

EXTENDIENDO EL DERECHO A LA IDENTIDAD AL GÉNERO

Laura SALDIVIA MENAJOVSKY ¹

El 19 de julio de 1996 se iniciaron los debates de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires. Setenta y cinco días más tarde, el 1 de octubre, concluía su tarea.

Dos años antes, ante el Senado de la Nación, dos marinos en actividad en una audiencia en la que se discutían sus ascensos confesaron haber cometido torturas durante la dictadura. Aunque todavía de forma tibia, estas declaraciones contribuyeron a instalar de nuevo en la opinión pública el tema relativo a las consecuencias de los crímenes de la dictadura. De más está recordar que el compromiso inicial de la democracia relativo al juicio y castigo de los responsables de los abusos a los derechos humanos terminó cediendo ante realidades políticas que de forma arbitraria pueden sintetizarse en los levantamientos carapintadas los cuales determinaron que en los años subsiguientes el gobierno otorgara una serie de amnistías, perdones e indultos liberando a muchos de los responsables que habían sido condenados o estaban esperando serlo.

Fue recién en los albores del año 1995 cuando el tema tuvo una repercusión tal que reactivó una serie de medidas, mecanismos, y dispositivos jurídicos y políticos orientados a la consecución de la verdad y justicia de la época más oscura de la historia argentina. El impacto del testimonio del ex marino Rodolfo Scilingo recogido por el periodista Horacio VERVITSKY en un libro y de su transmisión en un programa de televisión de audiencia masiva, iba a traer consigo consecuencias políticas y jurídicas ². De manera un tanto inesperada se despertó la memoria de la sociedad argentina respecto de las atrocidades llevadas a cabo veinte años antes por el gobierno militar. En este contexto de renovado interés por la verdad y la justicia, se desarrollaron nuevas estrategias en pos de su obtención. Juicios penales por la apropiación de bebés y de bienes (delitos que habían quedado excluidos de la ley de obediencia debida), juicios de la ver-

1 Doctora en Derecho, Yale Law School; Profesora de Derecho UP-UBA.

2 Horacio VERVITSKY, *El Vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995, p. 58.

dad, creación de museos, “escraches”, disculpas de autoridades de la iglesia católica y de las fuerzas armadas, reparaciones económicas, fueron sólo algunas de las medidas orientadas a lidiar con los crímenes de lesa humanidad del pasado dictatorial que se motorizaron en la época en la que se reunió la Convención Constitucional de la Ciudad de Buenos Aires.

Este contexto se materializó en el artículo 12 de la Constitución, el cual garantiza:

“El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información”.

El debate convencional sobre este artículo da cuenta de este contexto. Ello se observa en las intervenciones de los convencionales quienes relacionaron el derecho a la identidad con el secuestro de bebés durante la dictadura y destacaron su íntima relación con el derecho a la verdad y a la memoria. Sostuvieron que al proponer este artículo estaban recogiendo la experiencia dolorosa de los últimos años y haciendo por ello un ejercicio de memoria.

Los convencionales también sostuvieron que el derecho de la identidad no está exclusivamente vinculado con la recuperación de la identidad robada a los niños desaparecidos o nacidos en cautiverio. También hay otros temas que “rozan el derecho a la identidad”, dijo Alicia Pierini, en clara referencia al tráfico de niños ³.

Esta historia se entrelaza con la lucha por el reconocimiento de la ciudadanía transgénero. Esta lucha se dio tanto al interior del movimiento trans como hacia afuera del mismo y consistió en el desarrollo de acciones destinadas a la crítica y a la creación de nuevos patrones sociales de representación, interpretación y co-

3 Véase la exposición de Alicia Pierini en Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, t. 1, Ciudad de Buenos Aires, Jusbairens, 2016, 1ª ed., p. 986.

municación ⁴. Cabe recordar que en la década bajo análisis la epidemia del HIV-SIDA estaba en su punto más álgido circunstancia que contribuyó a crear las condiciones para que los grupos de sexualidades diversas se movilizaran para hacer oír sus reclamos.

La primera iniciativa en este sentido consistió en colectivizar las preocupaciones travestis y transexuales. En el año 1991 un grupo de travestis forma la Asociación de Travestis Argentinas (ATA) que, en razón de las diferencias internas respecto de si debían aceptar o no la práctica prostibular, terminará dividiéndose en la Organización de Travestis y Transexuales de la República Argentina (OTTRA) y en la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT).

Tanto la discusión sobre los edictos policiales en la Ciudad de Buenos Aires que penalizaban la prostitución, la homosexualidad y vestirse como alguien del género opuesto al del documento de identidad ⁵, como la discusión sobre la sanción de la primera Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, tuvieron a las organizaciones de la diversidad de género como activas participantes. Esta circunstancia les permitió ganar visibilidad en el ámbito público de la mano de discusiones sobre los derechos de las personas con sexualidades disidentes, lo que llevó al reconocimiento en la Constitución local de la orientación sexual como factor prohibido de discriminación ⁶. Organizaciones transgénero apoyaron esta incorporación, a pesar de que este motivo de prohibición de discriminación no se extendía

4 MORENO, Aluminé (2008), “La invisibilidad como injusticia. Estrategias del movimiento de la diversidad sexual”, en PECHENY, Mario; FIGARI, Carlos y JONES, Daniel (eds.), *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, p. 232.

5 Véase el “Informe sobre códigos contravencionales y de faltas de las provincias de la República Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación con la discriminación y represión a gays, lesbianas y bisexuales y trans” elaborado por la Federación Argentina LGBT, disponible en http://www.lgbt.org.ar/archivos/codigos_contravencionalesyfaltas.pdf.

6 Véase Leticia SABSAY, *Fronteras Sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*, Buenos Aires, Paidós, 2011; Josefina FERNÁNDEZ, *Cuerpos Desobedientes. Travestismo e identidad de género*, Buenos Aires, Edhasa, 2004, cap. IV; y Lohana BERKINS, “Un itinerario político del travestismo”, en MAFFÍA, Diana (ed.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria Editora, 2003.

a ellos ⁷. Este contexto de demandas por el reconocimiento de derechos brindó la oportunidad para establecer vínculos con actores de ámbitos muy diversos que luego serían importantes para la 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 ⁸. Otra iniciativa que en esta época contribuyó a la lucha por la visibilidad y el reconocimiento social y legal de los derechos de las minorías sexuales fueron las Marchas del Orgullo LGBT. Por su parte, el proceso de reclamo por el reconocimiento estatal de la personería jurídica de organizaciones no gubernamentales que trabajan en pos de la defensa de los derechos de las minorías LGBT, muestra por un lado, el momento más radical de exclusión de este grupo (con la decisión en los albores de los noventa de la Corte Suprema en el vergonzoso fallo “CHA” que defiende la negatoria de tal reconocimiento estatal), y por el otro, el comienzo de un rumbo más protector de sus derechos (con su decisión, quince años después de “CHA”, en el caso “ALITT” donde se reconoce tal personería a una asociación de travestis y transexuales).

Lo descripto es la antesala de las iniciativas políticas y jurídicas que en el nuevo siglo encaminarán el reconocimiento de los derechos de la diversidad sexual hacia la pensión por fallecimiento de pareja gay, matrimonio igualitario y derecho a la identidad de género.

A mediados de la década de los noventa, entonces, se reavivó la memoria de los argentinos y las ansias de justicia otorgándosele una renovada importancia al derecho a la identidad, tal como muestra la incorporación del artículo de la Constitución aquí examinado. De forma paralela a esta incorporación, un aspecto de este derecho, aquel relativo a la identidad de género de la persona, recién comenzaba a configurarse como un reclamo de las personas transgénero. En esta época tuvo su origen el proceso de visibilización de la comu-

7 BERKINS, “Un itinerario político del travestismo”, op. cit. p 130. Josefina FERNÁNDEZ afirma que entre las organizaciones de derechos humanos que apoyaban a la comunidad LGBT a fines del año 1999 cabe mencionar, HIJOS y Madres de Plaza de Mayo, en FERNÁNDEZ, *Cuerpos Desobedientes. Travestismo e identidad de género*.

8 Ídem.

nidad transgénero que de forma gradual conseguirá ocupar un lugar más notorio en el movimiento por la diversidad sexual, hecho que “facilitó la creación de un escenario político nuevo”⁹. Es en este momento cuando se incorpora al léxico de esta lucha la noción de ‘identidad de género’, la cual le dará un nuevo giro al derecho a la identidad. Corresponde tener presente que la historia del reconocimiento del derecho a la identidad de los bebés secuestrados y apropiados durante la dictadura, será la plataforma desde la que se desplegará el derecho a la identidad, siendo medular para ello el discurso de los derechos humanos incoado durante la transición democrática. A continuación describiré la conexión que existe entre ambos temas para explicar por qué el artículo constitucional aquí comentado debe entenderse como abarcador del derecho a la identidad de género.

*La retórica de los derechos humanos y la ampliación del derecho a la identidad al género*¹⁰

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

La urgencia de la violación sistemática de los derechos humanos en Argentina, obligó a que los familiares de las personas desaparecidas y apropiadas, como así también las víctimas en el exilio, aprendieran 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 del Derecho internacional de los derechos humanos, abrió una rendija desde la cual exigir por los derechos de las víctimas de la represión¹¹. Tal

9 FERNÁNDEZ, *Cuerpos Desobedientes. Travestismo e identidad de género*, op. cit., p. 143.

10 Este apartado es una síntesis de Laura SALDIVIA MENAJOVSKY, *Subordinaciones Invertidas: sobre el Derecho a la Identidad de Género*, UNAM y UNGS, 2017, cap. II acápite: “La retórica de los derechos humanos y su uso por el movimiento LGBT”.

11 Véase Laura SALDIVIA MENAJOVSKY, “Abogados/as que Resistieron: una Forma Transformadora de Ejercer el Derecho”, en Juan Pablo BOHOVSLAVSKY (ed.), *¿Usted también doctor? Complicidad de funcionarios judiciales y abo-*

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 a los derechos de humanos 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, tuvo en Argentina un arraigo, desarrollo y aplicación práctica muy extendida, característica que en la actualidad constituye lo que tal vez sea la principal bandera de identificación nacional. A ello contribuyeron la actuación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y los juicios con condenas a la Junta Militar de la dictadura. Además, la reforma constitucional del año 1994 que constitucionaliza a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos fue central para afianzar y darle aun más cuerpo a la retórica de los derechos humanos ¹².

Uno de los temas centrales por los que lucharon las organizaciones de derechos humanos consistió en la recuperación de los niños apropiados durante la dictadura. Dicho gobierno mantenía con vida a las detenidas-desaparecidas embarazadas en los centros de detención clandestinos hasta que daban a luz. Una vez que se producía el parto, se asesinaba a la madre y se confeccionaban documentos falsos para el bebé quienes eran entonces entregados a personas que en la mayoría de los casos eran cómplices o encubridoras del asesinato de los padres biológicos y de su supresión de la identidad. Estos bebés fueron abruptamente separados de sus padres, secuestrados y apropiados ilegalmente, y se tergiversó su identidad al ocultarles su origen biológico respecto de quiénes fueron sus padres, operatoria que requirió del cambio de nombre y apellido, de la fecha de nacimiento y de los datos esenciales del documento público que constituye la partida de nacimiento. En suma, la posibilidad de la formación de una identidad biológica que incluyera su origen biológico les fue

gados durante la dictadura, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015 y Rodolfo MATTAROLLO, "Aportes de la lucha contra el terrorismo de Estado al Derecho" escrito para el Seminario Internacional: CELS. 20 años de historia, disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/memoria_1999.pdf

12 La masiva reacción ciudadana en contra del fallo del 2 x 1 emitido por la Corte Suprema es otra muestra más en este sentido.

sustraída y alterada y la verdad sobre sus orígenes eliminada ya que estos niños crecieron sin saber quiénes eran sus padres y sin conocer en qué circunstancias nacieron ¹³.

La identidad personal tal como fue construida a través de sus vidas sufre un duro revés una vez que conocen sobre sus verdaderos orígenes biológicos e históricos. La mayoría de estas personas eligen conocer tales orígenes. La determinación del ADN de la persona menor de edad que fuera apropiado y su cotejo con el de los familiares de origen, es central en este proceso de conocimiento, es el medio a través del cual puede establecerse la verdad biológica de la identidad personal. En este punto debe tenerse presente que la identidad personal se construye a través de elementos biológicos (quién los concibió), históricos (cuáles fueron las circunstancias en las que nacieron) y sociales (quiénes los criaron).

La apropiación de bebés durante la dictadura puso en el tapete la importancia que para la identidad personal tiene la supresión de los orígenes biológicos e históricos ¹⁴. 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.

El derecho a la identidad de género debe entenderse como un aspecto o una capa más, del derecho a la identidad. Mientras que la historia de los bebés secuestrados en buena parte se refiere a la identidad personal respecto de sus orígenes, cuya verdad biológica

13 Se estima que 500 niños desaparecieron en estas circunstancias. Al día de la fecha (30/10/2017) 122 personas han recuperado su identidad, véase, <https://www.abuelas.org.ar/noticia/bienvenido-a-la-verdad-nieto-799>

14 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 de febrero de 2011, par. 122 y 123.

se prueba con el empleo de ciertas tecnologías, las personas trans centran su identidad personal en aquella parte referida al género, cuya verdad sólo puede determinarse con su autopercepción. 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 hiciera con la identidad de los niños apropiados, para así apartarse de la definición que brinda el discurso psiquiátrico sobre la identidad de género.

El derecho a la identidad de género creció sobre el entendimiento del alcance y de las consecuencias que la privación de la identidad personal tiene para el ser humano y su relevancia en la historia reciente argentina. Este andamiaje conceptual ha sido adoptado por el movimiento transgénero como léxico de sus demandas por el reconocimiento de derechos, siendo el derecho a la identidad aquel del cual se desprende la posibilidad de cumplimiento y ejercicio de otros derechos (vivienda, salud, educación, acceso a la Justicia, etc.). Al incorporar el discurso de los derechos humanos y adaptarlo a su vez a los reclamos transgénero, se facilitó la recepción pública de tales reclamos, ello en virtud de la utilización de un discurso ampliamente conocido e internalizado entre lxs legisladores, jueces, funcionarios públicos, académicos y activistas de derechos humanos. Además, el apoyo incondicional a los reclamos del movimiento LGBT de parte de las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, selló esa estrecha alianza estratégica de colaboración y reconocimiento mutuo¹⁵. Por su parte, la situación de vulnerabilidad extrema en la que se encuentran las personas trans también exigió su vinculación con los derechos humanos.

En este trabajo me focalicé en los procesos jurídicos y políticos relacionados con las consecuencias de la pasada dictadura que moti-

15 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 a la policía de nuevo 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”. En Cristian ALARCÓN, “Un Jueves Diferente en la Plaza”, *Página12*, 6 de diciembre de 1998, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/1998/98-06/98-06-12/pag15.htm>

varon y moldearon el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, describí otro proceso jurídico-político que tuvo lugar de manera sincrónica a aquel referido a la conformación del movimiento y demandas de la comunidad transgénero. Y aunque este último proceso todavía no había madurado lo suficiente en el año 1996 como para ser receptado por la reforma constitucional, está íntimamente vinculado a aquel que en cambio sí fue reconocido por dicha reforma la cual terminó enarbolando el derecho a la identidad. Dieciséis años más tarde, una ley sancionada por unanimidad del Senado, instauró un modelo sobre el derecho a la identidad de género basado sólo en la auto-percepción. Este modelo, reformula el lugar que los médicos y jueces tenían en la determinación del género de una persona al quitarles la autoridad que hasta entonces tenían en la materia.

La íntima relación entre el derecho a la identidad de los bebés apropiados y de las personas transgénero se hizo evidente en el artículo 69 del Código Civil reformado en el año 2015 cuando establece que para el cambio de nombre “se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad”. Es en este espíritu y contexto interpretativo en el que hoy debe leerse el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad.