

EL BINARISMO SEXUAL COMO
TECNOLOGÍA MODERNO-COLONIAL.
NOTAS PARA UNA ARTICULACIÓN
JURÍDICA DE LA DIVERSIDAD¹

Sexual binarism as modern-colonial technology.
Notes towards a legal articulation of diversity

LUÍSA WINTER PEREIRA

Universidad de Sevilla

lwinter@us.es

Cómo citar/Citation

Winter Pereira, L. (2024).

El binarismo sexual como tecnología moderno-colonial.

Notas para una articulación jurídica de la diversidad.

Revista de Estudios Políticos, 206, 131-158.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.206.05>

Resumen

En el artículo se estudia lo que se ha venido a llamar *trampa de la unidad* por medio de varios ejemplos de posiciones contrarias al reconocimiento de derechos a personas trans. Dicha trampa de la unidad tiene como objetivo conservar el binarismo sexual. Este objetivo se esboza en el texto como parte de una tecnología moderno-colonial. Finalmente, a través de diversas categorías construidas desde los feminismos del sur global, se apunta a varios ejemplos jurídicos (especialmente jurisprudenciales) que nos permiten pensar en posibilidades para romper la trampa de la unidad y construir jurídicamente la diversidad.

Palabras clave

Binarismo sexual; diversidad; tecnología moderno/colonial; unidad.

¹ Este texto se ha redactado en el marco del contrato predoctoral FPI (PRE2020-095576) y del proyecto Ciudadanía sexuada e identidades no binarias: de la no discriminación a la integración ciudadana (PID2019-107025RB-I00).

Abstract

The article explores what has come to be known as the *unity trap* by means of several examples of positions that oppose the recognition of rights for transgender people. This unity trap aims to preserve sexual binarism. This objective is outlined in the text as part of a modern/colonial technology. Finally, through various categories constructed from the feminisms of the global south, several legal examples (especially jurisprudential ones) are highlighted, which allow us to think of possibilities to break the unity trap and to legally construct diversity.

Keywords

Diversity; modern-colonial technology; sexual binarism; unity.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA TRAMPA DE LA UNIDAD. III. EL BINARISMO SEXUAL COMO TECNOLOGÍA MODERNO-COLONIAL: 1. La invención de la mujer. 2. La colonialidad del género. 3. Patriarcado de baja y alta intensidad. IV. LA RUPTURA JURÍDICA DE LA TRAMPA DE LA UNIDAD: 1. Trampantojo germano. 2. La desactivación portuguesa. 3. La autodeterminación en España. 4. El reconocimiento de lo odiable. 5. La ambivalencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 1 de marzo de 2023 fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. El camino hasta llegar a ese día y su posterior entrada en vigor no fue nada fácil. El jueves 22 de diciembre del año anterior, 188 diputadas y diputados del Congreso español votaron a favor de la citada ley, 150 votaron en contra y 7 se abstuvieron. Una de las personas que con más fervor se ha opuesto al marco legal que garantiza derechos para la sostenibilidad de las vidas LGTBI ha sido la actual presidenta del Consejo de Estado, Carmen Calvo Poyato. Desde un temprano argumentario de junio de 2020, firmado junto al que fuera ministro José Luis Ábalos², hasta su reciente libro *Nosotras* (2024). En esta última publicación dedica el capítulo «La diversidad: callejón sin salida para la igualdad» a continuar esta crítica. Ahí señala que «el salto peligroso que hemos dado en estas primeras décadas del siglo XXI se debe a que la igualdad de trato, pilar de la igualdad general, se ha convertido más en una defensa y atención de la diversidad al anteponerse a la propia igualdad. Quienes no trabajan en la igualdad porque prefieren la diversidad están comprando la diversidad inicial, que pasa por mantener la injusticia recreándose en las diferencias» (Calvo Poyato, 2024: 186).

² Puede consultarse en <https://is.gd/ipcoTR> (visitado el 5 de marzo de 2024).

La posición de la presidenta del Consejo de Estado español se ubica dentro de un conglomerado discursivo que niega la realidad de las vidas LGTBI, especialmente de personas trans e intersexuales. Como apunta Lucas Platero Méndez y Esther Ortega Arjonilla (2016), en el contexto del Estado español la colación entre feministas y activismo trans ha sido una constante de trabajo conjunto. Sin embargo, al menos desde el año 2018, esta coalición está siendo puesta en duda por tres vectores: feminismo transexcluyente, extrema derecha y discursos biologicistas (Platero Méndez, 2023). Estos tres vectores están ocupando una posición de relevancia sobre todo en redes sociales (Willem *et al.*, 2023). En el presente artículo se pretende posicionar esta deriva en lo que se ha venido a llamar *trampa de la unidad* (Rodó Zárate, 2021). Frente a esta trampa, se presentarán varias herramientas epistémicas construidas por voces del sur global para articular una respuesta que pueda ser escuchada desde el discurso jurídico del norte. La aportación de esta propuesta consiste en entender el binarismo sexual en su configuración jurídica como una tecnología moderno-colonial y las posibilidades de friccionarla desde las propias entrañas del derecho con el objetivo de bosquejar un principio de diversidad que desafíe los contornos monolíticos del binarismo. De tal forma que el horizonte de sentido de este desafío se encuentre en una *ciudadanía íntima* desde la autodeterminación y el reconocimiento de la diversidad (Rodríguez Ruiz, 2023) que nos acerque a *un sujeto de cuidados* (Salazar Benítez, 2021), esto es, a una *cuidadanía* (Rodríguez Ruiz, 2019).

II. LA TRAMPA DE LA UNIDAD

En el año 2018, uno de los ensayos más vendidos en lengua castellana fue el de Daniel Bernabé, *La trampa de la diversidad. Cómo el neoliberalismo fragmentó la identidad de la clase trabajadora* (2018). En cinco años ha logrado popularizarse de tal forma que lleva ya once ediciones. Ha sido tal su éxito que en el primer verano tras su publicación encontramos titulares como «el éxito del ensayo playero» publicado en *Letras libres*³. Otro de los éxitos de aquel verano fue *Imperiofobia*, de Elvira Roca. ¿Qué tienen en común ambos libros? Mantienen la misma lógica de construcción de un enemigo. Si bien Elvira Roca sitúa ese enemigo en todo lo que suponga poner en duda los grandes hitos de España, Daniel Bernabé sitúa ese enemigo en todo lo que suponga poner en duda los grandes hitos de la clase. Centrándonos en la propuesta de

³ <https://tinyurl.com/54vdm66r> (visitado el 10 de diciembre de 2023).

Bernabé⁴, cinco años después, con ocasión de la publicación de su novela, señalaba en una entrevista que «la tiranía de lo fragmentario nos va a costar la democracia»⁵. Aquí Bernabé plantea una ecuación simple: lo fragmentario pone en peligro la democracia, por lo que debemos pensar que lo unitario la permite.

Bernabé plantea un *mercado de la diversidad* (2018: 93-117), donde la diversidad se entiende como un objeto de consumo, una forma de visibilización de las individualidades siempre en competición para ver qué diversidad importa más (*ibid.*: 113). La pesadumbre de Bernabé es que la clase trabajadora, ante este mercado de la diversidad, «aunque es la mayoritaria en sociedad ha desaparecido por completo del mapa de la representación» (*ibid.*: 115). Las luchas feministas, antirracistas o LGTBI serían una distracción para provocar fragmentación y división política.

Esta pesadumbre se convierte en derrota para Bernabé: «Como consecuencia de la sobreexplotación de la diversidad, al quedar la agenda pública cada vez más ocupada por este tipo de conflictos, tratados desde el prisma neoliberal, se da la sensación de que discutimos más sobre lo anecdótico que sobre lo efectivo» (*ibid.*: 133-134). Lo cual lleva a una sobrerrepresentación de las diversidades —entendidas como productos— y una infrarrepresentación del *verdadero* sujeto, que es el trabajador; verdadero en tanto que es material, mientras que los ejes raza, sexo y género no serían ejes materiales (*ibid.*: 151). Pareciera que la restricción de derechos se debe a que la diversidad se ha impuesto a la clase social. Solo situando la clase en el centro, recuperando su posición, se podrá volver a recuperar derechos, según la lógica del discurso de Bernabé. Es lo que llama «desactivar la trampa».

Sin embargo, la tesis de Bernabé no aguanta siquiera un análisis materialista de la historia. ¿Acaso en los momentos más fuertes del movimiento obrero no hubo retrocesos de derechos y libertades? ¿Dónde queda el sujeto de las colonias frente al obrero fabril de la metrópoli? ¿Las luchas feministas, antirracistas o LGTBI no están realizadas por las precarias, las excluidas, las que no se les permite ser? Estas cuestiones quedan sin responder en la propuesta teórica de Bernabé. Pero no ha sido el único en reivindicar una suerte de esencia unitaria de lo político.

Hay dos ideas que articulan la reivindicación de lo unitario. La primera es la polarización entre normalidad y patología, o amigo/enemigo. La segunda idea es que lo que hay detrás de la trampa de la unidad no es más que la nostalgia de una soberanía represiva contra todas aquellas corporalidades

⁴ Para una crítica pormenorizada y documentada al libro de Roca, véase Villacañas (2019).

⁵ <https://tinyurl.com/mscs8j4e> (visitado el 10 de diciembre de 2023).

que son situadas en la patología o en la enemistad. Veamos algunos ejemplos más.

En marzo de 2023 saltaba la noticia: Amelia Valcárcel y Bernaldo de Quirós dejaba de ser consejera del Consejo de Estado del Reino de España. Dos imágenes. La primera, Valcárcel fue «fulminada» —señala un periódico⁶— o «cesada» —señala la propia implicada⁷— por su posición contraria a la llamada *ley trans*. La otra imagen: Valcárcel acumulaba diecisiete años en el cargo y su tiempo jurídicamente había expirado. El art. 9 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en su apdo. 1 señala que «los Consejeros electivos de Estado, en número de diez, serán nombrados por Real Decreto, por un período de cuatro años». En el caso de Valcárcel sobrepasó notablemente esos cuatro años. Se trataba de un imperativo legal su cese y renovación por otra candidata. El Real Decreto 27/2023, de 28 de marzo, nombró consejera electiva de Estado a María Elena Valenciano Martínez-Orozco, que casualmente también se ha opuesto a la *ley trans*⁸. Si Valcárcel hubiera sido cesada del Consejo de Estado por su posición contra la *ley trans*, ¿para qué nombrar a Valenciano que también se ha posicionado contra dicha ley?

Esta noticia y cómo ha sido gestionada en la prensa y en las redes sociales sin duda ha sido un trampolín de salida para el nuevo libro de Valcárcel publicado justo un mes y medio después de su salida del Consejo de Estado: *La civilización feminista*. La tesis es clara: el feminismo no es únicamente una corriente política circunstancial, sino todo un entramado civilizatorio. En sus palabras: «Una civilización feminista es universalista, individualista, demográficamente decreciente, urbana, poco violenta, aunque litigosa, con altas tasas educativas y muy probablemente expresionista» (Valcárcel, 2023: 187). Pero no se trata de un libro nuevo. Muchas de las partes del libro ya habían sido publicadas décadas atrás, como señala Anna Caballé⁹. Ello explica la repetición de contenidos o los anacronismos históricos. Pero más aún. El libro está publicado por la editorial La esfera de los libros, perteneciente al grupo editorial Unidad Editorial, propietario de periódicos como *El Mundo*, *Marca* o *Expansión*. Estos datos ya nos están diciendo el espectro ideológico que sustenta el libro de Valcárcel.

Desde esta plataforma, bien determinada ideológicamente, alerta de la «agenda oculta *queer*» (Valcárcel, 2023: 207-209). Allí plantea la perspectiva *queer* como un espacio que «fabrica y exporta una neolengua que tiene

⁶ <https://tinyurl.com/346m3at8> (visitada el 14 de julio de 2023).

⁷ <https://tinyurl.com/yh8869yu> (visitada el 14 de julio de 2023).

⁸ <https://tinyurl.com/2w6n3rcs> (visitada el 14 de julio de 2023).

⁹ <https://tinyurl.com/24nxrhd3> (visitado el 14 de julio de 2023).

una excelente función: retorcer los significados» (*ibid.*: 208). Lo *queer*, a juicio de Valcárcel, «consiste en la falta de confianza de la gente en sus instituciones públicas, especialmente las políticas, parlamentos o ejecutivos. Se manifiesta en primer lugar por la merma en la participación en las consultas electorales. Más tarde, aparece como crítica general de la ineficacia del sistema político, cargando las tintas de su costo, sus privilegios y su nula eficiencia». (*ibid.*: 208)

Esta es la supuesta agenda oculta *queer* desvelada por Valcárcel. Las posiciones *queer* realmente son antidemocráticas, a su juicio, porque hacen que la gente deje de votar y desconfíe de las instituciones. Pareciera que las violencias institucionales —incluidas racistas, clasista y sexo-genérica— que estructuran nuestro sistema jurídico-político se hayan *queerizado* y solo a partir del esta perversión *queer* los problemas afloran. La pregunta que habría que hacerle a Valcárcel es qué ocurre entonces con todas las problemáticas y violencias anteriores a las perspectivas *queer*.

Otra importante aportación en este mismo sentido es la que apareció en el año 2021 bajo el título *El sexo en disputa*, haciendo un guiño irónico a la obra de Judith Butler *Gender Trouble* (1990). El texto formalmente se caracteriza por dos aspectos. El primero es la editorial que lo publica: el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, toda una institución jurídico-política dependiente del Ministerio de Presidencia del Gobierno de España. El segundo es la persona que lo coordina: Rosa María Rodríguez Magda. Este segundo aspecto está ligado estrechamente con las páginas anteriores, ya que Rodríguez Magda tiene un fuerte vínculo con Valcárcel. Esta última, por ejemplo, formó parte del tribunal de tesis doctoral de Rodríguez Magda, realizada bajo la supervisión de Celia Amorós Puente. Veamos algunos puntos de esta obra colectiva.

Curiosamente, una de las omisiones, posiblemente intencionada, es la de las personas intersex. Rodríguez Magda hace una genealogía del concepto género aludiendo a la obra de John Money y lo sitúa «en el fundamento del acercamiento actual al tema de la transexualidad» (2021: 19). Lo que omite es que Money construye el concepto identidad de género para proceder a las intervenciones médicas sobre menores intersexuales (García López, 2015). Omite, por tanto, cómo Money construyó un dispositivo para reforzar el binarismo sexual por medio de tratamientos no consentidos sobre personas intersex, o lo que la propia Naciones Unidas ha entendido como mutilaciones genitales¹⁰. A ello hay que sumar que inmediatamente después Rodríguez Magda sitúa las perspectivas *queer* como el verdadero problema. Perspectivas

¹⁰ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (2013).

queer que plantea como «exceso del constructivismo y de narcisismo hedonista» que «acaban confluyendo con el neoliberalismo» (2021: 23).

Para corroborar esta imagen que construye de las perspectivas *queer*, Rodríguez Magda realiza una serie de análisis legislativos que caen por su propio peso. Por ejemplo, acusa a la legislación argentina de borrar a las mujeres en las estadísticas (*ibid.*: 37-38). Curiosamente vuelve a omitir o silenciar que el Gobierno del presidente Alberto Fernández (2019-2023) tuvo un Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, con la ministra Ayelén Mazzina Guíñazú. Pero incluso si acudimos al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina, continúa realizando las estadísticas segregadas por sexos (*varones y mujeres*) o en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social¹¹. Por tanto, falta a la verdad en su intento por construir un enemigo donde no lo hay. Lo que se esconde detrás de sus reflexiones quizás sea un punto de colonialismo epistémico.

Vuelve a omitir o silenciar aspectos importantes cuando se refiere en aquel momento al proyecto de ley trans, luego convertida en la Ley española 4/2023. Afirma que la autodeterminación «no garantiza la atención psicológica, sanitaria experta previa» (*ibid.*: 41). Tanto en el proyecto de ley como en la posterior ley ahora en vigor se recogen preceptos legales sobre atención integral sanitaria a personas intersex (art. 19) y trans (art. 56). Incluso llega a afirmar que «los delincuentes varones, aun los convictos por delito sexual, que se declaren mujer serán reclusos en cárceles femeninas, lo cual es un atentado a la seguridad de las reclusas» (*ibid.*: 43). Esta nueva afirmación vuelve a silenciar aspectos relevantes. Hay que responder que desde el año 2006, diecisiete años antes de la Ley 4/2023 conocida como *ley trans*, desde ese temprano año 2006 existe una especie de autodeterminación en el ámbito administrativo, especialmente en el penitenciario. La instrucción 7/2006, de 9 de marzo, sobre Integración Penitenciaria de Personas Transexuales en España ya reconoce la autodeterminación. En dicha instrucción se establece el derecho a elegir el módulo penitenciario (hombres o mujeres) con independencia de lo señalado en el documento nacional de identidad. Señala expresamente: «Las personas transexuales cuya identidad oficial de sexo no concuerde con su identidad psicosocial de género, podrán solicitar de la Administración Penitenciaria el reconocimiento de ésta a los efectos de separación interna a que se refiere el art. 16 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General

¹¹ <https://www.indec.gob.ar/>. Como ejemplo, las estadísticas de mortalidad: <https://tinyurl.com/22wwynf9> o salud <https://tinyurl.com/76jutebm>. Incluso en el ámbito laboral, como recoge el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad social: <https://tinyurl.com/bdevwsj7> (todas las páginas visitadas el 26 de julio de 2023).

Penitenciaria» (Primera, 1). Para dicha solicitud no se exige tratamiento médico, endocrino, psiquiátrico o psicológico alguno.

Para Rodríguez Magda (2021: 45) se debería volver al modelo de la Ley 3/2007, de rectificación registral de la mención relativa al nombre y sexo en el DNI, la cual establecía requisitos patologizantes y la exigencia de modificaciones corporales por medio de procesos hormonales. Plantea que volver a esa ley sería también una forma de proteger a las personas menores de edad. Lo que olvida Rodríguez Magda, de nuevo, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, que declaró inconstitucional el art. 1.1 de la citada Ley 3/2007 al excluir a menores de edad. Con la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019 las personas menores de edad también podían solicitar el cambio registral, con los mismos requisitos que las personas mayores. Ahí está el problema: Rodríguez Magda entonces quisiera exigir a las personas menores de edad someterse a procesos psiquiátricos y hormonales, que es lo que establece la Ley 3/2007 para el cambio registral. En cambio, con la Ley 4/2023 dichos requisitos desaparecen, garantizando así que a menores de edad no se les apliquen tratamientos médicos para conseguir modificaciones jurídico-administrativas. Esta sentencia no la debe desconocer Rodríguez Magda, ya que en el mismo libro que coordina hay una contribución de María Luisa Balaguer Callejón analizándola (2021: 244-246).

Esta última, constitucionalista reconocida tanto por la academia como por su posición en el Tribunal Constitucional, mantiene, en cambio, una posición ambivalente. En su libro *Derecho, sexo y filosofía* (2023) realiza una reivindicación de la modernidad para el constitucionalismo, situando los peligros de la posmodernidad. Balaguer Callejón plantea un camino en paralelo de la filosofía ilustrada y moderna (especialmente con Kant y Hegel) y el desarrollo del derecho moderno, incluido el constitucional (*ibid.*: 3 y 8). En cierta medida, reivindica que las bases del derecho se encuentren en la filosofía ilustrada. De ahí que el cuestionamiento de estas bases suponga la dislocación de certezas consolidadas.

De nuevo aquí hay que señalar las omisiones, pues son constitutivas de un discurso legitimador. Lo que omite Balaguer Callejón es precisamente que la modernidad —y el constitucionalismo— se asienta sobre el racismo, el colonialismo, el patriarcado y el capitalismo (Santos, 2014: 21-66). Autores como Kant y Hegel son un claro paradigma de racismo, por ejemplo. Sin embargo, esto se omite en la argumentación de Balaguer Callejón. No se plantea como algo intencionado, sino más bien como la reproducción de un discurso eurocéntrico que no es consciente de su posición de dominio. En cierta medida, aunque sin citarlo, Balaguer Callejón está siguiendo la tesis de Habermas de las promesas incumplidas de la modernidad (1985).

Por eso sitúa la posmodernidad como un problema. Señala que «la posmodernidad jurídica constituye hoy una exigencia de dos elementos esenciales al derecho del siglo XXI, de una parte, el reconocimiento del pluralismo político en los textos legales, y de otra parte el pluralismo ordinamental que es común a todo derecho en el mundo actual» (Balaguer Callejón, 2023: 32). Más adelante situará la quiebra que produce el posmodernismo jurídico: «Esto explica la relación entre la posmodernidad y el populismo en una consecuencia lógica de la fragmentación y de la proliferación de la diversidad» (*ibid.*: 53)¹². Esta vinculación entre posmodernismo y populismo plantea, según la autora, necesidad de liberación, relativización de conceptos, renuncia a procesos racionales, etc., «para situar y situarse en el mundo y los sustituye [los valores universalmente compartidos y válidos] por la subjetividad como exigencia» (*ibid.*: 81). La consecuencia de ello, prosigue Balaguer Callejón, es que «el derecho ya no da cuenta de la realidad social» (*ibid.*: 98). Y ahí sitúa, por ejemplo, las perspectivas *queer*, aunque es verdad que tampoco profundiza en ellas ni esboza duras acusaciones como las de Válcárcel.

Lo que nos plantea Balaguer Callejón es el mismo discurso de legitimación de la modernidad que omite, por ejemplo, el racismo o el colonialismo estructurales a la modernidad y al derecho moderno. El uso de posmodernidad o posmoderno en clave negativa o peyorativa es una forma de ocultar precisamente que la modernidad se sustenta sobre racismo, colonialismo, patriarcado y capitalismo. Cuando plantea que con la posmodernidad el derecho ya no da cuenta de la realidad social, sino que está sometido a la subjetividad, a la fragmentación y a la proliferación de la diversidad lo que está defendiendo son precisamente aquellos valores universales del eurocentrismo, valores que no son más que un localismo globalizado. Porque siguiendo la lógica argumental de Balaguer Callejón, entonces el derecho moderno sí daría cuenta de la realidad social, sustentado sobre la abstracción, lo compacto y lo unidimensional: el racismo, el colonialismo, el patriarcado y el capitalismo. Poner en un *pack posmoderno* todo aquello que cuestiona la modernidad es volver a ocultar los procesos de violencia estructurales a la propia modernidad y silenciar aquellas voces que poco a poco están pudiendo hablar.

La posición de Amelia Válcárcel o de Rosa María Rodríguez Magda, como la de Daniel Bernabé y Carmen Calvo, podríamos situarla en la trampa de la unidad. Se trata de una posición que reivindica privilegiar el eje capital-trabajo señalando que cualquier otro eje de opresión/subordinación es perjudicial para la estrategia política de emancipación. Una buena respuesta a la trampa de la unidad nos la aporta Antonio Gómez Villar en su libro *Los*

¹² Toda esta página se vuelve a repetir en Balaguer Callejón (2023: 99).

olvidados (2022). La tesis de Gómez Villar es que esa pesadumbre y nostalgia de la trampa de la unidad no es más que un fetiche ideológico, una pulsión conservadora o reaccionaria. La forma de materializarse estratégicamente este fetiche es a través de la ridiculización (pensemos en el término *woke* aplicado a las luchas LGTBI). Como sostiene Gómez Villar, «pareciera que las luchas raciales y de género empezaron anteayer en un departamento de literatura comparada norteamericana, por lo que se obvia que estas luchas son el resultado de acumulados históricos de muchos siglos» (2022: 21). De hecho, se le da tal poder a la palabra académica que pareciera que esta moviera el mundo.

Pero eso que la trampa de la unidad llama luchas culturales —feministas, antirracistas, LGTBI— están inscritas en lo material de las corporalidades, en la explotación, en la opresión, en el dolor; no son una abstracción (*ibid.*: 34). Por eso, tiene razón Gómez Villar cuando señala que «la pregunta más radical de la democracia es acerca de quién habla y quién puede hacerlo, por qué unos hablan y otros no, por qué una palabra cuenta y otra no es tomada en consideración» (*ibid.*: 165).

III. EL BINARISMO SEXUAL COMO TECNOLOGÍA MODERNO/ COLONIAL

Una vez planteada la lógica de la trampa de la unidad, pasemos ahora a esbozar herramientas que nos permitan desarticularla. La idea que se quisiera plantear a través de tres autoras es cómo el binarismo sexual que está protegido en el ordenamiento jurídico español y desde el plano académico (con los ejemplos analizados en el anterior epígrafe) es una tecnología o un dispositivo moderno-colonial. Dos apuntes preliminares: qué se quiere decir con tecnología o dispositivo y qué se quiere decir con moderno-colonial. El primer término nos sitúa en el *qué* y el segundo elemento en el *cuándo y dónde*. Con las tres autoras que se analizarán trabajaremos el *cómo*.

El concepto *dispositivo* se utiliza tal como lo entiende Michel Foucault. La definición que nos dejó el filósofo francés es un tanto críptica: «Un conjunto decididamente heterogéneo, que comprende discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas; en resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no-dicho. El dispositivo es la red que puede establecerse entre estos elementos» (1985: 127). Foucault se ocupó de estas relaciones de saber/poder en el ámbito carcelario, psiquiátrico, arquitectónico, reglamentario, etc. Estos dispositivos ejercen sobre los cuerpos, imprimiendo sobre ellos un conjunto de saberes, prácticas, instituciones, etc. ¿Para qué? Para gestionar y administrar

dicha corporalidades. Dichos dispositivos funcionarían tanto con un poder represivo como, principalmente, con un poder productivo de subjetividad. Por tanto, entenderemos el binarismo sexual como un dispositivo, como un conjunto heterogéneo de discursos (por ejemplo médicos: endocrino, pediatría), instituciones (matrimonio, filiación), reglamentos (reglamento del Registro Civil español), etc.

En este sentido y más allá, Teresa de Lauretis (1987) planteó la idea de *tecnología del género* para referirse a cómo el género es producto de una serie de tecnologías sociales para sujetar a los sujetos, en este caso, en el marco de un binarismo hombre-mujer. Las tecnologías del género producirán marcos de sentido por medio de representaciones. Producen, en definitiva, significados. Estas tecnologías del género, articuladas en torno a un conjunto de dispositivos —aunque también se podrían entender dispositivo y tecnología como sinónimos—, determinarían el sentido, significado y representación del binarismo sexual, de lo que se debe entender normativamente por hombre y por mujer.

Pero esta tecnología del género se inserta en un espacio-tiempo determinado. Aquí viene el segundo concepto: moderno-colonial. La expresión la tomamos de Alejandro Medici. El constitucionalista argentino lo define como

La subjetividad jurídica implícita en los modelos constitucionales demoliberales adoptados, como titularidad de derechos subjetivos formalmente igual ante el derecho, produjo la ocultación jurídica de la diferencia colonial e impidió que esa diferencia y el conflicto que supone fueran explícitamente consideradas en los procesos constitucionales. La diferencia colonial invisibilizada y/o justificada por los modelos constitucionales confirman entonces la igualdad, la generalidad y la universalidad del derecho constitucional moderno/colonial de nuestra región que solamente pudieron habitar en la letra de los textos constitucionales (Medici, 2012: 56).

Al entender el binarismo sexual como una tecnología moderno-colonial estamos enfocándolo en el marco de la diferencia colonial y cómo el sistema jurídico, incluido el español, impone un modelo concreto como si fuese el único modelo, universal y objetivo. Como el modelo que produce un mundo. Sin embargo, autoras como Oyèrónké Oyèwùmi, María Lugones y Rita Laura Segato han desmontado dicho modelo. Pasemos a analizar sus planteamientos brevemente, ya que nos servirán de base para el apdo. 4 de este texto dedicado a analizar cómo el binarismo sexual puede estar siendo quebrado desde dentro de la propia tecnología moderno-colonial.

1. LA INVENCION DE LA MUJER

La socióloga nigeriana Oyèrónké Oyèwùmi publicó en 1997 *The invention of women: Making an African sense of Western gender discourses*. En el texto, la autora pone en cuestión los discursos del norte global, señalando cómo la normatividad del género occidental ha sido impuesta en sociedades africanas. Categorías como *hombre* o *mujer* han sido una herramienta de la colonización sobre el continente africano, distorsionando la comprensión de las estructuras sociales situadas. Como ejemplo, la sociedad yoruba, que desconocía las categorías de género rígidas antes del proceso colonial.

Lo que Oyèwùmi viene a cuestionar es la universalidad de las categorías binarias procedentes de la colonización del norte global. El binarismo sexual y el género no serían, por tanto, un principio básico de organización universal de las sociedades. De tal forma que el feminismo del norte global no puede dar respuesta a las vulnerabilidades situadas en todos los contextos del mundo. Esto implica que habrá que atender a cada situacionalidad, a cada contexto, para recartografiar el orden social. Si para la sociedad del norte global el binarismo es un elemento de ordenación social, este no tiene por qué existir en otras sociedades, lo cual implica que el binarismo sexual no es universal, sino una tecnología.

2. LA COLONIALIDAD DEL GÉNERO

María Lugones parte precisamente de las reflexiones de Oyèrónké Oyèwùmi en su texto *The coloniality of gender* (2008). Lugones propuso una lectura de la colonialidad del poder de Quijano incorporando o centralizando las cuestiones sexo-genéricas. Es lo que vino a llamarse *colonialidad del género* (Lugones, 2008: 1-17; 2010: 742-759). Partiendo de la definición de colonialidad y clasificación social, Lugones sitúa la crítica a Quijano: «In this sense, the structuring of the disputes over control of labor are discontinuous: not all labor relations under global, Eurocentered capitalism fall under the capital/wage relation model, though this is the hegemonic model» (2008: 3). Es así que hay determinadas posiciones en la relación capital/salario que escapan del eurocentrismo (donde el salario ha estado reservado casi exclusivamente para los europeos blancos). Pensemos en el trabajo doméstico, sobre el que tanto se ha detenido Silvia Federici¹³.

Lugones sitúa la historicidad como elemento clave para entender la colonialidad del género. En ese proceso histórico, una serie de elementos serían los

¹³ Véase la compilación de artículos en Federici (2013).

que han determinado la organización del género en el sistema moderno-colonial: dimorfismo biológico, organización patriarcal y heterosexual de las relaciones sociales (*ibid.*: 2). Una serie de elementos que han guiado la producción del eurocentrismo de tal forma que el concepto de *mujer* viene asociado a la hembra burguesa heterosexual, lo cual hace que otras intersecciones que impactan sobre las corporalidades generizadas hacen que la violencia no sea vista. Por ejemplo, pensemos, volviendo al trabajo doméstico, en la violencia que sufren mujeres racializadas: «Once intersectionality shows us what is missing, we have ahead of us the task of reconceptualizing the logic of the "intersection" so as to avoid separability. It is only when we perceive gender and race as intermeshed or fused that we actually see women of color» (*ibid.*: 4).

Uno de los elementos sobre los que Lugones se centra es el dimorfismo sexual como aquel lado claro o visible del sistema de género moderno-colonial. En el lado oculto encontraríamos, por ejemplo, las experiencias intersexuales. La colonización supuso una organización del sexo y del género en clave binaria en unas sociedades que no se estructuraban de forma binaria. Esto llega hasta nuestros días cuando se siguen manteniendo las cirugías llamadas de *normalización genital* sobre personas intersexuales, también menores de edad, como una forma de hacer *encajar* sus corporalidades en el patrón de dominación. En palabras de Lugones, «the cosmetic and substantive corrections to biology make very clear that "gender" is antecedent to the "biological" traits and gives them meaning. The naturalizing of sexual differences is another product of the modern use of science that Quijano points out in the case of "race"» (*ibid.*: 7)

Esta es una idea clave: es el género como manifestación del poder el que llena de significado los rasgos biológicos. Las diferencias raciales son equivalentes a las diferencias sexuales, siendo el dimorfismo sexual una herramienta más para la explotación/dominación capitalista global eurocentrada.

Esta colonialidad del género coadyuvará en la diferenciación entre lo humano y lo no humano como la dicotomía central de la modernidad colonial. En palabras de Lugones, «beginning with the colonization of the Americas and the Caribbean, a hierarchical, dichotomous distinction between human and non-human was imposed on the colonized in the service of Western man. It was accompanied by other dichotomous hierarchical distinctions, among them that between men and women» (2010: 743).

Por eso, solo los civilizados eran hombres y mujeres. El resto eran salvajes, también sexualmente hablando. La lógica binaria se abre paso contraponiendo lo salvaje a lo moderno, lo civilizado, lo culto o, incluso, lo real (Halberstam, 2020: IX). Solo el hombre blanco y burgués podía gobernar en tanto ser civilizado, heterosexual, con razón. La mujer blanca no era su complemento, sino quien estaba destinada a la reproducción de la raza y del capital «through her

sexual purity, passivity, and being homebound in the service of the white, European, bourge» (Lugones, 2010: 743). Por tanto, la colonialidad del género es un proceso también de deshumanización: «The semantic consequence of the coloniality of gender is that ‘colonized woman’ is an empty category: no women are colonized; no colonized females are women» (*ibid.*: 745).

3. PATRIARCADO DE BAJA Y ALTA INTENSIDAD

Poco tiempo después del texto de Lugones, Rita Segato contestó criticando los planteamientos tanto de Lugones como de Oyèwùmi por cierta romantización de las sociedades previas a la colonización. Aunque la crítica fue dura, en cierta medida no rompe con la idea motriz: el binarismo sexual como tecnología moderno-colonial.

El texto, titulado *Género y colonialidad: del patriarcado de baja intensidad al patriarcado colonial moderno de alta intensidad*, original de 2010 (se usa la edición de 2015), plantea que las diferencias de género han existido tanto en sociedades colonizadores y colonizadas. Segato localiza tres discursos en el seno del feminismo. En primer lugar, el feminismo eurocéntrico «que afirma que el problema de la dominación de género, de la dominación patriarcal, es universal, sin mayores diferencias, justificando, bajo esta bandera de unidad, la posibilidad de transmitir los avances de la modernidad en el campo de los derechos a las mujeres no-blancas, indígenas y negras, de los continentes colonizados» (Segato, 2015: 81). Esta posición de superioridad produce una autorización para realizar una *misión civilizadora y colonial*. Se trata de una posición ahistórica y antihistórica. La segunda posición sería la de Lugones y Oyèwùmi al afirmar la inexistencia del género en el mundo precolonial. Y la tercera, en la que se situaría Segato, sería aquella que sí plantea «la existencia de nomenclaturas de género en las sociedades tribales y afroamericanas» (*ibid.*: 82). Existiría una organización patriarcal, aunque diferente a la occidental. Es lo que Segato llama *patriarcado de baja intensidad* frente al patriarcado de alta intensidad de la colonización. No obstante, como plantea Lugones, con el proceso de colonización Segato sí entiende que se produce una reorganización de acuerdo al binarismo sexual (2015: 83). Señala que

con el patrón colonial moderno y binario, cualquier elemento, para alcanzar plenitud ontológica, plenitud de ser, deberá ser ecuilibrado, es decir, conmensurable a partir de una grilla de referencia o equivalente universal. Esto produce el efecto de que cualquier manifestación de la otredad constituirá un problema, y solo dejará de hacerlo cuando tamizado por la grilla ecualizadora, neutralizadora de particularidades, de idiosincrasias. El otro-indio, el otro-no-blanco, la mujer, a menos que depurados de su diferencia o exhibiendo una

diferencia conmensurabilizada en términos de identidad reconocible dentro del patrón global, no se adaptan con precisión a este ambiente neutro, aséptico, del equivalente universal, es decir, de lo que puede ser generalizado y atribuido de valor e interés universal. Solo adquieren politicidad y son dotados de capacidad política, en el mundo de la modernidad, los sujetos —individuales y colectivos— y cuestiones que puedan, de alguna forma, procesarse, reconvertirse, transportarse y reformular sus problemas de forma en que puedan ser enunciados en términos universales, en el espacio «neutro» del sujeto republicano, donde supuestamente habla el sujeto ciudadano universal. Todo lo que sobra en ese procesamiento, lo que no puede convertirse o conmensurabilizarse dentro de esa grilla, es resto (*ibid.*: 89).

IV. LA RUPTURA JURÍDICA DE LA TRAMPA DE LA UNIDAD

Lo que se ha tratado de plantear en el anterior epígrafe nos sitúa ante cómo la tecnología moderno-colonial del binarismo sexual se ha impuesto como modelo único, normativo, objetivo y universal. Sin embargo, se están abriendo fisuras dentro de los engranajes de esta tecnología. En este epígrafe estudiaremos cinco espacios jurídicos como ejemplos concretos de las grietas dentro del binarismo sexual que se producen desde su propio interior. Los cinco ejemplos han de ser tomados como tales, sin pretensiones de universalidad. Son solo ejemplos de fricciones al interior de la tecnología moderno-colonial.

1. TRAMPANTOJO GERMANO

La primera resolución que queremos abordar es la realizada por el Tribunal Constitucional alemán de 8 de noviembre de 2017. La fecha es significativa. Se trata del aniversario del nacimiento de Herculine Barbin, conocida como Alexine B., una persona intersex que acabó suicidándose en la Francia del siglo XIX (Foucault, 2007). En ese aniversario, que a la postre se ha convertido en el día por la solidaridad intersexual, el alto tribunal germano publica su sentencia BvR 2019/16, de 10 de octubre¹⁴.

El alto tribunal germano plantea que la identidad de género está protegida en el derecho a la personalidad, incluidas aquellas personas que no puedan ser asignadas como hombres o como mujeres. De tal forma que aquellas personas que no puedan ser identificadas como hombres o como mujeres

¹⁴ <https://tinyurl.com/26nykvj3> (visitado el 21 de diciembre de 2023).

ven violado su derecho a un estatus civil. Es por ello que el Tribunal Constitucional alemán obliga en su fallo a que el Estado alemán realice una normativa en la que se incorpore una tercera categoría registral relativa al sexo antes del 31 de diciembre de 2018. Hasta aquí pareciera un punto positivo. Pero sigamos. El párrafo 51 dice lo siguiente:

Der Status personenstandsrechtlicher Männer und Frauen bleibt durch die Eröffnung einer weiteren Eintragungsmöglichkeit unberührt. Dies gilt auch für die Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, die sich selbst gleichwohl dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuordnen, entsprechend registriert sind und sein wollen. Durch die bloße Eröffnung der Möglichkeit eines weiteren Geschlechtseintrags wird niemand gezwungen, sich diesem weiteren Geschlecht zuzuordnen. Die Ermöglichung eines weiteren Geschlechtseintrags vermehrt die Optionen von Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung, die über den Eintrag als Mann oder Frau nicht abgebildet wird, ohne ihnen Möglichkeiten zu nehmen, die das Recht bislang bietet. In einem Regelungssystem, das Geschlechtsangaben vorsieht, müssen die derzeit bestehenden Möglichkeiten für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, sich als weiblich oder männlich oder ohne Geschlechtseintrag registrieren zu lassen, erhalten bleiben.

Esto es, se mantiene la inscripción registral de hombre y mujer, pero se añade una tercera categoría que no afecta a las dos anteriores. Es cierto que el Tribunal Constitucional también plantea en el párrafo 52 la posibilidad de eliminar la mención relativa al sexo del Registro Civil. Esta tercera categoría sería para aquellas personas con «Varianten der Geschlechtsentwicklung». En la nota de prensa en inglés de Tribunal Constitucional alemán se traduce esta locución como «persons with deviating gender development»¹⁵. Por lo tanto, se está haciendo una distinción entre hombres y mujeres, por un lado, y aquellas personas con *variantes* o con *desviaciones* en el desarrollo de su género. Ontológicamente ya vemos una diferencia. Esta terminología no es nueva. En el año 2013, Alemania posibilita la inscripción como *indeterminado* de bebés intersexuales¹⁶.

El Tribunal Constitucional alemán mantiene esta diferencia porque omite un dato importante. Para el Tribunal Constitucional la modificación de la legislación civil para incorporar una tercera categoría registral relativa al sexo supondría la automática eliminación de la discriminación. Sin embargo, el alto tribunal

¹⁵ <https://tinyurl.com/2t2r7cbk> (visitada el 21 de diciembre de 2023).

¹⁶ <https://tinyurl.com/ykzpu765> (visitada el 21 de diciembre de 2023).

no dice nada de derechos humanos, de libre desarrollo de la personalidad o de integridad física. Cabe recordar que en aquel entonces, 2017, ya se había publicado el informe que señalaba que entre 2005 y 2014 más de mil menores de edad intersexuales habían sido sometidos a cirugías de *feminización*, esto es, mutilaciones genitales en hospitales alemanes¹⁷, o lo que Naciones Unidas considera desde el año 2013 como casos de tortura infantil —como ya se señaló páginas atrás¹⁸—. Este dato es de suma importancia, puesto que el alto tribunal omite las graves violaciones a los derechos humanos y a los derechos fundamentales de las personas intersex en Alemania. En cierta medida, esta sentencia es un trampantojo que no cuestiona el binarismo sexual en su totalidad.

A mediados de diciembre de 2018, finalmente, el Bundestag aprobó la Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, de 18 de diciembre de 2018, en la que se incorpora una tercera categoría registral: *divers*¹⁹. Diverso, por tanto, es la nomenclatura que marca una diferencia con hombre y mujer. Para esta tercera categoría solo podrán inscribirse personas intersexuales, por lo que requiere de la patologización por medio de un informe médico y no evita, por tanto, la posibilidad de sufrir mutilaciones genitales y tratamientos médicos no consentidos.

Tanto la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2017 como la modificación legislativa de 2018 pueden ser consideradas un trampantojo que viene a reiterar y conservar el binarismo sexual, entendiendo como diferente, como otro, aquello que escapa del binario, más aún cuando se requiere de patologización médica para optar a la tercera inscripción registral. Además, este aparato legal mantiene una relación entre características sexuales e identidad de género, pareciendo plantear que una persona con características corporales intersex no puede tener una identidad de género masculina o femenina. La tercera categoría registral, por tanto, es una categoría patologizante que impide, por ejemplo, a personas no binarias poder acceder al registro civil fuera de las categorías binarias.

2. LA DESACTIVACIÓN PORTUGUESA

El 7 de agosto de 2018, el *Diário da República* de Portugal publicaba la Lei n.º 38/2018 de 7 de agosto, Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada

¹⁷ <https://tinyurl.com/2s4jxnyz> (visitado el 21 de diciembre de 2023).

¹⁸ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (2013).

¹⁹ <https://tinyurl.com/28sumuw9> (visitado el 21 de diciembre de 2023).

peessoa. Este marco legislativo establece la autodeterminación como un derecho en su art. 3, así como la protección de las características sexuales primarias y secundarias en el art.4, especialmente pensando en personas intersex, pues en el inmediato art. 5 se refiere a menores intersex y a la no intervención corporal hasta que se manifieste su identidad de género.

Lo interesante de esta legislación portuguesa radica en la sentencia del Tribunal Constitucional 474/2021, que da respuesta al procedimiento 792/2019, iniciado por 86 diputados y diputadas del Partido Social Democrata, del CDS-Partido Popular y del Partido Socialista solicitando la inconstitucionalidad del art. 12 en sus apdos. 1 y 3. El recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra la autodeterminación, sino a cuestiones relativas a la educación. En concreto, el art. 12 de la Lei 38/2018 hace referencia a la obligación del Estado de garantizar la adopción de medidas en todo el sistema educativo que promuevan el ejercicio del derecho a la autodeterminación de la identidad de género y la expresión de género y del derecho a la protección de las características sexuales, entre las que se encontrarían la prevención de la discriminación, intervención sobre situaciones de riesgo, formación al personal docente, etc.

Como señala el Tribunal Constitucional al inicio de su sentencia, el recurso de inconstitucionalidad no se dirige, entonces, a la configuración del derecho a la autodeterminación, sino a las medidas que deben adoptarse en el sistema educativo. El art. 12 cuestionado establece dos tipos de deberes: deberes relativos a la garantía de la promoción del ejercicio del derecho de autodeterminación y deberes para garantizar el respeto a la infancia y la adolescencia. Se trata, por tanto, de deberes prestaciones del Estado. La sentencia del Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de estos deberes fijados en el art. 12 por violar el art. 165.1b) de la Constitución portuguesa de 1976, que establece la competencia exclusiva de la Asamblea de la República en relación a los derechos, libertades y garantías. ¿Cuál es la argumentación del Tribunal Constitucional? Pasemos a exponerla.

Lo que está en el fondo es la supuesta vulneración de la libertad de enseñanza con respecto al fondo epistémico, ontológico y axiológico que hay tras el derecho a la autodeterminación, especialmente en el ámbito de la educación privada. Lo que se cuestiona, y parece asumir el Tribunal Constitucional portugués, es precisamente el binarismo sexogenérico. Si el derecho de autodeterminación lo que nos está planteando es precisamente que las categorías hombre y mujer, asumidas por el sistema jurídico, no son más que construcciones políticas, una cosa es aceptar dicho derecho, pero otra es plantear una educación que se dirija precisamente a las bases de ese derecho. Ahí parece estar el quid de la cuestión. Como se plantea en el parágrafo 32 de la citada sentencia, en el fondo se establece la dicotomía entre una concepción

científica (el binarismo) y otra culturalista (la autodeterminación) como una forma de menospreciar o rebajar la potencia del derecho de autodeterminación.

Lo curioso es que el Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad del art. 12 relativo a educación sobre la base del principio de competencia y reserva de ley entre la Asamblea de la República y el Gobierno. Es decir, una cuestión de forma relativa a la separación de poderes es la que justifica la inconstitucionalidad de una medida material. De esta forma no se ataca directamente al derecho de autodeterminación, sino por vía lateral o indirecta.

Ante esta decisión, el voto particular a la sentencia firmado por el magistrado y las magistradas Fernando Vaz Ventura, Mariana Canotilho y Assução Raimundo incide en lo equívoco de la argumentación del pleno del Tribunal Constitucional. Las tres magistradas entienden que el derecho de autodeterminación es un derecho fundamental cuya base se encuentra en el art. 26.1 de la Constitución portuguesa, como dimensión de la identidad personal, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos de imagen y palabra. Aquí utilizan para fundamentar su posición la sentencia del Tribunal Constitucional alemán a la que antes hacíamos mención, además de otras resoluciones de la Unión Europea. Lo curioso es que la primera referencia sea la del Tribunal Constitucional alemán, que parece seguir ejerciendo de tutela paternal sobre el Tribunal Constitucional portugués.

Aparte de esta tutela constitucional germana, lo que sí plantea el voto particular de estas tres magistradas es la ruptura entre ciencia y cultura que hace la sentencia. Como señalan

esta não é uma matéria esotérica, controvertida, ideológica ou promovida somente por franjas de ativistas de um determinado espectro político. Os direitos à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa são direitos fundamentais com consagração e paulatino reconhecimento jurídico-constitucional, desde há mais de uma década, tendo também amplo tratamento doutrinal. Este ponto é, aliás, reconhecido *pelos próprios requerentes*, que não questionam, como se admite no Acórdão, a concreta *configuração do direito à autodeterminação da identidade de género* estabelecida pela lei (voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional portugués 474/2021).

El hecho de que exista ya un derecho a la autodeterminación en la propia Constitución portuguesa, a juicio de las tres magistradas que emiten el voto particular, invalida la buena parte de la argumentación que se hace en la sentencia. Lo que nos lleva a plantear que de nuevo nos encontramos, con esta sentencia, ante una desactivación implícita del potencia del derecho a la

autodeterminación. Se podría decir, de forma un tanto irónica, que se trata de un trampantojo constitucional.

3. LA AUTODETERMINACIÓN EN ESPAÑA

En el caso español, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, no es una legislación que rompa radicalmente con el fondo del sistema jurídico moderno-colonial. Sí que plantea ciertas fricciones. En su art. 3, relativo a definiciones, señala que se entiende por intersexualidad «la condición de aquellas personas nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas, una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos». Esa idea de *no correspondencia* con una normatividad en torno a lo que debe entenderse como cuerpos masculinos y cuerpos femeninos sin duda es una fricción, ya que nos está planteando ya que la corporalidad no puede ser encerrada en un binario y que dicho binario es una construcción sociopolítica. También es importante lo señalado en el art. 74.2, también relativo a personas intersex: se permite dejar la casilla registral del sexo en blanco durante un plazo máximo de un año. Una vez transcurrido ese plazo, la inscripción de la mención relativa al sexo será obligatoria. También esta podría ser otra fricción.

Sin entrar en el detalle de la Ley 4/2023 ni tampoco en el debate suscitado, lo cierto es que esta ley supone un avance en garantías y derechos. El reconocimiento explícito de la autodeterminación es una novedad, aunque no del todo, ya que desde el año 2006 ya existía en el ámbito penitenciario. Sin embargo, el binarismo como dispositivo moderno-colonial se mantiene aún, a pesar de las fricciones. Por ejemplo, la fricción de la no inscripción de la mención relativa al sexo en el Registro Civil durante el plazo de un año desde el nacimiento se queda corta con respecto a la previsión, por ejemplo, de la pionera legislación de Malta de 2015, que permite dejar la casilla en blanco hasta la mayoría de edad. ¿Qué importancia tiene dejar la casilla en blanco? Lo que se registra en el Registro Civil no es una materialidad corporal, sino una expectativa social (una abstracción). Cuando el art. 167 del Reglamento del Registro Civil español establece la obligatoriedad de la inscripción de la mención relativa al sexo y solo posibilitando dos categorías (varón y mujer), lo que está obligando es la inscripción de lo que socialmente se espera de esa persona en el futuro, de los roles que asuma. No se inscribe, por así decir, su corporalidad, ya que la corporalidad no es binaria. El binarismo sexual se basa en una falacia: la que confunde el ser con el deber ser. El ser es aquello que empíricamente podemos comprobar; por ejemplo, que una mayoría de personas

tienen cromosomas XX o XY. Pero de ese ser, de esa comprobación empírica no se puede deducir un deber ser: todas las personas deben tener cromosomas XX o XY, y quienes tengan otros cromosomas son sujetos patológicos. Precisamente, las personas intersex, la realidad de sus cuerpos, nos sitúan ante la ficción y la falacia del binarismo. De hecho, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2023, la modificación registral de la mención relativa al sexo en situaciones de personas intersex suponía la aplicación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Podríamos suponer que con un informe médico que dijera que hubo un error de diagnóstico inicial, en el nacimiento, sería suficiente para la rectificación. Sin embargo, los registros civiles han exigido los mismos requisitos que a las personas trans: diagnóstico de disforia de género y dos años en hormonación. Además, los efectos de la modificación registral no son declarativos, sino constitutivos. Si lo que se inscribiera fuera la materialidad corporal, los efectos de la modificación registral deberían ser declarativos: retrotraer en el tiempo la mención relativa al sexo desde el nacimiento. Sin embargo, en la práctica los efectos registrales que tiene esa rectificación son constitutivos: es decir, desde el momento de la rectificación y hacia adelante en el tiempo. ¿Por qué? Porque, como he señalado, a las personas intersex se les aplica la ley 3/2007 de rectificación registral para las personas trans y en esa ley se decía que la nueva inscripción tendrá efectos constitutivos. Si realmente se inscribiera el sexo como materialidad corporal, esa rectificación debería tener efectos declarativos, pero como vengo diciendo lo que se inscribe es la abstracción de los estereotipos de género. Por eso tiene efectos constitutivos (Winter Pereira, 2022).

Planteado esto, el segundo elemento de importancia en esta fricción del binarismo como dispositivo moderno-colonial es la sentencia del Tribunal Constitucional español 67/2022, de 2 de junio, ante el recurso de amparo por una posible situación de discriminación laboral. El fallo del Tribunal Constitucional es la desestimación de la pretensión de amparo. Sin embargo, lo interesante de la sentencia, firmada por María Luisa Balaguer Callejón, son tres elementos que se recogen en los fundamentos jurídicos 3 y 4. En el FJ 3, apdo. a), reconoce que hay más de dos sexos al señalar que «el sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen». En segundo lugar, en el apdo. d) de este FJ 3 reconoce la existencia del derecho a la identidad de género que, en tercer lugar, lo delimita así en el FJ 4: «La identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE), y este rasgo

de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros hetero-normativos clásicos, es decir, allí donde identidad de género y sexo de la persona no son absolutamente coincidentes, puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada de las que prohíbe el art. 14 CE».

Aunque esta sentencia del Tribunal Constitucional español es pionera en el reconocimiento del derecho a la identidad de género, la fricción que puede plantear al binarismo como dispositivo moderno-colonial es débil, ya que parece mantener una dicotomía entre la identidad de género como derecho y la sexualidad como lo inmodificable e invariable. Lo que no responde la sentencia del Tribunal Constitucional es cuál de las dos, si identidad de género o sexo, son las nociones relevantes para el derecho. Ambas dos, no obstante, y de acuerdo con la concepción de la propia sentencia, nos plantean dudas sobre el binarismo porque en la propia sentencia se reconocen al menos tres sexos: masculino, femenino e intersexual. Es la misma posición que vimos con el Tribunal Constitucional alemán, que mantiene esa diferencia ontológica entre hombres y mujer endosexuales con respecto a hombres y mujeres intersexuales.

La última fricción a la que quisiera aludir es otra resolución judicial. Se trata de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 23 de enero de 2023, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo. La sentencia trae causa de la desestimación, por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Sevilla, de la pretensión de Andreas Speck de la modificación de la mención relativa al sexo en el Registro Central de Extranjeros residentes para que conste como *indeterminado*. La sentencia apela a la uniformidad en la información de los datos personales. En tanto que en el pasaporte de Speck, de nacionalidad alemana, ya aparece la categoría *indeterminado* en la casilla relativa al sexo, parece razonable, a juicio del tribunal, «evitar la disparidad de datos personales, acogiendo los que figuran como propios del interesado según su legislación nacional y que sean estos los que consten en los registros españoles» (FJ 3).

Sin duda, se trata de una fricción en el sistema jurídico español producida por la lucha de una persona concreta. Sin embargo, el sistema tiene también herramientas para seguir funcionando. Como se recoge en una noticia del primer día del año 2024²⁰, en el Registro Central de Extranjería ya aparece la categoría *X indefinido*, produciendo así una ciudadanía que escapa del binarismo varón-mujer. Pero se queda ahí. El NIE sigue siendo binario, imposibilitando la uniformidad que argumentaba el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

²⁰ <https://tinyurl.com/57j3c55w> (visitado el 8 de enero de 2024).

4. EL RECONOCIMIENTO DE LO ODIABLE

Quisiera ahora plantear brevemente otra fricción, no ahora en el ámbito del registro civil, sino al penal. Se trata de la sentencia de la Cámara de lo Criminal y Correccional 9 de Córdoba, Argentina, con fecha de 11 de septiembre de 2019. Se trata del caso de transfemicidio de Azul Montoro. Fue la primera vez que en Argentina se califica como femicidio, de acuerdo al art. 80 del Código Penal argentino, el asesinato de una mujer trans.

Aquí encontramos una disputa de las mujeres trans para ser reconocidas como mujeres. Para ello, paradójicamente, tuvo que ser reconocida previamente como subjetividad odiable. Como señala Sofía Pezzano, «lo que el derecho hace es seleccionar colectivos o individuos y darles el estatus de ser objetos de determinadas emociones y, por ende, merecedores de protección o no frente a determinados actos emocionales. Este proceso de selección es una forma de ejercicio del poder y una forma de sostener qué cuerpos y qué colectivos resultan relevantes para el derecho y para la esfera pública, y cuáles no» (Pezzano, 2023: 145).

5. LA AMBIVALENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también nos puede aportar algunas fricciones. Las sentencias *Goodwin vs. Reino Unido* e *I. vs. Reino Unido*, ambas de 11 de julio de 2002, situaron el camino del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ambas sentencias, el TEDH reprocha a los Estados la vulneración que están haciendo del Convenio Europeo de Derechos Humanos con respecto a las personas trans. Siguiendo esta línea, en el caso *Y.Y. vs. República de Turquía*, de 10 de marzo de 2015, el TEDH exigió que se garantizara que las personas trans pudieran tener documentos oficiales sin pasar por el sufrimiento de los procedimientos médicos, al vulnerar estos el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. También es importante la sentencia *S.V. vs. Italia*, de 11 de octubre de 2018, donde el TEDH plantea la necesidad de procedimientos administrativos para el cambio de nombre y género en los documentos oficiales de forma rápida, transparente y accesible. Además, señala explícitamente que la demora en la tramitación administrativa sitúa a las personas trans en una situación de mayor vulnerabilidad, como también señala en la sentencia del caso *X. vs. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 17 de enero de 2019.

Paradigmática es la sentencia del caso *X. e Y. vs. Rumanía*, de 19 de enero de 2021, donde el Estado de Rumanía se negaba a la modificación de los datos registrales, ya que las personas interesadas no se habían sometido a tratamientos médicos. Aquí el TEDH sitúa de nuevo la vulnerabilidad como eje

central, limitando el margen de apreciación de los Estados, ya que están obligados a promover acciones positivas para que las personas trans que inician una modificación registral puedan sentirse seguras, por lo que la apelación en abstracto a la seguridad jurídica, como hizo Rumanía, no es suficiente para justificar la vulneración de derechos fundamentales.

La línea jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por tanto, sitúa la modificación registral como elemento clave para evitar la vulnerabilidad de las personas trans²¹. Modificación registral que ha de realizarse sin requerimiento de tratamiento médico alguno o valoración pericial. Sin embargo, en la sentencia *Y. vs. Francia*, de 31 de enero de 2023, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que los Estados no tienen la obligación de crear en su legislación un género neutro en sus respectivos registros.

V. CONCLUSIÓN

Lo que se ha situado en este texto es cómo la trampa de la unidad responde a una lógica moderno-colonial que trata de proteger y conservar la tecnología del binarismo sexual. Frente a esta lógica de conservación, cuando otras voces que no ocupan la hegemonía cultural o intelectual del norte global nos acercan a otras experiencias que ponen en cuestión el propio binarismo sexual, las y los tramperos de la unidad reaccionan por medio de un discurso moderno-colonial. Frente a estos, la lucha por ampliar las garantías jurídicas más allá del binarismo sexual también se nos antoja un trampantojo, puesto que el binarismo sexual como tecnología moderno-colonial es friccionado, puesto en tensión, pero no se produce su ruptura. No obstante, esto sí nos indica que por cada nueva fricción puedan abrirse más brechas en el binarismo. La pregunta que queda es si su ruptura supondrá también la ruptura con lo moderno-colonial.

Por tanto, podemos situar dos fases de futuro. La primera ya está sucediendo con las resoluciones judiciales que se han analizado y que friccionan el binarismo sexual. Esta fase debería llevar a la ruptura del binarismo. La segunda fase, y sobre la que sería necesario detenerse en otro lugar, pivotaría en torno a la fricción y ruptura de lo moderno-colonial por medio de un pluriversalismo de confluencia (Sánchez Rubio, 2010).

¿Cómo podría? Ya se han dado algunas pinceladas con María Lugones o Rita Segato. Walter Mignolo señala que «the colonial difference is the space where *local histories* inventing and implementing global designs meet *local*

²¹ Véase Martínez de Pisón Cavero (2022) o Navarro Marchante (2023).

histories, the space in which global designs have to be adapted, adopted, rejected, integrated, or ignored» (2012: XXV). De igual forma, la diferencia jurídico-colonial será aquel espacio constitucional en el que las historias jurídico-políticas locales que están inventando y haciendo reales los diseños constitucionales globales se encuentran con aquellas historias locales que los reciben. La ruptura que se está haciendo del binarismo en el norte global debe ser entendido como un modelo de ruptura local para evitar, precisamente, la advertencia de Mignolo: que ese modelo se convierta en un diseño constitucional global, conquistando, exterminando y negando. De ahí la necesidad de escuchar atentamente las historias locales del sur global. Escuchemos, para poner fin a este texto, una de esas voces desde las entrañas, una voz de quienes han sido silenciadas, *un lugar de habla*:

Acusar-nos de «aficionados por políticas identitarias» é um argumento falacioso, isto é, quando se quer como dado aquilo que se deseja provar, pois o objetivo principal ao confrontarmos a norma não é meramente falar de identidades, mas desvelar o uso que as instituições fazem das identidades para oprimir ou privilegiar. O que se quer com esse debate, fundamentalmente, é entender como poder e identidades funcionam juntos a depender de seus contextos e como o colonialismo, além de criar, deslegitima ou legitima certas identidades. (Ribeiro, 2019: 30-31)

Bibliografía

- Balaguer Callejón, M. L. (2021). La seguridad jurídica en los textos legales. Una legislación sobre los derechos de las personas *trans* en un estado social. En R. M.ª Rodríguez Magda (ed.). *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto* (pp. 221-249). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Balaguer Callejón, M. L. (2023). *Derecho, sexo y filosofía. Transmodernidad y normatividad*. Granada: Comares.
- Bernabé, D. (2018). *La trampa de la diversidad. Cómo el neoliberalismo fragmentó la identidad de la clase trabajadora*. Madrid: Akal.
- Butler, J. (1990). *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*. London: Routledge.
- Calvo Poyato, C. (2024). *Nosotras*. Barcelona: Planeta.
- De Lauretis, T. (1987). *Technologies of gender. Essays of theory, film, and fiction*. Bloomington: Indiana University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-1-349-19737-8>.
- Federici, S. (2013). *Revolución en punto cero*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Foucault, M. (1985). El juego de Michel Foucault. En M. Foucault. *Saber y verdad* (pp. 127-162). Madrid: La Piqueta.
- Foucault, M. (2007). *Herculine Barbin llamada Alexina B*. Madrid: Talasa.
- García López, D. J. (2015). *Sobre el derecho de los hermafroditas*. Sta. Cruz de Tenerife: Melusina.

- Gómez Villar, A. (2022). *Los olvidados. Ficción de un proletariado reaccionario*. Barcelona: Bellaterra.
- Habermas, J. (1985). *Der Philosophische Diskurs der Moderne*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Halberstam, J. (2020). *Wild Things. The disorder of desire*. Durham, C. N.: Duke University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1215/9781478012627>.
- Lugones, M. (2008). The Coloniality of Gender. *Worlds and Knowledges Otherwise*, 2 (2), 1-17.
- Lugones, M. (2010). Toward a Decolonial Feminism. *Hypatia*, 25 (4), 742-759. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2010.01137.x>.
- Martínez de Pisón Caverro, J. M. (2022). La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 38, 105-136. Disponible en: <https://doi.org/10.53054/afd.vi38.9740>.
- Medici, A. (2012). *La Constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat.
- Mignolo, W. (2012). *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledge and Border Thinking*. Princeton, N. J.: Princeton University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.23943/princeton/9780691156095.001.0001>.
- Navarro Marchante, V. J. (2023). La autodeterminación de género en la legislación *trans* en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 417-439. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.51.2023.37515>.
- Oyèwùmi, O. (1997). *The Invention of Women: Making an African Sense of Western Gender Discourses*. Minneapolis, MN.: University of Minnesota Press.
- Pezzano, L. (2023). Imaginando la ley. ¿El derecho odia? En D. del Pozo. *Oído odio*. Granada: Universidad de Granada.
- Platero, L. (2023). Strange Bedfellows: Anti-trans Feminists, VOX Supporters and Biologist Academic. *DiGeSt - Journal of Diversity and Gender Studies*, 10 (2), 124-130. Disponible en: <https://doi.org/10.21825/digest.89997>.
- Platero, L. y Ortega Arjonilla, E. (2016). Building coalitions: The interconnections between feminism and trans* activism in Spain. *Journal of Lesbian Studies*, 20, 46-64. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/10894160.2015.1076235>.
- Ribeiro, D. (2019). *Lugar de fala*. São Paulo: Jandaíra.
- Rodó Zárate, M. (2021). *Interseccionalidad. Desigualdades, lugares y emociones*. Barcelona: Bellaterra.
- Rodríguez Magda, R. M. (2021). La identidad de género y la imposible autodeterminación del sexo. En R. M.^a Rodríguez Magda (ed.). *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto* (pp. 17-46). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez Ruiz, B. (2019). *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un estado paritario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Ruiz, B. (2023). Federalismo competitivo: aportaciones federales a la construcción de una ciudadanía íntima democrática. *Revista de Estudios Políticos*, 201, 47-77.
- Salazar Benítez, O. (2021). La quiebra del sujeto constitucional. Democracia paritaria y ciudadanía cuidadosa. *Derechos y libertades*, 45, 17-56.
- Sánchez Rubio, D. (2010). Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1, 9-31.

- Santos, B. de S. (2014). Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes. En B. de Sousa Santos y M.^a P. Meneses (eds.). *Epistemologías de sur* (pp. 21-66). Madrid: Akal.
- Segato, R. (2015). *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos. Y una antropología por demanda*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Valcárcel y Bernaldo de Quirós, A. (2023). *La civilización feminista*. Madrid: La Esfera de los Libros.
- Villacañas Berlanga, J. L. (2019). *Imperiofilia y el populismo nacional-católico*. Madrid: Lengua de Trapo.
- Willem, C., Platero, L. y Tortajada, I. (2023). Trans-exclusionary Discourses on Social Media in Spain. En T. Krijnen *et al.* *Identities and Intimacies on Social Media* (pp. 185-200). London: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781003250982-15>.
- Winter Pereira, L. (2022). El sujeto constitucional. Entre la abstracción de la ciudadanía y la exclusión de corporalidades otras. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 31.