonio igualitario.⁴³

Los casos hasta aquí expuestos sirven para mostrar que uno de los grandes desafíos para el afianzamiento de la democracia en la Argentina consistió en la

⁴¹ Sentencia N° 118316 de la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

⁴² Resolución de la ANSES N° 671/08, cit. ut. supra.

⁴³ Fallo Corte Suprema “Pascale”, 28/6/2011. En otro caso relativo a la pensión por fallecimiento de parejas del mismo sexo, el máximo tribunal declaró arbitraria la decisión de una Corte Suprema estadual que, con fundamentos meramente procedimentales y sin tocar en la sustancia del caso, denegó el derecho a la pensión por fallecimiento a parejas homosexuales. La Corte Suprema Nacional le ordenó a su par provincial que emitiera una nueva decisión conforme a derecho. Ver “Y.E c/Caja de previsión y Seg Médico”, Fallos CSJN, 28/07/2009.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

conquista de campos del derecho que habían quedado excluidos de la prédica tradicional de los derechos humanos. Dicha prédica concebía al Estado dictatorial como enemigo por ser el responsable de las violaciones a los derechos humanos cometidas por medio de desapariciones, torturas, secuestros y asesinatos. A medida de que esta primera mirada sobre los derechos humanos se expande hasta incluir al Estado democrático y a los particulares como responsables del derecho a no ser discriminado, nuevos campos del derecho son objeto de interpelación desde esa mirada: el derecho civil, el laboral, el de la seguridad social, el derecho a la salud y el derecho de los niños, por ejemplo. Este proceso de imbuir campos tradicionales del derecho con la mirada de derechos humanos ha sido, y continúa siendo, un rasgo particularmente interesante y novedoso del derecho argentino actual.

El reclamo de Pascale, por ejemplo, ilustra muchas dinámicas en juego relativas a la expansión de la mirada de los derechos humanos a otros ámbitos del derecho (ver también más adelante la experiencia recabada en el capítulo 5). En primer lugar, por primera vez un funcionario de jerarquía del Poder Ejecutivo Nacional aceptó leer una privación de derechos, el de las personas homosexuales, como un tema de derechos humanos. Además, un juez de un tribunal de apelación aceptó conocer dicho argumento y aunque adoptó caminos argumentativos distintos y contrarios al pedido de Pascale, se expuso de buena gana a entablar un diálogo con nuevas miradas basadas en los derechos humanos. Asimismo, la Corte Suprema, a pesar de que vio coartada su oportunidad de expedirse en el caso (solo pudo hacerlo unos años más tarde respecto de los efectos retroactivos de la decisión de la ANSES y no pudo hacerlo sobre el caso principal), dio señales de estar un paso adelante de la mirada de la Cámara de Apelaciones y lista para adoptar aquella basada en los derechos humanos. El Poder Ejecutivo, por su parte, mostró gran habilidad política y se puso a la vanguardia de todos los actores mencionados al ordenarle al titular del organismo nacional de la seguridad social, ANSES, que reconociera el derecho a la pensión por fallecimiento al concubino gay (ello incluso a pesar de que este mismo organismo unos años antes había rechazado dicho reconocimiento en el mismo caso, rechazo que disparó toda la saga judicial posterior). Es importante señalar que el caso fue presentado por la clínica jurídica de la Universidad de Palermo y la CHA, que se encargaron de empujar cada una de estas instancias judiciales y políticas con argumentos basados en que la protección de los derechos humanos debe hacerse extensible a las personas homosexuales. También corresponde tener en cuenta que la lucha por el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales, tanto en el caso “ALITT” como en “Pascale”, se dio

Subordinaciones invertidas

antes de que el Congreso dictara la ley de matrimonio igualitario y la ley de derecho a la identidad de género, y ambos casos sirvieron como antesala para la obtención de estas leyes.

Tanto el caso “Pascale” como el caso “ALITT” representan la conquista que realizan los derechos humanos de espacios tradicionales del derecho. El primero ilustra dicha conquista respecto de un campo del derecho: el de la seguridad social, ajena hasta entonces a los derechos humanos. El caso “ALITT”, por su parte, muestra el comienzo de la apropiación de parte de los derechos humanos del derecho civil al proveer una nueva interpretación del bien común. Este proceso se extendió a otras esferas del derecho civil por medio de la sanción de normas tales como la ley de derecho a la protección de la salud mental y la ley de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, normas que han obligado a revisar el modelo de capacidad restrictivo imperante en el Código Civil argentino vigente en ese momento.

Esta tendencia de los derechos humanos referida a ir permeando sus principios a otras ramas del derecho se ha afianzado en algunos capítulos del recientemente sancionado Código Civil,⁴⁴ en particular en lo relativo a la regulación de la capacidad civil de las personas. Asimismo, la ley de derecho a la identidad de género y la ley de matrimonio igualitario son grandes exponentes de este proceso de recepción que hace el campo del derecho civil de una mirada basada en los derechos humanos. Pero el proceso descrito resulta todavía una colonización incompleta que está en pleno desarrollo (por ejemplo, la mirada basada en los derechos humanos no ha logrado influir en el derecho civil respecto al momento en que se considera que comienza la existencia de la persona humana, que, reforma mediante, todavía establece que se inicia con la concepción). Otros ejemplos de la penetración que hicieron los derechos humanos en otros campos del derecho son la sanción de las leyes sobre migraciones, la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares, entre otros.⁴⁵

Como ocurrió en el caso “Pascale”, en el terreno de la lucha por el matrimonio igualitario, el gobierno nuevamente capitalizó la opinión pública favorable sobre el reconocimiento de dicho matrimonio, y se adelantó a la resolución

⁴⁴ El nuevo Código Civil argentino fue aprobado por la Ley N° 26994 el 2/10/2014. Su primer artículo es la mejor muestra de la influencia que están ejerciendo los derechos humanos en ramas tradicionales del derecho cuando estipula: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”.

⁴⁵ Ver nota 12 de este capítulo.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

en este sentido que, es razonable pensar, hubiera emitido la Corte Suprema. Este reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo sirvió para mostrar que, salvo por los sectores religiosos conservadores, la mayoría de las personas no se oponía a esta política y que muchas, de hecho, la apoyaban. Se abrió así el camino para la discusión de la reforma del matrimonio civil y de la adopción, a fin de que estas instituciones incluyan a las parejas homosexuales.

En los años previos a su sanción (en el 2010), la estrategia de lucha del movimiento LGBT para conseguir la ley de matrimonio igualitario se concentró principalmente en el cabildeo de legisladores y en la presentación de demandas judiciales de amparo ante la denegatoria de los registros civiles de casar a parejas homosexuales.⁴⁶ Esta estrategia terminó rindiendo sus frutos con la sanción de la ley, la que, a su vez, facilitó el camino para la obtención del reconocimiento del derecho a la identidad de género.

Al igual que en el caso del matrimonio igualitario, los terrenos en los que tuvo lugar la lucha por el derecho a la identidad de género fueron tanto los tribunales de justicia –a través de casos en los que se solicitaba el cambio de nombre o la realización de una cirugía de afirmación de género o en los que se cuestionaba la constitucionalidad de los edictos policiales– como el Congreso, a través del cabildeo de sus legisladores. Con un claro objetivo estratégico, las organizaciones por la diversidad sexual basaron su lucha por la sanción de ambas leyes en discursos que se centraron y exaltaron el valor del derecho a la igualdad y no discriminación. Antes, la lucha por los derechos de las minorías sexuales se había focalizado primariamente en la restricción a la autonomía personal que significaban las limitaciones al matrimonio, a las adopciones y a los procedimientos de modificación de género.⁴⁷ Con este cambio de estrategia respecto de cómo enmarcar y encarar las demandas, el movimiento LGBT pudo mostrar que la razón principal para no extender el matrimonio a personas del mismo

⁴⁶ Para una reconstrucción del proceso que concluyó en la sanción de la ley de matrimonio igualitario ver Hiller, 2010.

⁴⁷ Tal cambio en el énfasis de la argumentación a favor de una mirada que tiene en cuenta las dinámicas estructurales de dominación de grupos en situación desaventajada, se enmarca en una tendencia general en este sentido que puede observarse a nivel regional, con aplicación concreta en grupos tales como mujeres, indígenas, niños, personas con discapacidad, personas privadas de su libertad, etcétera. Ver Víctor Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24902.pdf> Ver Mary Beloff y Laura Clérico “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. Disponible en https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_BeloffClerico_CV_Sp.pdf

Subordinaciones invertidas

sexo se basaba en que estas personas eran consideradas inferiores, de segundo orden, comparadas con las heterosexuales, y que de esta forma se violaba el derecho a la igualdad y no discriminación. Los reclamos del movimiento también contribuyeron a revelar el grado de marginalización extrema de la comunidad trans y su fuente: el predominio de la heterosexualidad y del binarismo de género, los que sirvieron como instrumentos de opresión. La imposición de la heterosexualidad y del binarismo de género como las únicas opciones de vida válidas provocó la denostación y subordinación de quienes diferían de ellas y precarizó de este modo sus vidas. La utilización de la estrategia argumentativa basada en las facetas estructurales del derecho a la no discriminación le permitió al movimiento LGBT disputar la expansión de las fronteras de la ciudadanía y los límites de lo que el Estado y la sociedad consideran legítimo y normal. El resultado ha sido que la gran mayoría de los legisladores dejaron de hablar en términos de patologización y criminalización y se centraron, en cambio, en la protección de los derechos negados a las minorías sexuales.

La retórica de los derechos humanos y su uso por el movimiento LGBT

La genealogía del derecho a la identidad de género se relaciona y se nutre de la elaboración y afianzamiento de una retórica de los derechos humanos como respuesta a las torturas, a las desapariciones forzadas y a la apropiación de niños por parte de la dictadura cívico-militar.⁴⁸

Los familiares de las personas desaparecidas y apropiadas, y las víctimas en el exilio, ante la urgencia de la situación en que se vivía, aprendieron a utilizar los precarios mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, que en medio de la Guerra Fría se encontraban bien oxidados. Este descubrimiento en el campo del derecho internacional de los derechos humanos abrió una rendija desde la cual exigir por los derechos de las víctimas de la represión (ver Saldivia, 2015; Mattarollo, 1999). Tal descubrimiento fue acompañado por la construcción teórico-práctica de un sistema formal, así como un sistema discursivo de los derechos humanos, a fin de investigar las violaciones contra ellos cometidas por la dictadura y llevar a la justicia a los responsables de tales violaciones, con lo que se buscaba instaurar algún grado de institucionalidad y respeto por el estado de derecho. Este discurso de los derechos humanos, que

⁴⁸ Sobre la relación entre los militares y otros sectores de la sociedad argentina, como los sociales y económicos, ver Verbitsky y Bohoslavsky, 2013.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

fue principalmente conceptualizado y llevado a la práctica gracias al impulso del movimiento social de los derechos humanos compuesto por los familiares y víctimas de la dictadura, tuvo en la Argentina un arraigo, un desarrollo y una aplicación práctica muy extendidos, características que aún en la actualidad constituyen lo que tal vez sea la principal bandera de identificación nacional.⁴⁹

Elizabeth Jelin recuerda que “es a partir de los golpes militares del Cono Sur que las redes internacionales de activistas y organizaciones ligadas a los Derechos Humanos se incorporan como actores significativos en la protesta contra la represión y el terrorismo de Estado”.⁵⁰ Este cambio no fue liderado por partidos políticos sino por organizaciones de la sociedad civil integradas por personas afectadas por la dictadura cívico-militar.

Asimismo, en la práctica de la lucha antidictatorial, convergen el naciente paradigma de los derechos humanos y las mujeres, ello en virtud de que los crímenes de la dictadura las obligaron a salir de lo doméstico para buscar información sobre sus familiares. Estas mujeres a partir del dolor de su tragedia personal, y de su tradicional rol de madres, subvirtieron el orden social y político al poner de manifiesto el potencial transformador de su lucha. Cabe tener en cuenta que la trayectoria de los derechos humanos se vinculó a la perspectiva de género y así determinó un cambio de paradigma respecto de los enfoques prevalecientes en la reflexión social en Latinoamérica (ver Jelin, 2007).

Uno de los temas centrales por los que lucharon las organizaciones de derechos humanos fue la recuperación de los niños apropiados durante el gobierno dictatorial. Como parte de la política represiva del gobierno de facto, los bebés de las detenidas-desaparecidas embarazadas, quienes eran mantenidas con vida en los centros de detención clandestinos hasta que daban a luz, fueron secuestrados y apropiados. Una vez que se producía el parto, se asesinaba a la madre y se confeccionaban documentos falsos para el bebé. El bebé era

⁴⁹ La actuación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y los juicios con condenas a la Junta Militar de la dictadura, son ejemplos de ello (ver CONADEP, 1984). Asimismo, la reforma constitucional del año 1994 que constitucionaliza a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos fue central para afianzar y darle aún más cuerpo a la retórica de los derechos humanos.

⁵⁰ A esto lo llama la incorporación del marco de los Derechos Humanos en la lucha dictatorial. “Antes, la dominación de las luchas sociales y políticas eran interpretadas en términos de lucha de clases o de revoluciones nacionales la incorporación de la clave “violaciones a los Derechos Humanos” fue, en ese marco, una verdadera revolución paradigmática. Esta definición implica concebir al ser humano como portador de derechos inalienables. Supone también la asignación de la responsabilidad central de garantizar la vigencia y el cumplimiento de esos derechos a las instituciones estatales”, (Jelin, 2007: 32).

Subordinaciones invertidas

entonces entregado a personas que, en la mayoría de los casos, eran cómplices o encubridoras del asesinato de los padres biológicos y de la supresión de la identidad del niño. En algunas oportunidades los apropiadores lo inscribían como propio, y en otros, lo adoptaban de manera ilegal. Las personas que criaron a estos bebés les ocultaron la verdad sobre su origen afectando de manera esencial la conformación de su identidad desde el mismo instante de su nacimiento. Se suprimía así su identidad, lo que determinó el ocultamiento de su origen biológico que les impidió conocer quiénes eran sus padres y las circunstancias en las que se produjo su nacimiento.⁵¹ En suma, la posibilidad de la formación de una identidad biológica que contemplara su origen biológico les fue sustraída y alterada y la verdad sobre sus orígenes, eliminada. Aquí la identidad personal debe ser entendida como aquella que es construida por elementos biológicos (por ejemplo, quién los concibió), históricos (por ejemplo, cuáles fueron las circunstancias en las que nacieron) y sociales (por ejemplo, quiénes los criaron). En el caso de estos niños –en la actualidad adultos–, una vez que supieron que sus orígenes biológicos e históricos no se correspondían con los que creían verdaderos, su identidad personal tal como fue construida a través de sus vidas sufrió un duro golpe. Desde entonces luchan por entender quiénes son, ahora con el hecho –la verdad– de su origen histórico y biológico que les fue ocultado. Y con el hecho, en muchos casos, de que sus padres “adoptivos” fueron los responsables de la desaparición de sus padres biológicos. Son pocos los niños apropiados que eligen seguir viviendo en la ignorancia de la nueva información sobre su identidad. Por el contrario, la mayoría prefiere conocer la verdad. La determinación del ADN del menor de edad apropiado y su cotejo con el de los familiares de origen es central en este proceso, es el medio a través del cual puede establecerse la verdad biológica de la identidad personal.⁵² En este punto debe tenerse presente que son muchos los valores que entran en tensión: el derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre las

⁵¹ Se estima que 500 niños desaparecieron en estas circunstancias. Al mes de agosto de 2016, 120 nietos han recuperado su identidad. Ver <https://www.abuelas.org.ar/>.

⁵² Esto es realizado por el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) creado en el año 1987 por la Ley N° 23511. El BNDG es un archivo sistemático de material genético y muestras biológicas de familiares de personas que han sido secuestradas y desaparecidas durante la dictadura militar argentina. Su objetivo es garantizar la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética que sea necesaria como prueba para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad y cuya ejecución se haya iniciado en el ámbito del Estado Nacional hasta el 10 de diciembre de 1983. El Banco viabiliza la búsqueda e identificación de hijos y/o hijas de personas desaparecidas, que fueron secuestrados junto a sus padres o nacieron durante el cautiverio de sus madres y auxilia a la justicia y/o a organizaciones gubernamentales y no gubernamentales especializadas

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura (entre las que se encuentra el secuestro de bebés y la desaparición de la madre luego de haber dado a luz); el derecho de los familiares de los desaparecidos de conocer la suerte de los niños secuestrados (tíos, hermanos, abuelos, primos de estos); el derecho de conocer la verdad sobre su origen biológico, como así también el derecho a negarse a conocer dicha verdad.⁵³

La apropiación de bebés durante la dictadura puso en el tapete la importancia que para la identidad personal tiene la supresión de sus orígenes biológicos e históricos.⁵⁴ Tal supresión ha sido tratada como una violación atroz a los derechos humanos, incluso como una parte inescindible del plan de exterminio de la dictadura. Es por ello que la identidad personal ha pasado a tener el estatus de derecho humano.

La centralidad que el derecho a la identidad tiene en el desarrollo del discurso de derechos humanos sirvió de plataforma para fundamentar el derecho a la identidad de género. Mientras que la historia de los bebés secuestrados en gran medida trata sobre la identidad personal respecto de sus orígenes, cuya verdad biológica se prueba con el empleo de ciertas tecnologías, las personas trans centran su identidad personal en la cuestión del género, cuya verdad solo

en la identificación genética de los restos de personas víctimas de desaparición forzada. Como resultado de este proceso se identificaron 120 personas.

⁵³ Estos valores en tensión han sido discutidos por la Corte Suprema en el caso “Evelyn Vázquez”, 30/9/2003. Evelyn nació en la maternidad clandestina de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) que funcionaba como un centro clandestino de detención y fue apropiada por un matrimonio que la inscribió como propia. En el 2001 la joven se negó a someterse a un análisis de ADN que pudiera usarse como prueba en contra de quienes la criaron. Luego de varias presentaciones, la mayoría de la Corte Suprema le dio la razón: se debía proteger el derecho a la intimidad de Evelyn, quien se negaba a una extracción compulsiva de sangre. Más adelante, una jueza, en el marco de la investigación por la apropiación de Evelyn, ordenó allanar su casa para extraer muestras alternativas de ADN (halladas en ropa interior, cepillo de dientes, etcétera) que no implicaran la invasión de su intimidad. Hoy prima el criterio de no realizar extracciones compulsivas de sangre pero sí, en cambio, se acepta la extracción de muestras alternativas de ADN.

⁵⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la importancia de este derecho, primero, “como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad”; segundo, como “uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales”; y, tercero, como el hecho de que su falta de reconocimiento “puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”, conforme sentencia en el caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/02/2011, par. 122 y 123.

Subordinaciones invertidas

puede determinarse con la autopercepción. En este sentido, el movimiento por los derechos de las personas transgénero decidió definir la identidad de género a partir de la protección de los derechos humanos, como se hizo con la identidad de los niños apropiados, para así apartarse de la definición que brinda el discurso psiquiátrico.

En este punto es importante tratar de entender cuán grabada está en la cultura argentina la historia de los bebés mencionados y la respuesta política y legal que se articuló para reparar este crimen.⁵⁵ Solo después de entender esta faceta de la historia política argentina es posible comprender por qué la privación del derecho a la identidad provoca de forma vehemente la necesidad de darle una respuesta.

Precisamente este entendimiento del alcance y de las consecuencias que la privación de la identidad personal tiene para el ser humano –un entendimiento al cual el movimiento trans pudo vincular sus experiencias– permite comprender por qué la Argentina es el primer país del mundo que reguló el derecho a la identidad de una forma respetuosa de las identidades trans al negarse a considerarlas enfermas.

El derecho a la identidad de género creció sobre este andamiaje conceptual al adoptarlo como léxico en las demandas por el reconocimiento de los derechos de las personas trans, y de este modo, el derecho a la identidad se convirtió en aquel del cual se desprende la posibilidad de cumplimiento y ejercicio de otros derechos (vivienda, salud, educación, acceso a la justicia, etcétera). El movimiento de las minorías sexuales, al incorporar la retórica de los derechos humanos y adaptarlo a su vez a los reclamos transgénero, facilitó la recepción pública de tales reclamos, porque utilizó un discurso ampliamente conocido e internalizado entre los legisladores, jueces, funcionarios públicos, académicos y activistas de derechos humanos. Además, el apoyo incondicional a los reclamos del movimiento LGBT por parte de las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo selló

⁵⁵ La destacada importancia que el derecho a la identidad tiene en la cultura argentina se ha patentado de forma única y poderosa en el año 2014. Estela de Carlotto, la líder de la organización Abuelas de Plaza de Mayo, abocada a la búsqueda de los recién nacidos y menores apropiados por o con la complicidad de miembros de la dictadura militar que gobernó de facto la Argentina del año 1976 al año 1983, hoy personas adultas, encontró a su propio nieto. Ver la nota en <http://www.theguardian.com/world/2014/aug/06/argentinian-grandmothers-find-son-of-woman-murdered-under-dictatorship>, 6/8/2014. Se trató de un acontecimiento de trascendencia nacional. La emoción y felicidad del público en general fue evidente. Todo el espectro de partidos y actores políticos felicitó a Carlotto.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

esa estrecha alianza estratégica de colaboración y reconocimiento mutuo.⁵⁶ Otra razón importante detrás de la decisión de imbuirse del discurso de los derechos humanos consiste en la situación de vulnerabilidad extrema en la que se encuentran las personas trans. Esta circunstancia era tan desesperante que su reclamo de acceso a condiciones materiales que les permitieran el despliegue y disfrute de los derechos humanos más básicos tenía un carácter urgente. En cierta medida, por dicha razón se privilegió el énfasis en el derecho a la igualdad, en lugar de la autonomía personal como se había hecho anteriormente.⁵⁷

Sin dudas, la adopción del discurso de los derechos humanos fue en gran medida responsable del éxito de la sanción de las leyes de matrimonio igualitario y el derecho a la identidad de género. También es importante destacar que, durante el proceso de discusión e impulso de ambas leyes, las distintas corrientes de activistas que integran el movimiento LGBT argentino dejaron a un lado –o prefirieron no hacer públicas– sus diferencias políticas internas en pos de promover y apoyar la sanción de ambas leyes protectoras de los derechos de las minorías sexuales, y su éxito le debe mucho a esta actitud.⁵⁸

Existen, por supuesto, otros factores que ayudan a comprender el contexto que rodea y nutre la reformulación de la ciudadanía trans y homosexual. A continuación se mencionan cuatro de esos factores que tienen importancia central para entender mejor tal contexto.

⁵⁶ En el año 1998 un grupo de travestis se sumó a la ronda de los jueves de las Madres de Plaza de Mayo para pedir que no se le confiera nuevamente a la policía la facultad de detenerlas. Entre la líder travesti, Lohana Berkins y la líder de las madres, Hebe de Bonafini, se dio el siguiente diálogo: (Berkins) “Nosotras venimos porque también nos cazaban como a animales en la dictadura. Y a explicar que peleamos para poder dejar de prostituirnos, que como todo el mundo nos discrimina no podemos vivir de otra cosa”. (Bonafini) “No te preocupes, nosotras tenemos claro cómo es la lucha de ustedes, y todos sabemos que siempre serán ellos los más prostituidos”. Ver Cristian Alarcón, “Un jueves diferente en la Plaza”, *Página12*, 6/12/1998. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/1998/98-06/98-06-12/pag15.htm>.

⁵⁷ Esta última argumentación fue utilizada en la presentación efectuada por la CHA en el caso ante la Corte Suprema del mismo nombre y en las discusiones en torno a la unión civil en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

⁵⁸ Demás está decir que al interior del movimiento LGBT argentino existen profundas discrepancias que se dan en un contexto de desacuerdo sobre demandas instrumentales, normativas y expresivas. Mario Pecheny indica: “Independientemente de los conflictos ideológicos y estratégicos, dentro de los movimientos por las minorías sexuales subyacen desacuerdos sustantivos en el dominio de la validez de los reclamos éticos-normativos y expresivos. Son estos desacuerdos los que a menudo explican las interacciones conflictivas que ocurren bajo la apariencia de disenso en el dominio estratégico” (Pecheny, 2010: 288).

Subordinaciones invertidas

En primer lugar, con la caída del muro de Berlín y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la década del noventa se caracterizó por un contexto de neoliberalismo impulsado desde el hemisferio norte, que significó una redefinición de los vínculos entre el Estado y la sociedad, vínculos que fueron signados por la ampliación y profundización de la exclusión social. Por un lado, el neoliberalismo restringe el rol del Estado en la redistribución social de los recursos, pero, por el otro, dada tal restricción, fuerza un rol destacado de la sociedad a través de los organismos de derechos humanos como forma de contrarrestar el atropello que ello significa para los excluidos sociales. Esto explica por qué los años noventa se caracterizaron por el despliegue y organización de la lucha de los grupos sociales más desaventajados, de aquellos ignorados por las políticas neoliberales (ver Pecheny y De la Dehesa, 2010).

En segundo lugar, corresponde hacer referencia a la resistencia que puso la Iglesia Católica a cualquier avance vinculado con los derechos de las minorías sexuales.⁵⁹ En todas las instancias en las que se produjeron avances respecto del reconocimiento de los derechos de dichos grupos, esta resistencia se expresó de forma vehemente. Particularmente notoria y activa ha sido la oposición de la Iglesia mencionada al otorgamiento de derechos a los grupos LGBT, ya sean los referidos al matrimonio y a la adopción de hijos, como aquellos relacionados con el derecho a la identidad de género.⁶⁰ En este sentido, cuando el proyecto de ley sobre matrimonio igualitario iba a ser discutido en la Cámara de Senadores, luego de que obtuviera media sanción en la Cámara de Diputados, el titular de la Comisión Episcopal de Seguimiento Legislativo y obispo auxiliar de La Plata, monseñor Antonio Marino, expresó que la Iglesia se oponía a dicho proyecto de ley entre personas del mismo sexo porque “altera el sustento mismo de la vida en sociedad”, y provocará “una revolución conceptual inmensa”.⁶¹ También realizó una referencia peyorativa similar respecto de la extensión del derecho a la adopción a parejas homosexuales. Tal oposición, dijo, “no se está

⁵⁹ Debe tenerse en cuenta que la Iglesia católica argentina ha sido cómplice de la dictadura y en silenciar las atrocidades cometidas. No fue como la Iglesia en Chile que cuestionó la dictadura de Pinochet y que creó la primera comisión de la verdad de ese país (la Comisión Retig). Por el contrario, prelados argentinos participaron en la tortura, dieron absoluciones a los militares responsables de las masacres y ocultaron información sobre los bebés apropiados y los desaparecidos.

⁶⁰ Ver un análisis de los argumentos en clave de derechos humanos para fundamentar tal rechazo de parte de la Iglesia Católica en Lemaitre, 2012.

⁶¹ “Rotundo no de la Iglesia a ‘matrimonio homosexual’ en Argentina”, 19/5/2010. Disponible en <http://www.aciprensa.com/noticias/rotundo-no-de-la-iglesia-a-matrimonio-homosexual-en-argentina/#.UM0zF5PjnYk>.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

en contra de, sino a favor del bien común, la racionalidad y la dignidad del ser humano”.⁶² Asimismo, el arzobispo de Buenos Aires, Jorge Bergoglio, hoy jefe máximo de la Iglesia Católica, afirmó que en el proyecto de ley que prevé el matrimonio igualitario “está la envidia del Demonio que pretende destruir la imagen de Dios”.⁶³

La Conferencia Episcopal Argentina también hizo expreso su rechazo a la Ley de Identidad de Género, en los siguientes términos:

Respecto a la ley de Identidad de Género, si bien se ha buscado responder a una realidad que presenta sus reclamos, no se ha tenido en cuenta el significado objetivo del dato biológico como elemento primario en una legislación sobre el tema de identidad sexual. La diversidad sexual no depende solo de una decisión o construcción cultural, sino que tiene su raíz en un dato de la naturaleza humana que presenta su propio lenguaje y significado. Desconocer el valor y el alcance de este hecho debilita el sentido de la sexualidad que, en su diversidad y complementariedad, debe orientar tanto la vida de las personas como la tarea educativa y legislativa [...] Consideramos muy grave que la ley permita manipular la identidad sexual de los niños y dañarla de modo, tal vez irreversible e incluso en contra de la voluntad de sus padres [...] dejar el tema de la identidad sexual a un libre sentir o decisión de la persona, no corresponde a la certeza jurídica que debe ofrecer una legislación a la sociedad. La naturaleza no limita, en este caso, los derechos de la persona, sino que muestra con su lenguaje el sentido de la sexualidad como un principio que debe orientar tanto la educación como el contenido de las leyes de una comunidad.⁶⁴

Incluso, una vez ya sancionadas las dos leyes principales sobre los derechos de las personas LGBT, esta Iglesia continúa siendo un actor que se opone a los reconocimientos jurídicos alcanzados, en gran medida basada en la idea de que hay algo como una materialidad biológica que determina la realidad y la suerte de la naturaleza que tiene su propio lenguaje y significado y que no puede construirse socialmente ya que simplemente es. Tal oposición pudo observarse durante el proceso de discusión y aprobación de la reciente reforma

⁶² Ibid.

⁶³ “Bergoglio dice que la boda gay ‘es la pretensión destructiva del plan de Dios’”, *La Nación*, 8/7/2010. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1282778-bergoglio-dice-que-la-boda-gay-es-la-pretension-destructiva-del-plan-de-dios>.

⁶⁴ “La Conferencia Episcopal Argentina manifestó su posición respecto de las leyes de ‘Muerte digna’ y de ‘Identidad de género’”. Disponible en <http://www.es.catholic.net/abogadoscatolicos/429/951/articulo.php?id=54685>.

Subordinaciones invertidas

del Código Civil argentino.⁶⁵ En este sentido, la intervención del titular de la Comisión Episcopal Argentina, José María Arancedo, en la Comisión Bicameral del Congreso argentino al analizar la reforma de esta norma de fondo y de fundamental importancia, arremetió contra el matrimonio igualitario y la identidad de género dejando en claro la posición de la Iglesia Católica en contra de los derechos de las minorías LGBT, basado en el argumento de que la familia fundada en el matrimonio entre un varón y una mujer es “óptima” y “un bien de la humanidad”.⁶⁶ Además, la Conferencia Episcopal argentina, fundándose en miradas tradicionales, patriarcales y estigmatizantes de los derechos de las personas LGBT, sostuvo que el anteproyecto de reforma del Código Civil, incluye puntos “contra natura, que banalizan el matrimonio y violentan el derecho a la identidad de los hijos”.⁶⁷

Una elocuente expresión de los fundamentos del discurso anti derechos de las minorías sexuales por parte de la Iglesia católica se encuentra en el mensaje anual de Navidad que brindó el ex papa Benedicto XVI ante la burocracia vaticana, quien censuró el matrimonio gay al indicar que “los homosexuales están manipulando la identidad del género que les dio Dios”, con lo que destruyen “la esencia misma de la criatura humana”; y agregó que los matrimonios entre homosexuales constituyen un ataque contra la familia tradicional que está acorde con la naturaleza humana, y es la constituida por un padre, una madre y sus hijos.⁶⁸

Asimismo, durante una misa celebrada en la catedral de la ciudad de La Plata el arzobispo Héctor Aguer manifestó que “la homosexualidad es una abominación amparada ‘ahora’ por la ley” y además pidió rezar por las per-

⁶⁵ Mediante el Decreto N° 191/2011, el gobierno dispuso la creación de una Comisión para la unificación de los Códigos Civil y Comercial. El nuevo Código Civil finalmente se sancionó el 1/10/2014. La presión de la Iglesia Católica, liderada por el papa Francisco, fue existosa en la preservación de la concepción del Código anterior de que la vida humana comienza con la concepción, y en mantener a la Iglesia como persona jurídica pública, lo que implica el apoyo del Estado. La presidenta Cristina Fernández se reunió con el Papa solo 10 días antes de que el nuevo Código fuera aprobado por el Congreso. Ver “Cristina almorzó con el Papa en el Vaticano”, *Clarín*, 20/09/2014. Disponible en http://www.clarin.com/politica/Cristina-almuerzo-Papa-Vaticano_0_1215478762.html.

⁶⁶ Ver “Duro documento de la Iglesia contra la reforma del Código Civil”, *Clarín*, 23/08/2012. Disponible en http://www.clarin.com/sociedad/Duro-documento-Iglesia-Codigo-Civil_0_760724001.html

⁶⁷ “Quejas de los obispos”, *Página 12*, 27/04/2012. Ver también *Conferencia Episcopal Argentina*, 2012.

⁶⁸ *El Diario*, 21/12/2012. Disponible en http://diario.mx/Internacional/2012-12-21_4be8ed89/condena-benedicto-xvi-a-matrimonios-gays-en-mensaje-navideno/.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

sonas homosexuales a las que trató de “descaminadas y depravadas”. Ante el cuestionamiento por sus afirmaciones de parte de organizaciones LGBT y del Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI), el prelado insistió: “La ley del matrimonio igualitario es una ley injusta en la Argentina, que va en contra del orden natural, no solo con lo que piensa la Iglesia”.⁶⁹

Una tercera cuestión que ha contribuido en la conformación del contexto político favorable para la extensión de la ciudadanía y de los derechos de la comunidad LGBT es que el avance de la protección de los derechos de las minorías sexuales en la Argentina viene acompañado de un desarrollo en el mismo sentido en el sistema internacional de derechos humanos, en articulación con diálogos cross-borders con otros países y organizaciones de la sociedad civil. Este punto será tratado con mayor detalle en el capítulo 6.

El cuarto y último factor contextual radica en que la sanción de la Ley de Identidad de Género forma parte de la política pública en materia de derechos humanos del gobierno argentino de los últimos diez años, que tiende a proteger los derechos de los grupos más desaventajados.⁷⁰ En particular, en solo tres años (2009-2012) se sancionaron tres leyes que tienen por objeto modificar el paradigma médico patologizante que afectaba a las personas más vulnerables como son los pacientes médicos, las personas discapacitadas mentales y las personas transgénero: se colocó en un lugar de privilegio la autonomía de la persona y su consentimiento informado, a diferencia del modelo anterior, fundado en la autoridad exclusiva de la ciencia médica y psiquiátrica sobre el paciente.⁷¹

⁶⁹ “Héctor Aguer, tras las críticas del Inadi: ‘La del matrimonio igualitario es una ley injusta,’” *La Nación*, 25/06/2014. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1704382-arzobispo-platense- Hector-aguer-matrimonio-igualitario-inadi>.

⁷⁰ Al respecto se han sancionado las siguientes leyes: Ley N° 25871, 2003, Ley Nacional de Migraciones que derogó la normativa de la última dictadura militar y consolidó el enfoque de la política de no discriminación hacia los migrantes; Ley N° 26061 sobre la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en el 2005; Ley N° 26364, prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, en el 2008; Ley N° 26485, sobre la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en el 2009; Ley N° 26844, sobre el régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares que reconoce los derechos de las empleadas domésticas, en el 2013, entre otras normas.

⁷¹ Además de la Ley de Identidad de Género, cabe mencionar a la Ley sobre el Derecho a la Protección de la Salud mental (Ley N° 26657, 2010) por la cual “queda prohibida la creación de nuevos manicomios o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados”. Revierte el esquema anterior a esta ley ya que se parte de presumir la capacidad de todas las personas. Asimismo, y al igual que la Ley de Identidad de Género, establece que debe regir el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones (conforme el art. 10). Respecto específicamente de la orientación e identidad de género establece que en ningún caso puede

Subordinaciones invertidas

El carácter democrático del reconocimiento de los derechos LGBT

El reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales en la Argentina fue producto de un proceso deliberativo y democrático muy intenso y complejo. En él tuvieron oportunidad de expresar su postura los más diversos actores, entre los que cabe contar no solo a quienes impulsaron tal reconocimiento, sino también a sus detractores, como es el caso de la Iglesia Católica. Esta historia es parte de un proceso social de formación de significados constitucionales que tienen su origen en la lucha en pos del reconocimiento de los derechos civiles y sociales que entabló de forma asertiva el movimiento social LGBT. El diálogo que se genera transcurre y florece entre las diversas instituciones estatales, élites, medios de comunicación, movimientos sociales, religiosos y otros sectores movilizados de la sociedad civil como son las organizaciones estudiantiles y gremiales. Este diálogo confluye en una extensión del alcance de la protección de la cláusula constitucional de igualdad, de tal modo que incluye en su protección formal a quienes no habían sido tenidos en cuenta hasta entonces; además, amplía su protección respecto de las causas estructurales de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la minoría LGBT.

El proceso de conformación de significado de la Constitución argentina en el caso del reconocimiento de los derechos de las personas LGBT fue especialmente

hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva dichos elementos (art. 3, inc. c). La Ley de Salud Mental comparte con la Ley de Identidad de Género el objetivo principal de romper con una concepción psiquiátrica del padecimiento subjetivo. Se vuelve un cambio de paradigma que deja de entender a las personas con discapacidad mental como objeto de asistencia para considerarlas sujetos de derecho. Para ello pone límites a la internación de personas contra su voluntad y apunta al reemplazo de los “neuropsiquiátricos” por la atención de la salud mental en el marco de la comunidad. La otra norma destacada es la ley sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud (Ley N° 26529, 2009) que rige el ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica. Esta ley hace especial hincapié en la autonomía de la voluntad del paciente quien tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Además regula de manera minuciosa el consentimiento informado del paciente. Tres años después de su sanción fue modificada por otra ley que detalla aún más el alcance de la autonomía de la voluntad del paciente para incluir su derecho a una muerte digna (Ley N° 26742, 2012). Es notorio que que esta última ley haya sido sancionada el mismo día en la sesión inmediatamente anterior a la de la ley sobre el derecho a la identidad de género. Ambas normas privilegian la voluntad de la persona respecto de decisiones sobre el cuerpo.

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

dinámico, dadas las diversas clases de interacciones entre la sociedad civil y las estructuras estatales. A este tipo de procesos Seyla Benhabib los llama “iteraciones democráticas” que consisten en:

Procesos complejos de argumentación, deliberación, e intercambio público a través de los cuales se cuestionan y contextualizan, invocan y revocan, afirman y posicionan reivindicaciones y principios de derecho universalistas, tanto en las instituciones legales y políticas como en las asociaciones de la sociedad civil. Estos pueden darse en los cuerpos públicos “fuertes” de las legislaturas, el sistema judicial y el ejecutivo, así como en los entes públicos “débiles” de asociaciones de la sociedad civil y los medios (2005: 130).⁷²

Esta deliberación democrática se conforma a través de múltiples interacciones y de un proceso público y permanente (*ongoing*) de entendimiento, de creativa apropiación, reapropiación y transformación de ideas y significados que se realiza a través de la argumentación, la contestación, la revisión y el rechazo. Estos procesos son complejos y esencialmente culturales.⁷³

Son muchas y variadas las instancias de discusión y participación que conformaron este relato democrático que tuvo lugar en la Argentina en un intervalo de tiempo de más de dos décadas. En primer lugar –tal vez las más relevantes en esta historia deliberativa ya que son el primer paso que lleva luego a la visibilidad “en las leyes”– corresponde mencionar a las marchas, la organización del movimiento, la lucha real por la visibilidad “en la calle”. También ha sido una gran fuente de diálogo: el intercambio y la disputa de posiciones que existió entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema como consecuencia de la denegación de personería jurídica a asociaciones LGBT por parte de la Inspección General de Justicia, el cambio de postura entre dos Cortes Supremas integradas de manera distinta en los casos “CHA” y “ALITT”, los litigios de interés público promovidos por organizaciones LGBT

⁷² Esta autora recurre a la idea de política jurisgenerativa de Robert Cover la cual “hace referencia a actos iterativos a través de los cuales un pueblo democrático que se considera sujeto a ciertas normas y principios rectores se reapropia y reinterpreta los mismos, mostrándose así no solo como el sujeto sino también el autor de las leyes. [...] la política jusgenerativa es señal de un espacio de interpretación e intervención entre las normas trascendentes y la voluntad de las mayorías democráticas. Las reivindicaciones de derechos que enmarcan la política democrática deben, por un lado, verse como que trascienden los pronunciamientos específicos de las mayorías democráticas en circunstancias específicas; por el otro, tales mayorías democráticas re-iteran estos principios y los incorporan en procesos de formación de voluntades democráticas a través de la argumentación, la contestación, la revisión y el rechazo” (2005: 131).

⁷³ Para una discusión acerca del significado de “cultura” ver Benhabib, 2006.

Subordinaciones invertidas

por el derecho a la salud y la protección de pacientes con VIH o sida (ver Bergallo, 2011), la sanción del artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que explícitamente prohíbe la discriminación basada en razones de orientación sexual (1996), la derogación de los edictos policiales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1998), el reconocimiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de las uniones civiles (2006), la nueva intervención del Poder Ejecutivo esta vez a través de la ANSES para reconocer la pensión por fallecimiento de parejas homosexuales, las acciones de amparo presentadas a la justicia argentina por denegación del matrimonio entre personas del mismo sexo que terminaron llegando hasta la Corte Suprema, el tal vez tardío involucramiento del Poder Legislativo en este proceso de iteración democrática, el cabildeo y activismo del movimiento LGBT, los casos presentados a la justicia solicitando autorización para cambiar de nombre y de sexo, la resistencia del clero y de sectores conservadores de la sociedad, las opiniones de profesores y expertos en la materia volcadas en los medios y en reuniones públicas en el Congreso, en los *amicus curiae* ante la máxima instancia judicial, la postura de los diferentes comunicadores sociales y medios de comunicación, entre muchos otros sitios de discusión y confrontación de ideas sobre el alcance de la protección de derechos para la población LGBT.

Merece una mención especial la participación del movimiento social LGBT como un actor central en la puesta en marcha de esta historia al exponer y visibilizar la experiencia de privación de derechos de las personas LGBT. Con ello logró cuestionar el *statu quo* jurídico y social basado en normas de carácter universal que las subordina para poder así proponer derechos más contextualizados y receptivos de las demandas de las minorías sexuales.

Otro ámbito que tuvo y aún tiene un protagonismo relevante en el proceso de iteración democrática aquí relatado, es el internacional, en particular en el aspecto relativo a su interacción con el ámbito nacional. Declaraciones, resoluciones y decisiones de órganos del sistema internacional y regional de derechos humanos han sido claves en la configuración de un diálogo transnacional que juega un papel central en el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT. La reforma de la Constitución nacional del año 1994 creó las condiciones propicias para ello al reconocerles jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y al incorporar nuevos derechos en su texto. Además, a partir de la sanción de la ley argentina sobre el derecho a la identidad de género, se empieza a observar

Capítulo 2. La trayectoria hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género...

otra capa más en este intercambio y diálogo que consiste en la réplica que se está haciendo en otras partes del mundo del modelo argentino.⁷⁴

El contenido de esas iteraciones ha sido sumamente variado e incluyó todo tipo de narrativas o significados sociales, ya sea de quienes están a favor de reconocer como ciudadanas plenas a las personas LGBT, como de quienes no lo están y han contribuido a sostener la negación de derechos a la que está sometido el grupo. Una característica central de las iteraciones democráticas se vincula con el hecho de que logran transformar las ideas hasta entonces predominantes, modifican aquella visión considerada válida y habilitan la entrada en el ámbito público de miradas hasta entonces excluidas y denostadas. Por ello, este proceso tiene implicancias enriquecedoras para lograr el cambio social a través del intento de manipular elementos de la ideología dominante para transformar la experiencia de dominación que aquejaba a estos grupos despreciados (ver Crenshaw, 2006).⁷⁵

Los derechos, a pesar de reflejar esa ideología dominante, pueden ser reinterpretados y acomodados para incluir a grupos subordinados, ello en virtud de ser considerados recursos políticos para la acción. Tal como afirma Kimberly Crenshaw respecto del proceso de reivindicación de los derechos civiles de los afroamericanos en Estados Unidos, esta estrategia política de lucha ha permitido exponer una serie de contradicciones entre las que se destaca la existencia simultánea de los privilegios que prometía la ciudadanía estadounidense y la práctica de una subordinación racial absoluta: "...en lugar de utilizar esta contradicción para sugerir que la ciudadanía estadounidense era ilegítima o falsa en sí misma, los activistas procedieron como si aquella fuese real y exigieron el ejercicio de los derechos que la misma implicaba" (2006: 112).⁷⁶ Esta descripción es extrapolable a la experiencia de la lucha encarada por el movimiento social LGBT en la Argentina, tal como expuse en los párrafos precedentes.

⁷⁴ Desarrollo esta cuestión en capítulo 6.

⁷⁵ Crenshaw plantea que la lucha de los negros, al igual que la de todos los grupos subordinados, es una lucha por crear un nuevo *statu quo* a través de las herramientas ideológicas y políticas disponibles.

⁷⁶ Agrega Crenshaw: "Los líderes del movimiento por los derechos civiles utilizaron los mecanismos ideológicos ofrecidos por el discurso de los derechos para forzar la creación de un conflicto entre los blancos, que en última instancia benefició a los negros. La formulación de los problemas raciales en la retórica de los derechos morales y jurídicos contribuyó a crear la controversia política necesaria para utilizar la función coercitiva del Estado en apoyo de las comunidades negras" (2006: 119).

Subordinaciones invertidas

En suma, esta historia de reivindicación, reconocimiento e implementación de los derechos de las personas LGBT ha consistido —y continúa siéndolo— en complejos desacuerdos y acuerdos legales y sociales respecto del alcance del reconocimiento de los derechos tradicionalmente negados a grupos que están en una situación de desigualdad estructural, situación que es descrita en el próximo capítulo.