

Discriminación por identidad de género: Intersexualidad y Derecho

Juliana Renata Mansilla
Armando Ayme Garcia
Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires

Introducción

Desde la antigüedad politeísta, luego la Edad Media en que ideología, moral y derecho eran regidos por los preceptos del cristianismo, pasando por la modernidad con el positivismo biológico, hasta nuestra era signada por las dinámicas de la posmodernidad, el concepto de sexualidad ha sufrido significativas transformaciones en el mundo occidental.

Estas transformaciones en la sociedad y su cultura se han reflejado en el Derecho por medio de la creación de conceptos doctrinarios que acompañan la positivización de los derechos conquistados por las personas, y se han visto reforzados en mayor o menor medida por las políticas tomadas por los Estados para garantizar dichos derechos.

Concretamente, en lo referente a sexualidad, podemos observar normas que reconocen a la persona en tanto tal, derechos y libertades fundamentales que no admiten discriminación por cualidades o accidentes como etnia o sexo. Y del accidente de “sexo”, podemos derivar el género y orientación sexual.

Existiendo estas normas, deben existir también garantías que permitan el goce de estas libertades y derechos ¿Existen estas garantías? ¿son llevadas a la práctica efectivamente? ¿qué derechos que se vulneran cuando existe esta discriminación? ¿cuáles son las ideas y prejuicios presentes en la sociedad? ¿se reflejan en el derecho positivo? ¿puede el derecho positivo influir en estas ideas y prejuicios? ¿qué adaptaciones han habido en uno u otro sentido, y cuánto falta por hacer?

Siendo el ámbito de la intersexualidad muy rico en cuanto a la controversia que genera en torno a las ideas de sexo y género, nos serviremos de este caso para analizar éstas categorías y problematizar en relación al Derecho.

Teniendo en cuenta que hay derechos vulnerados, empezaremos relevando la normativa pertinente tanto a nivel regional e internacional como interno.

Luego, reconociendo que el Derecho como ciencia social se enriquece sirviéndose de otras disciplinas, introducimos conceptos útiles para el entendimiento filosófico/sociológico de la problemática en cuestión. Consideramos que estas ideas ayudan a comprender en mayor profundidad el funcionamiento del fenómeno, y en consecuencia cómo y qué derechos se vulneran en la problemática actual.

A estos fines, nos serviremos principalmente de las normas internas contenidas en nuestra Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional, literatura filosófica y doctrinaria, trabajos académicos y artículos periodísticos y enciclopédicos.

Derechos Existenciales

Adoptamos en lugar de “derechos personalísimos” el término “derecho existencial”¹, que hace referencia a todas aquellas prerrogativas cuya supresión o violación atentan contra la existencia misma de la persona. Estos derechos, poseen un carácter vitalicio, extrapatrimonial, inalienable, oponible ante cualquiera; mientras que por otro lado, tienen por principal objetivo resguardar la vida, el cuerpo y la libertad física.

La autoconstrucción, como primordial derecho existencial, implica la capacidad de dirigir y renovar los proyectos personales a lo largo de la vida. Teniendo en cuenta que los individuos realizan procesos tanto fisiológicos internos como de intercambio con el medio ambiente en que se encuentra (afectando y siendo afectado por el mismo), el reconocimiento de estos derechos, comunes a todos los seres humanos, responde a una idea de igualdad jurídica. A todo ser humano se le debe reconocer el derecho de vivir por sí mismo (y no en interés de la comunidad en la que se encuentre inserto).

Recepción en Derecho Internacional

En el ámbito internacional público, los Derechos Humanos (en adelante los llamaremos DDHH) son paradigmáticos en lo que refiere a protección de derechos existenciales en el ámbito público. En los tratados y declaraciones donde se receptan, la persona es protagonista, y sus derechos frente al Estado son reconocidos como inherentes a sí. A la persona, en tanto ser humano y por su calidad de tal, se le reconocen ciertos derechos basados en la igualdad y sin discriminación alguna. Veamos detalladamente cómo aparece este principio en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional incorporados a la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (art. 75.22):

En el preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos aparece la igualdad de derechos de las personas: *“considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables a todos los miembros de la familia humana [...]”,* seguido del art. 1: *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.* En tanto el art. 2 hace mención al goce que toda persona tiene de sus derechos sin discriminación alguna: *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...]”.*

En los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos también se plantea la igualdad y la no discriminación. Así en el art. 2.2 del PIDESC se establece que *“Los estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier*

¹ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Derecho Civil Parte General. Ed. Astrea. Bueno Aires, 2011. pp 111, a 114.

otra condición social.”. Los Estados parte están obligados a garantizar los derechos sin discriminación alguna. El PIDCP se refiere a la igualdad ante la ley sin ningún tipo de discriminación en su art. 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dice en su art. II: *“todas las personas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.*

En la Convención Americana de Derechos Humanos el art. 1 establece que *“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*²

En todos ellos, se receptan los derechos a la vida, a la libertad y seguridad personal, a la privacidad, la honra, la dignidad, a la familia, a la libertad de pensamiento y expresión, derechos civiles y políticos (personalidad jurídica, participación ciudadana, garantías judiciales, etc.) y derechos económicos, sociales y culturales (a la propiedad, al trabajo, a la educación, la salud, la cultura, etc.).

En la Constitución Nacional, Código Civil Argentino y Leyes Nacionales

La Constitución Nacional no habla sobre el concepto de persona más que a través de los tratados internacionales con jerarquía constitucional antes citados, pero sí reconoce la igualdad en su artículo 16, dando argumento en contra de la discriminación, estableciendo que *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”.*

El recientemente derogado Código Civil, escrito por Vélez Sársfield, está basado en el Esbozo de Freitas, y ambos se inspiran en ideas de Savigny, que en relación a lo que nos

² Además, hay numerosas declaraciones tanto en el Sistema Interamericano como en el Internacional. La Resolución 2807 de la Asamblea General de la OEA (XLIII-O/13) sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género sintetiza derechos, resoluciones anteriores, informes, declaraciones y estudios sobre orientación sexual e identidad de género. Fue aprobada el 6 de junio de 2013 y resolvió, entre otras cuestiones, condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en acceso equitativo a la participación en la sociedad.

compete, fue el primero en formular el concepto abstracto de persona como sujeto de derechos. Freitas hace su formulación en el art. 16 diciendo que persona es “todo ente susceptible de adquisición de derechos”. “Entes” para abarcar tanto los reales (perceptibles por los sentidos) como los ideales (sociedades, corporaciones), y “susceptibles” para expresar una potencia: si hablara de “titularidad”, los esclavos por ejemplo no serían personas (punto de relevancia para la realidad de Brasil en ese entonces). Esto va de la mano de la afirmación de Savigny de que “todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional”, por lo tanto, todo individuo tiene capacidad de derecho.

Al momento de redactar Vélez Sársfield su proyecto, la esclavitud ya se hallaba abolida en nuestro país, por lo que la igualación entre ser humano y persona permitió que los derechos subjetivos fueran garantizados por la Constitución (art. 15 “*En la Nación Argentina no hay esclavos: [...]*”) desde la concepción y por el sólo hecho de la humanidad.

Así, queda plasmada en el art. 51 del Código Civil la definición de persona física: “*todos los entes que presentaren signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”. Varios autores reconocen que la aclaración de “cualidades o accidentes” probablemente esté vinculada con la igualdad de las personas. En el Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1ro de Agosto de 2015 según ley 26.994 no se define a la persona física (que llama humana) sino solamente a la persona jurídica, dejando la definición de “persona” a los Tratados Internacionales de DDHH.

En cuanto a leyes nacionales, podemos encontrar la Ley de Identidad de Género 26.743, sancionada el 9 de mayo de 2012. Establece el derecho a la identidad de género de todas las personas. Así lo define en su art. 1:

“Toda persona tiene derecho:

- a) Al reconocimiento de su identidad de género;*
- b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;*
- c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.”*

En su art. 2, define la Identidad de Género como “*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.*”.

También existe la Ley de Matrimonio Igualitario 26.618. El 15 de julio de 2010 se sancionó esta Ley Nacional que permite el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, siendo Argentina el primer país de Latinoamérica y décimo a nivel mundial en sancionar esta ley. Representó el corolario de una lucha de más de 30 años del movimiento LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales e intersexuales), junto a sectores políticos, sociales, culturales y académicos. La ley concretó el compromiso del Gobierno Nacional en la implementación de políticas de igualdad, inclusión y construcción de ciudadanía que garanticen el ejercicio de los DDHH. Sin embargo, sigue normando de acuerdo a una óptica

heterosexual, imponiendo requisitos como la monogamia y la convivencia en un mismo domicilio, excluyendo formas de afectación y parentesco diversas.

Discriminación por Orientación Sexual, Sexo o Género

Para pensar la problemática de la discriminación por orientación sexual, sexo o género, es inevitable remitirse al punto de partida, el sujeto cuyo derecho está siendo vulnerado. Se trata de la persona humana. Pero ¿qué es humano? O mejor dicho, ¿cómo se determina qué es humano?

Quisiera tomar como punto de partida una cuestión relacionada con el poder, con el poder de regular, un poder que determina, más o menos, lo que somos y lo que podemos ser. No me refiero sólo al poder en un sentido positivo o jurídico, sino al funcionamiento de cierto régimen regulador, un régimen que informa la ley y que también la excede. Cuando se pregunta cuáles son las condiciones de inteligibilidad mediante las cuales surge lo humano y se lo reconoce como tal (...) se pregunta acerca de las condiciones de inteligibilidad que componen las normas, las prácticas, las condiciones que se han convertido en presuposiciones, y sin las cuales no podemos ni pensar sobre lo humano. (...) hay leyes que rigen nuestra inteligibilidad, (...) tenemos modos de conocimiento, modos de verdad que definen la inteligibilidad a la fuerza.

Esto es lo que Foucault denomina la política de la verdad, una política que pertenece a esas relaciones de poder que circunscriben de antemano lo que contará y lo que no contará como verdad, que ordenan el mundo de formas regulares y regulables, y que se llegan a aceptar como un campo específico de conocimiento.³

En lo referente a la sexualidad, lo que hace este régimen regulador es establecer como verdad, como forma regular, el binomio de sexos masculino/femenino, enlazado exclusivamente con géneros masculino/femenino, respectivamente.

Sin embargo, la identidad sexual es un tema complejo y muy debatido en la actualidad. Una definición que podríamos dar es que se trata de una vivencia interna e individual que puede o no corresponder con el sexo asignado al nacer. La orientación sexual es independiente del sexo biológico; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de su mismo sexo, diferente al suyo, o de ambos.

Moore distingue ocho criterios científicamente reconocidos para determinar el sexo: cromosómico, gonadal, hormonal, orgánico interno, genital, habitus sexual, sexo asignado y rol sexual.(...)⁴. Estos criterios permiten diferenciar entre género y sexo: El sexo sólo hace referencia a la anatomía sexual y a los cromosomas. El género es el estado biológico, social y legal que nos identifica como “mujeres” u “hombres”. A su vez existe otra condición natural que es la intersexualidad, donde la persona presenta una discrepancia entre su sexo cromosómico (XX/XY), sus genitales (vagina y pene) y sus gónadas (ovarios o testículos), presentando características propias de ambos sexos.

³ BUTLER, Judith. Deshacer el género. Ed. Paidós. Barcelona, 2006.

⁴ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Derecho Civil Parte General. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2011.

La identidad sexual remite a la realidad psíquica de cada individuo. Cuando la persona no se identifica con el sexo biológico, pero sí con el opuesto, nos encontramos con un caso de transexualidad (puede implicar un cambio sexo genital). En cambio, el homosexual es el que se siente atraído por las personas del mismo sexo pero no siente necesidad de ningún cambio corporal.

Es en estas zonas grises, en estos ámbitos de ininteligibilidad, que surge la discriminación y los abusos a las personas que, según la norma imperante, son “menos que humanos”, ya que no encajan en ninguna de las categorías establecidas. La diversidad de cuerpos y de formas de vida se vuelve inconcebible, al punto de generar vulneraciones no sólo de derechos como la privacidad, la familia, la dignidad, sino lisa y llanamente del derecho a la vida y la seguridad personales.

Es el mismo Estado que al no proteger los derechos de igualdad, expresión y libre ejercicio de la sexualidad, institucionaliza la discriminación. Bourdieu explica que *“Al enunciar con autoridad lo que un ser, cosa o persona, es en realidad (veredicto) en su definición social legítima, es decir, lo que está autorizado a ser, lo que se tiene derecho a ser, el ser social que tiene derecho a reivindicar, a profesar, a ejercer [...] el Estado ejerce un verdadero poder creador, casi divino (y muchas luchas, aparentemente dirigidas contra él, le reconocen de hecho este poder reclamándole que autorice una categoría de agente determinados –las mujeres, los homosexuales- a ser oficialmente, es decir pública y universalmente, lo que por el momento es para sí misma)”*⁵. Y no sólo se da en el Estado, sino que se refleja en la sociedad toda, ya que *“las relaciones de fuerza más brutales son al mismo tiempo relaciones simbólicas y los actos de sumisión, de obediencia, son actos cognitivos que, en tanto tales, ponen en marcha unas estructuras cognitivas, unas formas y categorías de percepción, unos principios de visión y de división: los agentes sociales, construyen el mundo social a través de las estructuras cognitivas”*⁶. Bourdieu evidencia la forma en que se construye un mundo heterosexual, donde las sexualidades disidentes deben sumisión y obediencia a la heteronorma.

Para observar las consecuencias del funcionamiento de estos dispositivos, podemos remitirnos al “caso de Joan/John”, cuyo nombre real era David Reimer:

David nació con los cromosomas XY y a la edad de ocho meses, su pene fue quemado y mutilado accidentalmente durante una operación quirúrgica para rectificar la fimosis (enfermedad en la que el prepucio impide orinar). Sus padres se quedaron espantados y conmocionados y no tenían muy claro cómo reaccionar. Cerca de un año después de este suceso, mirando la televisión se encontraron con John Money hablando sobre cirugía transexual e intersexual y sosteniendo que si un niño/a se somete a cirugía y se le socializa en un género diferente del que fue originalmente asignado al nacer, el niño/a podría desarrollarse normalmente, adaptarse perfectamente bien al nuevo género y vivir una vida feliz. Los padres escribieron a Money y éste les invitó a Baltimore; David fue reconocido por el equipo médico de la John Hopkins University y el doctor Money recomendó

⁵ BOURDIEU, Pierre. Razones Prácticas sobre la teoría de la acción. Ed. Anagrama. Barcelona, 1997.

⁶ idem,

enérgicamente que David fuera criado como una chica. Los padres estuvieron de acuerdo; los doctores le extirparon los testículos y le hicieron una preparación preliminar para el implante de una vagina, pero decidieron esperar a completar la operación hasta que Brenda -éste era el nuevo nombre del niño- fuera más mayor. Así pues, Brenda creció como una chica, con la promesa de que esta apariencia de normalidad le permitiría ser feliz.

Sin embargo, si bien Money siempre ensalzó el éxito del procedimiento, ya que era conveniente para probar sus propias creencias teóricas sobre la neutralidad del género en la primera infancia, la maleabilidad del género o el papel de la socialización en su producción, Brenda nunca respondió realmente en su conducta como una chica.

Del otro lado del espectro, Milton Diamond discutía con Money, sosteniendo la base hormonal de la identidad de género, usando el fracaso del tratamiento de David como prueba, e indicando que en todo caso, la presencia del cromosoma Y en la genética de David, determinaba que debiera someterse a cirugía reconstructiva de pene.

En el medio de la polémica, David (y en menor medida su hermano gemelo que era usado para contrastación) fue víctima de todo tipo de abusos físicos y psicológicos en su calidad de "rata de laboratorio", y también en su vida social, ya que no llegó a definirse en una categoría inteligible hasta entrada su adolescencia, cuando decidió operarse para tener un pene y hacer el respectivo tratamiento hormonal. E incluso después de esto, las consecuencias de los abusos físicos (al extremo de la mutilación) y psicológicos que sufrió en su infancia, hicieron dolorosa su existencia al extremo de la imposibilidad, al extremo del suicidio.

Si bien él no era intersexual ni transexual, su caso evidencia las perspectivas en cuanto al género encarnadas en Money y Moore, que atañen a la problemática. Pero en todo esto no hay comprobación verdadera de si una u otra son correctas.

(...) si los proyectos de reconocimiento que se encuentran a nuestra disposición son aquellos que «deshacen» a la persona al conferirle reconocimiento, o que la «deshacen» al negarle reconocimiento, entonces el reconocimiento se convierte en una sede del poder mediante la cual se produce lo humano de forma diferencial.

(...) Ésta es la coyuntura de la cual emerge la crítica, entendiendo la crítica como un cuestionamiento de los términos que restringen la vida con el objetivo de abrir la posibilidad de modos diferentes de vida; en otras palabras, no para celebrar la diferencia en sí misma, sino para establecer condiciones más incluyentes que cobijen y mantengan la vida que se resiste a los modelos de asimilación.

(...) Al resistirse a la cirugía coactiva, la comunidad intersexual hace un llamamiento para que se comprenda que los niños de condición intersexual son parte de! contínuum de la morfología humana y que deben ser tratados desde el supuesto de que sus vidas son y serán no sólo viables, sino también ocasiones para su florecimiento como personas. Así pues, las normas que gobiernan la anatomía humana idealizada producen un sentido de la diferencia entre quién es humano y quién no lo es, qué vidas son habitables y cuáles no lo son.⁷

⁷ BUTLER, Judith. Deshacer el género. Ed. Paidós. Barcelona, 2006.

Conclusiones

En definitiva, si bien existen normas que regulan y protegen los derechos de todas aquellas personas con identidades sexuales y de género disidentes, son sólo un comienzo. Seguramente se puedan crear figuras legales más inclusivas, más normas operativas y programáticas que crear, y aún queda un largo camino por recorrer en lo que a puesta en práctica de dichas normas respecta. Aún existen gran cantidad de prejuicios que desembocan en crueles actos de discriminación y violencia, y es tarea del Estado impulsar los procesos necesarios para exceder la norma positiva y generar cambios profundos a nivel social y cultural por medio de decisiones políticas que se reflejen en otros campos de la sociedad, por ejemplo, en el campo de la educación o de la comunicación (La ley de Medios es un pasito en esta dirección). He aquí la importancia insoslayable de no perder de vista que el Derecho en tanto Ciencia Social es necesariamente interdisciplinario.

Con miras a estas reflexiones, sería interesante continuar esta investigación en dirección a la importancia del lenguaje en los procesos de colonización por su capacidad de modelar las subjetividades y los cuerpos, y relacionarlo con la heterosexualidad no como práctica sexual sino como régimen político⁸, para decir que la discriminación es fruto de este principio organizador que entiende todo lo que hay en el mundo binómicamente (de acuerdo a la idea de "otredad"), y que una de las formas en que se patentiza materialmente es en la existencia de normas positivas como las que regulan la institución del matrimonio, que como tantas otras categorías heterosexuales, deja afuera infinidad de posibilidades de las que son capaces los cuerpos, potencias, formas de afectación alternativas, y que por lo tanto, por ejemplo, el matrimonio igualitario en lugar de promover el respeto de la diversidad, sólo logra "heterosexualizar" las formas de afectación disidentes.

⁸ WITTIG, Monique. El pensamiento heterosexual y otros ensayos. Ed. EGALES. Madrid, 2006.