

**¡QUE MALAS SON... ESTOS HOMBRES!**

**Exponentes:**

PAULA C. SCIANCA LUXEN

DNI 33.606.975

Estudiante de la Facultad de Derecho, UBA.

pausciancalux@gmail.com

MAURO MAGNESCHI

DNI 33.326.083

Estudiante de la Facultad de Derecho, UBA.

maumagneschi@gmail.com

**Comisión:**

Género y sexualidades: desafíos sociales y jurídicos

## **EL PROCESO NORMATIVO DE EXCLUSIÓN DE LAS IDENTIDADES NO BINARIAS**

Como operadores jurídicos, entendemos que nuestro deber no se detiene en el mero “*hacer justicia*” como valor abstracto *per se*, sino que va más allá: comprender el sistema normativo en el que nos hallamos inmersos y, en lo posible, establecer soluciones de carácter incluyente de las identidades diferenciadas del sistema sexo-género binario, que sólo admite –como valedera y únicamente existente- a la Identidad Heterosexual, del hombre o mujer.

El análisis del conjunto de conceptos que denominamos “medios” a través de la Sociología, nos brindará la posibilidad de apreciar cómo éstas categorías de “hombre medio”, “moral social”, “buenas costumbres”, “moral pública”, entre otras, influyen en la construcción estigmatizante de toda identidad diferente al modelo heteronormativo. La hipótesis que planteamos, entonces, es que: *los conceptos “Medios” cristalizados en normas jurídicas, afectan la construcción intersubjetiva de las identidades diferentes al modelo heteronormativo, particularmente, de la homosexual.*

Para ello, establecemos un abordaje desde tres ejes: el Derecho, la Sociología Jurídica, y la Sociología de la Sexualidad –como subcategoría-.

Primeramente, describiremos el concepto de *persona* en el Derecho argentino desde un enfoque interdisciplinario, tomando como ejemplo paradigmático el Código Contravencional de Salta. Luego nos adentraremos en la construcción de la homosexualidad y la homofobia. Con ello, esperamos demostrar cómo trabaja el prejuicio en nuestra sociedad actual, desde la normativa jurídica argentina.

Proponemos un proyecto que sabemos por demás ambicioso: la deconstrucción de la Identidad estigmatizada del sujeto homosexual, para una reconstrucción bajo parámetros inclusivos.

### **PARTE I**

#### **Definiciones del Derecho.**

Para definir persona en el marco de la legislación argentina debemos recurrir al Código Civil (de ahora en más CC) que presenta la definición de persona utilizada en el derecho argentino, hasta nuestros días. A partir de ello, buscamos realizar consideraciones acerca de lo receptado por el CC, que regula las relaciones entre particulares en el ámbito de lo que se denomina Derecho Privado; a la vez que pretendemos determinar si el concepto esbozado por Dalmasio Vélez Sarfield puede ser incluyente de un mayor número de identidades respecto de las existentes al momento de su sanción en 1869.

#### **La persona en el Código.**

Las notas y consideraciones del Dr. Vélez acerca de las personas como individuos (o personas individualmente consideradas), son casi nulas en el texto. Entre las pocas precisiones que nos brindó, en la nota al Libro Primero “De las personas” nos dice que: “*se usa la expresión persona jurídica, como opuesta a la persona natural, es decir, al individuo (...)*”. Así, establece que son personas las de

carácter “natural”. Si ésta norma se lee aisladamente no parece haber mucho conflicto. Pero, si se la interpreta en conjunto con las disposiciones acerca del embarazo y matrimonio<sup>1</sup> -en su antigua redacción- es posible inferir que el codificador establece que sólo será natural la persona nacida de la unión de hombre y mujer. Es dable entonces, establecer *a priori* el concepto biologicista de la persona humana. Es así que, persona “natural” o “física” (por oposición a persona ideal o jurídica) sería entonces, el hombre o la mujer, sin admitir una alternativa por fuera de este binarismo y de acuerdo al discurso biológico-médico imperante al momento de la redacción del CC. Pareciera ser que Vélez dio por sentado, el hecho de que las personas físicas sean hombre o mujer y que para ser tales, presentasen signos de humanidad<sup>2</sup>. A nuestro modo de ver, eso explicaría la mencionada ausencia de precisiones en el CC: se trataría de explicaciones obvias. Sintetizando lo anterior, la caracterización de la persona denominada natural en el CC, es la siguiente: “*Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones (...)*” (artículo 30 CC), hombre o mujer de acuerdo a lo anterior. Según el artículo 32 del mismo cuerpo normativo “[t]odos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, [es decir las personas] *que no son personas de existencia visible [las del artículo 30], son personas de existencia ideal, o personas jurídicas*”.

### **Clasificación y Codificación.**

Haremos mención de algunos puntos importantes acerca de la codificación del siglo XIX, y particularmente la del Dr. Vélez Sarsfield. En este sentido vemos que en general, los codificadores actuaban como meros “sistematizadores”, sin innovar en ideas e instituciones nuevas. De ahí que los códigos latinoamericanos presenten caracteres análogos. Además, se impuso la idea de un orden fijo e inmutable, por el hecho que los códigos -especialmente los civiles- regulaban (y regulan) un amplio espectro de actividades del hombre<sup>3</sup>.

La tradición filosófica del CC argentino es el eclecticismo<sup>4</sup> (que influyó también al derecho constitucional), junto con el positivismo. Respecto de esta escuela filosófica su influencia concreta, consistió en que “*los juristas anteriores a la codificación civil fueron menos apegados a la letra de la*

---

<sup>1</sup> Las disposiciones acerca del embarazo establecen que éste sólo puede ocurrir en el seno materno (art. 66 CC: (...) *concebidas en el seno materno*). La norma referente al matrimonio en su redacción previa a la ley 26.618, (art. 172 CC, V. nota siguiente) establecía solo matrimonio heterosexual.

<sup>2</sup> De estos mismos criterios por ejemplo, parte la antigua redacción del art. 172 CC: *Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por **hombre y mujer** ante la autoridad competente (...)* (la negrita nos pertenece). Ello parece responder a una matriz binaria, basada en un discurso biologicista, ubicando como existentes (para el ordenamiento jurídico) al hombre y a la mujer, a la vez que explica la ausencia total de mención a otras identidades más allá de la heterosexual de hombre o la mujer en la letra del código.

<sup>3</sup> Podríamos afirmar que se vio en los códigos decimonónicos al derecho mismo a la vez que *el hombre vio en el corpus normativo el símbolo del orden racional*. Página de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, ver el siguiente link: <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrocinco/DrFrontera.pdf>

<sup>4</sup> Entendemos al eclecticismo como la escuela filosófica que trata de conciliar los principios de varias doctrinas sin encerrarse en ningún dogma. De allí apreciamos la idea del Codificador de tomar instituciones de varios sistemas legales de la época (francés, germano, romano, estadounidense etcétera).

ley y más inclinados a aprovechar las soluciones ofrecidas por el horizonte del Derecho. Las generaciones más jóvenes, formadas con los códigos, fueron legalistas,(...)” más apegadas al mismo CC, que parecía regular completamente todo tipo de relaciones entre privado<sup>5</sup>.

### **El Positivismo del CC.**

Es difícil dilucidar quién fue el primer teórico que utilizó el término positivismo. Algunos dirán que lo hizo el filósofo y matemático francés del siglo XIX Auguste Comte<sup>6</sup>; otros, se remontan al filósofo británico David Hume. También se suele nombrar al francés Saint-Simon, y al alemán Immanuel Kant. Lo interesante es que el positivismo<sup>7</sup> se enfocaba solamente en los hechos y en lo empíricamente comprobable, dado un contexto de revolución en las ciencias naturales y su profundización que se gestaba desde mediados del siglo XVIII.

La gran influencia que esta escuela tuvo sobre la redacción del CC, se manifiesta sobre todo, en su corte eminentemente pragmático y en la separación del derecho y la moral (de esta manera, una norma jurídica no ve condicionada su existencia a la moralidad<sup>8</sup>). El positivismo jurídico –asociado mayormente al empirismo- admitía en este contexto, a cada persona con una moral individual.

### **La definición de Vélez Sarfield: el positivismo y el individuo.**

Es necesario detenernos en la primera palabra que utiliza el codificador referirse al ser humano: ente. Según la filosofía, se pueden equiparar las palabras ente y ser, a la vez que es posible precisar el concepto de ente diciendo que es todo lo que se aprehende intelectualmente, o está reconocido por algún tipo de ontología<sup>9</sup>. Ente puede ser todo lo que el intelecto humano pueda pensar (la definición misma de filosofía que da Aristóteles establece que ésta es el *estudio teórico de los entes*; y si ente es ser, ente es todo lo que es). Apreciamos entonces que esta definición entendiéndola como sinónimo de persona, es de por sí, inclusiva. Vélez Sarfield no dejó de reconocer personalidad jurídica a cualquier persona considerando que ésta *es* independientemente de su identidad. Es importante mencionar que

---

<sup>5</sup> Página de la Universidad del Salvador, Buenos Aires.

Fuente: <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrocinco/DrFrontera.pdf> [acceso el 25/7/2011]

<sup>6</sup>Hacia la mitad del siglo XIX, Comte pregonaba la existencia de una nueva ciencia –la sociología- que *se convertiría en una ciencia reconocida con leyes basadas en datos observables*, aplicando de esta manera los métodos de las ciencias naturales a las nuevas ciencias sociales. Algunos autores estiman que el mencionado filósofo, tomó la palabra positivismo entendiéndolo que señalaba la realidad y la construcción de ésta última sobre datos fácticos. Law, Stephen. *Eyewitness Companions: Philosophy*, Dorling Kinderley, UK, 2007 [Filosofía, Stephen Law, Editorial El Ateneo, Col. Guías Visuales, Buenos Aires, 2008]; pp. 306.

<sup>7</sup>“*Esta doctrina comprende no solo una teoría de la ciencia sino también y muy especialmente una reforma de la sociedad y una religión*”. Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía Abreviado*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2005, pp. 289.

<sup>8</sup> No podemos dejar de señalar que esta afirmación por sí misma, avalaría la existencia de normas jurídicas injustas (ejemplo, si indicaran que dañar a cierta clase de personas está permitido). Sin embargo, estas valoraciones exceden los límites de este trabajo. Por otra parte es de señalar que en el primitivo CC no había mención explícita a la moral.

<sup>9</sup> Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2005, pp. 289.

con el concepto analizado, no se negó, ni se restringió la personalidad jurídica de identidades que se encuentran fuera del modelo imperante. Sin embargo el codificador, sí les deja de reconocer derechos, con las múltiples restricciones que se establecen a lo largo del articulado del CC<sup>10</sup>. No sólo rechaza el conocimiento por fuera de los hechos fácticos, sino que *pretende atenerse a lo dado y no salir jamás de lo dado*<sup>11</sup>, de acuerdo al desarrollo que tuvo el propio positivismo. Es posible considerar que el positivismo normativo entiende que *no se debe admitir otra realidad que no sean los hechos y a investigar otra cosa que no sean las relaciones entre los hechos*<sup>12</sup>, esto nos lleva a pensar que no habría un conflicto desde esta postura del codificador respecto de, por ejemplo, una identidad transexual (entendiendo que existe y es contrastable empíricamente, debería ser receptaba por la norma bajo este criterio). Sin embargo, esto no resulta tan simple debido a que el CC argentino no es puramente positivista. La influencia de los discursos médico y religioso, provocaron que el concepto inicialmente “inclusivo” de persona, se fuera circunscribiendo a un binarismo sexo-género. Por ejemplo, si tomamos una identidad trans, no deja de ser persona, pero no puede acceder a ciertos derechos, desde que es desconocida por el texto del CC, y en general, por todo el ordenamiento jurídico argentino (sin embargo, apreciamos que se la reconoce con el fin de hacer efectiva la criminalización de su conducta).

## PARTE II

### La moral, paradigma de los conceptos medios.

Tomaremos un concepto de moral más o menos amplio, que nos permitirá trabajar adecuadamente. Así, llamaremos moral a *esas normas que regulan nuestra conducta y cuya pena por el incumplimiento es el remordimiento (...), [aquellas que] rigen los comportamientos humanos más a menudo que las jurídicas (...)* [y] *no son legislables (...)*<sup>13</sup>. También se puede definir moral como *lo que no está bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia, y también lo que no concierne al orden jurídico sino al fuero interno o al respeto humano*<sup>14</sup>. En un sentido genérico estos criterios son aplicables al resto de lo que hemos dado en llamar “*Conceptos Medios*”. Es decir, aquellos conceptos que dan una pauta del orden moral (no estrictamente legal) a seguir respecto de determinada conducta, tales como “*moral y buenas costumbres*”, “*buen padre de familia*”, “*mujer honesta*”, “*moralidad pública*”, “*pudor de las*

---

<sup>10</sup> Cabe destacar que, con varias reformas legislativas, se intenta corregir la omisión de identidades diferentes a las heterosexuales. En afán de alcanzar una equiparación de derechos, existen diversos proyectos de ley en discusión. Esta situación, vislumbra algunos de los logros a merced de una lucha continua en este sentido.

<sup>11</sup> Op. Citado, pp. 289. Según el mismo autor lo que provoca esta premisa, es la reducción de la filosofía a una mera colección de los resultados científicos.

<sup>12</sup> Op. Citado, pp.289

<sup>13</sup> Rabinovich, Ricardo D. Derecho Civil, Parte General, 2da reimpression, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 38.

<sup>14</sup> Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, CABA, Argentina, 2004, pp. 425.

*personas*”, todos ellos presentes en el ordenamiento jurídico y que hacen a una interpretación especial de la norma, librada a una subjetividad que entendemos inasible. De manera coincidente, la expresión “moral pública” *suele estamparse y no definirse en los cuerpos legales (...) queda entregada entonces, en su interpretación, a los jueces, según su arbitrio (...)*<sup>15</sup> tratándose de una noción eminentemente elástica, flexible. Si bien no es estrictamente legislable, el concepto de moral (que algunos llamarán *media*) se encuentra presente a lo largo del ordenamiento jurídico a la vez que *se suelen confundir los terrenos moral y jurídico (...)* Cuando se evalúan las conductas humanas, resulta importante tener en clara la diferenciación, para evitar un error en la búsqueda de soluciones<sup>16</sup>, lo cual lamentablemente no siempre ocurre.

### **Moral, Derecho y Relativismos.**

Es dable preguntarse, tal como lo hace Ricardo Rabinovich, si existen *morales mejores que otras*. En la terminología corriente muchas son las personas que entienden que la moral es una sola (...) se habla de individuos “inmorales” llamando a así a aquellos cuyos principios no coinciden con la moral única<sup>17</sup>. Teniendo en cuenta que la moral como tal, es un concepto de construcción subjetiva y ello configura un gran relativismo, ¿sería posible una sanción jurídica a una conducta inmoral? Sabemos que ante una conducta que no se adapta a lo impuesto como *correcto moralmente*, conlleva una sanción de la sociedad en repudio de la acción realizada. Ahora bien, si la prohibición moral es cristalizada por el ordenamiento jurídico, la sanción que se impone ¿tiene un fundamento jurídico o moral? Dejamos la pregunta abierta, considerando que su respuesta se va a dilucidar a lo largo del presente trabajo. Basta con señalar que sin un criterio cierto de moralidad –que no creemos posible- y ante la subjetividad de la misma, las conductas desarrolladas por personas homosexuales, pueden ubicarse en un “gris” al igual que las desarrolladas por cualquier otra identidad (siempre que no se adapten a lo considerado como *moral media social*). Claro está que no negamos la existencia de una moral media en la sociedad. De hecho vislumbramos que el derecho recepta pautas morales para desarrollarse. Sin embargo, no nos convence que la sociedad someta determinados comportamientos individuales al filtro de la *moral media social*, donde se determina qué es o no lo moralmente aceptable. Ésta valoración, como explicaremos más adelante, es receptada por la ley, dejando entrever la relación entre derecho y moral<sup>18</sup>. Algunos podrán argumentar que existen tantas ideas de moral como individuos, pero la tendencia de la ciencia del derecho es homogenizar a través de lo que hemos

---

<sup>15</sup> Op. Citado, pp. 425.

<sup>16</sup> Rabinovich, Ricardo D. Derecho Civil, Parte General, 2da reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pp.39.

<sup>17</sup> Rabinovich, Ricardo D. Derecho Civil, Parte General, 2da reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 41.

<sup>18</sup> Para los positivistas el derecho en tanto debe ser científico, ha de ser a-moral. Ello quiere decir que la moral no puede ser objeto de comprobaciones científicas, debe ser considerada como un elemento sociológico, pero no como un elemento de lo jurídico. (Op. Citado, pp. 45). Ya hemos visto que a pesar de ser el positivismo amoral, está construido sobre la base de lo preestablecido, por lo cual resulta en ese sentido, “sumamente moral”.

denominado “conceptos medios” o al decir de Mosset Iturraspe, *estándares sociales medios*.

Finalmente, hemos de señalar el problema que se presenta cuando estos *conceptos medios* se aplican como un auténtico control sobre aspectos que de la autonomía personal. Es en este punto que queremos hacer hincapié: aquél en donde se establece la exclusión de la identidad fuera del sistema binario.

### **¿Cómo excluyen los conceptos medios?**

La norma a analizar es el artículo 96 del Título X (“Contravenciones contra la Moral Pública”) del Código Contravencional de la provincia de Salta que establece que: *Será sancionado con arresto de hasta treinta (30) días o multa de hasta treinta (30) días<sup>19</sup>, el que ofendiere el pudor de las personas con palabras o con gestos inequívocos*. Vemos que se configura una contravención a la moral pública (encarnada por los oficiales de la ley que la aplican) cuando un comportamiento que no diera lugar a errores hiriere el pudor de las personas. El concepto de *pudor de las personas* al ser vacío y completado por la fuerza de seguridad que aplique la norma en cuestión, da lugar al control moral (también ejercido por la agencia policial y la agencia judicial<sup>20</sup>) en otras palabras, entendemos que esta norma puede ser utilizada para restringir a cualquier persona que desee expresar sus preferencias sexuales en público<sup>21</sup>. Es así que apreciamos la aplicación del concepto medio *pudor de las personas*, para estigmatizar y criminalizar una conducta que no se condice con el imperativo social heterosexual, produciendo la exclusión de estos grupos diferenciados del sistema binario. La imposición de un modelo de vida sexual, sobre todo desde el sistema jurídico, atenta contra la posibilidad de elegir libremente las prácticas sexuales que cada individuo desea llevar a cabo. Es en este sentido que proponemos a la sexualidad como dispositivo de poder.

## **PARTE III**

### **Homosexualidad: la construcción de la identidad.**

Entendemos a la homosexualidad como una construcción funcional a la idea de heterosexualidad. En este sentido, la heterosexualidad como imperativo social, no puede existir sin un concepto que se le contraponga, permitiendo su contraste y constatación empírica. A través de este razonamiento podemos establecer *a priori*, que el discurso heterosexual surge a partir de la existencia de prácticas sexuales que no coinciden con la concepción binaria que se pretende imponer. En otras palabras, ante actitudes que no son las esperadas por la sociedad en un momento histórico determinado, es necesario

---

<sup>19</sup> El régimen de multas de este código, considera a la multa como “día de multa” según el articulado del mismo código.

<sup>20</sup> Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Manual de derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2005.

<sup>21</sup> Aseveramos esta afirmación porque hemos tomado conocimiento que a través de esta norma contravencional, se han producido arrestos de personas trans en el territorio salteño. Cabe destacar que el hecho disparador del presente trabajo fue un spot publicitario que denunciaba esta situación. Ver el siguiente link: [http://www.youtube.com/watch?v=uSJWU5LpYE&FEATURE=PLAYER\\_EMBEDDED](http://www.youtube.com/watch?v=uSJWU5LpYE&FEATURE=PLAYER_EMBEDDED)

el desarrollo de un discurso de poder que imponga y sostenga como valedera una única práctica. Esta última, no sólo regula las conductas sexuales sino también la conformación de la familia y los roles que se asignan dentro de dicha institución a favor de un modelo socioeconómico y cultural en particular<sup>22</sup>. Es entonces cuando surge la necesidad de predeterminar el concepto de persona y su desarrollo como tal. Nos referimos al establecimiento de una única noción de *persona* -qué es y cómo se constituye-, de hombre y de mujer, del bien y del mal. Se trata de una serie de conjuntos dicotómicos que se perfilan como conceptos estancos con la legitimidad suficiente para imponerse como modelos a seguir. La internalización de estas pautas de acción, además de ser antigua, es prácticamente imperceptible. La persona no toma conciencia de ello hasta que le sucede algún hecho en particular; por ejemplo, no ser bienvenido en un grupo determinado. Las razones para la exclusión son fundadas en elementos de neto corte discriminatorio, apelando a lo natural, lo bueno, lo esperable, lo necesario.

Cabe destacar que ésta no es la única forma que identificamos como detonante de toma de conciencia de los procedimientos sociales e individuales que han llevado al sujeto a “ser” de una manera en particular. Pero sí creemos que este tipo de exclusión primaria desarrollada en el marco del proceso de socialización<sup>23</sup> es la que va a determinar que el sujeto al menos cuestione el por qué de su apartamiento plateándose dos alternativas: aceptar la exclusión o combatirla. Si elige la primera opción, los mecanismos de sujeción y de control continuo, han dado resultado; lo que se traduce, generalmente, en una reproducción efectiva de esos “valores” que le han sido aplicados y que el individuo ejerce, aún en disconformidad pero con plena sumisión. En cambio, si decide combatir la exclusión que sufre, es menester la reinención de dispositivos de poder para contener esa rebeldía. Además, este pequeño acto de contrapoder (que presumimos) individual es posibilitado debido a que este sistema de control que venimos describiendo a lo largo del trabajo, no es del todo un sistema cerrado. En otras palabras, el individuo que se subleva es aquél que ha podido vislumbrar una grieta en la red de vigilancia permanente que pesa sobre sus hombros. Es en este sentido que entendemos que la mera irracionalidad de algunos de los soportes sobre los que se apoya el discurso hegemónico-heterosexual, es una luz que indica la necesidad y la posibilidad de un cambio sistémico. Sabemos que la elección por cualquiera de estos caminos que planteamos es una decisión difícil, que no es objeto del presente trabajo analizar en profundidad. Pero también somos conscientes de que esta decisión

---

<sup>22</sup> Si bien, somos conscientes que esta construcción tiene origen en el marco de un sistema capitalista, no podemos afirmar con certeza que este discurso no encuentre virtualidad en el marco de otro sistema económico, incluso en el más antagónico al modelo. Nos quedan dudas de que estos mecanismos desaparezcan. Reafirmando el surgimiento del discurso heteronormativo de la mano de la sociedad burguesa del siglo XVII, Michel Foucault expresa como necesaria la represión del sexo pues de otra manera sería incompatible con una “*dedicación general e intensiva al trabajo*”. Así, vincula la asignación de roles en la sociedad con la optimización de la producción capitalista. Foucault, Michel. Historia de la sexualidad, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2010, Volumen I.

<sup>23</sup> Comprendemos al *proceso de socialización* como aquel que permite al individuo tomar conciencia de las estructuras sociales a través de las interacciones con los diversos individuos e instituciones con los que se relaciona desde la edad temprana.



puede no ser del todo racionalizada, lo que depende muchas veces de las circunstancias que está atravesando el individuo.

De esta manera, para poder canalizar las reacciones de los sujetos en sociedad, resulta imprescindible ejercer control sobre el individuo, su desarrollo en la sociedad y sus actividades, incluso en el ámbito privado. Todos los aspectos de la libertad del sujeto deben ser cuidadosamente administrados, controlados y clasificados. Esta situación se ve plasmada en la creación y expansión de las denominadas instituciones *totales*<sup>24</sup> (manicomio, prisión) así como también, de aquellas que podríamos identificar como *parciales*, pues para cumplir con su cometido, no es menester un régimen tan riguroso ni mucho menos de encierro permanente (escuelas, clubes, templos religiosos, hospitales). El derecho funciona como una herramienta legitimadora de este proceso, que pretende darle sustento teórico. El discurso jurídico permite la cristalización de ciertas prácticas que se dan en la sociedad en normas obligatorias, pretendiendo homogeneizar a la masa de individuos. Es entonces cuando el derecho construye sujetos: comienza a categorizar individuos según aquello que sea necesario en un momento histórico determinado. Clasificar y jerarquizar son las funciones que adquiere el discurso legal, estableciendo prioridades y una escala de valores a los que se deben adecuar los seres. Los que encajen en estos moldes no sólo serán primeros en el tiempo, sino también, mejores en el derecho.

Así, el poder que se ejerce sobre el cuerpo de la persona es producto de una maquinaria destinada a modelar personalidades, a través de diversos mecanismos por los cuales el sujeto atraviesa a lo largo de su vida; conformantes de una “microfísica del poder”<sup>25</sup> destinada al control del ser/persona. Aquí es donde confluyen los dispositivos destinados a la producción de sujetos que sean funcionales al modelo imperante (es decir, un discurso global que apunta a la masa de individuos) y la construcción individual; la relación de “uno” con “uno mismo”<sup>26</sup>. Es decir, en clave foucaultiana, la biopolítica y la anátomo-política. En otras palabras, se dan a conocer dos clases de discursos: uno enfocado en la necesidad de prácticas controladoras que adiestren a la sociedad en su conjunto, y el otro, vinculado con el comportamiento del individuo<sup>27</sup>. Luego de este desarrollo, no podemos negar que la identidad

---

<sup>24</sup> Concepto que es desarrollado por Erving Goffman a lo largo de toda su obra. Ver: Goffman, Erving. Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, Ed. Reimpresa, Buenos Aires, Editorial Amorrortu, 1992.

<sup>25</sup> Nos referimos a la ramificación del poder que Michel Foucault explica a lo largo de sus publicaciones. Entiende al poder como aquella fuerza que se ejerce en todo momento y lugar, de manera inmanente.

<sup>26</sup> Hacemos mención al concepto “self” en los términos de George Mead. En este sentido entendemos al *self* como el sí mismo. La construcción de la visión propia, de la autoconciencia de uno a través de la capacidad de objetivarse y en la interacción con los “otros”, de (de) construir la propia simismidad. El otro con el que se interactúa, funciona como reflejo de aquello que los demás observan del “yo”. Ante la posibilidad de verse como objeto (es decir, de abstraerse) y al relacionarse con los demás, el individuo puede vislumbrar y asumir las actitudes que el conjunto de los individuos lleva a cabo en la sociedad; en otras palabras, se adopta el *otro generalízalo*. Es a través de estos modos sociales que se influye la conducta del individuo; es en la interacción de unos con los otros donde el sujeto empieza a verse y ser mirado como persona integrante de una sociedad en particular.

<sup>27</sup> Foucault, Michel. Historia de la sexualidad, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2010, Volumen I, pp. 131-132.

del individuo sea determinada socialmente, al menos en principio<sup>28</sup>. Vimos cómo el colectivo social posee sus propias normas, que no sólo regulan las relaciones interpersonales sino que, para lograrlo, necesariamente debe exigir el cumplimiento de ciertas actitudes por parte de sus miembros. Así, para mantener una dinámica social y una comunicación con casi nulas interferencias, es menester la existencia de un consenso acerca de la legitimidad de las prácticas que hacen a la coexistencia de cada una de las partes de la sociedad toda. Existen diversas maneras a través de las cuales se puede arribar a un consenso generalizado. Entendemos que si bien hay una lucha de poder constante y permanente, aquél (el consenso) es mucho más fuerte cuando logra convertirse en lenguaje y así en una comunicación, en un mensaje que es repetido en diversos ámbitos. En esta línea de ideas, vemos cómo las normas jurídicas juegan un papel importante como dispositivos por los cuales se impone el consenso necesario del que hicimos mención anteriormente. Retomando el ejemplo paradigmático<sup>29</sup>, hemos podido concluir que este tipo de disposiciones, pueden incidir en la construcción identitaria de los sujetos a derecho. En este caso, a través de la imposición de una *moralidad pública* determinada (plasmada a través de utilización de *ofender el pudor de las personas*) se puede legitimar la posibilidad del sistema jurídico de inmiscuirse en la privacidad de los individuos. Un auténtico avance del Estado sobre los individuos, permitiendo la cristalización de ciertos “valores” en las normas, creando ficciones constitutivas de un modelo de sociedad en particular.

Por otra parte, es de destacar el enorme asentimiento que posee el discurso religioso y el científico-médico-institucional<sup>30</sup>; y por último todo el bagaje cultural<sup>31</sup> que debe dar sustento y respaldo a la aceptación de éstos discursos. Es en este punto donde se mezcla el dinamismo social con la permeabilidad propia en el proceso identitario. Es decir, la confluencia de normas, pautas y reglas por

---

<sup>28</sup> El sentimiento de no pertenencia a un grupo es un sentimiento de inseguridad personal. El individuo necesita sentirse parte del grupo para poder afianzarse como persona, verse como tal y reafirmarse en pos de la visión del grupo. “(...) Un tipo de formación social en cuyo seno nadie está excluido porque cada uno dispone de los recursos y de los derechos necesarios para mantener relaciones de interdependencia (y no solamente de dependencia)” en Castel, Robert. *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires, Editorial Manantiales, 2004, pp. 117. Esta generación de lazos solidarios entre los individuos que viven en comunidad, es lo que posibilita una *protección social* tal, que daría origen a lo denominado por Robert Castel como *sociedad de semejantes*. Es así que creemos que la exclusión es la que causará diferentes acciones hacia el *diferenciado*, sean actos de violencia (identificando como tal la física pues la psicológica es propiamente la exclusión a través de cualquier medio útil para dicho fin) y/o la ampliación de espacios de apartamiento.

<sup>29</sup> Artículo 96 del Título X “Contravenciones contra la Moral Pública” del Código Contravencional de la provincia de Salta.

<sup>30</sup> El discurso religioso es el más antiguo. Si bien referenciamos a la Iglesia Católica como personaje principal, sabemos de la existencia de diversas instituciones y religiones que también reflejan el sistema heteronormativo. En cuanto al discurso científico-médico-institucional, intentamos poner de manifiesto que al contraponerse con el denominado *dogma* o saber popular, adquiriendo mayor legitimidad a través de la utilización de un método estructurado; simplemente lo que se está haciendo es “racionalizar” conductas. Es médico por el marcado peso biologicista, y es institucional porque emana de las instituciones más fuerte de la sociedad moderna. Esta diferenciación de discursos no desconoce su superposición, de hecho, logran su cometido apoyándose uno en otro.

<sup>31</sup> Es necesario establecer que existen prácticas culturales que se construyen y de construyen sobre la base de los discursos diferenciados en el texto y a lo largo del presente trabajo. Estos modos de relacionarse que tienen las personas son necesarios para imponer –como así también modificar– una única forma en que debe realizarse el proceso comunicacional.

un lado, y del ser por el otro. Al reconocer el proceso de construcción de la identidad como un proceso dinámico en el cual no se puede establecer de manera definida un principio ni mucho menos un final, afirmamos que en este proceso intervienen no sólo las vivencias propias del individuo, sino también las asimiladas en el medio social donde el sujeto se va desarrollando a lo largo de su vida. Es a través de aquéllas que el ser humano aprende los roles que se distribuyen según el lugar que se ocupe en el colectivo social. En la interacción, se definen los lugares y comportamientos esperados que, a su vez, son moldeados por estas interacciones y la intervención<sup>32</sup> del sujeto a construir. Claro está que este “*modelado*” va de la mano del tipo de sujeto esperable y/o funcional a las expectativas que la sociedad tiene sobre él. Sea que ello esté predeterminado por el modelo económico, social, cultural y/o político. Recordemos que anteriormente hemos destacado la función del derecho como técnica de legitimación, de la cual se vale el discurso hegemónico, para poder imponerse. Es entonces donde adquieren virtualidad las instituciones y normas jurídicas creadas, que en la pretensión de constituirse como la base fundamental del sistema, imponen conductas y categorías. El lenguaje prescriptivo que es utilizado, es el que va a reprimir actitudes diferentes a las establecidas. La imposición se hará efectiva, claro está, con la amenaza de una sanción ante el incumplimiento (sea una sanción del tipo contravencional como en el caso analizado, sea con la negación del derecho, entre otras). Es por todo ello que creemos que la incorporación en el ordenamiento jurídico de los conceptos que hemos llamado *medios* contribuye a que el sujeto reprima su identidad. Al ser un proceso que se retroalimenta, la conformación de las normas legales puede darse como la incorporación y reconocimiento de conductas que se dan en la realidad fáctica o como la prescripción de tipos ideales. En la pretensión de homogenizar las conductas, puede caerse en la generalización de ciertas actitudes creando una ficción: que la normalidad es la descrita por la norma jurídica, sólo porque el gran resto de acciones han quedado fuera del manto de legalidad que cubre a las primeras. Asimismo, muchas veces la sanción jurídica tiene un efecto disuasivo que, sumado a la estigmatización moral, puede debilitar los mecanismos de defensa individuales y exponerlo como sujeto vulnerable.

El ser con un sentir diferente al aceptado; el ser catalogado por la imposibilidad de ubicarlo en una categoría existente; nos hace pensar en la dificultad ante la que se encuentra el individuo para modificar estas estructuras; que puede llevarlo a la resignación y/o aceptación de aquellas. De esta forma, el individuo “es” lo que se dice que es. Receta la categoría y se construye a partir de ella<sup>33</sup>. Se construye como sujeto: como “sujeto” a los patrones de conducta que son esperables, deseables y necesarios para obtener un buen desarrollo psicosocial. Estos patrones se convierten en imperativos al

---

<sup>32</sup> Intervención que es mínima si la fuerza de las normas morales y sociales logran asentarse. Aún así esta intervención siempre existe en el proceso de formación de la identidad, pero va a ser en mayor o menor medida de acuerdo a su capacidad intelectual y social para construir y de construir las.

<sup>33</sup> En este sentido, es interesante ver como la exclusión del individuo estigmatizado se da antes de que el mismo sujeto se defina como tal. Se es homosexual según la construcción que existe sobre esta categoría, al igual de las nociones de delincuente, desviado, enfermo, entre otras. Entonces el ser sabe qué es ser homosexual antes de serlo.

mismo tiempo que son obligatorios para los miembros de una sociedad en particular. Esta obligatoriedad está dada en la mayoría de los casos, por la continuidad en el tiempo como práctica generalmente aceptada. Pero además al elemento de practicidad, debe sumársele la utilización de un discurso legitimante que de fundamento propicio y justificación, a la permanencia y reiteración de la conducta como positiva. Es la construcción de un ideal de comportamiento que se amolde a las necesidades imperantes. Una mezcla de costumbre y utilidad, que se plasma en una funcionalidad sistémica tal, cuya modificación se hace impensable al mismo tiempo que se neutralizan los intentos de reformarlo. Ahora bien, hasta aquí pareciera imposible la construcción de una identidad diferente al modelo heteronormativo impuesto. Esta imposibilidad estaría dada por al menos dos cuestiones: 1. La rigidez de las estructuras sociales que sostienen el discurso imperante y 2. La ruptura que debe realizar el individuo con las estructuras que no logran retenerlo y las consecuencias que esto provoca (exclusión, rechazo, inseguridad, aislamiento familiar, entre otras). Respecto a la primera imposibilidad señalada, ésa rigidez comienza a ser golpeada por el descrédito que, a lo largo de las últimas décadas, sufren las instituciones tradicionales por el constante cuestionamiento realizado por grupos sociales. Esto pone en quiebre la legitimación férrea de la que hablamos durante los primeros párrafos de esta sección. Es así que, el individuo se ve frente a instituciones que ya no sostienen con tanta fuerza y consenso, las estructuras a las que se debía amoldar en un primer momento<sup>34</sup>. Cuesta vislumbrar qué es lo correcto pues no existe un imaginario social tan homogéneo como lo había en una sociedad moderna y estable<sup>35</sup>. Las presiones sociales entonces son múltiples y de diversa intensidad. Las pautas son más confusas, lo que permite que el individuo obtenga más libertad en su elección que aquella que podría haber tenido en épocas remotas. Las instituciones ya no representan límites inflexibles, pero poseen aún cierta influencia.

Con relación a la segunda cuestión marcada, el proceso de conformación de identidad que atraviesa el ser es permanente, dinámico, constante, por lo cual sufre modificaciones a lo largo de toda la vida del individuo. Este elegirá una, dos, tres y todas las veces que sea necesario.

Para poder construir una identidad diferenciada es necesaria la ruptura de costumbres y rutinas. Entenderlas como adquiridas y no como innatas. Este proceso es el que denominamos como proceso de liberación de los patrones culturales. Así, cobra virtualidad la necesidad de superar esta etapa lo más rápido posible. Como cualquier persona que es apartada del grupo social mayoritario en base a alguna característica que simplemente no se concuerda con lo “normal”, el individuo tiende a conformar un pequeño grupo de pertenencia que se encuentre en una circunstancia similar. Lo cual le permite superar el proceso de manera más libre y segura, ante el apoyo que encuentra en su grupo. Es

---

<sup>34</sup> Indicamos que en este momento del análisis nos referimos a la crisis identitaria que atraviesa el sujeto ante esta situación creada por la deslegitimación de las instituciones que se muestran poco más flexibles en su conformación.

<sup>35</sup> Gerlero, Mario S. (coop.) Los silencios del derecho, Buenos Aires, Editorial Grinberg, 2008, capítulo XII, La identidad: de la crisis institucional al reconocimiento de la diversidad, pp. 350 a 351.

la necesidad de encontrar un “*otro generalizado*”<sup>36</sup> que acompañe la reconstrucción y redefinición de la identidad.

### **Homofobia como contramensaje social.**

La homofobia es la respuesta que da el conjunto de la comunidad a la existencia de identidades diferentes a las heterosexuales<sup>37</sup>. Es un contramensaje a la fractura que las prácticas sexuales diferenciadas proponen a la estructura social. Ante esta ruptura, se idean y desarrollan mecanismos que suplan y “emparchen” esa grieta constituida por el cuestionamiento al orden social imperante<sup>38</sup>.

Esta actitud reacia al ser homosexual se construye de la mano de los conceptos rígidos de género y sexo. Entendiendo que estas nociones se encuentran enmarcadas en términos binarios<sup>39</sup>. Así, la homofobia es el resultado de concepciones heteronormativas que imponen como obligatorio la unión entre un hombre y una mujer y a su vez, indica qué tipo de hombre y mujer son los deseables. En este sentido se construye un discurso heterosexista dotado de prejuicio y discriminación que se manifiesta en la construcción del *otro* diferente como enemigo. Se va diagramando la estigmatización del individuo, la marca que va a diferenciar a personas determinadas como aquellos que no se adecuan a las normas culturales reinantes. El binarismo es el mecanismo por el cual se vuelven normales los deseos y las prácticas sexuales heterosexuales<sup>40</sup>. Junto con estas significaciones se determina el ser homosexual como *aquel individuo, hombre o mujer, que siente atracción erótica hacia miembros de su propio sexo*<sup>41</sup>. Ante esta situación, la homofobia se constituye como *la hostilidad general, psicológica y social, respecto de aquellos y aquellas de quienes se supone que desean a individuos de su propio sexo o tiene prácticas sexuales con ellos. Forma específica del sexismo, la homofobia rechaza también a todos los que no se conforman con el papel predeterminado por su sexo biológico. Construcción ideológica consistente en la promoción de una forma de sexualidad (hetero) en detrimento de otra (homo), la homofobia organiza una jerarquización de las sexualidades y extrae de*

---

<sup>36</sup> En este concepto, George Mead encuentra la respuesta de la comunidad al accionar del individuo. El “*otro generalizado*” es crucial para este autor en el desarrollo del “*sí mismo*” (self) y las actividades que el sujeto desee desarrollar. Es la manifestación de la influencia de la sociedad y a su vez, de la necesidad de aprehensión del individuo dentro de las pautas establecidas. En palabras del autor "La comunidad organizada grupo social que da al individuo su unidad de "Self" puede ser llamado 'el otro generalizado. La actitud del otro generalizado es la actitud de toda la comunidad". [http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio07/sec\\_16.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio07/sec_16.html)

<sup>37</sup> Hacemos referencia a la homofobia, pero creemos que lo dicho a lo largo de ésta sección, puede ser aplicado tanto a la lesbofobia como a la transfobia.

<sup>38</sup> Como mecanismo de defensa ante la puesta en duda del modelo discursivo impuesto.

<sup>39</sup> “La heterosexualidad en el sistema de relaciones e interacciones sociales es la matriz mediante la cual se estatuye, controla, vigila, moldea, se abastece, reproduce y legitima la sexualidad, al mismo tiempo que consigue la guarda de un orden sexual y genérico específico al que las personas se sujeten”. En Gerlero, Mario S. (comp.) Los silencios del derecho, Buenos Aires, Editorial Grinberg, 2008, capítulo XIII, Litardo, Emiliano. Identidades de género y sexualidad.

<sup>40</sup> Gerlero, Mario S. (comp.) Los silencios del derecho, Buenos Aires, Editorial Grinberg, 2008, capítulo XIII, Litardo, Emiliano. Identidades de género y sexualidad.

<sup>41</sup> Op. Citado.

*ella consecuencias políticas*<sup>42</sup>”

## PARTE IV

### Conclusiones.

El presente trabajo se desarrolló con la convicción acerca de la existencia de mecanismos de poder que controlan y restringen al individuo en su accionar. En este sentido denunciamos el modelado de conductas a partir del modelo heteronormativo. Legitimaciones que se encuentran en consonancia con la patologización de los individuos con identidades diferenciadas<sup>43</sup>. Así, consideramos necesaria la deconstrucción de las pautas impuestas, tanto de manera individual, como a través de la modificación de las instituciones existentes y la creación de nuevas formas estructurales. Vimos como, con la resignación de los individuos, merced la angustia por no cumplir con lo esperado socialmente, se genera una inconsistencia identitaria por la confusión y las búsquedas en el proceso de construcción de una identidad. Es así que apreciamos con beneplácito, el surgimiento de agrupaciones que acompañen este proceso. La institucionalización de espacios donde sus integrantes encuentren un contexto seguro, no represivo, produce que los miedos se vayan diluyendo al mismo tiempo que se acrecientan los ámbitos de libertad<sup>44</sup>.

Luego de un análisis del ordenamiento jurídico, hemos determinado que los *conceptos medios*, pueden incidir en el sujeto. Notamos que se jerarquizan prácticas sexuales, incluso en la obtención de derechos ante la ausencia de reconocimiento normativo explícito de identidades diferentes. Determinamos también que, detrás de una ley discriminatoria, *es posible detectar (...) un sistema de códigos que funcionan en nuestras sociedades heteronormativas y patriarcales, que actúan sobre la base de los estereotipos acerca de lo que deben ser y hacer un hombre y una mujer*<sup>45</sup>. Es así que existe una asimilación entre ‘individuos buenos’ e ‘individuos respetuosos de la ley’ que nos lleva a pensar que, aquél que no cumple con la norma, es un *hombre/mujer malo/a*; o lo que es peor: se *es* bueno o malo en función del cumplimiento o no de la norma. Esta afirmación presupone que las normas son *buenas y justas* per se sin permitir su cuestionamiento. En el caso en concreto, habiéndose establecido que el contenido del concepto de *moral* es completamente vacío, vislumbramos que la sanción impuesta en función de una contravención determinada por aquello que se entiende como *pudor de las personas*, es arbitraria.

Es por todo lo dicho anteriormente que concluimos en lo siguiente: no se persigue un comportamiento

---

<sup>42</sup> El autor que así define el concepto de homofobia es Borrillo, citado en Gerlero, Mario S. (comp.) Los silencios del derecho, Buenos Aires, Editorial Grinberg, 2008, capítulo XIII, Litardo, Emiliano. Identidades de género y sexualidad.

<sup>43</sup> Ver Parte III titulada “Homosexualidad y Homofobia” del presente ensayo.

<sup>44</sup> Entendemos que se incentivan los procesos identitarios que generan un nuevo concepto de identidad basado en lazos solidarios, promoviendo el desarrollo del mencionado proceso, con mayor contención de la que se podría encontrar en la sociedad toda.

<sup>45</sup> Artículo periodístico, de Rodríguez Cruz, Francisco. La homofobia es violencia de género; Fuente: <http://crimenesdeodiodiversummexico.blogspot.com/2011/06/la-homofobia-es-violencia-de-genero.html>.

en contra de la ley, sino una identidad no funcional al sistema productivo y al modelo social delineado<sup>46</sup>. Es decir, *ser gay, lesbiana, bisexual, transexual o intersexual pone en crisis un sistema de pensamiento hegemónico que se consideró conveniente (...) para reproducir socialmente las relaciones económicas y políticas de subordinación de las mujeres hacia los hombres*<sup>47</sup>, y del resto de las identidades respecto de la identidad dominante: la heterosexual.

Para finalizar, queremos destacar que, en el marco de una crisis institucional, de un proceso de globalización y de la coexistencia de múltiples identidades, la exclusión señalada a lo largo de nuestro trabajo, no es compatible con valores democráticos. Procurar la igualdad, tanto en la obtención como en el ejercicio de los derechos, es mejorar la calidad democrática de nuestro país. La vara con la que debemos medir nuestro progreso como sociedad, debe ser la condición en la que se encuentran los más desprotegidos. La calidad de la república, se mide en el cómo se trata a los grupos discriminados, estigmatizados, excluidos.

#### Bibliografía y material consultado

- Dorling, Kinderley. Eyewitness Companions: Philosophy, UK, 2007 [Filosofía, Stephen Law, Col. Guías Visuales, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 2008]
- Fayard, E. Une morale du minoritaire, París, 2001 [Una moral de lo minoritario, narraciones; Didier Eribon, col. Argumentos, Barcelona, Editorial Anagrama, 2004]
- Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía Abreviado, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2005.
- Foucault, Michel. Historia de la sexualidad, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2010, Volumen I.
- Gerlero, Mario S. Los Silencios del Derecho, Buenos Aires, Editorial Grinberg, 2008.
- Gerlero, Mario S. Derecho a la Sexualidad, Buenos Aires, Editorial Grinberg, 2009.
- Giddens, Anthony. Sociología, 5ta edición, Buenos Aires, Alianza Editorial, 2004.
- Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Parte general, 16ta edición, Buenos Aires Editorial Abeledo Perrot, 1995.
- Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, CABA, Argentina, 2004.
- Rabinovich Ricardo D. Derecho Civil, Parte General, 2da reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003.

---

<sup>46</sup> Tal como se ha desarrollado a lo largo de la Parte III titulada “Homosexualidad y Homofobia” del presente ensayo.

<sup>47</sup> Artículo periodístico, Rodríguez Cruz, Francisco. La homofobia es violencia de género. Fuente: <http://crimenesdeodiodiversummexico.blogspot.com/2011/06/la-homofobia-es-violencia-de-genero.html>

## Páginas de internet

Código Contravencional de la Provincia de Salta, Ley 7135, disponible en el siguiente link:

<http://www.camdipsalta.gov.ar/LEYES/leyes/7135.htm>

Diccionario Gratuito, Free Dictionary, disponible en: <http://es.thegreedictionary.com/ente>.

Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), <http://www.itam.mx/es/index.php>.

Universidad Autónoma Metropolitana de México, disponible en: <http://www.azc.uam.mx>

Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas, ver el siguiente link:

<http://www.salvador.edu.ar>