

COLECCIÓN DE CUADERNOS JORGE CARPIZO
PARA ENTENDER Y PENSAR LA LAICIDAD



4

LAICIDAD Y DIVERSIDAD

LAURA SALDIVIA

*Para
entender
y pensar
la laicidad*



COLECCIÓN DE CUADERNOS JORGE CARPIZO 

PARA ENTENDER Y PENSAR LA LAICIDAD 

COLECCIÓN | C o o r d i n a d a p o r
DE CUADERNOS | PEDRO SALAZAR UGARTE
"JORGE CARPIZO" | PAULINE CAPDEVIELLE

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Colección de cuadernos "Jorge Carpizo".
Para entender y pensar la laicidad, Núm. 4

Coordinadora editorial	Edición
Elvia Lucía FLORES ÁVALOS	Wendy Vanessa ROCHA CACHO/ Oscar Enrique TORRES RODRÍGUEZ
Coordinador asistente	Formación en computadora
José Antonio BAUTISTA SÁNCHEZ	Jessica QUITERIO PADILLA
Diseño de interiores	Diseño de forro
Jessica QUITERIO PADILLA	Arturo de Jesús FLORES ÁVALOS

L

aicidad
y diversidad

Laura SALDIVIA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CÁTEDRA EXTRAORDINARIA BENITO JUÁREZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
MÉXICO • 2013

Primera edición: 14 de marzo de 2013

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

CONTENIDO

Introducción.....	IX
-------------------	----

SOBRE LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD

I. La igualdad robusta frente a la igualdad formal.....	1
II. Público/privado. Oposiciones.....	4
III. Fundamentos de la separación religión/ Estado	8
IV. El caso del matrimonio igualitario y del derecho a la identidad de género	10
V. El carácter democrático del reconocimien- to de los derechos LGBTI	22
VI. Un paréntesis sobre la libertad de expre- sión y la diversidad	26
VII. La ficción de laicidad	28
VIII. Algunas consideraciones finales.....	36
Notas	39
Bibliografía.....	52

INTRODUCCIÓN*

La integración y homogeneización social, económica y cultural de los ciudadanos —muchas veces de manera forzada— pertenecientes a un territorio determinado y llevadas a cabo por medio de instituciones de interés común cuya característica principal consiste en estar establecidas bajo el mismo idioma, han sido mecanismos centrales para la construcción de los Estados-nación de nuestro tiempo. Sin embargo, este proyecto que tiende a la universalización de una ciudadanía común se ha visto de forma recurrente cuestionado por realidades sociales compuestas por una inmensa y compleja variedad de pueblos, culturas, tradiciones, actitudes, religiones, etnias, diferencias físicas, géneros, identidades y lenguajes, entre muchos otros rasgos diferenciados. Estas realidades sociales no han podido ser domesticadas por el espíritu homogeneizante y universalizador de las democracias liberales, señalando de este modo con vehemencia la imposibilidad de este ideal. De hecho, los sistemas democráticos contemporáneos se caracterizan por la presencia de una multiplicidad de grupos culturales identitarios que poseen a su vez una pluralidad de intereses y necesidades, muchos de ellos contrapuestos entre sí, y que, lo más importante, exigen el respeto de sus diferencias.

De forma cotidiana los gobiernos democráticos se enfrentan a demandas, resistencias y resignificaciones

de aquellas personas que bregan por el reconocimiento de sus propios modos de vida y sistemas de valores. Se trata del lugar por excelencia donde se despliegan, articulan y ejecutan las demandas de los grupos culturales minoritarios, ya sea por el reconocimiento cultural y/o por la redistribución económica.¹ Muchas de estas exigencias consisten en que el Estado establezca políticas públicas diferenciadas, a partir de argumentos como el reconocimiento,² la identidad/diferencia³ y los derechos culturales y la ciudadanía multicultural.⁴

Este contexto de activo reclamo de las reivindicaciones culturales minoritarias exige un Estado que sea receptivo y respetuoso de ellas. Para ello, es preciso que el Estado reformule la concepción sobre el derecho a la igualdad en la que tradicionalmente se funda y la extienda para contemplar así situaciones de desigualdad estructural. Es fundamental por tal razón que el Estado no privilegie la cosmovisión de ningún grupo en particular, mucho menos la perteneciente a los grupos mayoritarios y/o dominantes. Lamentablemente, lo contrario sucede en muchos países de Latinoamérica, en los que el sistema de valores (y la agenda política) de la religión católica se ha visto entronizada en sus sistemas constitucionales. A fin de dar cuenta y respetar a las distintas minorías que conviven en su seno, es deber del Estado contemporáneo la adopción de cierta separación entre Iglesia y Estado.

La preferencia por la religión católica expresada por los constituyentes de la República Argentina en el texto constitucional, así como de otros países latinoamericanos, y luego en el transcurso del desarrollo de la práctica interpretativa de este texto a través de leyes, decretos y resoluciones, es contraria a la igualdad que debe regir una sociedad plural. Sin desmedro de la importancia y urgencia que presenta la eliminación de tal preferencia, también debe tenerse en cuenta

que la separación entre la Iglesia y el Estado no es algo factible de alcanzar de forma inmediata y, tal vez tampoco, absoluta. Por ello es importante entender las distintas maneras complejas en las cuales los discursos religiosos penetran la discusión democrática. La identidad religiosa de los decisores públicos y la actuación de la Iglesia como uno de los actores de la democracia desde la sociedad civil, son algunas de dichas maneras complejas.

Este trabajo parte del presupuesto acerca de la importancia de la separación entre la Iglesia y el Estado. Para comenzar a andar el camino hacia la laicidad ante todo se debe remover el privilegio que determina el apoyo constitucional al credo católico en los países que contienen dicha particularidad. El apoyo consiste, en el caso del sistema argentino, en el otorgamiento a la religión católica de una diversidad de recursos económicos y simbólicos, como el pago del sueldo a los obispos, los subsidios a escuelas y colegios religiosos, la presencia oficial del presidente(a) y de otras autoridades públicas en la celebración del *Te Deum*, y su transmisión por los medios de comunicación públicos, su reconocimiento como persona jurídica pública, la presencia de símbolos religiosos en los despachos oficiales de jueces, legisladores y funcionarios públicos, en hospitales públicos y hasta en nuevas estaciones de subterráneos, el dictado de catequesis en las escuelas públicas del interior del país, entre una infinidad de otros apoyos estatales.

Dos son las principales razones que existen para modificar el régimen jurídico de otorgamiento de apoyos y beneficios a la religión católica. Por un lado, tal favoritismo atenta contra la igualdad de cultos, en tanto el sistema de privilegios señalado hace que el ejercicio de la libertad de cultos sea más oneroso para

aquellos cultos que no se benefician de las prerrogativas y apoyos con que se favorece al credo católico.

En segundo lugar, el apoyo destacado de parte del Estado hacia la Iglesia católica coloca a sus discursos y prácticas en un plano privilegiado respecto de los de otros grupos que carecen del favoritismo. Esa posición jerarquizada proviene tanto del sostén económico, que permite a una religión destinar recursos a su tarea proselitista (por ejemplo, a través de la difusión de su sistema de valores en el sistema educativo, ya sea en los colegios y universidades confesionales, ya sea con subsidio estatal o con la validación estatal de su currícula), como del lugar central y —especialmente— el carácter de “oficial” que se otorga a un credo que se coloca frente al resto en un lugar difícil de continuar considerando “igual” frente al resto de los cultos (ello tanto en los países en los cuales la Iglesia católica es el credo oficial del Estado por disposición constitucional, como en aquellos en los que, pese a no serlo, lo es de cualquier modo a partir de la presencia, participación y apoyo oficial de los agentes del Estado de sus ritos y actividades). Todo ello resulta más grave cuando los discursos y las prácticas que reciben el favoritismo estatal enarbolan ideas discriminatorias contra aquellos grupos de personas cuyas costumbres se diferencian y se apartan del dogma mayoritario, sobre todo si el credo favorecido se opone y aboga activamente contra las reivindicaciones y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los grupos minoritarios, desaventajados e invisibilizados.

En ambos casos se viola el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas señaladas en último término. Una mirada robusta de ese derecho reconoce las diferencias culturales de las personas y ordena remover todos aquellos arreglos jurídicos, culturales y económicos que determinan una estructura de subor-

dinación para grupos con cosmovisiones, características e intereses diversos respecto de los de la mayoría dominante. Por ello, corresponde poner una suerte de cerrojo constitucional que impida que el Estado continúe privilegiando al credo católico. El desarrollo de la práctica constitucional en Argentina desde el retorno de la democracia en 1983, orientada a una mayor protección a los derechos de las minorías identitarias, lo que incluye una reforma constitucional —1994— que de forma explícita recepta tal protección,⁵ obliga a armonizar una mirada robusta de la igualdad y los derechos que ella reconoce, con el privilegio conferido al catolicismo.

En la primera parte de este trabajo se expondrá un entendimiento robusto del derecho a la igualdad y a la no discriminación. A continuación, se recorrerá brevemente la historia de la lucha por el reconocimiento de los derechos de las minorías —lesbiana, gay, bisexual, transgénero e intersexual (LGBTI)—⁶ y la resistencia religiosa que sufrieron en su transitar, la cual estuvo marcada por reivindicaciones que exigían la extensión de la igualdad formal a los grupos ignorados y estigmatizados hasta entonces por el derecho, así como la extensión de la cobertura temática de tal igualdad que abarcara los derechos económicos, sociales y culturales. Tal demanda se situará en un marco de gran despliegue e intercambio democrático. Luego, se sintetizará el contenido del privilegio del que goza el credo católico en Argentina. Finalmente, se concluirá en la necesidad de eliminar el privilegio del que goza el culto católico en virtud no solo de la desigualdad que implica para los otros credos y los no creyentes, sino también por su oposición al reconocimiento de ciudadanía plena a quienes sufrieron su rampante exclusión y que luego de décadas de batallar consiguieron tal reconocimiento.

SOBRE LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD

I. LA IGUALDAD ROBUSTA FRENTE A LA IGUALDAD FORMAL

Las personas son seres relacionales, sociales, que están en continua interacción con las cosas y las personas que habitan su ambiente, ello en un marco de diferencias físicas, capacidades, talentos y suerte, todo lo cual genera condiciones para —y muchas veces determina— su desarrollo y desenvolvimiento personal. El reconocimiento del carácter social de las personas, además, condiciona su pertenencia a uno o varios grupos sociales, siendo la historia y el presente de estos grupos fundamental para la definición de la persona individual.⁷

Este enfoque conceptual resalta las diferencias e interdependencia de las personas, apartándose de la mirada liberal del constitucionalismo clásico que fuera producto del paradigma económico liberal que primó entre finales del siglo XVII y los inicios del siglo XX, visión que, como se verá, adopta una postura individualista y asocial del ser humano. Esta forma de ver individualista conduce, por su lado, a la adopción de Constituciones y códigos en los cuales se enarbolan como ideales centrales los derechos a la propiedad privada y a la libertad de contratación, la ciudadanía

universal —para quienes son considerados ciudadanos—, la igualdad ante la ley (igualdad de oportunidades), y la neutralidad jurídica de los sistemas políticos y jurídicos de los Estados-nación. Todo ello en sintonía con los intereses de la naciente burguesía, la que tendrá un protagonismo distintivo en la confección de los sistemas constitucionales y jurídicos modernos.

Uno de los cambios más notorios que se produce con la modernidad consistió en el desplazamiento de la religión como exclusivo regulador de la moral en la sociedad, confiriendo al Estado el rol de integrar la pluralidad de éticas presentes en la sociedad.

En una primera etapa, el Estado realizó esta función a través de distintos dispositivos tendentes a la homogeneización de las diversas perspectivas éticas. El vehículo para llevar a cabo la homogeneización fue la idea de que todas las personas tenían los mismos derechos civiles y políticos. Pero estas personas a las que se refería el derecho, en realidad, no eran todas; en los primeros estadios del Estado moderno no todas las personas tenían la misma jerarquía ni eran consideradas iguales. La igualdad formal ante la ley solo se aplicaba entre las personas consideradas iguales en ese primer momento, principalmente los hombres ricos blancos. Luego de muchas y sucesivas luchas sociales, este individuo iría incorporando otros rasgos característicos, como el de ser trabajador, negro o mujer. De este modo, y luego de un largo recorrido, se fueron universalizando los derechos disponibles a otros protagonistas sociales.

La idea sobre el derecho a la igualdad prevaleciente en esta etapa consistía en que el Estado debía asegurar leyes neutrales a las diferencias entre las personas. La igualdad ante la ley así entendida presupone

personas individuales, racionales, libres y autónomas que comienzan el recorrido de sus vidas en un mismo punto de partida —dado precisamente por la igualdad establecida por la ley—, motivo por el cual, el lugar al que llegan, es decir, el resultado de las decisiones que adoptan durante ese recorrido, en tanto las leyes son iguales y neutrales para todos, es de su exclusiva responsabilidad.⁸ Aquí no se presta la debida atención a las condiciones en las cuales se llega a esa línea de partida ni al modo en el cual nuestras circunstancias afectan nuestro rendimiento. Solo se juzga a los individuos por sus méritos e idoneidades personales, sin indagar en las condiciones sociales que determinaron la forma en la cual ese mérito o idoneidad se construyó.

De acuerdo con este marco conceptual del liberalismo clásico, el Estado debía facilitar ese recorrido a través de leyes que favorecieran la movilidad social ascendente de la clase media —prohibiendo los privilegios de nobleza o de castas— el funcionamiento del mercado por medio del derecho de propiedad y la seguridad interior y exterior, un sistema de justicia, el dictado de leyes generales y la provisión de bienes comunes mínimos; todo ello sin obstaculizar la participación en el mercado y la capacidad autónoma de contratar de las personas. Este es el Estado gendarme liberal, el cual deja hacer y se limita a velar por el orden público.⁹

El pensamiento político de la modernidad ha afirmado, en términos generales, una idea de ciudadanía para todas las personas que trasciende las particularidades y diferencias de dichas personas.¹⁰ Tal es el ideal de ciudadanía universal, el cual se concentra en la esfera política pública, concediendo estatus idéntico a todos los ciudadanos; esto, de forma independien-

te de la existencia de diferencias sociales o de grupo, y de las desigualdades económicas, de estatus y de poder que de hecho existen entre las personas en la sociedad civil entendida como el ámbito privado.

II. PÚBLICO/PRIVADO. OPOSICIONES

Un elemento indispensable para la conformación del relato político hasta aquí desarrollado es la estricta separación de los dos ámbitos mencionados (el público/político y el privado/sociedad civil). Por un lado, la esfera privada es aquella en donde se tejen las relaciones privadas —familiares, de amistad, económicas, religiosas, entre otras—, que implican únicamente a los individuos que entran en ella y donde se desarrollan y manifiestan las diferencias sociales y de grupo, así como las desigualdades en riqueza mencionadas. Estas relaciones conciernen a los individuos no en calidad de ciudadanos, sino de “hombres”. El poder político no debe entrometerse en esta esfera, aunque puede delimitar qué es lo impropio de realizar en ella; organiza las relaciones de parentesco (legitimidad de relaciones matrimoniales en contra de la ilegitimidad de las no matrimoniales, legitimidad de matrimonios heterosexuales en contra de la ilegitimidad de las homosexuales, incestos) y qué materias no son lícitas de tráfico económico (drogas, órganos humanos, plantas y animales).¹¹

La otra esfera que contribuye al relato político moderno es la pública, donde ya no hay “hombres” que difieren y son desiguales entre sí, sino ciudadanos, los cuales son iguales. Para llegar a esta igualdad pública, se despoja a los seres humanos de sus cualidades y

diferencias personales, pero se los reviste de derechos iguales. A fin de sostener que la ciudadanía es universal, se pone el foco en todo aquello que los ciudadanos tienen en común, y las normas deben enunciar lo mismo y aplicarse por igual a todas las personas. Para ello, el derecho debe ser ciego a las diferencias particulares o grupales.

La dicotomía entre el ámbito público/privado pertenece a una de las muchas oposiciones irreconciliables planteadas por el proyecto de la modernidad. Otras de ellas son hombre/mujer, sujeto/objeto, comunidad/individuo, nacional/internacional y la oposición binaria que aquí interesa, Estado-derecho/religión. Este proyecto considera que la realidad social se construye con base en polos opuestos irreductibles, en donde no existe ningún elemento o dinámica que medie tales extremos. Esta circunstancia genera una exacerbación de la oposición. Además, los opuestos normalmente se definen por negación del contrario (mujer es aquello que no es hombre, público es aquello que no es privado), excluyen la noción de continuidad (o se es hombre o se es mujer), y usualmente contienen implícita una jerarquía o vinculación de dominación entre los opuestos.¹²

El entendimiento de lo religioso en contraposición al Estado que forma parte del ideal moderno de la laicidad se nutre a su vez de otro binarismo tajante como es el de público/privado, donde el Estado habita el cubículo de lo público, y la religión el privado. Aquí cabe tener presente que este relegamiento de lo religioso a lo privado constituyó un ideal a alcanzar del proyecto de la modernidad que no logró materializarse en Latinoamérica, donde la religión católica siempre ha sido un actor importante en la política

y ha sido reconocida como un actor público con la anuencia estatal.

Una mirada robusta de la igualdad exige dudar de las fronteras que separan los elementos de cada par de opuestos (hombre/mujer, heterosexualidad/homosexualidad, público/privado). Ello, en virtud de que los binarismos estancos y rígidos producen un recorte de la realidad basado en esencias, fines inmanentes y presunciones que no dan cuenta de la mayor flexibilidad y mediación de los arreglos sociales. Para esta tarea es útil y enriquecedora la utilización del método deconstructivo, ya que sirve para cuestionar y desnudar que el discurso que subyace a las polarizaciones no es neutral, esencial, objetivo, características todas ellas centrales del pensamiento legal moderno.¹³ Por el contrario, este discurso oposicional implica lógicas y dinámicas de poder jerarquizadoras y estigmatizantes que favorecen el *statu quo*, perpetuando de este modo las desigualdades existentes.

En el transcurso de la implementación —imperfecta— del ideal de la modernidad, quienes fueron invisibilizados de este relato político emprendieron arduas batallas por su inclusión en el mismo, tales que determinaron una reconfiguración de sus premisas originales. Las demandas generadas por las indignas condiciones de trabajo que existían en el marco del capitalismo concurrencial/liberal promovieron la primera fisura en el relato político de la modernidad, la cual concluyó en la extensión de la intervención del Estado en la regulación de la economía a través de la incorporación jurídica de los principios niveladores de la igualdad en la contratación entre el patrón/propietario y el trabajador.¹⁴ Hasta ese momento, el Estado, dado el sacrosanto derecho a la propiedad

privada, debía abstenerse de intervenir en el mercado. El desarrollo del gremialismo y del derecho laboral trajo como consecuencia el reconocimiento de los derechos sociales y económicos de los trabajadores, y significó a su vez una expansión de la ciudadanía a este grupo.¹⁵ Esto modificó las desigualdades sociales que eran aceptadas en el siglo XIX, siglo en el cual la única igualdad que existía para los “hombres” consistió en el ejercicio de los derechos políticos.

A mitad del siglo veinte, y con la experiencia de lucha de los trabajadores en pos del reconocimiento de sus derechos, otros grupos excluidos y desaventajados (afrodescendientes, mujeres, indígenas, por ejemplo) vieron la ocasión para exigir la extensión de los derechos de ciudadanía que les eran negados. No obstante, tales grupos pronto se darían cuenta de que la extensión no significaría el correlativo trato como ciudadanos de primera; de hecho, siguieron siendo considerados ciudadanos de segundo orden, mostrando ello que la extensión en Occidente de los derechos de ciudadanía universal a todos los grupos oprimidos no se tradujo en igualdad real.¹⁶

A esta altura del trabajo debe señalarse que el reconocimiento estatal de la fe ligresía del culto mayoritario ha sido uno de los mecanismos a través de los cuales se ha construido esta ciudadanía universal y excluyente de las diferencias.¹⁷ La asociación que se hace en el espacio público entre la moral media y la religión católica ha permeado —y continúa haciéndolo— en discusiones sobre reproducción y sexualidad, en el derecho, así como en el contenido y en las dinámicas del quehacer estatal.¹⁸ Por ello, la afiliación del Estado a la religión mayoritaria exacerba la estructura de desigualdad reinante a partir de la validación,

jerarquización y universalización que realiza de ese credo, relegando, denostando y negando a otras cosmovisiones, sean o no religiosas, que confluyen en una sociedad plural.

III. FUNDAMENTOS DE LA SEPARACIÓN RELIGIÓN/ESTADO

En este punto es importante detenerse en las razones por las cuales la modernidad quiso establecer una separación entre la religión y el derecho. En términos generales, ella se funda en que ninguna religión debe ser propietaria del Estado, ni el Estado apropiarse o identificarse con religión alguna, bajo la pena de verse impedido de dar cuenta y ser receptivo de la multiplicidad de valores y creencias que coexisten en la sociedad, ya que necesariamente le dará preeminencia a los intereses y valores de la religión que lo conquistó.

Ello es particularmente notorio si además tenemos en cuenta que en la actualidad, frente a fenómenos como los flujos migratorios mixtos y la mayor apertura mundial general producto de la globalización, las sociedades se presentan más que nunca en cuanto sociedades abiertas y heterogéneas.¹⁹ En este contexto, el Estado debe tener autonomía de los sectores religiosos que persiguen imponer cierta cosmovisión ética y moral para así ser imparcial en términos valorativos y de reconocimiento de las otras cosmovisiones éticas y morales existentes en sociedades plurales y abiertas.

El ideal de un Estado laico consiste en un proyecto político que propone la neutralidad religiosa del

Estado a fin de proteger la libertad de conciencia de las personas, protección que solo puede ser conferida por la adopción de los principios democráticos, los cuales aseguran los mismos derechos para todas las personas, cualesquiera que sean sus creencias. Es importante dejar en claro que el laicismo no pretende negar ni subestimar la idea de Dios, ni a ninguna religión en particular; en cambio, su objetivo es ser neutral para así proteger y garantizar la libertad de todas las personas bajo su manto. Así, la fuente de legitimidad política de un Estado laico proviene de la voluntad popular, de la democracia.

A la idea que quiere evitar la cooptación del Estado por algún credo en particular o que el Estado encarne los ideales de alguna religión específica, y frente al hecho de una realidad social donde conviven muchas religiones, se ha agregado aquella relativa al respeto de la libertad de optar por cualquiera de los diversos cultos existentes o la de optar por ninguno. A esto cabe adicionar la idea referida a garantizar el respeto recíproco entre los distintos credos. Para ello, el Estado debe ser neutral ante las múltiples manifestaciones religiosas. Esta tolerancia estatal de las religiones implica garantizar que ninguna Iglesia se imponga sobre las otras. Este Estado neutral en materia religiosa, en aquellos casos en los cuales se ve obligado a inmiscuirse en temas religiosos, debe limitarse a garantizar la libertad de todos los creyentes, como también de quienes no lo son.

Cuando se privilegia la visión particular del orden social y moral que tiene la confesión religiosa católica, se trata de forma desigual a otros valores morales y sociales que no comulgan con los parámetros de la religión privilegiada. De esta forma, se ubica en un

lugar de inferioridad, en términos económicos y de valoración social, a las visiones distintas a la privilegiada, violándose de este modo un entendimiento robusto del derecho a la igualdad, que manda revisar las dinámicas y prácticas estructurales que generan relaciones de dominación que confluyen en la denostación de un grupo.

La historia que condujo finalmente a la sanción de la ley de matrimonio igualitario y de la ley sobre el derecho a la identidad de género sirve para ilustrar las influencias negativas que la estatalización del credo católico tuvo sobre el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales.

IV. EL CASO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Desde el retorno de la democracia en Argentina, el movimiento LGBTI lideró un activismo intenso que se vio reflejado en las reivindicaciones que de forma paulatina irían conquistando. En los últimos años la estrategia de lucha se concentró principalmente en el cabildeo de legisladores, por un lado, y la presentación de demandas judiciales de amparo ante la denegatoria de los registros civiles de casar a parejas homosexuales, por el otro. Esta estrategia terminaría rindiendo sus frutos con la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario.²⁰

Pero antes de detenerse en este final feliz, corresponde rescatar que el otorgamiento de los derechos de la comunidad LGBTI fue un proceso lento y gradual. No se dio en un solo acto, sino que el Estado fue concediéndolos a cuentagotas, primero, y luego con

algo más de fluidez. Como ya se afirmó, todo esto ha sido motorizado por la lucha e intervención del movimiento social LGBTI,²¹ proviniendo la mayor oposición y resistencia de los sectores católicos.

No es mi intención aquí hacer un relevamiento exhaustivo de la historia de la lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, ni de los argumentos legales utilizados, sino tan solo marcar esos momentos que han servido de disparadores o que han sido momentos bisagra de esa historia caracterizada por una fuerte impronta de discusión e interacción democrática.²²

El caso del reconocimiento estatal de la personería jurídica de organizaciones no gubernamentales que trabajan en pos de la defensa de los derechos de las minorías LGBTI muestra, por un lado, el momento más radical de exclusión de este grupo y, por el otro, el comienzo de un rumbo más protector de sus derechos.

A comienzos de la década del noventa, la Corte Suprema de Justicia argentina denegó el reconocimiento estatal a una asociación que defendía los derechos de las personas homosexuales, sentando un precedente con argumentos muy nocivos para los derechos de las minorías sexuales.²³ Este caso es representativo de la asimilación que se realiza entre moral media y bien común con la religión de hecho sustentada por la mayoría de la población. Por ejemplo, la Cámara de Apelaciones, el tribunal que antecedió a la Corte en la resolución del caso CHA, sostuvo que los principios de la denominada “moral cristiana” rechazan las conductas homosexuales por ser “contrarias a los objetivos mismos de la sexualidad, esto es, la reproducción de la especie, poseen profundo arraigo en nuestra sociedad y se expresan por medio de los artículos 2, 67

inc. 15 y 76 de la Constitución Nacional y el artículo 33 del Código Civil”.²⁴

Por su parte, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema argentina suscribieron la idea de que la “defensa pública de la homosexualidad” no era un fin que tendiera hacia el “bien común”. El juez Belluscio sostuvo que “no se advierte cuál es la perfección que puede alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad”.²⁵ Y el juez Boggiano afirmó:

bregar por que la condición homosexual no sea discriminada con tan amplios alcances como los que contempla el antes transcrito 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.²⁶

Quince años más tarde, revirtiendo explícitamente dicho antecedente, la Corte Suprema, con una nueva composición y por unanimidad, decidió otorgarle la personería jurídica estatal a una asociación que trabaja en pos de la defensa de los derechos de las personas travestis y transexuales, en un caso que subrayó la importancia que este reconocimiento tiene para el respeto efectivo de los derechos de las minorías sexuales.²⁷ En este caso, el máximo tribunal, por un lado, afirmó el carácter discriminatorio de las decisiones precedentes que no reconocieron la personalidad jurídica a la asociación referida; por el otro, señaló la importancia de interpretar la idea de bien común de un modo pluralista e inclusivo de los intereses de las minorías. En particular, por primera vez el tribunal supremo argentino reconoció la realidad de exclusión,

marginalidad y opresión que día a día viven las personas integrantes de las distintas minorías sexuales.²⁸

Un par de años más tarde, al estar pendiente de resolución en la misma Corte un caso en el que se discutía el otorgamiento de 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, organismo descentralizado, en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) que reconociera el derecho a percibir la pensión por fallecimiento al concubino homosexual.²⁹ De esta forma, la administración pública capitalizó la opinión pública favorable que despertaría esta medida, adelantándose a la resolución en este sentido que probablemente hubiera emitido la Corte Suprema. Este reconocimiento sirvió para mostrar que, salvo por los sectores religiosos conservadores, la mayoría de las personas no se oponían a esta política, y que muchas de hecho la apoyaban, abriendo el camino para la discusión de la reforma del matrimonio civil y de la adopción con el fin de incluir en estas instituciones a las parejas homosexuales.

Por su parte, las demandas del colectivo LGBTI centradas en el reconocimiento del derecho a la identidad de género se destacan por el trasfondo de patologización de aquellos cuerpos y conductas distintas de las binariedades hombre/mujer y masculino/femenino que realiza la ciencia médica y que termina admitiendo el derecho. La consecuencia principal del no reconocimiento jurídico del derecho a la identidad de género consiste en la discriminación, exclusión e invisibilización jurídica y de hecho de las personas intersexuales, transexuales, travestis y transgéneros. Un inapelable indicador de las desigualdades de he-

cho y de los prejuicios arraigados que impiden a estas personas desarrollar de forma plena su propio plan de vida en los distintos ámbitos de la vida social, consiste en la posición social y económica de profunda desventaja en la que se encuentran.

Los lugares en los que se dio la lucha por el derecho a la identidad de género fueron —en primer lugar— los tribunales de justicia (con los casos en los que se solicitaba el cambio de nombre o la realización de una cirugía de cambio de sexo) y luego la Legislatura. Además, fue muy importante la reivindicación emprendida contra los códigos de faltas de las distintas provincias que criminalizaban, y todavía lo hacen, la prostitución, la homosexualidad o a quien se vistiera o se hiciera pasar por persona del sexo contrario al que indicaba su documento de identidad.

Para entender la situación de vulnerabilidad estructural en la que se encuentran las personas transgéneros, travestis, transexuales e intersexuales, basta con observar los pocos datos existentes respecto de indicadores, como el índice de mortalidad, la violencia, la salud, la educación, la vivienda —entre otros— vinculados a estos grupos de personas.³⁰ A su vez, esto pone de manifiesto los derechos humanos que les son conculcados a tales grupos en forma cotidiana.³¹

La imposibilidad de hacer uso de un nombre que refleje la identidad de género autopercibida era mencionado como el gran escollo para el ejercicio de los distintos derechos fundamentales. Era el primer obstáculo que enfrentaban las personas de géneros diversos a la hora de insertarse en el mercado laboral, continuar los estudios, acceder a la salud; en definitiva, para ser considerados ciudadanos plenos.

Hasta hace muy poco, en Argentina las leyes que regulaban el cambio de nombre/género y la práctica médica modificatoria del sexo exigían una autorización judicial para realizar el cambio de género solicitado. Hasta la reciente sanción de la Ley sobre el Derecho a la Identidad de Género,³² este era uno de los mayores impedimentos para que este colectivo de personas ejerciera su derecho a la identidad de género autopercibida y los derechos que se siguen de él.³³ El requisito de permiso judicial, tanto para cambiar de nombre como para acceder a cirugías y tratamientos de cambio de género, era conferido luego de una exhaustiva comprobación de la historia de vida de quien solicitaba el cambio. Ello violentaba la autodeterminación de las personas respecto de la elección del plan de vida que deseaban desarrollar, así como también el respeto en clave de dignidad humana que tal elección merece de parte del resto de la sociedad.

Además, el sometimiento de tal elección de vida personal a la decisión de un juez implicaba una invasión del Estado en la esfera privada de las personas, más aún cuando para decidir la autorización o su negación se sometía a la persona a un escrutinio intenso y minucioso de los aspectos más íntimos de su vida. A las personas que deseaban modificar su género, ya sea por la vía registral o por la medicina, se les imponía una exigencia adicional, un control sobre su elección de proyecto de vida que no tiene el resto de las personas, violándose de este modo las condiciones más básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos.

Desde la sanción de la Ley sobre el Derecho a la Identidad de Género toda persona puede solicitar el cambio de nombre en los documentos de identidad sin que medie una autorización judicial. También se

garantiza el goce de una salud integral a través del acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo a la identidad autopercibida sin tener que requerir autorización judicial o administrativa, exigiéndose solo el consentimiento informado de la persona.³⁴

La sanción de la mencionada ley significa entonces un avance auspicioso para este sistema regulatorio restrictivo, en particular para alcanzar la despatologización, la no discriminación y la descriminalización de las identidades de género diversas.

Al respecto, cabe señalar que el derecho regula las políticas de género siguiendo el modelo constituido por la binariedad hombre-mujer. Esta binariedad de género parte del supuesto de la existencia de solo dos cuerpos, hombre-mujer, los que se definen de forma clara y certera. A cada uno de esos cuerpos se les asocia un comportamiento determinado representado en lo masculino y lo femenino. Por su parte, la heterosexualidad ha atravesado los dos cuerpos como el único comportamiento y deseo sexual socialmente aceptado. El modelo binario además beneficia a uno de los componentes del mismo modelo: los hombres, con un tratamiento social, cultural, político y económico asimétrico respecto de las mujeres. También excluye e invisibiliza, criminalizando, patologizando y estigmatizando, cualquier manifestación de género que se aparte del dualismo genérico o de la orientación sexual esperada del mismo.

La “ciencia” biomédica es la principal precursora en la determinación de qué géneros y consecuentes cuerpos son “sanos”.³⁵ Por supuesto que la ciencia no es la única responsable por las maneras en las cuales

se construye socialmente el sexo y el género. Pero sí posee un poder discursivo y práctico inconmensurable para definir y determinar qué es lo normativamente humano. En esto reside el poder de la medicina y la ciencia, en el poder que tienen para determinar qué es natural, normal y ambiguo; todo ello fundado en indiscutidos “hechos” biológicos.

El derecho admite los presupuestos médicos que clasifican a las personas, que orillan o quedan fuera de la “normalidad” como enfermas. Aunque, en realidad, el derecho termina haciendo algo más: legitima tales presupuestos y los encorseta en el tiempo. Entonces, basado en “conocimientos científicos objetivos e indubitables”, el derecho avala/legitima a la binariedad de género como un valor en sí mismo y como la justificación moral válida para todo un sistema ético-político. Esto implica desconocer los derechos de las personas no encasillables en el paradigma de género imperante, colocándolas en una situación de vulnerabilidad extrema.

Conforme a los postulados de las ciencias médicas, la intersexualidad, la transexualidad, el travestismo y la transgeneridad son resultado de procesos esencialmente anormales. Es por ello que la anomalía/enfermedad debe remediarse circunscribiéndola en alguna de las dos categorías de género/sexo normales/naturales aceptadas y autorizadas por los parámetros sociales vigentes sobre la normalidad del sexo y del género.³⁶ Estos cuerpos y expresiones disruptivas que se apartan de las expectativas sociales y culturales sobre el sexo y el género son sometidos a diversas formas de disciplinamiento médico-científico, todo ello en virtud de su apartamiento de la oposición binaria sobre la que se asienta el orden jerárquico del mundo

social, las personas transgéneros, travestis, transexuales e intersexuales encarnan la ansiedad y el horror de lo indeterminado.³⁷

El correlato social de esas interpretaciones médico/teóricas sobre la patologización de las identidades trans sirvieron también de justificación de los argumentos represivos sobre las identidades diversas.

La reproducción jurídica del binarismo de género/sexual que se expresa en la ausencia jurídica de reconocimiento a las identidades trans ha determinado la persecución y el hostigamiento de las personas que encarnan estas identidades por medio de las 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 operadores de la justicia. En Argentina, legislaciones como los códigos de faltas y contravencionales penalizaban, y en algunos casos aun lo hacen, “la homosexualidad y el travestismo”, normas que sirven como legitimadoras de la violencia estatal que se dirige hacia las personas trans.

Este escenario ha contribuido a la falta de pronunciamientos claros sobre el reconocimiento y la legitimidad de las identidades trans, las dificultades en el acceso a la justicia y las situaciones de exclusión social e institucional de este colectivo.

Por su parte, los estigmas sociales que recaen sobre el colectivo de personas con identidades de género diversas han conducido a la violencia física, la represión policial y los insultos discriminatorios, reforzando de este modo los estereotipos negativos que se asocian a este colectivo.

Por supuesto, la visibilidad y legitimidad que la ley sobre el derecho a la identidad de género confiere

a este grupo de personas redundando en desarmar/desandar/deslegitimar las leyes y acciones estatales que tenían de base la estigmatización en calidad de enfermas de las personas con identidades de género y orientaciones sexuales variadas.

De lo loable de esta novedosa y avanzada regulación todavía queda por ver cómo será implementada por los operadores judiciales/registrales y el cuerpo médico en sus respectivas esferas de actuación y en cada caso concreto que se les presente.

Es una ley que no solo reconoce lo que tal vez sea una de las últimas igualdades formales pendientes de reconocimiento estatal³⁸ —siendo los derechos reconocidos con la institución del matrimonio igualitario otra deuda pendiente ya cumplida con la sanción de la respectiva ley—, sino que además avanza en el reconocimiento de derechos de índole socioeconómica que, de ser implementados de forma adecuada, impactarán en la hasta ahora negada igualdad material de las personas de géneros diversos, cumpliéndose de este modo con la demanda de distribución socioeconómica. La sanción de esta ley además conlleva un entendimiento robusto del derecho a la igualdad, al reconocerse las diferencias de las personas, respetándose de este modo sus lugares, sus identidades y sus significancias en el mundo de las relaciones interpersonales y públicas que desarrollan.

Particularmente notoria y activa ha sido la oposición de la Iglesia católica al otorgamiento de los derechos a los grupos LGBTI, ya sean los referidos al matrimonio y a la adopción de hijos, como los relacionados con el derecho a la identidad de género. 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 al proyecto de ley entre personas del mismo sexo porque “altera el sustento mismo de la vida en sociedad”, y provocaría “una revolución conceptual inmensa”.³⁹ Similar referencia peyorativa recibió la extensión de la adopción a parejas homosexuales.⁴⁰ Asimismo, el arzobispo de Buenos Aires, Jorge Bergoglio, afirmó que en el proyecto de ley que prevé el matrimonio igualitario “está la envidia del Demonio que pretende destruir la imagen de Dios”.⁴¹ Con relación a la ley de identidad de género, la Conferencia Episcopal Argentina también hizo expreso su rechazo a la misma.⁴²

Incluso, una vez ya sancionadas las dos leyes principales sobre los derechos de los grupos LGBTI, esta Iglesia continúa siendo un opositor a los reconocimientos jurídicos alcanzados, siendo la reforma del Código Civil que se está proyectando en la Argentina,⁴³ una ocasión propicia para ello. En este sentido, la intervención del titular de la Comisión Episcopal Argentina, José María Arancedo, en la Comisión Bicameral del Congreso argentino que se encuentra analizando la reforma de los códigos Civil y Comercial, dejó en claro la posición de la Iglesia católica en contra de los derechos de las minorías LGBTI al cuestionar las leyes de matrimonio igualitario y de identidad de género bajo el argumento de que la familia fundada en el matrimonio entre un varón y una mujer es “óptima” y “un bien de la humanidad”.⁴⁴ Además, la Conferencia Episcopal Argentina, fundándose en visiones tradicionales, patriarcales y estigmatizantes

de los derechos de las personas LGBTI, 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”.⁴⁵

Finalmente, nada más elocuente de los fundamentos del discurso antiderechos de la Iglesia católica se encuentra en el mensaje anual de Navidad que brindó el papa Benedicto XVI ante la burocracia vaticana, quien censuró al 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 los hijos.”⁴⁶

Más allá de las victorias jurídicas finalmente alcanzadas, luego de 25 años de ardua lucha, corresponde enfatizar que la larga historia por el reconocimiento normativo de los derechos de las personas LGBTI en Argentina se ha visto atravesada y obstaculizada por la influencia de sectores católicos que rechazaban —y aún rechazan— tal reconocimiento.⁴⁷ La influencia restrictiva y denostativa que ha tenido el catolicismo respecto de extender los derechos de ciudadanía a las minorías sexuales diversas obliga a cuestionar el favoritismo estatal hacia el culto católico, demandando su urgente remoción.

V. EL CARÁCTER DEMOCRÁTICO DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS LGBTI

Corresponde tener presente que el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales en 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 cuyo origen es la lucha en pos del reconocimiento de los derechos civiles y sociales que entabló de forma asertiva el movimiento social LGBTI. El diálogo que se genera transcurre y florece entre las diversas instituciones estatales, elites, medios de comunicación, movimientos sociales, la Iglesia católica y otros sectores movilizados de la sociedad civil. El mismo confluye en una extensión del alcance de la protección de la cláusula de igualdad, incluyendo en su protección formal a quienes no habían sido tenidos en cuenta hasta entonces, además de ampliar su protección respecto de las causas estructurales responsables de la situación de vulnerabilidad de la minoría LGBTI.

El proceso de integración de significado de la Constitución en el caso del reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI fue especialmente dinámico, ya que se dieron diversas clases de interacciones entre la sociedad civil y las estructuras estatales. A este tipo de procesos, Seyla Benhabib los llama “iteraciones democráticas”, es decir,

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.⁴⁸

Esta deliberación democrática se conforma a través de múltiples interacciones y de un proceso público y continuo/continuado (*ongoing*) de entendimiento, de creativa apropiación, reapropiación y transformación de ideas y significados. Estos procesos son complejos y esencialmente culturales.⁴⁹

Son muchas y variadas las instancias de discusión y participación que conformó este relato democrático en un intervalo de más de dos décadas. Ejemplos de ello son: el vaivén de posiciones entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema como consecuencia de la denegación de personería jurídica a asociaciones LGBTI 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 LGBTI por el derecho a la salud respecto de la protección de pacientes con HIV o sida,⁵⁰ la sanción del artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que explícitamente prohíbe la discriminación basada en razones de orientación sexual (1996), la derogación de los edictos policiales en la Ciudad de Buenos Aires (1998), el reconocimiento en la Ciudad 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, los casos de amparo presentados a la justicia por denegación del matrimonio entre personas del mismo sexo, que terminaron llegando hasta la Corte, el tal vez tardío involucramiento del Poder Legislativo en este proceso de iteración democrática, el cabildeo y activismo del movimiento LGBTI, 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, en los *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia y en las discusiones en el Congreso, la postura de los diferentes comunicadores sociales y medios de comunicación, entre muchas otras instancias de discusión y confrontación de ideas sobre el alcance de la protección de derechos para la población LGBTI.

El contenido de esas interacciones ha sido sumamente variado, e incluyó todo tipo de narrativas o significados sociales, ya sea de quienes están a favor de reconocer como ciudadanos plenos a las personas LGBTI como de quienes no lo están y han contribuido a sostener la negación de derechos a la que está sometida el grupo.

Una característica central de las iteraciones democráticas se vincula con el hecho de que logran transformar las ideas hasta entonces predominantes, modificando aquella visión considerada válida y habilitando la entrada en el ámbito público de miradas hasta entonces excluidas o 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 la dominación que aquejaba a estos grupos despreciados.⁵¹

Los derechos, a pesar de reflejar esa ideología dominante, pueden ser reinterpretados y acomodados para incluir a grupos subordinados, ello en virtud de que en primera instancia han sido considerados recursos políticos. Como afirma Kimberly Crenshaw respecto de la lucha por los derechos civiles de los afroamericanos en Estados Unidos, esta estrategia política de lucha ha permitido exponer una serie de contradicciones, entre las que 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”.⁵² Esta descripción es extrapolable a la experiencia de la lucha encarada por el movimiento social LGBTI en Argentina.

La historia de la reivindicación de los derechos de las personas LGBTI ha consistido en complejos desacuerdos legales y sociales respecto del alcance del reconocimiento de los derechos tradicionalmente negados a grupos que están en una situación de desigualdad estructural donde prevalece una relación de subordinación y/o exclusión y/o invisibilización en desmedro del grupo.⁵³ La Iglesia católica como institución y sus discursos han cumplido un rol destacado en generar y perpetuar tales tipos de relación.

Este elemento de dominación que subyace en la historia de las personas de orientación sexual y géneros diversos implica que la ampliación del derecho a la igualdad y a la no discriminación respecto de las

minorías sexuales configurada desde los más diversos espacios no puede retrotraerse. Ello significa que una vez alcanzado el reconocimiento de un derecho hasta entonces negado/ignorado, en una instancia posterior no se lo debe volver a desconocer. Esto descansa en el hecho de que la legitimidad de tal reconocimiento es producto del proceso democrático deliberativo —descrito en los párrafos precedentes—, caracterizado por sofisticados y profundos intercambios, en donde ha sido posible torcer, reformular y avanzar en el entendimiento social sobre el alcance de la protección de los derechos.

VI. UN PARÉNTESIS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DIVERSIDAD

Parece oportuno recordar que entre los deberes que tiene el Estado se encuentra el relativo al establecimiento de las precondiciones esenciales para la realización del autogobierno colectivo. Este deber lo obliga a asegurar que en el debate de cuestiones de gran importancia, la ciudadanía esté expuesta y participe de un amplio debate. Para ello, muchas veces el Estado debe otorgar recursos públicos a las voces menos oídas o con menos posibilidad de ser oídas en la discusión pública.⁵⁴

Una contracara de esto consiste en la remoción de los apoyos que el Estado brinda a quienes en cambio sí tienen los medios para expresarse y hacerse oír, y con más razón aun si con voz altisonante se proponen negar las voces de los grupos desaventajados, como es el caso de la Iglesia católica. Por ello, a fin de que

se escuchen ciertas voces, en algunas ocasiones el Estado podrá no apoyar de forma explícita a aquellas otras voces con el poder político suficiente como para hacerse oír.⁵⁵ Además, el Estado estaría justificado en restringir aquellas expresiones que evidencian odio hacia algún grupo, más cuando el grupo hacia el que se dirigen tales expresiones está en situación de vulnerabilidad.⁵⁶ En consecuencia, el Estado debe remover los apoyos y afiliaciones en favor de los grupos negacionistas de derechos de grupos desaventajados, en situación de vulnerabilidad o minoritarios.

Con ello, el Estado no cercenará la libertad de expresión de los grupos negacionistas de derechos, ya que, por un lado, estos esbozan discursos tendentes a silenciar a través de la negación de derechos a quienes más los necesitan y, por el otro, tales negacionistas son grupos de poder, o están conectados de forma íntima a ellos, y tienen los medios para articular sus discursos en la arena pública. Este enmarque conceptual presupone una íntima relación entre el derecho a la libertad de expresión y el relativo a la igualdad donde el Estado tiene el deber de robustecer el debate público a través de la promoción de la igual participación de los interesados y afectados de la discusión. Aquí no está en juego el mero interés a expresarse de cada grupo, ya sea el interés del creyente de expresar su homofobia o el interés de la potencial víctima de decir lo que le dé la gana, sino algo más profundo y fundamental como es crear las condiciones necesarias para el debate público colectivo.

VII. LA FICCIÓN DE LAICIDAD

Más allá del ideal que expresa la separación entre el Estado y la religión, deseable por las razones expuestas, lo cierto es que en Latinoamérica tal separación ha sido —y continúa siendo— ficticia. A fin de ilustrar esta ficción, expondré el caso argentino, el cual evidencia las diversas formas de incidencia e influencia de la Iglesia católica en el hacer político. A continuación se describen tres planos o niveles de análisis que muestran la ficción mencionada.

1. Existe un privilegio católico constitucional porque, para empezar, desde sus inicios constitucionales, Argentina reconoció al credo católico como un actor público privilegiado. Los constituyentes argentinos adoptaron un modelo de expresa vinculación y preferencia hacia esta Iglesia, que obliga al Estado a asistirle financieramente.⁵⁷ En este esquema, ni siquiera se buscó realizar el ideal secular de la modernidad; la religión no ha sido relegada al ámbito privado, sino que ocupa un lugar destacado en la esfera pública-política como un actor legitimado por el Estado.

En segundo lugar, en otra de sus disposiciones, la Constitución argentina garantiza la libertad de cultos y de conciencia.⁵⁸ Esta norma se encuentra con el escollo de aquella otra que le otorga un estatus jurídico destacado a la Iglesia católica. Es decir, la carta magna argentina privilegia este credo por encima de los otros, de donde se infiere un trato desigual entre ellos.

Podría argüirse que en una etapa de la práctica constitucional argentina ubicada entre las últimas dos décadas del siglo XIX y las dos primeras del siglo XX, los legisladores dieron muestras de querer alejar a la

Iglesia católica del Estado. La sanción de una serie de leyes que traspasaron a la jurisdicción estatal funciones que tradicionalmente se había reservado dicha Iglesia generó gran tensión con ella, la cual derivó en la expulsión del nuncio apostólico y el posterior rompimiento de las relaciones diplomáticas con el Vaticano.⁵⁹

Estos indicios de laicidad convivieron con otras iniciativas que se inclinaron por el modelo de la tolerancia religiosa, aunque no de laicidad. Tal es el caso del Código Civil de 1871, luego modificado en 1968, cuyo artículo 33 reconocía a las personas jurídicas de carácter público —entre las que se encontraban la Iglesia—, a los establecimientos religiosos y a las comunidades religiosas.⁶⁰ La referencia a la “Iglesia” aparecía sin un adjetivo específico que diera cuenta de una Iglesia en particular, lo que podría entenderse como inclusiva de Iglesias distintas a la católica. Esta norma además hacía referencia a otros grupos religiosos, todos los cuales estaban subordinados al Estado.

No obstante estos intentos de laicidad y de amplia tolerancia a la pluralidad de cultos, terminó prevaleciendo el modelo de preferencia por la religión mayoritaria; ello facilitado por el marco constitucional que aseguraba esta preferencia.

En relación con esto último, cabe notar que a partir de 1930 el país inicia un proceso de militarización y catolización que profundiza la estrecha relación con la Iglesia católica propuesta por la Constitución.⁶¹ En sintonía con ello, la reforma de 1968 del Código Civil termina por cristalizar tal preferencia y dominación. Se modifica la redacción del anterior artículo 33 de forma tal, que la única institución religiosa de derecho público que ahora se reconoce es la Iglesia católica, y al mismo tiempo se elimina la mención a grupos y organizaciones

religiosas (no católicas),⁶² invisibilizándose a estos grupos religiosos. La única institución religiosa “verdadera” que distribuye el bien común pasa a ser la Iglesia católica. Es cierto que fue una dictadura militar la que modificó el Código; también es cierto que el mismo continúa vigente, salvo por aquellas cláusulas que han sido modificadas durante la democracia (como las relativas al divorcio vincular y al matrimonio igualitario), entre las cuales no se encuentra el artículo arriba referido.⁶³

Otras iniciativas legislativas también reflejan la preferencia constitucional por el catolicismo en Argentina. Además del carácter público otorgado al credo católico en el Código Civil, otro ejemplo escandaloso consiste en el pago de sueldos a los obispos de ese credo. En Argentina, la Iglesia católica recibe del Estado una asignación monetaria para cada obispo, que equivale al 80% del salario de un juez de primera instancia, y a su retiro les paga una jubilación correspondiente al 70% de la remuneración fijada al cargo de presidente de la nación.⁶⁴ También el Estado le otorga un subsidio por zona desfavorable a curas párrocos o vicarios ecónomos⁶⁵ y da becas a seminaristas.⁶⁶ Todas estas decisiones fueron adoptadas durante el gobierno de la dictadura militar. Otros casos de preferencia legislativa por el catolicismo consisten en la remoción del criterio de laicidad de las leyes de educación,⁶⁷ el sistema de calificación de películas de cine⁶⁸ y la creación del Registro Nacional de Cultos no Católicos.⁶⁹

Lo descrito expone la ausencia de un proyecto de separación entre religión y Estado en Argentina, y al ser la religión católica la mayoritaria en ese país, entre la Iglesia católica y el Estado argentino.

Si bien la reforma de la Constitución argentina de 1994 ha incorporado una mirada constitucional en fa-

vor de la protección de grupos sociales diversos y minoritarios,⁷⁰ la ley que estableció la necesidad de reforma de la carta magna no habilitó la modificación de la primera parte de la Constitución, sección donde además de la declaración de derechos (el verdadero límite puesto a la necesidad de reforma) se encuentra la disposición que asegura el privilegio católico.⁷¹ Sin embargo, ambos capítulos de la norma fundamental deben armonizarse en la interpretación constitucional, y tal armonización exige la remoción del privilegio católico. La remoción de este privilegio inaceptable es un primer paso, pero fundamental, para alcanzar la instauración de un Estado laico respetuoso de la libertad de culto, de la igualdad entre los distintos cultos, así como de la igualdad entre ellos y quienes no profesan ningún culto.

2. El segundo plano en el que existe una gran dificultad para alcanzar un Estado laico se refiere a la enorme influencia que la Iglesia católica ejerce en el derecho, ya no desde el espacio estrictamente público, sino desde el privado, ello a través de la identidad personal religiosa de personas que ejercen cargos públicos, como son los legisladores, los jueces y los funcionarios públicos.⁷² A pesar de que el ideal de un Estado laico y democrático pretende que sus legisladores y funcionarios públicos debatan y decidan políticas públicas conforme el interés público y no a partir de sus creencias personales, la realidad muestra la inextricable influencia del fuero personal en el quehacer político.

La afiliación religiosa de las personas es un aspecto esencial de la conformación de su identidad cultural, y puede ser muy oneroso o simplemente imposible exigir que ella no esté latente en el desempeño que las personas realicen de los distintos roles que adoptan en su vida. De todos modos, ello no significa que no deban

establecerse mecanismos para acotar la impronta que la identidad católica puede tener en aquellas personas que toman decisiones en el marco de las políticas públicas.

Por el contrario, la premisa básica que oriente una política pública respecto de la separación de la religión y el Estado debería promover la ausencia en la deliberación democrática de aquellos argumentos vinculados a las preferencias religiosas de los individuos, como los fundados en la fe revelada o en la jerarquía eclesiástica. Pero no debe soslayarse que lograr la ausencia en la discusión pública de este tipo de argumentos es algo muy complejo, dado justamente el carácter esencial que la religión tiene en la identidad cultural de las personas. Tal vez, un lento y sostenido activismo por la pluralidad y por la diversidad conduzca a modificar las preferencias personales o, al menos, sirva para establecer nuevas fronteras de lo que es aceptable sostener en la discusión política.

3. El tercer plano de análisis consiste en el hecho de que las asociaciones religiosas se han constituido en actores políticos que buscan influir en los procesos de sanción y aplicación del derecho en las democracias contemporáneas actuando desde la sociedad civil.⁷³ Tal influencia la ejercen por medio del activismo religioso desplegado desde la sociedad civil para insertarse con eficacia en el foro público.

La tradicional distinción entre público/privado, a la que se hizo referencia en un apartado anterior, adquiere contornos difusos en este plano. Aunque la Iglesia católica pareciera haber aceptado limitar su actuación al ámbito tradicionalmente considerado privado, correspondiente en principio a la sociedad civil, actúa desde allí e incide en el ámbito público como cualquier otro actor de la democracia. Si a esto

se le suma la impronta pública que tiene el discurso católico por medio de las creencias e ideas que conforman la identidad católica de los legisladores, jueces y funcionarios públicos, es ineludible reconocer este protagonismo de la Iglesia y su rol como un actor muy relevante en la democracia.

En este sentido, es importante discutir cuáles son las condiciones bajo las cuales se produce tal participación democrática y cuáles las razones válidas que corresponde volcar allí. Por un lado, respecto de temas relativos a la sexualidad y la reproducción, la Iglesia católica lleva al foro público ideas que subestiman a ciertas personas, como es el caso de las mujeres o las personas LGBTI. A las primeras les confiere un rol como reproductoras y cuidadoras de la especie humana, y subordinadas al hombre, y a las segundas las considera pervertidas y enfermas. Estas consideraciones sobre otros seres humanos con quienes debe involucrarse en discusiones democráticas obsta a que se den siquiera ciertas precondiciones necesarias para que tales discusiones se lleven a cabo, como es el caso de la igualdad en dignidad de quienes participan del juego democrático y de sus puntos de vista, lo que implica aceptar que una pluralidad de valores, sean o no religiosos, son igualmente válidos.⁷⁴ Asimismo, la Iglesia católica no acepta la deliberación, sino que se expresa como si tuviera la verdad revelada, “insiste en imponerle sus razones y conclusiones religiosas a la generalidad de la población sin deliberar y sin importar si los demás ciudadanos comulgan con estas ideas o no”.⁷⁵

Por todas estas razones, podría sostenerse que la Iglesia católica no es un actor legítimo para actuar en el foro político; por ello, el Estado debe controlar la participación de la Iglesia en temas de sexualidad y repro-

ducción por fuera de los espacios privados.⁷⁶ Tiendo a concordar con esta argumentación. No obstante, creo que este argumento subestima el impacto e imprescindibilidad de la religión en la conformación de la identidad personal de muchas personas. A tal punto la religión está fungida en tal identidad, que las personas, al naturalizar la religión y sus discursos en sus vidas, pueden no reconocer su carácter discriminador y excluyente. Además, la argumentación referida tiende a soslayar las complejas formas que la Iglesia católica tiene de proyectar sus discursos en la arena pública. Ambas cuestiones, la identidad religiosa de las personas y las formas de la Iglesia católica de articular sus discursos en el ámbito público, hacen muy difícil distinguir entre espacios públicos o privados, espacios que parecieran ser discernibles para esta argumentación.

Mi punto aquí es que más allá de lo despreciables que pueden ser los discursos discriminadores, integrales e intransigentes como el católico, no puede forzarse una separación entre los discursos laicos y los religiosos, dado que de hecho es muy difícil, si no imposible, de hacer. Y es ante este hecho que corresponde pensar mecanismos para modificar o poner en evidencia el carácter autoritario y excluyente de muchos credos y obligarlos a adoptar las reglas básicas de discusión democrática.

Los dos últimos niveles analizados muestran lo imbricado de la relación entre el Estado y la religión mayoritaria, circunstancia que se presenta en la mayoría de los países de Latinoamérica. Ellos dan cuenta de la imposibilidad de la división estricta entre Estado e Iglesia que imaginó el liberalismo, paralela a la distinción de los ámbitos público y privado; y por lo tanto muestran la inutilidad de insistir con la instauración

de un secularismo a ultranza como estrategia para hacer frente a la incidencia de los discursos religiosos conservadores en el debate público.

Si bien creo que es fundamental y urgente para la democracia eliminar el privilegio constitucional y legal del que goza la Iglesia católica descrito en el primer punto de este apartado, también es importante tener en cuenta que, para evitar la influencia de la religión en la “cosa pública”, este tipo de medidas no son suficientes para instaurar la laicidad del Estado, sino que consisten en un corto, pero importante, primer paso.

La religión católica no solo no ha podido —ni podrá— ser circunscrita al ámbito privado, sino que, incluso, tiene un rol público notorio que proviene de la articulación pública que hace de sus discursos, circunstancia esta que se ve acrecentada cuando además goza del privilegio estatal.⁷⁷ En consecuencia, corresponde examinar los modos informales a través de los cuales la Iglesia católica puede influir sobre quienes son actores del hacer legislativo y de su aplicación judicial, así como prestar suma atención al proceso, a las reglas y a los argumentos legales que hacen que estos mecanismos de incidencia eclesiástica sean efectivos. El reconocimiento del rol protagónico que de hecho tiene la religión mayoritaria favorecida a través de la identidad y adherencia religiosa de los políticos, jueces y funcionarios públicos, además de la influencia que ejerce desde ámbitos distintos del público, pero que se proyecta en este ámbito, es útil para encarar estrategias que contrarresten estos embates religiosos.

Dado que es muy difícil aislar a la religión de lo público, resulta aconsejable sumarla como un actor democrático y obligarla a actuar en el ámbito de la democracia con las mismas reglas que cualquier otro actor

que participa en ella; ello, en virtud de que este último ámbito tiene mayor visibilidad y reglas.⁷⁸ Asimismo, cabe recordar que la Iglesia católica presenta grandes desacuerdos y disensos al interior de su organización y comunidad. Por ello, permitir que las diversas posturas de la Iglesia se expresen en el foro público, en lugar de restringirlas a la esfera privada, como insisten las visiones seculares, sirve para exponer tales desacuerdos, y tal vez para alentar cambios en la religión.⁷⁹

VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

El proceso democrático que en Argentina concluyó en el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales al matrimonio igualitario y al derecho a la identidad de género fue producto de la intervención y participación de los más variados actores políticos y de la sociedad civil en la asignación de sentido a la carta magna. Tal proceso de iteración democrática significó, por un lado, el reconocimiento del más básico derecho a la igualdad formal negado hasta entonces a esas personas y, por el otro, el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación en términos robustos, que constituye el reconocimiento de los derechos económicos y sociales que antes les fuera negado por portar un nombre distinto al de la identidad autopercibida (derechos al trabajo, vivienda, educación), como aquel vinculado al acceso integral a la salud de las personas de géneros diversos.

En el proceso democrático quedó expuesto el discurso discriminatorio y excluyente de la Iglesia privilegiada por la Constitución y las leyes. La estatalización del catolicismo fue un factor central en el retardado

reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales —y en la mirada negativa que la sociedad tiene/ tenía de estas minorías—. Quienes no estuvieron de acuerdo con la extensión de los derechos de ciudadanía al colectivo LGBTI y se expresaron públicamente y de manera fervorosa al respecto, en su mayoría fueron grupos vinculados a la confesión religiosa mayoritaria jerarquizada constitucionalmente.

La comulgación del Estado con la religión mayoritaria implica privilegiar la visión particular del orden social y moral que tiene la confesión religiosa católica. Ello determina el relegamiento, subordinación y exclusión de otras cosmovisiones, sean o no religiosas, que se apartan de la visión favorecida. La subvaloración en términos económicos y de valoración social, de cosmovisiones distintas a la favorecida, es contrario a una idea robusta del derecho a la igualdad, que exige examinar y modificar las dinámicas y prácticas estructurales que generan relaciones de dominación que conducen a la discriminación de un grupo.

Durante la segunda mitad del siglo XX y hasta la actualidad, los reclamos de los grupos desaventajados pusieron en jaque la tradicional división entre el ámbito público y el privado, en particular la idea de que lo religioso puede ser circunscrito a la esfera privada y excluido del público. En definitiva, ha quedado expuesto el carácter público de la sociedad civil. En las sociedades contemporáneas, las instituciones, las organizaciones y las expresiones religiosas pertenecen al espacio público de la sociedad civil, el cual se caracteriza por su heterogeneidad y pluralidad. Es desde este lugar, en caso de querer participar o influir en el proceso de sanción de normas o de su implementación, desde donde los grupos religiosos deben adoptar las reglas y el lengua-

je del juego democrático, lo cual significa participar en igualdad de condiciones con el resto de los actores democráticos. El privilegio constitucional que detenta el credo católico atenta contra estas premisas democráticas.

El hecho de que, por un lado, el Estado democrático esté obligado a asegurar el respeto por las minorías y su diversidad y que, por el otro, contribuya con organizaciones religiosas que tienen posturas contrarias al reconocimiento de derechos de grupos en situación de vulnerabilidad, evidencia una gran contradicción moral que debiera resolverse en favor del primero. La protección de las minorías en situación de vulnerabilidad ha sido reafirmada en la reforma de 1994, y es una tendencia que se observa en las recientes reformas constitucionales latinoamericanas, circunstancia que demuestra la relevancia de tal protección para la región.⁸⁰

Por consiguiente, mantener a la Iglesia católica como si fuera una institución estatal con todos los beneficios que ello implica, consolida viejos paradigmas de exclusión y niega una sociedad pluralista y diversa. En virtud de ello, el Estado debe dejar de favorecer a un culto que de manera activa se ha mostrado contrario a reconocer —y ha buscado negar activamente— los derechos de grupos diversos que hablan el lenguaje de la diferencia.

A su vez, debe reconocerse y aceptarse el impacto que las organizaciones conservadoras de la sociedad nucleadas en torno a un discurso católico y/o las mismas entidades eclesiásticas tienen en el debate público a través de las estrategias de cabildeo, demostraciones públicas, litigio, entre otras, pues solo si se reconoce el gran poder de influencia de este grupo se podrán prever mejores mecanismos para cauterizar dicha influencia y establecer los presupuestos mínimos que exige el debate democrático de respeto por las minorías.

NOTAS

* Agradezco mucho a Agustina Ramón Michel, Ramiro Álvarez Ugarte, Pedro Salazar Ugarte y Pablo Suárez por sus valiosos comentarios a una versión previa de este trabajo.

¹ Nancy Fraser ha clasificado a estas reivindicaciones de los grupos despreciados en dos tipos. Por un lado, aquellas que buscan el reconocimiento legal y cultural, las cuales se refieren al desmantelamiento de jerarquías de estatus a fin de que cese el desprecio institucionalizado contra ciertos grupos. Exigen que se condene la discriminación y que se reduzcan las diferencias de estatus entre los ciudadanos. Por otro lado, se encuentran las demandas que no solo reclaman el reconocimiento legal y cultural, sino también la redistribución socioeconómica, lo cual se verifica en las condiciones paupérrimas en las que viven los miembros de un grupo, es decir, en las estructuras económicas que les niegan los medios necesarios para su interacción con los demás como iguales. Podría ser que esta última reivindicación sea consecuencia de la primera; 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. Véase a Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997, pp. 17-54.

² Un exponente de esta corriente de pensamiento es Taylor, Charles, *The Ethics of Authenticity*, Harvard University Press, 1991.

³ Una exponente de esta corriente de pensamiento es Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990.

⁴ Un exponente de esta corriente de pensamiento es Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, 1996.

⁵ Véase nota 70.

⁶ Desde la década de los noventa se utiliza el término "transgénero" para referirse a aquellos individuos cuyas identidades, prácticas o creencias sobre el sexo/género no se adecuan a las expectativas sociales tradicionales respecto del sexo asignado o determinado al nacer. Las personas transexuales, travestis y todas aquellas otras personas que se "mueven"/"transitan" entre los dos sexos/géneros socialmente aceptados componen este grupo. La utilización del término "transgénero" en sentido amplio e inclusivo ha servido como estrategia del movimiento de lucha por los derechos de las personas transgénero, ya que sirve para nombrar la común experiencia de opresión y exclusión que sufren muchas personas ignoradas por la concepción binaria del sexo/género. Véase Currah, Paisley, "Gender Pluralisms under the Transgender Umbrella", en Currah, Paisley et al. (eds.), *Transgendered Rights*, University of Minnesota Press, 2006, pp. 3-7. Es en este sentido amplio y político que en este trabajo se utiliza el término "transgénero".

⁷ Al respecto, cabe tener presente que los seres humanos no pertenecen solo a un grupo social, sino que sus vidas están atravesadas por factores de

identidad e identificación diversos que por su lado pueden confluír en procesos de discriminación múltiples. 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. Esta idea fue desarrollada por Kimberlé Crenshaw en su artículo “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, feminist theory, and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, donde 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 núm. 27 del Comité CEDAW, la cual expresa que “la discriminación que padecen las mujeres adultas mayores es multidimensional, es decir, basada no solamente en la edad, sino que también puede estar compuesta por otras formas de discriminación fundadas en el sexo, el género, el origen étnico, la discapacidad, los niveles de pobreza, la orientación sexual y la identidad de género, la situación de migrantes, el estado civil, el alfabetismo y otras condiciones sociales. Las mujeres adultas mayores que pertenecen a un grupo minoritario, étnico o indígena, o que hayan sido víctimas de desplazamientos frecuentemente sufren situaciones muy graves de discriminación”, párr. 13.

⁸ Conforme Boaventura de Sousa Santos, las ideas respecto de un individuo extrasocial, la autonomía y el esfuerzo personal integran la microética liberal, ella entendida como responsabilidad moral referida exclusivamente al individuo, y caracterizan la racionalidad moral-práctica del proyecto sociocultural de la modernidad, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Nuevo Pensamiento Jurídico, 2006, p. 93.

⁹ “La fase del capitalismo concurrencial que emerge como proyecto de la modernidad, supone un derecho que entregue acabadamente a los sujetos su propia capacidad de autorregulación y de juridificación de las relaciones que se suscitan en el ámbito de la esfera privada. Por ello, el papel del Estado no es otro que el de propiciar las relaciones de intercambio sin intervenir en el proceso más que como árbitro de las controversias que se produzcan, que el Estado liberal burgués establece como marco jurídico general en el que se ejerce su libertad de contratación el sujeto privado, junto con las condiciones básicas para la formalización de sus autoregulaciones enarbolando el principio fundamental del individualismo: la autonomía de la voluntad de las partes para contratar. Los sujetos privados se dan un orden regulador de sus actuaciones, gana en sistematicidad con la aparición del orden jurídico codificado, el cual recoge y unifica toda la normativa institucionalizada en torno a las materias específicas de actuación y de intercambio comercial: los sujetos se atienen a una normativa sistematizada, no dispersa y simplificada”. Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 2008, p. 136.

¹⁰ Al respecto véase el trabajo de Young, Iris Marion, “Vida, política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”, en Castells, C. (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1997.

¹¹ Aquí sigo a Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, cit. cap. IV.

¹² Véanse a Balkin, Jack, “Deconstruction’s Legal Career”, 27 *Cardozo L. Rev.* (2005), pp. 719-740. Respecto del binarismo hombre/mujer, Franses Olsen indica que este dualismo además está sexualizado y que cada término

del dualismo constituye una jerarquía en la cual la mujer es inferior al hombre; el derecho se identifica a sí mismo con el lado masculino del dualismo en, "El sexo del derecho", en Courtis, Christian (ed.), *Teoría crítica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.

¹³ Véase entre otros a Balkin, Jack, "Deconstruction's Legal Career", 27 *Cardozo L. Rev.* (2005), pp. 719-740; Gordon, Robert W., "Cómo 'descongelar' la realidad legal: una aproximación crítica al derecho", en *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 521, y García Villegas, Mauricio *et al.*, "Estudio preliminar", en *Crítica Jurídica*, *cit.*, pp. 7-56 y los artículos allí compilados. De esta obra, véase en particular respecto de la crítica racial, a Gotanda, Neil, "Una crítica a 'nuestra Constitución es ciega al color' (*denuncia la falsedad de que la Constitución sea ciega al color cuando adopta una mirada de igualdad formal*), y Crenshaw, Kimberlé Williams, "Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación". Para una exponente de la teoría *queer* véase la obra de Judith Butler. Un ejemplo de este tipo de análisis puede observarse también en el trabajo de Eve Kosofsky Sedgwick respecto del binarismo heterosexual/homosexual en *Epistemology of the Closet*, University of California Press, 2008.

¹⁴ Por ejemplo, el principio de *in dubio pro operario*.

¹⁵ Véase la obra de Marshall, T. H., *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires, Losada, 2005.

¹⁶ Young, Iris Marion, "Vida, política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal", en Castells, C. (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, *cit.*

¹⁷ Otras han sido la igualdad formal, la nacionalidad, el derecho centralizado, etcétera.

¹⁸ Un ejemplo de la asociación mencionada puede verse en el texto de las notas 24 y 26.

¹⁹ La globalización consiste en un proceso (o serie de procesos) que engloba una transformación en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales, evaluada en función de su alcance, intensidad, velocidad y repercusión, que genera flujos y redes transcontinentales o interregionales de actividad, interacción y de ejercicio del poder. Implica la creciente magnitud o intensidad de los flujos globales de modo tal que los Estados y las sociedades están cada vez más interconectados en sistemas y redes mundiales de interacción. Ella representa un significativo cambio en el alcance espacial de la acción y organización social, política y económica, no solo a una escala transnacional o interregional, sino también a nivel nacional y subnacional. La falta de límites espaciales o geográficos propios de la globalización se observa en los procesos legales y sociales complejos y dinámicos que son característicos de ella, y que tienen lugar dentro de un todo integrado sin tener en cuenta límites geográficos. Por su parte, el avance tecnológico es el gran impulsor de la globalización. Véase Saldívia, Laura, "Ensayo preliminar", en *Soberanía, Estado y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010.

²⁰ Ley 26.618, 2010. Corrales y Pecheny indican que "si se busca responder a la pregunta de por qué Argentina (sancionó legislación pro LGBTI), los argumentos convencionales ayudan, pero hasta cierto punto. Sin duda, Argentina presenta muchas condiciones que, las investigaciones han mostrado, van de la mano con legislaciones pro-gays. Tiene altos niveles de urbaniza-

ción y educación (hipótesis modernizadora) así como una vibrante constelación de organizaciones de la sociedad civil (hipótesis sobre capital social/ movimientos sociales), pero esto se da igualmente en muchos otros países de las Américas. Argentina tiene un partido gobernante que se presenta como de izquierda o centro-izquierda (hipótesis partidaria), pero esto también es cierto hoy para la mayoría de los países en las Américas, incluyendo los Estados Unidos. Y tiene un gran centro urbano *gay-friendly*, pero esto también sucede al menos en Brasil, México, Estados Unidos, Colombia, Uruguay, Perú y Costa Rica". Otras razones que confluirían, según estos autores, consisten en la baja asistencia a la Iglesia y el bajo peso de los evangélicos respecto del resto de los países de Latinoamérica. Estas razones vinculadas al alcance del secularismo social en Argentina servirían para explicar la sanción de la legislación pro-LGBTI. A esto se le suma la relativa debilidad de la capacidad movilizadora de las Iglesias. Además, cabe mencionar la separación de la Iglesia y los partidos políticos que existe en Argentina, dado que en los últimos cien años no ha habido un partido confesional, lo cual animó a muchos legisladores en Argentina, de todos los partidos, a votar en contra de los púlpitos. Véase Corrales, Javier y Pecheny, Mario, "Matrimonio igualitario en Argentina: seis razones", publicado originalmente en inglés en <http://www.americasquarterly.org>, en julio de 2010. Los factores que considero han sido más relevantes son: el legalismo transnacional —Argentina tiene un sistema jurídico que evoca casos internacionales para sentar precedentes legales a nivel nacional—; el enorme trabajo previo desde el retorno de la democracia de las organizaciones LGBTI, la postura a favor de los derechos de las minorías sexuales de los jueces de la Corte Suprema ya vislumbrada en el caso ALITT que se menciona más adelante en este trabajo y conocida en los pasillos de los tribunales a través de votos ya redactados en casos que no llegaron a sentenciar por devenir abstracto luego de la resolución favorable por otro poder.

²¹ En la Argentina, el movimiento social por los derechos de las personas de orientación sexual e identidades de géneros diversas se destaca por su organización y capacidad de movilización. 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. El apoyo mancomunado que dieron a la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario es otra muestra de tal cohesión de grupo. Esto no significa que no hallan posturas diversas sobre los distintos temas. No obstante, sus miembros se reconocen como integrantes de un grupo que los trasciende individualmente y de una experiencia de vida despreciada común.

²² Para un desarrollo de la historia del activismo del movimiento LGBTI véanse los siguientes links: <http://www.cha.org.ar/historia-del-matrimonio-lgtb-en-argentina/> y <http://www.lgbt.org.ar/blog/Matrimonio/matrimonio.htm>. Para una consulta de los argumentos jurídicos esbozados véanse Solari Néstor Eliseo y Von Opiela, Carolina (comp.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618*, La Ley, 2011, y Aldao, Martín y Clérico, Laura (coord.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

²³ Caso “Comunidad Homosexual Argentina” (CHA), CSJN *Fallos* 314:1531 (1991). Este caso fue decidido por 7 votos en contra y 2 a favor. Cada Juez escribió su propio voto.

²⁴ Cámara Nacional de Apelación en lo Civil, Sala I (La Ley, t. 1990-E, 136).

²⁵ Caso “CHA”, p. 1572.

²⁶ *Ibidem*, p. 1589.

²⁷ Caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual” (ALITT), CSJN, *Fallos* 329:5266 (2006)

²⁸ Indicó la Corte: “... 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”. Caso “ALITT”, *cit.*, párr. 16. También sostuvo que no debe ignorarse que las personas pertenecientes a las minorías sexuales representadas por la ALITT “no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo”, párr. 17. De parte de las autoridades públicas argentinas también hubo algunos reconocimientos aislados de la situación de marginalidad que sufren las personas transgéneros, travestis, transexuales e intersexuales. El primero de ellos ha sido un documento del Poder Ejecutivo que da cuenta de la situación de vulneración cuando relata los numerosos y diversos tratamientos discriminatorios y de violencia que sufren las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversos en Argentina en el ámbito de la educación, la salud y el trabajo. Véase el documento “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación”, aprobado por el Decreto 1086/05, pp. 166-171, 2005. Este documento realiza un diagnóstico de las distintas cuestiones y grupos que son objeto de discriminación en Argentina, y entre ellas menciona la identidad y la orientación sexual. En enero de este 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. Véase el diario *Página 12*, “Es un deber el pedir perdón”, 23 de enero de 2012.

²⁹ La Resolución 671/2008 de dicho organismo declara a los convivientes del mismo sexo incluidos como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del régimen previsional público o del régimen de capitalización.

³⁰ Entre la escasa información disponible cabe resaltar 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 de urgencia económica y social de estas personas. Esta urgencia

se observa de modo elocuente en los datos que muestran que este colectivo de gente sufre de muerte temprana producto de enfermedades y violencia prevenibles. Al respecto, en este informe se consigna que 592 personas travestis, transexuales y transgéneros han fallecido entre 2001 y 2006. La principal causa de muerte es el VIH/sida (54.7 %). La segunda 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. En Berkins, Lohana (coord.), *Cumbia, coleteo y lágrimas. Informe Nacional sobre la Situación de las Travestis, Transexuales y Transgénero*, A.L.I.T.T., 2007, Introducción. Además, pueden consultarse los artículos de Sacayán, Diana, “El crimen de Rubi”, Berkins, Lohana, “Un té en honor a Andrea” y Veira, Bruno, “La Plata. Avalancha de motores en la madrugada” con relatos sobre los crímenes de odio que aquejan a este grupo, *Revista El Teje. 1er Periódico Travesti Latinoamericano*, núm. 6, 2010. También en esa revista Sacayán, Diana “¿Nadie oyó gritar a Naty?”, núm. 2, 2008 y “¿Quién vio caer la sangre caliente sobre la espalda de Zoe?”, núm. 4, 2009. Véase también Informe Sombra elaborado por 0 en Conducta y la IGLHRC -Human Rights for Everyone. Everywhere-, Junio 2010, para el Comité de la CEDAW sobre Violación de los derechos Humanos de las Personas Lesbianas, Bisexuales, Travestis, Transgénero, Transexuales e Intersex (LBTTTI) en la Región Noroeste de Argentina (NOA), donde se hace especial hincapié en los derechos conculcados como consecuencia de la criminalización, la violencia y la discriminación que sufren cotidianamente.

³¹ Cabe aclarar que la información disponible sobre la situación económico-social en la que se encuentra este colectivo proviene de las propias evaluaciones realizadas por las organizaciones sociales de las personas de géneros diversos que trabajan en el tema. 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. La CIDH, 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 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, CIDH, Informe sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, párr. 43.

³² Ley 26.743, 2012.

³³ En Argentina el régimen que sirvió de marco normativo para la patologización de las personas de géneros diversos consistió en las siguientes premisas. En primer lugar, conforme el artículo 3, inciso 1, de la Ley del Nombre núm. 18.248, debe darse a la persona un nombre que refleje el sexo que se le asignó al nacer. Esta disposición continúa vigente (circunstancia que ha suscitado interesantes discusiones al interior del movimiento trans). Véase Wayar Marlene, “¿Qué pasó con la T?”, *Revista Soy*, 11 de mayo de 2012, p. 12. No obstante, la Ley sobre el Derecho a la Identidad de Género sí ha modificado en cambio, el artículo 15, que establecía la posibilidad de modificación del nombre, pero solo mediante resolución judicial y ante la presencia de justos motivos, sin precisarse cuáles de ellos eran atendibles. Esta regulación signifi-

caba que en la práctica se exigiera que el interés alegado tuviera una relevancia suficiente como para primar por sobre las razones de interés público que le daban fundamento a la regla de la inmutabilidad del nombre. Por su parte, la Ley núm. 17.132 sobre el ejercicio de la medicina en su artículo 19, inc. 4, regulaba el cambio de sexo a través de la prohibición para los profesionales médicos de llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el “sexo del enfermo”. La excepción que establecía era para cuando tales intervenciones eran efectuadas con posterioridad a una autorización judicial. Además, el artículo 20 prohibía aquellas intervenciones que produjeran esterilización. Cuando los jueces autorizaban la provisión de cirugías y otros tratamientos, ellos se dirigían a las personas cuyos cuerpos sin duda alguna reflejaban las características del género al que decían pertenecer, o a quienes estaban en el proceso de lograr tal concordancia. Todo este régimen regulatorio restrictivo de la identidad personal ha sido modificado por la Ley de Identidad de Género. Cabe agregar que el Código Penal, en su capítulo sobre lesiones, establece penas para quien ocasione lesiones en la salud, sentido, órgano, miembro y de otro tipos (artículos 90 y 91), regulación que ha disuadido a muchos médicos de realizar las cirugías y los tratamientos pertinentes.

³⁴ La ley sostiene que las personas mayores de 18 años podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Asimismo, para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. El único requisito que se exigirá en ambos casos consiste en el consentimiento informado de la persona. La remoción de la autorización judicial o administrativa, conjuntamente con la relevancia dada al consentimiento informado de la persona, son dos elementos fundamentales para quitar el manto de patológico a la decisión de una persona de adecuar su cuerpo a su identidad autopercibida (artículo 11). Similar lógica se siguió con la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, en caso de que no coincidan con su identidad de género autopercibida, donde no será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico (artículos 3 y 4).

³⁵ Las personas trans (travestis, transexuales y transgéneros) son clasificadas por parte de las voces médicas internacionales en categorías que las refieren como personas con trastornos mentales. La Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Manual de Diagnósticos y Desórdenes Mentales (DSM) de la Asociación Psiquiátrica Americana (APA), son algunas de tales voces.

³⁶ Véase a Fausto-Sterling, Anne, *Sexing the Body*, Basic Book, 2000.

³⁷ Véase lo aquí expuesto en el punto II, apartado sobre ‘Público, Privado. Oposiciones; y la obra de Jacques Derrida que busca deconstruir la lógica de la oposición binaria. Derrida, Jacques, *De la gramatología*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2000.

³⁸ Todavía este tipo de igualdad les es debida a las empleadas domésticas.

³⁹ “Rotundo no de la Iglesia a ‘matrimonio homosexual’ en Argentina”, 19 de mayo de 2010 disponible en <http://www.aciprensa.com/noticias/rotundo-no-de-la-iglesia-a-matrimonio-homosexual-en-argentina/#.UM0zF5PjnYk>

⁴⁰ Respecto de la posibilidad de que estas parejas puedan adoptar, monseñor Marino aclaró que “no se está en contra de, sino a favor del bien común, la racionalidad y la dignidad del ser humano”, *idem*.

⁴¹ Bergoglio dice que la boda gay “es la pretensión destructiva del plan de Dios”, *La Nación*, 8 de julio de 2010.

⁴² En este sentido, ha señalado: “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 sólo 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. La necesaria educación sexual debe estar orientada, desde la infancia, a valorar el sentido y la riqueza de la sexualidad. 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. Estas afirmaciones no significan desconocer la realidad de personas que sufren por estos motivos. La ley, en cuanto ordenamiento de la comunidad, debe tratar todo reclamo en el marco jurídico adecuado y con las garantías que ello implica. Pero, 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”, “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>

⁴³ Mediante el decreto núm. 191/2011, dispuso la creación de una Comisión para unificación de los códigos Civil y Comercial. Véase el anteproyecto y noticias relacionadas con esta reforma en <http://www.codigocivil.argentina.ar/>

⁴⁴ Véase “Duro documento de la Iglesia contra la reforma del Código Civil”, *Clarín*, 23 de agosto de 2012.

⁴⁵ “Quejas de los obispos”, *Página 12*, 27/4/2012. Véase el documento de la Conferencia Episcopal Argentina, “Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil”, 27/4/2012 disponible en http://www.episcopado.org/portal/2000-2009/cat_view/157-cea-2012.html

⁴⁶ Disponible en http://diario.mx/Internacional/2012-12-21_4be8ed89/condena-benedicto-xvi-a-matrimonios-gays-en-mensaje-navideno/

⁴⁷ La más reciente declaración de la curia argentina en contra del matrimonio homosexual se encuentra en la declaración que realizaron los obispos con motivo de la Navidad. Expresan estos preladados: “La familia, fundada sobre el matrimonio entre varón y mujer, es un valor arraigado en nuestro pueblo. Anterior al Estado, es la base de toda la sociedad y nada puede reemplazarla. Vemos con preocupación una corriente cultural y un conjunto de iniciativas legislativas que parecen soslayar su importancia o dañar su identidad”. Reflexiones de los obispos al acercarnos a la Navidad, 29 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.episcopado.org/portal/component/k2/item/740-reflexiones-de-los-obispos-al-acercarnos-a-la-navidad.html>

⁴⁸ Benhabib, Seyla, *El derecho de los otros*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 130. Esta autora recurre a la idea de política jusgenerativa 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 reiteran estos principios y los incorporan en procesos de formación de voluntades democráticas a través de la argumentación, la contestación, la revisión y el rechazo”, p. 131.

⁴⁹ Para una discusión acerca del significado de cultura véase Benhabib, Seyla, *Las reivindicaciones de las culturas. Igualdad y diversidad en la era global*, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 21-58.

⁵⁰ Sobre el punto, véase Bergallo, Paola, *Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina*, 89, *Texas L. Rev.* 1611 (2011).

⁵¹ Kimberlé Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación”, en García Villegas, M. et al. (comps.), *Crítica Jurídica*, Bogotá, Uniandes, 2006, p. 122. Crenshaw plantea que la lucha de los negros, al igual que la de todos los grupos subordinados, es una lucha por la inclusión, un intento por manipular elementos de la ideología dominante para transformar la experiencia de la dominación. Es una lucha por crear un nuevo *statu quo* a través de las herramientas ideológicas y políticas disponibles.

⁵² *Ibidem*, p. 112. 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, *ibidem*, p. 119.

⁵³ Cabe hacer una clasificación al hablar de las formas de trato denosativo que recibe un grupo. En un primer tipo de casos, aquellos referidos a una lógica de discriminación, la pertenencia a un grupo se da a través de su integración jerárquica y subordinada; aquí se inscribe al objeto de la práctica concebido como inferior dentro de un orden jerárquico. En el segundo tipo de casos, existe una incompatibilidad de elementos dentro de un mismo orden social; aquí se busca directamente suprimir a uno de los elementos de determinado orden a través de una lógica de exclusión. Esta lógica se articula a través de un uso excluyente de la violencia que apunta a aniquilar a los otros antes que a mantenerlos como inferiores o subordinados. En ambos casos se ejercen distintos tipos de violencia, desde prejuicios hasta genocidios. En similar sentido, véase a Gómez, María Mercedes, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Cabal, Luisa y Motta, Cristina (comps.), *Más allá del derecho*, Red Alas, 2006. Cabe agregar que esta clasificación no da cuenta de otra situación que es cuando lisa y llanamente se desconoce la existencia de un grupo. En el caso de un genocidio, el grupo existe en tanto

es reconocido como tal y se busca su eliminación. En el caso de las personas transgéneros, o de otras sexualidades despreciadas, en distintas épocas y en distintos lugares, el grupo ni siquiera existe; por lo tanto, tampoco se puede nombrar o reconocer las prácticas que lo invisibilizan. Excede el objeto de este trabajo examinar qué tipo de invisibilización/exclusión/discriminación afecta al colectivo de sexualidades diversas en Argentina. Seguramente, tal tarea conduzca a conclusiones distintas según sea en la Ciudad de Buenos Aires o un pueblo de La Rioja (provincia Argentina) o en la década de los treinta, noventa o en la actualidad.

⁵⁴ Aquí sigo la obra de Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1996.

⁵⁵ “El discurso de los más poderosos no debe impedir, disuadir, obturar, el de los menos poderosos”. *Idem*.

⁵⁶ La restricción de este tipo de discursos está justificada, en virtud de que tal tipo de expresión silencia la expresión de los grupos hacia los cuales está dirigido el odio. Ello se produce dado que el discurso de odio denigra el valor y estima de sus víctimas y los grupos a los cuales pertenecen impidiendo de esta manera su participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Incluso si estas personas denostadas se expresan, esta expresión carece de autoridad, también es denostada. Por ejemplo, la pornografía entre otras cosas es cuestionada por su efecto silenciador sobre la mujer, dado que la reduce a un objeto sexual y erotiza su dominación. Tiene un efecto sobre el legítimo temor con el que viven día a día las mujeres a ser violadas y sobre la forma en que ellas son consideradas en la sociedad, menoscabándose su credibilidad y el valor de las contribuciones que pueden hacer a la sociedad. Esto, a su vez, redundará en la violencia que se ejerce contra la mujer, lo cual culmina en patrones estructurales de desventaja social en todos los ámbitos sociales de la vida. Conforme Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, *cit.* Considero que los discursos homofóbicos y transfóbicos pertenecen a este tipo de discursos.

⁵⁷ Así, el artículo 2 de la Constitución Nacional establece: “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha entendido que el tipo de apoyo que debe brindar el Estado a la Iglesia católica es de índole económica, y que ello no implica que el Estado argentino sea confesional. Véase Sabsay, Daniel Alberto y Onaindia, José Miguel, *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Errepar, 2009, p. 22. También, hasta la reforma de 1994 para ser presidente y vicepresidente se exigía ser católico (ex art. 76). Esta reforma constitucional reexceptó la eliminación de prerrogativas que tenía el gobierno respecto de cuestiones eclesiásticas y la posibilidad de intervenir en el manejo de la Iglesia católica, cuestiones que ya habían sido eliminadas en 1966 a través de un acuerdo celebrado con la Santa Sede (por ejemplo, el ejercicio del patronato, el otorgamiento del pase de bulas y rescriptos pontificios o decretos de los concilios, facultad del Congreso para autorizar el establecimiento de nuevas órdenes religiosas y la de promover la conversión de los indios al catolicismo). Finalmente, la Constitución regula las relaciones con la Santa Sede tal como lo hace con otros Estados extranjeros, y los concordatos celebrados tienen a partir de la reforma de 1994 jerarquía superior a las leyes pues están asimilados a los tratados internacionales (art. 75, inc. 22).

⁵⁸ Artículo 14 de la Constitución Nacional (“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de profesar libremente su culto [...]).”

⁵⁹ La Ley de Educación Común (1884) (estableció la educación primaria gratuita, laica y obligatoria para niños de 6 a 14 años), la Ley de Educación Superior (1885), la Ley de Creación del Registro Civil (1884) (quitaba a la Iglesia católica el monopolio de las inscripciones de nacimientos, matrimonios y defunciones) y la Ley del Matrimonio Civil (1888). El principal objetivo de estas leyes consistió en facilitar la integración de miles de inmigrantes pertenecientes a distintos credos y nacionalidades que estaban poblando la Argentina.

⁶⁰ Conforme este artículo, las personas jurídicas de carácter público eran: “Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla, son las que, de una existencia necesaria, o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: 1. El Estado; 2. Cada una de las provincias federadas; 3. Cada uno de sus municipios; 4. La Iglesia; 5. Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado”.

⁶¹ Sobre las vinculaciones entre las dictaduras argentinas y el catolicismo véase, Mallimaci, Fortunato, “Catolicismo y militarismo en Argentina (1930-1983)”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4, Universidad Nacional de Quilmes, 1996.

⁶² El artículo 33 reformado queda redactado así: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1) El Estado nacional, las Provincias y los Municipios. 2) Las entidades autárquicas. 3) La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1) 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. 2) 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”.

⁶³ En el anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial unificado no hay planes de modificar el artículo 33 y remover a la Iglesia católica como persona jurídica de carácter público. Véase nota 43.

⁶⁴ Ley 21.950 y Ley 21.540.

⁶⁵ Ley 22.162.

⁶⁶ Ley 22.950. Además, cuando haya vacancia de la titularidad en las arquidiócesis, diócesis, prelaturas, eparquías y exarcados del culto católico apostólico romano cobra el obispado Ley 22.552. Todas estas son leyes dictadas durante la última dictadura que continúan vigentes ya en democracia.

⁶⁷ Véanse la Ley Nacional de Educación Superior 24.521, 1995 y la Ley 26.206 de Educación Nacional, 2006.

⁶⁸ La Ley 23.052 de 1984 abolió el órgano de censura cinematográfica y diseñó un sistema para calificar películas. Su decreto reglamentario 828/84 creó una Comisión Asesora, la que, entre otros miembros, incluye: “...d) Un miembro propuesto por el Equipo Episcopal para los Medios de Comunicación Social de la Iglesia Católica Apostólica Romana; e) Un miembro propuesto por el Culto Israelita; f) Un miembro propuesto por las Confesiones

Cristianas no Católicas”, dándole participación a las religiones en un ámbito en el que no deberían estar, ya que califican películas que verán creyentes y no creyentes, de esos cultos y de otros excluidos por la norma.

⁶⁹ Ley 21.745, 1978. Esta Ley es muy restrictiva y controladora de los cultos distintos al católico. Ante tal Registro se realizará la inscripción de las organizaciones religiosas que ejerzan sus actividades dentro de Argentina, que no integren la Iglesia católica Apostólica Romana. El reconocimiento e inscripción en el Registro serán previos y condicionarán la actuación de las organizaciones religiosas no católicas, como así también el otorgamiento y pérdida de personería jurídica o, en su caso, la constitución y existencia de la asociación como sujeto de derecho. Además, se establecen, los casos en los cuales procederá a la denegatoria de la inscripción solicitada o cancelación de la misma (cuando mediara el incumplimiento de lo dispuesto por la presente Ley y su reglamentación; cuando se hubiere comprobado que los principios y/o propósitos que dieron origen a la constitución de la asociación o la actividad que ejerce, resultaren lesivas al orden público, la seguridad nacional, la moral y las buenas costumbres; cuando el ejercicio de sus actividades fuere distinto de los principios y/o propósitos que determinaron su reconocimiento e inscripción o fuere lesivo para otras organizaciones religiosas). En este caso se prohibirá su actuación en el territorio nacional y/o la pérdida de la personería jurídica o el carácter de sujeto de derecho.

⁷⁰ Entre otros cabe destacar los artículos 75, inc. 17 (“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”), artículo 75, inc. 23 (“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”) y el artículo 75, inciso 22, que reconoce con jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁷¹ Véase la Ley núm. 24.309 sobre la declaración de la necesidad de reforma constitucional, 29/12/1993.

⁷² Véase a Vaggione, Juan Marco, “Dios y la ley. Las influencias religiosas en el derecho”, disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Argentina/cijs-unc/20110609112151/sec8003p.pdf>

⁷³ *Ibidem*, p. 513.

⁷⁴ Lemaitre Ripoll, Julieta, “Anticlericales de nuevo. La Iglesia católica como un actor político ilegítimo en materia de sexualidad y reproducción en América Latina”, *Derecho y sexualidades*, SELA, 2009, Buenos Aires, Librería, 2010 (“una democracia exige como requisito de ingreso a la parti-

cipación política aceptar la igualdad en dignidad de todos los participantes en la discusión política”). Esta autora examina algunos documentos recientes de donde se desprende la doctrina católica subordinadora y excluyente respecto de los homosexuales y las mujeres, pp. 293-297. Respecto de las condiciones de igualdad e imparcialidad para participar en una democracia, véase a Nino, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, cap. V.

⁷⁵ Lemaitre Ripoll, Julieta, “Anticlericales de nuevo. La Iglesia católica como un actor político ilegítimo en materia de sexualidad y reproducción en América Latina”, *cit.*, p. 291.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ La discusión sobre los derechos sexuales y reproductivos y sobre el matrimonio igualitario son ejemplos ilustrativos de cómo los sectores religiosos se activan desde la sociedad civil para defender su cosmovisión en la esfera pública. Véase Jaramillo Sierra, Isabel C., “La Iglesia católica, el sexo y la sexualidad en América Latina: más allá de la distinción público/privado”, *sela papers*, paper 72, 2009, y Vaggione, Juan Marco, “Paradoxing the secular in Latin America: Religion, Gender and Sexuality at the Crossroads”, copyright de vaggione y TCDS, 2002.

⁷⁸ A modo de ejemplo, en los últimos años la Iglesia católica ha adoptado el léxico y el discurso de los derechos humanos para insertarlo en la dinámica de la discusión democrática respecto de su oposición a políticas en materia de salud sexual y reproductiva. Si bien la agenda religiosa puede seguir siendo la misma, resulta alentador que este actor deba utilizar el léxico de derechos y las reglas del mecanismo deliberativo para perseguir sus objetivos. Conforme Vaggione, Juan Marco, “Paradoxing the Secular in Latin America: Religion, Gender and Sexuality at the Crossroads”, *cit.*

⁷⁹ “En un contexto donde la gran mayoría de la población se identifica como católica, la circulación pública, más allá de allá de la iglesia, de teologías alternativas que debatan la doctrina oficial tiene enorme potencialidad para la democratización de conceptualizaciones sobre el género y la sexualidad”. Vaggione, Juan Marco, “Paradoxing the Secular in Latin America: Religion, Gender and Sexuality at the Crossroads”, *cit.*, pp. 9 y 10.

⁸⁰ Tal es el caso, entre otras, de las reformas constitucionales de Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDAO, Martín y CLÉRICO, Laura (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, "El constitucionalismo popular y los problemas de la 'Última Palabra': apuntes para un contexto latinoamericano", manuscrito.
- BALKIN, Jack, "Deconstruction's Legal Career", 27 *Cardozo L. Rev.* (2005).
- BENHABIB, Seyla, *El derecho de los otros*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- _____, *Las reivindicaciones de las culturas. Igualdad y diversidad en la era global*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- BERGALLO, Paola, "Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina", 89 *Texas L. Rev.*, 1611 (2011).
- BERKINS, Lohana (coord.), *Cumbia, coleteo y lágrimas. Informe Nacional sobre la Situación de las Travestis, Transexuales y Transgénero*, A.L.I.T.T., 2007.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 2008.
- CRENSHAW, Kimberlé, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: Blac Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, 1989.
- CRENSHAW, Kimberlé, "Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho con-

- tra la discriminación", en GARCÍA VILLEGAS, M. *et al.* (comps.), *Crítica Jurídica*, Bogotá, Uniandes, 2006.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, "La tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental y su desaparición", en GARCÍA VILLEGAS, M. *et al.* (comps.), *Crítica Jurídica*, Bogotá, Uniandes, 2006.
- _____, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá, 2006.
- DERRIDA, Jacques, *De la gramatología*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2000.
- FAUSTO-STERLING, Anne, *Sexing the Body*, Basic Book, 2000.
- FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1996.
- FRASER, Nancy, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio *et al.*, "Estudio preliminar", *Crítica Jurídica*, Bogotá, Uniandes, 2006.
- GÓMEZ, María Mercedes, "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia", en CABAL, Luisa y MOTTA, Cristina (comps.), *Más allá del derecho*, Red Alas, 2006.
- GORDON, Robert W., "Cómo 'descongelar' la realidad legal: una aproximación crítica al derecho", *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- GOTANDA, Neil, "Una crítica a 'nuestra Constitución es ciega al color'", en JARAMILLO SIERRA, Isabel C., *La iglesia católica, el sexo y la sexualidad en América Latina: más allá de la distinción público/privado*, SELA 2009, Buenos Aires, Librería, 2010.
- KOSOFSKY SEDGWICK, Eve, *Epistemology of the Closet*, University of California Press, 2008.

- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, 1996.
- _____, *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford University Press, 2001.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta, "Anticlericales de nuevo. La Iglesia católica como un actor político ilegítimo en materia de sexualidad y reproducción en América Latina", *Derecho y Sexualidades*, SELA, 2009, Buenos Aires, Librería, 2010.
- MALLIMACI, Fortunato "Catolicismo y militarismo en Argentina (1930-1983)", *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4, Universidad Nacional de Quilmes, 1996.
- _____, "Nacionalismo católico y cultura laica en Argentina", en BLANCARTE, Roberto J. (coord.), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, El Colegio de México, 2008.
- MARION YOUNG, Iris, "Vida, política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal", en CASTELLS, C. (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1997.
- MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires, Losada, 2005.
- NINO, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- OLSEN, Frances, "El sexo del derecho", en COURTIS, Christian (ed.), *Teoría crítica del derecho*, Eudeba, 2000.
- SABSAY, Daniel Alberto y ONAINDIA, José Miguel, *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Errepar, 2009.

SALDIVIA, Laura, "Ensayo preliminar", *Soberanía, Estado y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010.

_____, "Una Corte ¿Suprema?", en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

TAYLOR, Charles, *The Ethics of Authenticity*, Harvard University Press, 1991.

VAGGIONE, Juan Marco, "Dios y la ley. Las influencias religiosas en el derecho", disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Argentina/cijs-unc/20110609112151/sec8003p.pdf.ori>

_____, "Paradoxing the Secular in Latin America: Religion, Gender and Sexuality at the Crossroads", copyright de vaggione y TCDS, 2002.

*Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 4, Laicidad y diversidad, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 14 de marzo de 2013 en Impresión Comunicación Gráfica, S. A. de C. V., Manuel Ávila Camacho 689, col. Santa María Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F. Se utilizó tipo *Optima* de 9, 11, 13, 14 y 16 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 90 kilos para los interiores y cartulina couché de 300 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares (impresión offset).*