

Capítulo 3

Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

En este capítulo se plantea que las personas de géneros diversos conforman un grupo en situación de vulnerabilidad estructural. Para ello se expone la escasa información en la que se basa esta afirmación. También se mantiene que solo una mirada estructural del derecho a la igualdad y a la no discriminación, que exige el desmantelamiento de estructuras sociales, políticas, jurídicas y económicas, provee las bases para reclamar el respeto por los derechos de las personas trans. Finalmente, se afirma que esta es la perspectiva adoptada por la ley argentina sobre identidad de género.

Antes de adentrarnos en estas cuestiones es importante aclarar que la descripción de la situación de vulnerabilidad en la que se hallan las personas trans no implica que sean consideradas víctimas pasivas de tal situación sino que, por el contrario, debe partirse de la idea de que las personas transgénero son sujetos de derecho a quienes se les está impidiendo poder ejercerlos y que el Estado es el principal responsable de esta violación ya que sobre él recae la obligación de hacer cumplir los derechos de las personas en situaciones más desaventajadas. Asimismo, a pesar de que la existencia de las personas trans sea representada en el umbral de lo que podría considerarse personas vivas-muertas, entendiéndose por esto que “en el cuerpo trans conviven lo no viable y lo no vivible conjuntamente con la muerte civil y la extrema precariedad” (De Mauro Rucovsky, 2015: 21), ello de ningún modo significa que la vida de las personas trans no merezca ser vivida, ni que tal vida se reduzca solo a dicha faceta de exclusión. Por el contrario, debe enfatizarse que la vida trans es tan válida y deseable como cualquier otra vida configurada en los contornos de lo no trans.¹ Por consiguiente, la descripción de las personas trans como sobrevivientes

¹ Para describir lo no trans el activismo trans ha acuñado el término “cissexual” como herramienta para distinguir entre trans y no trans con el objeto de criticar, visibilizar y deconstruir los privilegios de unos sobre otros.

Subordinaciones invertidas

de la prostitución, del abandono familiar, de la violencia institucional, en definitiva, de la exclusión social se realiza con el objeto de dar cuenta de la realidad objetiva de sojuzgamiento que ha sido impuesta a la existencia de las personas transgénero por parte del Estado y la sociedad, y poder exigir así su reconocimiento y la protección estatal.

Las reivindicaciones que plantean las personas trans consisten, en primer lugar, en el reconocimiento legal y cultural, es decir, se refieren al desmantelamiento de jerarquías de estatus a fin de que cese el desprecio institucionalizado. Para ello exigen que se condene la discriminación y que se reduzcan las diferencias de estatus entre los ciudadanos. A tales efectos, es imperioso un marco normativo que contemple el reconocimiento del derecho a la identidad de género a través de un proceso de cambio de nombre que no patologice ni estigmatice a la persona que busca el reconocimiento de su género, y a través del acceso a cirugías de reasignación genital y a tratamientos integrales de salud como los farmacológicos y hormonales.

Pero sus demandas no consisten solo en el reconocimiento legal y cultural sino también en la redistribución socioeconómica. Ello se verifica en las condiciones paupérrimas en las que viven, es decir, en las estructuras económicas que les niegan los medios necesarios para su interacción con las demás personas como iguales. Podría ser que, en el caso de la comunidad que aquí se trata, esta última reivindicación sea consecuencia de la falta de reconocimiento legal y cultural; sin embargo, al menos hasta que se efectivice el reclamo por reconocimiento y este pueda impactar en el bienestar económico del grupo, tanto la reivindicación de reconocimiento como la relativa a la distribución económica son fundamentales y no se excluyen, son primarias y co-originarias (ver Fraser, 1997).²

Nancy Fraser considera que las reivindicaciones de las personas homosexuales se enmarcan dentro del reconocimiento legal y cultural, y afirma que las injusticias económicas que sufre este grupo se corrigen a partir del reconocimiento (1998). Aunque esta autora no discute sobre las personas de género diverso, alertaría sobre la tendencia a que se subsuman sus problemas de justicia en aquellos de las personas homosexuales y bisexuales. En la Argentina, las demandas de la comunidad transgénero incorporan la perspectiva de clase para referirse a la subordinación que sufre, algo ausente en las demandas de otras minorías sexuales. Al respecto, Josefina Fernández argumenta que “solo en el discurso correspondiente a las travestis, y no en los discursos gays y

² Ver también el intercambio entre Butler, 1998 y Fraser, 1998.

Capítulo 3. Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

lesbianos, hay referencias que sugieren una perspectiva de clase, donde entiende que la discriminación a la que está sometida tiene su fundamento no solo en la identidad abyecta que enarbolan sino también en su extracción de clase” (2004: 137). En suma, y tal como señala Joan Scott, no es acertado entender a las políticas de distribución y a las de reconocimiento como alternativas excluyentes, sino que debe reconocerse la ambigüedad, la contradicción y la paradoja que conllevan como una forma de imaginar combinaciones y salidas diversas (ver Scott, 1996), circunstancia que se evidencia de forma elocuente en el caso de las personas transgénero.

Para comenzar, primero se ilustra la extensión del grado de vulnerabilidad al que están sometidas las personas trans, niveles que justifican la necesidad de una inmediata protección de los derechos que le son privados a este grupo social. Luego, se analiza el tipo de protección de la igualdad y no discriminación que ha sido adoptado por la ley argentina sobre el derecho a la identidad de género.

La situación de vulnerabilidad de las personas transgénero

Para entender la situación de vulnerabilidad estructural en la que se encuentran las personas transgénero corresponde examinar, entre otras fuentes, los informes elaborados por algunos organismos internacionales de derechos humanos. Estos organismos, en los últimos años, han comenzado de forma gradual a reconocer la situación de discriminación que aqueja a las minorías sexuales y lograr de este modo darle importancia y visibilidad a la violación de sus derechos. A tal efecto también, cabe observar los pocos datos que existen respecto de diversos indicadores: el índice de mortalidad, la violencia, la salud, la educación, la vivienda, entre otros vinculados a este grupo de personas, circunstancia que a su vez, también sirve de referencia sobre los derechos humanos que les son conculcados en forma cotidiana.

En el ámbito internacional han comenzado a elaborarse informes sobre el grado de vulnerabilidad de las minorías sexuales en virtud de la discriminación a la que están expuestas. Uno de los primeros organismos del sistema internacional de derechos humanos en tratar este tema fue la Comisión de Derechos Humanos quien, recién en el año 2001, afirmó:

...[a] los miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas

Subordinaciones invertidas

veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos. [...] los miembros de las minorías sexuales son un grupo especialmente vulnerable en lo que respecta a la tortura en diversos contextos y que su condición puede afectar también a las consecuencias de los malos tratos que reciban tanto en cuanto a sus posibilidades de presentar denuncias o recibir tratamiento médico en los hospitales públicos, en donde tal vez teman que se les siga victimizando, como en cuanto a las consecuencias jurídicas relativas a las sanciones legales derivadas de determinados abusos. [...] debido a su situación económica y educacional, supuestamente exacerbada muchas veces o causada por leyes y actitudes discriminatorias, se priva a los miembros de las minorías sexuales de los medios de reivindicar sus derechos y asegurar que se respeten, incluidos sus derechos a ser representados por abogados y a obtener una reparación legal, como por ejemplo, una indemnización.³

Hubo que esperar varios años más hasta que otro organismo enfatizara que entre los grupos minoritarios que merecen la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en este caso la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, se encontraban las minorías sexuales. En el año 2007, el Comité contra la Tortura sostuvo:

La protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos. Los Estados Partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual, discapacidad mental o de otro tipo, estado de salud, situación económica o pertenencia a una comunidad indígena, razón por la que la persona se encuentra privada de libertad.⁴

En el año 2009, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), indicó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que tanto la orientación sexual como la identidad de género son motivos para prohibir la discriminación:

³ “Informe del Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/56/156, 2001, para. 19.

⁴ Comité contra la Tortura, Observación general N° 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, 39° período de sesiones 2007, para. 21.

Capítulo 3. Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

En “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo.⁵

Un año después, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW), responsable de la implementación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, reconoció que la orientación sexual e identidad de género es uno de los factores de discriminación contra las mujeres adultas mayores.⁶ Asimismo, en la Recomendación General N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, este Comité destacó el carácter multidimensional de la discriminación que sufren las mujeres de este grupo al mencionar la discriminación por la orientación sexual y la identidad de género entre los factores que deben sumarse.⁷

Ya para el año 2011, el tema de la discriminación de las minorías sexuales se instala de forma definitiva en la agenda de las Naciones Unidas a través del informe “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, elaborado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ms. Navathenam Pillay. En este informe se documentan las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género y la forma en la cual la normativa internacional de derechos humanos podría aplicarse para poner fin a la violencia

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2009, para. 32

⁶ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Proyecto de Recomendación General N° 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 2010, para. 18.

⁷ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 2010, para. 13.

Subordinaciones invertidas

y a las violaciones conexas de los derechos humanos por estos motivos.⁸ La línea de trabajo que el Alto Comisionado comenzó con este informe continuó con la reciente emisión de su último informe sobre la discriminación contra las minorías sexuales: “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género.”⁹ Este trabajo se destaca por las referencias que hace al problema de las intervenciones médicas forzosas como la esterilización, terapia de conversión, cirugías y tratamientos médicos innecesarios en niños intersex, entre otros.¹⁰

Por su parte, en el año 2014, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, también se ha expedido sobre los derechos de las minorías sexuales respecto de ciertas formas de abusos presentes en entornos de atención de la salud que pueden trascender el mero maltrato y equivaler a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; en particular destaca la necesidad de dar prioridad al consentimiento informado como elemento esencial de un proceso continuo de prueba, consulta y tratamiento voluntarios.¹¹

En la última iniciativa destacada que tuvo lugar durante el proceso de corrección de este libro, y coincidiendo con el día internacional del orgullo, 28 de junio, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una resolución sobre la “Protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género” que ordena el nombramiento por tres años de un/a experto/a independiente sobre la temática. El mandato del experto consistirá en evaluar la implementación de las normas internacionales de derechos humanos respecto de las formas de superar la violencia y discriminación contra las personas LGBT. Asimismo, deberá identificar y trabajar sobre las causas subyacentes de la violencia y discriminación.¹²

Fuera del ámbito estricto de los organismos internacionales de derechos humanos, en junio de 2014 la Organización Mundial de la Salud (OMS) y media

⁸ Naciones Unidas A/HRC/19/41, 2011. Ver también el trabajo elaborado por esta oficina “Nacidos Libres e Iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos”, 2012. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf

⁹ A/HRC/29/23, 4/05/2015.

¹⁰ Al respecto ver los párrafos 14, 38, 53 y 54 del informe.

¹¹ “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes Juan E. Méndez,” A/HRC/22/53, (2013) para. 38..

¹² A/HRC/32/L.2/Rev.1, 2016. Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.2/Rev.1&referer=http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20220&Lang=S

Capítulo 3. Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

docena de organismos de las Naciones Unidas han condenado la esterilización forzada de personas transgénero e intersex con el objeto de que se amolden al binarismo de género. El informe indica que tales grupos tienen una larga historia de discriminación y abuso vinculado a la esterilización que continúa en la actualidad.¹³ Hasta la fecha, esta ha sido la declaración más fuerte de la OMS, quien –debe recordarse– en términos patologizantes todavía considera que las personas transgénero sufren “disforia de género o desórdenes de la identidad de género”.

Esta sintética mención de informes de organismos internacionales sirve para hacerse una idea de los males que las minorías sexuales enfrentan de manera cotidiana. Específicamente, respecto de las personas transgénero en la Argentina, la escasa información relativa a índices tales como la mortalidad, la violencia, la salud, la educación y la vivienda, es indicativa de la situación desaventajada en la que se encuentran y en la que todos sus derechos básicos son conculcados.

Cabe aclarar que la información disponible sobre la situación económico-social en la que se encuentran las personas transgénero proviene de las evaluaciones realizadas por las mismas organizaciones sociales argentinas que las representan. Tales evaluaciones fueron realizadas con lo que parece ser una metodología seria provista por científicos sociales aliados a su causa. Es notoria la ausencia de información relevada por el Estado. No debe olvidarse que la producción de información a cargo del Estado es una herramienta indispensable para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas destinadas a erradicar situaciones estructurales de discriminación y a promover condiciones de igualdad material entre los distintos grupos sociales que componen una determinada comunidad, entre ellos, el de las personas de géneros diversos. En este sentido, y a modo de ejemplo, la Comisión Internacional de Derechos Humanos (IDH) al referirse a situaciones de violencia que reflejan patrones estructurales de discriminación sostuvo que los Estados tienen el deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística

¹³ “Such violations are reflected, for example, in the various legal and medical requirements, including for sterilization, to which transgender and intersex persons have been subjected in order to obtain birth certificates and other legal documents that match their preferred gender. Intersex persons, in particular, have been subjected to cosmetic and other non- medically necessary surgery in infancy, leading to sterility, without informed consent of either the person in question or their parents or guardians. Such practices have also been recognized as human rights violations by international human rights bodies and national courts”, Informe “Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement,” OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, 2014. Disponible en http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112848/1/9789241507325_eng.pdf.

Subordinaciones invertidas

adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil. Al respecto señaló:

... dado el relevante interés público de la información estadística vinculada al problema de la violencia contra las mujeres, los Estados deben contar con mecanismos legales y administrativos apropiados para garantizar un amplio acceso a esa información, estableciendo vías de difusión de la misma y promoviendo el debate y el escrutinio público de las políticas que se implementen en este ámbito.¹⁴

Respecto de las personas LGBT, la Comisión ha expresado su preocupación por la violencia generalizada contra ellas y la falta de recopilación de datos por parte de Estados miembros de la OEA.¹⁵

Entre la escasa información disponible, cabe destacar el “Informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgénero”, elaborado por activistas en la materia. Este Informe refleja con datos empíricos la realidad sobre la situación económica y social de estas personas y muestra que este grupo social sufre de muerte temprana producto de enfermedades y violencia prevenibles. Al respecto, se consigna que 592 personas travestis, transexuales y transgénero han fallecido entre el año 2001 y el año 2006. La principal causa de muerte es el VIH/sida (54,7 %). La segunda en importancia es el asesinato (16,6 %). Respecto de la edad, el 43% murió entre los 22 y 31 años y el 33% entre los 32 y 41 años. El 9% no había cumplido los 21 años (ver Berkins 2007; Berkins y Fernández, 2005; Cabral y Hoffman, 2007).¹⁶

El informe mencionado también constata la relación que existe entre la temprana edad en la que las personas travestis, transexuales y transgénero asumen sus identidades y las situaciones de exclusión que sufren. De la encuesta realizada a 257 personas travestis, transexuales y transgénero en distintas regiones de la Argentina en el año 2006, surge que el 45% asumió su identidad travesti, transexual o transgénero entre los 14 y 18 años, mientras que el 35% respondió que fue antes de los 13 años. Una de las consecuencias más nocivas de esta temprana identificación es la experiencia de desarraigo a la que se encuentran

¹⁴ Comisión IDH Informe “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, párr. 43.

¹⁵ Comunicado de Prensa, 17/12/2014. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/153.asp>

¹⁶ Ver además los artículos de Sacayán, 2010, Berkins, 2010, Veira, 2010 con relatos sobre los crímenes de odio que aquejan a este grupo. También ver Sacayán, 2008; 2009.

Capítulo 3. Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

expuestas, ya que al no ser aceptadas en sus ámbitos de pertenencia (hogar, escuela, clubes, barrio, etcétera) se ven obligadas a migrar a fin de encontrar lugares menos expulsivos. En el Informe Nacional sobre la Situación de las Travestis, Transexuales y Transgéneros se describe de forma aguda esta experiencia cuando cuenta que las personas transgénero abandonan el hogar, la ciudad o el pueblo “con el objeto de buscar entornos menos hostiles o el anonimato de la gran ciudad, que nos permita fortalecer nuestra subjetividad y otros vínculos sociales en los que nos reconozcamos” (2007: 67).

A continuación se detallan algunas situaciones objetivas de vulnerabilidad que muestran la respectiva conculcación de derechos, circunstancia que, en consecuencia, demanda una especial protección de parte del Estado.

La violación del derecho a la salud se verifica por la falta de acceso a ella: el 80% de las encuestadas ha modificado su cuerpo de manera ilegal sin recurrir al sistema de salud oficial autorizado (el 86% se inyectó siliconas en domicilios particulares en el 99% de los casos) (ver Berkins, 2007). A este cuadro también cabe agregar que la proporción de personas trans que viven con VIH llega al 34,5 %.¹⁷

Respecto del derecho a la educación, las personas transexuales, travestis y transgénero encuestadas indicaron que son marginadas del sistema educativo ni bien comienzan a manifestar públicamente su identidad, circunstancia que, cabe recordar, se presenta a temprana edad. El 16% no completó el ciclo primario; el 40% comenzó pero no completó el ciclo secundario; solo el 17% pudo completar este nivel; y solo el 2% concluyó la formación terciaria o universitaria. La discriminación, el hostigamiento y la violencia de la que son objeto en el ámbito escolar es la principal causa de abandono de sus estudios: “nuestro colectivo tiende a ser marginado del sistema educativo en los momentos en que comienza a manifestarse nuestra identidad de género públicamente [...] las posibilidades de continuar nuestros estudios se vinculan con el requisito implícito de no poner en juego nuestras identidades de género en el espacio escolar” (Berkins, 2007: 70-71).

Por su parte, con relación al derecho al trabajo, en el informe citado, el 80% de las encuestadas indicó que su principal fuente de ingresos es la prostitución. La discordancia entre la identidad de género acreditada en los documentos de identificación personal y la autopercebida es mencionada, junto con la falta de educación y capacitación necesaria, como uno de los principales obstáculos para obtener un buen empleo. Ya en el año 1999 según los datos del Informe

¹⁷ Pedro Lipcovic, “El trabajo sexual y el Sida”, diario *Página 12*, 22/08/2008.

Subordinaciones invertidas

Preliminar de la Defensoría del Pueblo sobre la situación de las travestis en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 89% de las travestis que residían en esta ciudad en ese momento ejercía la prostitución.

En términos del derecho a una vivienda digna, es demostrativo de la precariedad en la que viven las personas travestis, transexuales y transgénero el hecho de que solo el 16% de las encuestadas manifestó poseer una vivienda, número que se obtiene sumando los contratos de alquiler y los de propiedad (ver Berkins, 2007).

El 91,1% de las personas entrevistadas expresó haber sufrido diferentes situaciones de violencia en el transcurso de su vida, circunstancia que atenta contra el derecho a una vida libre de violencia (ver Berkins, 2007). Por su parte, la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBT de la Comisión IDH registró entre enero de 2013 y marzo de 2014 más de 700 ataques contra la vida y la integridad de las personas LGBT.¹⁸ Es necesario agregar que de acuerdo a los últimos resultados del proyecto global “Transrespeto versus Transfobia” entre el año 2008 y 2015 se registraron 1350 asesinatos de personas trans en América Latina.¹⁹ Particularmente alarmantes son los casos de travesticidios. Solo en octubre de 2015 tres travestis fueron asesinadas en la Argentina, entre las que se cuenta como el caso más resonante el de la activista trans Diana Sacayan, figura emblemática de la lucha por los derechos de las personas travestis.²⁰ Estos datos exponen de forma cruenta e indubitable las circunstancias acuciantes en las que se despliega la vida de las personas de géneros diversos (ver Sabsay, 2011).

Cabe también señalar que la información mencionada se condice con aquella recabada por la “Primera encuesta sobre población trans 2012: travestis, transexuales, transgénero”, realizada por el Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI) y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC). Para la realización de esta encuesta se entrevistaron un total de 209 personas transgénero. De ella se extrajo que el promedio de vida de las personas trans es de entre 35,5 y 41 años. A su vez, el 35% de las personas encuestadas indicaron que abandonaron la escuela porque las discriminaban; el 20% declaró no realizar ninguna actividad por la que obtenga dinero; el 80% restante

¹⁸ Registro de violencia contra las personas LGBT en América, Comisión IDH. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/153.asp>.

¹⁹ Ver en su sitio web: http://www.transrespect-transphobia.org/en_US/tvt-project/tmm-results/idahot-2015.htm.

²⁰ Ver Matías Máximo, “Travesticidio. Por ser Puta, Torta o Trans”, en *Revista Anfibia*, Universidad Nacional de San Martín, 10/2015 Disponible en <http://www.revistaanfibia.com/ensayo/por-ser-puto-torta-o-trans/>.

Capítulo 3. Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

dijo que se prostituía o tenía trabajos informales. Por su parte, conforme lo manifestaron un 83% de las mujeres trans y un 40% de los hombres trans, la policía fue señalada como una institución responsable de graves hechos de discriminación y de violencia.²¹

Como se expresó en el capítulo anterior, antes de la sanción de la ley de derecho a la identidad de género, había existido, de parte de las autoridades, apenas un par de reconocimientos aislados de la situación de marginalidad que sufren las personas transgénero, travestis, transexuales e intersex. Asimismo, como también se expusiera en el capítulo precedente, la Corte Suprema realizó un reconocimiento similar en un caso en el que afirmó que las personas travestis y transexuales sufren de discriminación y violencia que las priva de oportunidades profesionales y las condena a la marginalidad.²²

Desde la sanción de la Ley de Identidad de Género se han llevado a cabo algunas iniciativas en el ámbito de la administración pública con el objeto de revertir la situación de vulnerabilidad descripta.²³ Un tema que ha recibido especial atención es el relativo al acceso al trabajo y las personas trans.²⁴ Además,

²¹ Ver “Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans. Informe Técnico de la Prueba Piloto Municipio de la Matanza”, INADI e INDEC, 09/2012. Disponible en http://www.indec.gov.ar/desaweb/micro_sitios/WebEncuestaTrans/pp_encuesta_trans_set2012.pdf. El principal objetivo de esta encuesta consistió en describir las características sociodemográficas y las condiciones de vida de las personas trans e indagar acerca de las experiencias de discriminación, el conocimiento de herramientas legales y normativas que protejan de la discriminación y el acceso a la justicia de la población trans. La encuesta se realizó en el municipio de La Matanza de la provincia de Buenos Aires y ha sido una iniciativa conjunta del INDEC, del INADI y de las organizaciones sociales en las que participan personas trans de La Matanza.

²² Caso “ALITT”, citado en nota 13 del capítulo 2.

²³ Un ejemplo de ello es la realización de la “Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans. Informe Técnico de la Prueba Piloto Municipio de la Matanza”, INDEC e INADI, Septiembre 2012.

²⁴ Ver la política de empleo para el colectivo trans implementada por el ministerio de Trabajo de la Nación llamada “La línea de Inclusión Laboral para Personas Travestis, Transexuales y Transgéneros”. Disponible en <http://www.trabajo.gov.ar/diversidadsexual/inclusion.asp?subcat=2>. La Resolución N° 331/2013 del Ministerio de Trabajo extiende la cobertura prevista por el Seguro de Capacitación y Empleo, a travestis, transexuales y transgéneros en situación de desempleo. Disponible en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/213578/norma.htm>. Además ver el cuadernillo elaborado entre este Ministerio y el INADI sobre inclusión laboral trans. Disponible en <http://www.trabajo.gov.ar/diversidadsexual/> y http://inadi.gov.ar/wp-content/uploads/2013/04/cuadernillo_de_inclusion_laboral_trans.pdf. Asimismo, se ha firmado un convenio entre estos dos organismos para la inclusión en el mercado laboral de las personas trans.

Subordinaciones invertidas

varias personas trans están ocupando lugares destacados en la administración pública, algo impensado pocos años atrás. Tal es el caso, por ejemplo, de Lohana Berkins, activista trans, quien asumió como responsable de la Oficina de Identidad de Género y Orientación Sexual del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.²⁵

La Ley de Identidad de Género como una aplicación concreta de la igualdad estructural

Hasta hace muy poco en la Argentina, la ley que regulaba el cambio de nombre y la ley que regulaba la práctica médica modificatoria del sexo exigían una autorización judicial para poder realizar la afirmación de género solicitado. Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 26743 sobre el derecho a la identidad de género, la intervención casi siempre restrictiva de los jueces era uno de los mayores impedimentos para que las personas transgénero ejercieran su derecho a la identidad de género y los derechos que se siguen de él.

La imposibilidad de hacer uso de un nombre que refleje la identidad de género autopercibida es mencionada por las personas trans como el gran escollo para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Es el primer obstáculo que enfrentan a la hora de insertarse en el mercado laboral, continuar los estudios, acceder a la salud, en definitiva para ser consideradas ciudadanas plenas. Por ello, la principal consecuencia de la denegación del reconocimiento jurídico, político y social del derecho a la identidad de género consiste en la discriminación, exclusión e invisibilidad de las personas de género diverso. Un indicador indiscutible de la desigualdad y de los prejuicios arraigados que impiden a estas personas desarrollar sus vidas en todos los niveles consiste en la profunda posición desventajada en términos sociales y económicos en la que se encuentran y que se ha descrito en el punto anterior.

La recepción que el derecho argentino hace de los conceptos médicos respecto de qué cuerpos y qué conductas son normales y cuáles son enfermas, conduce y es responsable de la discriminación, la exclusión y la invisibilización jurídica de las personas transgénero, circunstancia que se verifica en la pésima calidad de vida y en los derechos que en consecuencia son violados cuando se

Disponible en https://www.facebook.com/notes/ministerio-de-trabajo-empleo-y-seguridad-social-de-la-nacion/se-firmo-un-convenio-con-el-inadi-sobre-trabajo-y-diversidad-sexual/10150297106026313?comment_id=18864800&offset=0&total_comments=1.

²⁵ Ver <http://www.telam.com.ar/notas/201311/40529-lohana-berkins-es-la-titular-de-la-oficina-de-identidad-de-genero-y-orientacion-sexual.html>.

Capítulo 3. Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

niega su reconocimiento jurídico. Tal falta de reconocimiento confluye en una situación de desigualdad estructural y produce una suerte de ancla que impide a estas personas salir de allí.

Tal como se explica en detalle en el capítulo siguiente, la ley sobre el derecho a la identidad de género ha transformado de forma total el modelo regulatorio de este derecho. Desde la sanción de la ley, para que el ejercicio de la propia identificación de género no quede en el vacío, y solo cuando la persona así lo requiera, se obliga al Estado a proveer de manera gratuita las cirugías y tratamientos médicos totales o parciales necesarios para realizar la modificación del género.

Como se mostrará más adelante, la ley sobre el derecho a la identidad de género argentina adopta una mirada del derecho a la igualdad y no discriminación en términos de antisubordinación. Esta mirada centra su análisis del grupo desaventajado en referencia a la estratificación social y exige que el Estado no se involucre en prácticas que refuercen el estatus social inferior de los grupos históricamente oprimidos y que arbitre medidas de carácter afirmativo con el fin de erradicar la subordinación del grupo (ver Siegel, 2008). Este modo de entender la igualdad también ha recibido el nombre de igualdad estructural, sistémica o sociológica.²⁶ Aquí el derecho a la igualdad es interpretado y usado como una herramienta jurídica de demanda concreta al Estado para que adopte medidas especiales de protección (por ejemplo, acciones afirmativas y ajustes razonables).

Esta mirada de la igualdad precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma en apariencia neutral sean consideradas en términos de su impacto real respecto del grupo. Esta es una gran diferencia respecto del derecho a la igualdad formal, el que se encuentra satisfecho con el requisito

²⁶ El enfoque sociológico es el nombre que le da Robert Post, para quien el derecho antidiscriminatorio debe entenderse como transformador de prácticas sociales preexistentes, como la raza o el género, por medio de la reconstrucción de las identidades sociales de las personas, en el que la idea no es ser ciegos a las diferencias sino redirigir la atención y buscar modificar las normas sociales opresivas a través del derecho (ver Post *et al.*, 2001). Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General N° 20 le ha dado el nombre de sistémica: “El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros” (sesión 42, 25/05/2009, para. 12).

Subordinaciones invertidas

de neutralidad de las normas. Muchas veces los actos que apelan a criterios sospechosos o potencialmente prohibidos para coartar o excluir a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado. De esta manera, se reconoce que ciertas normas y políticas públicas, aun cuando parezcan neutras en su diseño, pueden tener sobre estos grupos un efecto o resultado perjudicial.²⁷ El estudio del impacto de las normas y políticas públicas es central para desentrañar una de las situaciones más complejas que subyace a muchas discriminaciones: las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas, es decir, las condiciones estructurales que definen la vida de un grupo social.²⁸

Esta clase de estudio requiere de forma ineludible la contextualización de las desigualdades que generan discriminación. Es importante dar cuenta de la estratificación social en juego que la motiva. Reva Siegel indica que tales desigualdades típicamente son “socialmente generalizadas (articuladas a través de los dominios sociales) y socialmente persistentes (articuladas en el tiempo)” (2001: 105). Además, señala que la estratificación social está constituida por una estructura social (instituciones o prácticas) y por un significado social (historias o razones) y que ambas varían entre los grupos y dentro de ellos, y evolucionan a lo largo del tiempo a medida que su legitimación es cuestionada (ver Siegel, 2001).

²⁷ El Proyecto de Recomendación General N° 28 del Comité CEDAW relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del año 2010, discurre sobre la importancia de atender a la discriminación que no se presenta de manera expresa en virtud de las diferencias de sexo o género, sino que tiene lugar de forma indirecta “cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra.” Este tipo de discriminación, continúa el Comité CEDAW, es particularmente erosiva ya que exacerba “las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre” (para. 16). En similar sentido la Comisión IDH señala: “Es relevante que en el estudio de medidas que un Estado alegue como neutrales, también se evalúen los efectos que dicha medida pudo tener respecto de ciertos grupos, y si estos recibieron un impacto negativo desproporcionado” (ver el caso “Karen Atala e hijas v. Chile”, para. 87).

²⁸ En este sentido el Comité DESC ha señalado que “hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación” (Observación General N° 20, para. 1).

Capítulo 3. Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

Dado que la sospecha de discriminación dirigida hacia ciertas clasificaciones surge de la interacción entre estructuras y significados sociales que se desarrolla en el curso de la vida de una persona, la contextualización de las clasificaciones es imperativa. Esto significa que la discriminación no tiene una forma transcontextual o fija sino que es dependiente de las circunstancias y el entorno en el que se genera y reproduce.²⁹ La identificación de aquellos grupos en situación de vulnerabilidad también depende del contexto y varía en cada sociedad y en cada momento histórico. La contextualización como método de análisis implica el examen de las condiciones estructurales que integran la vida de las personas que conforman la categoría respectiva.

Más aún, el análisis contextual no debe ignorar el hecho de que los seres humanos no pertenecen a un solo grupo social sino que sus vidas están atravesadas por factores de identidad e identificación diversos que pueden confluír en procesos de discriminación múltiples y traer cierta complicación al caso concreto (ver Platero, 2012). Esta idea de multiplicidad implica la noción de que la subjetividad está constituida por vectores tales como la raza, el género, la clase y la sexualidad, que se reafirman y constituyen mutuamente (ver Crenshaw, 1989).³⁰

En particular, la mirada sobre la igualdad aquí expuesta requiere desvanecer la dicotomía forjada durante el constitucionalismo clásico entre los derechos negativos y positivos, en la que los primeros se asocian con la inacción estatal para alcanzar la libertad, y los segundos requieren de su intervención para alcanzar la igualdad (ver Etchichury, 2013; Abramovich y Courtis, 2006). Esta es la perspectiva que adopta la Ley de Identidad de Género cuando obliga al Estado a incorporar los tratamientos e intervenciones quirúrgicas necesarias en el Programa médico obligatorio (PMO) que establece las prestaciones médicas que el Estado está obligado a proveer de forma gratuita (ver el capítulo 4).

²⁹ Tal como ha expresado la Comisión IDH “no todas las sociedades discriminan a las mismas personas. En algunas sociedades se discrimina a determinados grupos –por ejemplo, étnicos, religiosos o políticos– que otras sociedades integran. Asimismo, históricamente surgen nuevos grupos objeto de alguna forma de discriminación que antes no existían (por ejemplo, las personas portadoras de VIH-sida o las personas con identidad de género diversas)”, (Comisión IDH, Informe “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, cit. ut., párr. 118).

³⁰ Este término fue acuñado por Kimberlé Crenshaw en su artículo “Demarginalizing the intersection of race and sex: black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics” (1989), en el que destaca la multidimensionalidad de la experiencia identitaria y de opresión de los sujetos marginalizados. Este tema ha comenzado a tener recepción en el sistema internacional de los derechos humanos, en particular en la Recomendación General N° 27 del Comité CEDAW, ob. cit. en este capítulo.

Subordinaciones invertidas

La información detallada en este apartado expone la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas transgénero, contextualizando la experiencia de abandono que sufren. La realidad esbozada además grita la urgencia de instaurar un modelo regulatorio de la identidad de género que no reproduzca el binarismo de género pautado en los términos patologizadores que se analizan en el capítulo siguiente, sino que, por el contrario, la realidad de opresión y de necesidades básicas insatisfechas demandan la remoción de los obstáculos y estructuras que han impedido mediante la discriminación que las personas trans ejerzan sus derechos. Las normas que imposibilitan la afirmación de la identidad de género en los documentos y en el cuerpo son una parte central de dichos obstáculos y estructuras, como también lo es la falta de normas y/o de políticas públicas que posibiliten, a través de la provisión de los elementos y prácticas necesarias tales como las cirugías y tratamientos médicos respectivos, la materialización del derecho a la identidad de género una vez reconocido en la ley.

Corresponde resaltar que las categorías de inmigrante, mujer, musulmán, aborigen, pobre, persona mayor de edad, persona transgénero, etcétera, describen relaciones de opresión y de poder desigual. No son simples términos neutrales que describen el origen o las características definitorias de la identidad de una persona, sino que dichas acepciones delatan las asimetrías en términos de subordinación entre el grupo de personas pertenecientes a las distintas categorías, ya que se les asigna más valor a algunos orígenes o rasgos definitorios que a otros. Esto obedece a miradas racializadas o sexuadas subyacentes en tales categorías que denotan experiencias históricas divergentes –que se extienden en la actualidad– para las personas pertenecientes al eslabón más bajo dentro de tales categorías. En consecuencia, las características referidas no son atributos que solo describen características objetivas de una persona sino que, por el contrario, tienen un fuerte carácter político dado por su conexión con las relaciones sociales que se tejen a su alrededor.

El derecho a la igualdad y no discriminación en la perspectiva de antidisubordinación se contraponen con la protección antidiscriminatoria, entendida como anticlasificación y que implica una protección que, de la misma forma que la igualdad formal, continúa centrada en los individuos (ver Siegel, 2008). Bajo esta última mirada antidiscriminatoria, el derecho protege a la persona de la clasificación basada en cualquiera de las categorías prohibidas para realizar tratos desiguales, a los efectos de que el proceso a través del cual se distribuye la escasez de oportunidades o se imponen cargas sobre las personas sea realizado de forma

Capítulo 3. Una mirada estructural de la igualdad en el derecho a la identidad de género

equitativa (*fairly*) (ver Fiss, 2004).³¹ Este tipo de protección antidiscriminatoria tiene un objetivo de índole transaccional, no sustantivo, es decir, busca regular el criterio que puede ser utilizado en el proceso de distribución de recursos escasos y de imposición de cargas, pero no se centra en modificar las prácticas y dinámicas estatales y particulares que refuerzan y perpetúan el estatus social inferior de los grupos históricamente oprimidos, ni exige que el Estado arbitre medidas especiales de protección con el fin de erradicar la subordinación del grupo. Por esta razón, a la anticlasificación no le importa el impacto desigual que tengan las prácticas formalmente neutrales sobre los grupos oprimidos, e impide de esta forma justificar medidas especiales de protección destinadas a revertir patrones estructurales de discriminación.

También, conforme a esta perspectiva, el daño que produce la discriminación es visto a través de la diada víctima-perpetrador imaginándose a este último como una persona que irracionalmente odia a otras en base a ciertas características que poseen y que debe ser castigado. Esto pone un límite a que la opresión sea considerada también como una práctica y dinámica sistémica enraizada en la sociedad y en sus instituciones públicas. Al respecto, Dean Spade alerta que esta lectura limitada de lo que constituye una violación, de lo que se reconoce como opresión “sirve para naturalizar y afirmar la neutralidad del *statu quo*” (2009: 360-361).

La ley sobre el derecho a la identidad de género se aparta de esta mirada restrictiva de la igualdad y enfatiza la obligación positiva del Estado respecto de la provisión del derecho a la salud a las personas trans cuando incorpora en el PMO los tratamientos o cirugías totales y parciales necesarias para el cambio de género. Tal como se examinará en el capítulo siguiente, esta incorporación implica la provisión gratuita de tratamientos y cirugías.

Hasta aquí se ha descrito la experiencia cotidiana de las personas transgénero respecto de patrones estructurales de discriminación que provocan la restricción arbitraria de sus derechos. Tales patrones representan dinámicas transfóbicas, homofóbicas y machistas que colocan al grupo en una situación de vulnerabilidad, la que justifica el más alto nivel de protección contra la discriminación con el objeto de transformar las estructuras sociales que impiden el reconocimiento de los derechos fundamentales del grupo. En consecuencia, el derecho a la igualdad y no discriminación entendido en términos estructurales, es decir, como antisubordinación, provee la base central desde la cual formular y expresar las demandas de las personas de género diverso.

³¹ La lógica subyacente aquí es de racionalidad instrumental.