

Torroba, E. y Bertolé, C. (2017). "Análisis crítico sobre la condición de niñas y niños intersexuales en la ley 26.743 de identidad de género" *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 7, Nº 2. Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566 pp. 29-43. DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2017-v7n2a02>



ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA CONDICIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS INTERSEXUALES EN LA LEY 26.743 DE IDENTIDAD DE GÉNERO

CRITICAL ANALYSIS ON THE CONDITION OF INTERSEXUAL GIRLS AND BOYS
IN LAW 26.743 OF GENDER IDENTITY

Esteban TORROBA¹ y Cecilia BERTOLÉ²

Resumen

Actualmente se encuentra fuertemente arraigado un paradigma de manejo clínico de la intersexualidad, caracterizado por la realización de cirugías de reconstrucción genital en los primeros años de vida, y terapias hormonales continuas, así como por el desconocimiento posterior del paciente acerca de su condición intersexual a través del ocultamiento o modificación de su historia clínica y la imposición del secreto familiar.

A pesar de los significativos avances de la Ley de Identidad de Género 26.743 en materia de diversidad de género, no contempló específicamente la situación de las intervenciones médicas sobre los nacimientos intersexuales. Esta omisión será analizada como parte de un proceso más profundo de invisibilización cultural de la construcción de cuerpos e identidades, que busca obtener vidas ancladas en una corporalidad homogénea, descifrable, legible y deseable, no subversiva y no vergonzante.

Por otra parte, se enmarca en un esfuerzo concreto para expresar la necesidad de construir un humanismo alternativo que permita el desarrollo de protocolos que no patologicen la intersexualidad y proporcione vías de actuación que faciliten un cambio en el concepto de lo humano y de lo social, para garantizar la dignidad de las personas que no tienen cabida en los esquemas dicotómicos de la identidad sexual.

Palabras clave

Derechos humanos – intersexualidad - ley 26743 – niñez

Abstract

Currently, a paradigm of clinical management of intersexuality, characterized by performing genital reconstruction surgeries in the first years of life, and continuous hormonal therapies, as

¹Abogado. Docente de la Facultad. de Cs Económicas y Jurídicas de la UNLPam. esteban.torroba@gmail.com

²Abogada. Docente de la Facultad. de Cs Económicas y Jurídicas de la UNLPam. ceciliabertole@hotmail.com

well as the patient's subsequent lack of knowledge about their intersexual condition through of concealment or modification of their clinical history and the imposition of family secrecy.

Despite the significant advances of the Gender Identity Law 26,743 regarding gender diversity, it did not specifically contemplate the situation of medical interventions on intersex births. This omission will be analyzed as part of a deeper process of cultural invisibility of the construction of bodies and identities, which seeks to obtain lives anchored in a homogenous, decipherable, readable and desirable corporality, not subversive and not shameful.

On the other hand, it is part of a concrete effort to express the need to build an alternative humanism that allows the development of protocols that do not pathologize intersexuality and provide ways of action that facilitate a change in the concept of the human and the social, to guarantee the dignity of people who have no place in the dichotomous schemes of sexual identity.

Keywords

human rights; intersexuality; girls and boys; gender identity and expression; Gender Identity Law 26.743.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las décadas de 1950 y 1960, con el desarrollo de nuevas posibilidades en terapias hormonales y quirúrgicas, emergió un nuevo paradigma de manejo clínico de la intersexualidad, que perdura de manera hegemónica hasta la actualidad.

La intersexualidad, bajo este sistema de ideas y prácticas, fue definida como la presencia de "órganos sexuales ambiguos", que no encajan en ninguna de las dos categorías sexuales binarias, hombre y mujer, y que, en consecuencia, requiere de intervención clínica para su "corrección" o "normalización".

Ello motivó el desarrollo de protocolos clínicos de actuación que reglamentaron intervenciones específicas, caracterizadas por la realización de cirugías de reconstrucción genital en los primeros años de vida, y terapias hormonales continuas, así como por el desconocimiento posterior del paciente acerca de su condición intersexual a través del ocultamiento o modificación de su historia clínica y la imposición del secreto familiar.

A partir de las décadas de 1990, algunos movimientos activistas ligados al constructivismo social comenzaron a realizar denuncias y cuestionamientos sobre el modo en el que el poder aplicado a la intersexualidad fluye a través de discursos y prácticas. Así, comenzaron a plantear a la intersexualidad como posición identitaria particular y, entre una de sus reivindicaciones más significativas, alzaron la voz por el respeto de la integridad corporal de las niñas y los niños intersexuales frente a las prácticas médicas abusivas. La intersexualidad, a partir de este enfoque, también sirve para introducir y propagar cuestionamientos sobre los esquemas y presupuestos sobre los que se construyen las normas jurídicas sobre la sexualidad y el género.

Por otra parte, paulatinamente, principalmente desde comienzos del nuevo siglo, algunos documentos de derechos humanos han comenzado a cuestionar las prácticas clínicas injustificadas que llevan a la mutilación de cuerpos e identidades de niñas y niños intersexuales.

Este trabajo busca analizar en perspectiva crítica la Ley de Identidad de Género 26.743, que reconoce los derechos al reconocimiento, al libre desarrollo y a un tratamiento adecuado de la identidad de género. Es que, a pesar de los significativos avances de este nuevo cuerpo normativo en materia de diversidad de género, no contempló específicamente la situación de las intervenciones médicas sobre los nacimientos intersexuales.

Esta omisión será analizada como parte de un mucho más profundo proceso de invisibilización cultural de la construcción de cuerpos e identidades, que busca obtener vidas ancladas en una corporalidad homogénea, descifrable, legible y deseable, no subversiva y no vergonzante (CABRAL, 2003: 122).

Por otra parte, el trabajo se enmarca en un esfuerzo concreto para expresar la necesidad de construir un humanismo alternativo que permita el desarrollo de protocolos que no patologicen la intersexualidad y proporcione vías de actuación que faciliten un cambio en el concepto de lo humano y de lo social, para garantizar la dignidad de las personas que no tienen cabida en los esquemas dicotómicos de la identidad sexual.

II. PRÁCTICAS CLÍNICAS DE MUTILACIÓN DE CUERPOS E IDENTIDADES INTERSEXUALES

Las distintas culturas han tratado a los intersexuales de maneras variadas, pero especialmente la historia del análisis médico sobre los cambios en la consideración de los sexos permite tener acceso a un panorama bastante amplio sobre lo sucedido en Occidente. Su consideración matiza entre aceptación, asignación de rasgos de conducta negativos y hasta concesión de caracteres de monstruosidad contrarios a la naturaleza; y su tratamiento oscila entre falta de condena explícita, crueldad y persecución, y, una vez que la evolución tecnológica lo permitió, necesidad de realizar intervenciones quirúrgicas y hormonales para “normalizar” o “corregir” cuerpos e identidades.

La intersexualidad es una palabra relativamente nueva, pero no deja de ser una temática bastante antigua abordada como hermafroditismo. La bióloga Anne Fausto-Sterling realiza un estudio bastante profundo sobre las transformaciones en la consideración y el trato de las personas intersexuales desde la perspectiva médica.

Señala, en primer lugar, que los médicos de la Antigüedad situaban el sexo y el género a lo largo de un continuo y no en las categorías dicotómicas de la actualidad. La diferencia sexual implicaba una variación cuantitativa y los progenitores podían producir hijos con distintos grados de virilidad e hijas con distintos grados de feminidad. En términos generales, afirma que el hermafroditismo estuvo culturalmente aceptado. (Ibídem: p. 50 y 51)

Luego, explica que en la Edad Media se mantuvo la idea del continuo sexual, pero cada vez se realizaron divisiones más marcadas. Los textos médicos medievales refrendaban la idea clásica de que el lado derecho del útero, más caliente, producía varones, mientras que los fetos implantados en el lado izquierdo, más frío, se desarrollaban como mujeres, y los implantados hacia el centro se desarrollaban como mujeres masculinizadas o varones feminizados. A pesar de la extendida incertidumbre sobre sus papeles sociales correctos, la animadversión hacia los hermafroditas se mantuvo relativamente limitada, más bien solían asignárseles rasgos negativos de conducta o de personalidad. Por otra parte, se puede observar un desgaste en la autoridad médica, que vino a ser complementada por las opiniones

de los integrantes de la Iglesia, la judicatura y la clase política. (Ibídem: p. 51 y 52).

También expresa que en el Renacimiento la distinción entre hombres y mujeres devino mucho más tajante, y los hermafroditas debían posicionarse en el sistema dualista, no había lugar intermedio para ellos. Tenían derecho a elegir si querían ser mujeres u hombres, pero una vez adoptada la decisión debían que atenerse a su elección para preservar el orden social. Sin embargo, los sistemas legales y religiosos contemplaron de manera bastante diferente la cuestión del hermafroditismo, dependiendo de cada país. (Ibídem: p. 53 y 54)

Además, la autora indica que entre los siglos diecisiete y diecinueve la biología se constituyó como disciplina organizada y adquirió cada vez más autoridad para decidir sobre los cuerpos. En este contexto, nació la teratología, disciplina que consiste en la clasificación de los “nacimientos inusuales” y en el estudio de las “anomalías anatómicas”. Este nuevo campo pasó a ofrecer una explicación científica para nacimiento de personas con “cuerpos extraordinarios”, y determinó que el nacimiento de hermafroditas era producto de un desarrollo embrionario anormal. Sin embargo, al mismo tiempo, dice Fausto-Sterling, redefinió tales cuerpos como “patológicos”, como “aberraciones curables” en virtud de un conocimiento médico incrementado. Irónicamente, el conocimiento científico sirvió para borrar del mapa precisamente los fenómenos que iluminaba. A mediados del siglo veinte, la tecnología había avanzado hasta el punto de poder hacer desaparecer de la vista cuerpos que en otro tiempo habían sido objeto de asombro y perplejidad, todo en nombre de la “corrección de los errores de la naturaleza”. (Ibídem: p. 54 y 55)

El perfeccionamiento de estas técnicas puede ser enmarcado en un contexto de consolidación y hegemonía del pensamiento positivista de corte antropológico, cuya cientificidad aparecería directamente vinculada a la capacidad de verificación empírica de sus enunciados, que llevó a instalar la tendencia hacia la “medicalización de los problemas sociales”.

En una visión ya construida e instalada socialmente, las partes del cuerpo son dicotómicas y, esencialmente, masculinas o femeninas, y las asunciones científicas sobre el sexo están marcadas y trabajan en esta clave, y muy especialmente el campo médico. La sociedad no tolera la presencia de “cuerpos ambiguos” que puedan cuestionar la existencia y la necesidad de ese esquema binario, y la tecnología se encuentra al servicio de la “normalización”. La posibilidad de reconvertir con cirugía y hormonas a las personas intersexuales terminó por consolidar un protocolo médico de actuación basado en la emergencia³.

Esos protocolos que, aún poseen significativa relevancia, establecen pasos claros para la actuación médica frente al nacimiento de una persona intersexual. Entre las principales premisas y prescripciones, se destacan: las gónadas, las hormonas y los cromosomas no determinaban automáticamente el género de un niño; la conducta y la orientación sexual

³ Generalmente se atribuye el origen de esos protocolos al psicólogo John Money y a los psiquiatras John Hampson y Joan Hampson (“Hermaphroditism: Recommendations concerning assignment of sex, change of sex, and psychologic management”, de 1955). Posteriormente, los estudios del obstetra y ginecólogo Christopher Dewhurst y del pediatra y catedrático de salud infantil Ronald Gordon (“The Intersexual Disorders”, 1969), permitieron llegar a un consenso inédito sobre los tratamientos médicos y quirúrgicos de la intersexualidad.

masculinas o femeninas no tienen una base instintiva innata; la identidad de género es maleable hasta aproximadamente dieciocho meses; el objetivo general de la intervención médica está orientada a asegurar un desarrollo psicosexual correcto; con posterioridad al nacimiento, una vez detectada la intersexualidad, en forma urgente, el equipo médico debe actuar quirúrgica y hormonalmente para asignar al niño de sexo ambiguo el “género adecuado”; luego, el cuerpo médico debe hacer lo necesario para asegurar que los progenitores confíen en que esta ha sido la “decisión correcta”, y así poder promover una formación psíquica y una educación que la respalde y ayude a consolidar un género.

A partir de las década de 1990, desde posiciones ligadas al constructivismo social, nutridas por retóricas postestructuralistas, comenzó a sostenerse que la intersexualidad puede servir como una herramienta de crítica, subversión y deconstrucción de las concepciones dimórficas de la anatomía corporal, así como las concepciones binarias del sexo y del género, en oposición al determinismo y al esencialismo biológico (GONZÁLEZ VAZQUEZ, 2009: p. 236).

Suzanne Kessler sostiene que los equipos médicos que toman la decisión de actuar quirúrgica y hormonalmente para borrar las ambigüedades del sexo justifican sus intervenciones en base a argumentos que tienen como base a la prevención del sufrimiento emocional del futuro niño o de la futura niña. Sin embargo, explica la autora, no se han realizado estudios que confirmen que la presencia de “genitales ambiguos” pueda conllevar consecuencias psicológicas graves. Hoy en día, no se pueden hacer predicciones sobre el impacto cierto que puede tener crecer con esa genitalidad (KESSLER, 1998: pp. 54 y 55). A pesar de ello, se sigue actuando mediante una lógica de mutilación que únicamente busca satisfacer sentidos estéticos y culturales.

Los denominados “genitales ambiguos”, dice Kessler, son aquellos que no encajan en los estándares médicos convencionales de forma y tamaño y responden a la lógica binaria del sexo: el tejido genital se considera pene a partir de 2,5 centímetros y se considera clítoris hasta los 0,9 centímetros; todo genital que se encuentre entre estas dos medidas convencionales, se considera ambiguo e inaceptable, al no representar los modelos genitales establecidos (KESSLER, 1995).

La decisión sobre la asignación de sexo asumida por la clase médica se basa, en la mayoría de los casos, en razones cosméticas y culturales: se tiene sólo en cuenta el tamaño y la funcionalidad del pene para concretar actos sexuales heterosexuales; pero la funcionalidad del clítoris no es nunca considerada, sino sólo el tamaño, que no ha de competir con el tamaño de un pene. Es por ello que los médicos usualmente optan por asignar un sexo femenino, sea el genotipo femenino o masculino, porque es más fácil realizar un conducto que construir un falo (CANO ABADÍA, 2012: pp. 78 y 79)⁴.

Así, en cualquier caso, si el clítoris se considera demasiado grande, o el pene demasiado pequeño, se recomienda reducirlo mediante cirugía. Sin embargo, no se tiene en cuenta que esto constituye una verdadera mutilación genital, muchas veces concretada en múltiples

⁴ Mónica Cano Abadía explica que “Si el bebé es genéticamente XX (genotipo femenino), el tratamiento es rápido y sin cuestionamientos: se procede a la reducción del falo para convertirlo en un clítoris apropiado. Si existe un cromosoma Y (genotipo masculino) se realiza un test para averiguar si el bebé es capaz de producir testosterona y de responder a ella para que el falo se desarrolle como un pene normal. Si no produce o no responde a la testosterona no es considerado como un ser masculino. Los cromosomas son menos importantes que el tamaño del falo”.

cirugías, que suele privar de placer sexual a las personas intervenidas durante el resto de sus vidas, e incluso lesiones irreversibles al sistema reproductivo, a cambio de satisfacer caprichos esencialmente estéticos.

En similar sentido, Luciana Lavigne sostiene que las intervenciones quirúrgicas sobre los cuerpos intersexuales están claramente motivadas por el imperativo heterosexual, en la medida en que las técnicas desarrolladas definen un sentido preciso para el cuerpo en función de las ideas que se tienen respecto de cómo será utilizado ese cuerpo, concretamente, determinando las relaciones sexuales posibles, que responden a un patrón sociocultural de penetración. Este criterio, sostiene la autora, responde a lo que Judith Butler llamó “matriz heterosexual”, es decir, “la rejilla de inteligibilidad cultural a través de la cual se naturalizan los cuerpos, géneros y deseos” (LAVIGNE, 2009: p. 59)⁵.

Con ello, queda en claro que el modo en que las profesiones médicas manejan la intersexualidad está guiado más por creencias culturales sobre el género y los genitales que por la satisfacción de los verdaderos intereses de las niñas y niños. Sólo que los saberes se han instalado en un discurso de prevención de sufrimiento que oculta una realidad social y cultural mucho más cruda, en la que las personas intersexuales carecen de espacio para su propia representación identitaria.

Por otra parte, la intervención busca ser justificada en una presunta “urgencia médica”, que en realidad no es más que una “urgencia social” para actuar, porque así lo exigen las familias, las instituciones que registran nacimientos y la sociedad. En el abordaje contemporáneo de la intersexualidad, la identificación y eliminación de la ambigüedad y de la diferencia están basadas en supuestos que carecen de una base médica real. Se trata más bien de juicios valorativos acerca de lo que son y deben ser las mujeres, los hombres, y su sexualidad.

En la actualidad, a pesar del acuerdo general sobre la necesidad de “corregir” de inmediato las intersexualidades de nacimiento, la práctica médica en estos casos varía mucho. No hay estándares nacionales o internacionales que rijan los tipos de intervención factibles. Muchos protocolos de actuación han incorporado las advertencias formuladas sobre la necesidad de no vulnerar la integridad corporal de las niñas y niños intersexuales, pero los médicos terminan tomando decisiones individuales basadas en sus propias creencias, que no son otras que las de buscar que las personas intersexuales terminen encajando en la sociedad y funcionando física y psicológicamente como “seres humanos normales”. (FAUSTO-STERLING, 2006: pp. 68 y 69)

Pero no se trata de situar la problemática de la intersexualidad únicamente en la órbita de la intervención médica sino, justamente, de producir el deslizamiento que posibilita desnaturalizar las relaciones de poder existentes en las lógicas de intervención, que responden a los principios fundamentales de la medicalización. Detrás de ella, siguen subyaciendo temas silenciados, tales como la concepción binaria de la sexualidad, los roles de género, el papel de la tecnología en la continuidad de estos sistemas y las verdaderas consecuencias de las intervenciones clínicas coactivas realizadas sobre personas intersexuales.

⁵ En el texto, la autora cita la obra “El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad” de Judith Butler, 2001, Paidós Mexicana, México.

Y aún son pocos los sectores que denuncian estas prácticas como verdaderas mutilaciones, de los cuerpos, de las historias personales y de la autonomía para decidir cómo forjar la propia corporalidad e identidad sexuales.

III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS CLÍNICAS DE MUTILACIÓN A NIÑAS Y NIÑOS INTERSEXUALES EN INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS

La normativa internacional de derechos humanos tradicional y general no suele contener disposiciones expresas sobre el derecho a la identidad pero, por comprender los atributos y características que individualizan a cada persona humana, se lo desprende en su complejidad de los derechos a la vida digna, a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la privacidad, a la protección de la familia y del principio de igualdad y no discriminación. Sin embargo, el derecho a la identidad sí ha sido expresamente reconocido por varios instrumentos y estándares internacionales vinculados a los derechos de niñas y niños⁶. Algunos, inclusive, en lo que interesa a este trabajo, han introducido disposiciones específicas que permiten resguardar a las niñas y los niños intersexuales frente a prácticas clínicas nocivas.

En el caso particular de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho del niño a manifestar y preservar su identidad está garantizado por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y se encuentra estrechamente asociado a los principios generales del instrumento, que comprenden la no discriminación (artículo 2), el interés superior (artículo 3), el derecho a ser escuchado (artículo 12) y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6). El derecho a la identidad también se vincula con los derechos a la libertad de expresión (artículo 13), la libertad de pensamiento (artículo 14), la protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (artículo 16), el acceso a la información (artículo 17) y la obligación de los Estados de abolir las prácticas que sean perjudiciales para la salud de las niñas y los niños (artículo 24).

Los "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", conocidos como "Principios de Yogyakarta", aprobados entre el 6 y 9 de noviembre de 2006 en esa ciudad de Indonesia, es uno de los primeros documentos internacionales que adoptó disposiciones específicas para resguardar la orientación sexual y la identidad y expresión de género de las niñas y los niños.

Ya en el preámbulo, vincula las situaciones y experiencias específicas de personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género con los principios del interés superior del niño y el derecho de niñas y niños a ser escuchados.

Paralelamente, el Principio 18 dispone que los Estados deben asegurar que el cuerpo de ninguna niña o niño sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos

⁶ Ver entre otros: Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 8); Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño (Párrafo 15); Resolución No. 58/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (párr. 12); y Resoluciones "Derechos del niño" Nos. 2003/86 y 2000/85 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

que persigan imponer una identidad de género sin el consentimiento pleno, libre e informado de ese niño o niña de acuerdo a su edad y madurez y guiado por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración el interés superior de las niñas y los niños. A su vez, establece deben establecer mecanismos de protección infantil encaminados a que ningún niño o niña corra el riesgo de sufrir abusos médicos.

Por su parte, el Principio 24 obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior.

El Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha dictado varias Observaciones Generales que delimitan la actuación del Estado, de los médicos y de los padres sobre los cuerpos e identidades de niñas y niños.

La Observación General N° 7, "Sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia", del año 2005, propone una definición de primera infancia que incluye a todos los niños pequeños, esto es, desde el nacimiento hasta los ocho años de edad, y los declara titulares de todos los derechos de la Convención en consideración de su progresiva autonomía y exige que sean respetados como personas por derecho propio (CRC/C/GC/07, 2005: párrs. 3 y 5). Resulta destacable que en el marco de las especificaciones sobre el derecho a la no discriminación, se condena la mutilación genital femenina, entre otros, apuntándola como una práctica discriminatoria y que afecta la supervivencia y la vida completa de las afectadas (CRC/C/GC/07, 2005: párr. 11). Por otro lado, se indica que la corta edad de algunos niños los hace dependientes de personas que toman decisiones que afectan su bienestar ante las cuales debe estar siempre presente el interés superior de niño y se refuerza la orden de que cada vez que los niños estén en condiciones de expresar sus opiniones y sentimientos se les oiga y respete. (CRC/C/GC/07, 2005: párr. 14)

La Observación General N° 12, "Sobre el derecho del niño a ser escuchado", de 2009, establece pautas sobre la participación activa de las niñas y los niños en todas las decisiones que puedan llegar a tener impacto sobre sus vidas. Si bien el documento es bastante general, algunas de sus disposiciones permiten concluir que la aplicación de prácticas de mutilación sin su conocimiento y consentimiento se encuentran prohibidas. En primer lugar, cuanto mayores sean los efectos de una decisión sobre la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño (CRC/C/GC/12, 2009: párr. 30). Además, se debe incluir a las niñas y los niños, incluidos los más pequeños, en los procesos de adopción de decisiones sobre su salud conforme a la evolución de sus facultades, suministrándoles información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados (CRC/C/GC/12, 2009: párr. 100).

La Observación General N° 13, "Sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", de 2011, destaca preliminarmente que la inexistencia de violencia contribuye a la realización de la personalidad del niño y a su buen desarrollo, mientras que su

existencia pone gravemente en peligro su supervivencia y desarrollo (CRC/C/GC/13, 2011: párr. 17). Además, el Comité reconoce como formas expresas de violencia a la esterilización forzada, la violencia infligida bajo la apariencia de tratamiento médico, a la mutilación genital femenina y las amputaciones y a la toma de decisiones sin tener en cuenta el interés superior, las opiniones o los objetivos de desarrollo del niño dentro de las instituciones o sistemas (CRC/C/GC/13, 2011: párrs. 23, 29 y 32). También establece que lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención, lo que sin lugar a dudas es un imperativo a la hora de evaluar la posibilidad de un consentimiento informado entregado por los padres de niñas o niños intersexuales o de una decisión meramente médica basada en lo que los profesionales creen mejor para la vida del niño CRC/C/GC/13, 2011: párr. 61.

Paralelamente, en su Observación General N° 14, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", de 2013, el Comité sostuvo que la identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades (CRC/C/GC/14, 2013: párr. 55). De esta manera, es necesario entender que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Por ello, el derecho a la identidad de niñas y niños no solo cubre aspectos vinculados al nombre, a la nacionalidad o el origen familiar, sino también a la construcción de la historia personal y el proyecto de vida, donde pasan a cumplir un papel esencial la orientación sexual y la identidad y expresión de género.

La Observación General N° 15, "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud", de 2013, exhorta a la entrega de información adecuada a las niñas y los niños y a su participación en la toma de decisiones sobre su salud (CRC/C/GC/15, 2013: párrs. 15 y 19). Además, entiende que las fases de la vida de un niño son acumulativas, generando las decisiones actuales múltiples repercusiones hacia el futuro (CRC/C/GC/15, 2013: párr. 20).

Por último, de manera más reciente, la Observación General N° 20 del Comité de los Derechos del Niño, "Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia", de 2016, ha incluido pautas para que los Estados actúen de manera eficaz en la protección de todos los adolescentes gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales frente a todas las formas de violencia, discriminación o acoso. Si bien el documento está especialmente destinado a los adolescentes, el Comité condena la imposición de "tratamientos" mediante los que se pretende cambiar la orientación sexual de una persona, así como el sometimiento de la intersexualidad a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados (CRC/C/GC/20, 2016: párr. 34).

A la luz de los instrumentos y documentos de derechos humanos indicados, se observa una clara prohibición de recurrir a prácticas clínicas para modificar cuerpos e identidades de niñas o niños intersexuales, a menos que exista una urgencia impostergable que ponga en juego su salud y se encuentre justificada a la luz de su interés superior.

IV. LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO EN PERSPECTIVA CRÍTICA. HACIA UN HUMANISMO ALTERNATIVO

Desde el año 2007, la Federación Argentina de Lesbianas Gays Bisexuales y Trans (FALGBT), la Asociación de Travestis Transexuales y Transgéneros de Argentina (ATTTA), la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Cooperativa Nadia Echazú, el Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL), Futuro Transgenérico y algunos grupos independientes venían impulsando propuestas legislativas para garantizar a esos colectivos el derecho a la identidad y el derecho a la atención integral de la salud⁷.

El 8 de noviembre de 2011, las Comisiones de Legislación General y de Justicia del Congreso de la Nación trataron los proyectos presentados por diputados de distintas fuerzas políticas⁸ y aprobaron el despacho para su posterior tratamiento en el recinto. Luego, el 1 de diciembre de 2011, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó por 167 votos a favor, 17 en contra y 7 abstenciones el proyecto de ley de identidad de género. Finalmente, y por 55 votos a favor y una abstención, el Senado de la Nación Argentina aprobó la Ley de Identidad de Género. La Ley fue promulgada por el decreto N° 773/2012 del Poder Ejecutivo Nacional, el 23 de mayo de 2012, y lleva el número 26.743.

Este nuevo cuerpo normativo es el resultado de una profunda e histórica lucha de los movimientos sociales que promovieron la inclusión y reconocimiento de derechos de las personas transexuales, transgénero e intersexuales, como forma de visibilizar públicamente la problemática, de promover un cambio en el paradigma binario de sexo y de género, y de consolidar un instrumento jurídico de importancia para permitir a los miembros de dicho colectivo constituirse en sujetos plenos de derecho.

En esencia, la Ley de Identidad de Género acoge los derechos al reconocimiento, al libre desarrollo y a un tratamiento adecuado de la identidad de género. Estos derechos tienen como base el respeto de una identidad autopercebida, esto es, propia de las vivencias internas e individuales del género tal como cada persona las piensa y las siente, corresponda ésta o no con el sexo y el género asignados al nacer. Y la elección identitaria no depende nunca de intervenciones quirúrgica por reasignación total o parcial de sexo, ni de terapias hormonales u otros tratamientos psicológicos o médicos⁹. El espectro de protección de la Ley es, en esencia, el siguiente:

⁷ Pueden chequearse en la web algunas de las siguientes iniciativas legislativas:

- http://www.lgbt.org.ar/archivos/1736_Identidad_Augsburger.pdf.

- http://www.lgbt.org.ar/archivos/Proyecto_Identidad_Federacion.pdf.

- http://www.lgbt.org.ar/archivos/Proyecto_Reasignacion_Federacion.pdf.

⁸ Entre los proyectos debatidos y de utilidad para la aprobación final de la Ley de Identidad de Género, se encuentran:

- Iniciativa de los diputados nacionales Giudici, Storni, Tunessi y Lanceta: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7243-D-2010>.

- Iniciativa de los diputados nacionales Di Tullio, Cardelli, Ibarra, Parada, Storani, Sabbatella, Cuccovillo, Merchán, Linares, Cortina, Gil Lozano, Alonso, Belous, Benas y Reyes: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7644-D-2010>.

- Iniciativa de los diputados nacionales Conti, Ibarra, Alonso, Donda Pérez, Sabbatella, Rodríguez, Carlotto, Merchán, Di Tullio, Stolbizer, Gil Lozano y Storani:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=8126-D-2010>.

⁹ Ley 26.743 de Identidad de Género, artículos 1, 2 y 4.

a) El derecho al reconocimiento de la identidad de género¹⁰ se ejerce a partir de la rectificación registral del sexo, así como también del cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con la identidad de género autopercebida.

Cualquier persona mayor de dieciocho años se encuentra facultada para solicitar mediante una petición al Registro Nacional de las Personas, o sus oficinas seccionales correspondientes, la rectificación de la partida de nacimiento, enunciando las modificaciones que desea generar entorno al nombre o la imagen. Ante el requerimiento, el oficial público debe proceder a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y expedir un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral solicitada. Por otra parte, en ningún caso esos nuevos asientos y documentos pueden contener referencias a la Ley de Identidad de Género, y rige el principio de confidencialidad en relación a las constancias originarias.

Los trámites para la rectificación registral son personales, gratuitos, no necesitan de la intermediación de ningún gestor o abogado y no dependen de ningún otro procedimiento judicial o administrativo específico.

Por otra parte, la rectificación registral no altera en forma alguna la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pueden corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, incluidas las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados. Los efectos de la rectificación son oponibles a terceros desde el momento de su inscripción registral.

La Ley reconoce a las personas menores de dieciocho años, que así lo manifiesten expresamente, la posibilidad de impulsar al trámite a través de sus representantes legales, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño.

b) El derecho al libre desarrollo de la identidad de género¹¹ comprende la posibilidad de todas las personas mayores de dieciocho años de edad de acceder a intervenciones quirúrgicas y a tratamientos hormonales para adecuar el cuerpo, incluida la genitalidad, a la identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para ello, no existe más requisito técnico que el consentimiento informado.

Además, el sistema público de salud, ya sean efectores estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deben garantizar en forma permanente este derecho. Desde el punto de vista de la cobertura médica de estas prácticas, la Ley dispone su inclusión en el Plan Médico Obligatorio, o el que en el futuro pudiese reemplazarlo.

Para el caso de las intervenciones quirúrgicas en personas menores de edad, además del requisito esencial del deseo expreso de la niña o el niño, la Ley exige la autorización judicial como forma de velar por el respeto de los principios de capacidad progresiva e interés superior.

c) El derecho al tratamiento adecuado de la identidad de género¹² abarca la facultad de exigir el respeto de la elección de un nombre de pila distinto al consignado en el documento nacional de identidad, como forma de adecuarlo a la identidad de género escogida.

¹⁰ Ibidem, artículos 3-10.

¹¹ Ibidem, artículo 11.

¹² Ibidem, artículo 12.

Frente al solo requerimiento, el nombre de pila adoptado debe ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado, nombramiento y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se debe utilizar un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento, y se debe agregar específicamente el nombre de pila elegido por razones de identidad de género.

Las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género reales o percibidas de las personas constituyen un patrón global y arraigado. Entre estas violaciones se encuentran los asesinatos extrajudiciales, la tortura y los malos tratos, las agresiones sexuales y las violaciones, las injerencias en la privacidad, las detenciones arbitrarias, la negación de empleo o de oportunidades educativas, así como una grave discriminación en el goce de otros derechos humanos. Estas violaciones a menudo se ven agravadas por la vivencia de otras formas de violencia, odio, discriminación y exclusión, como aquellas basadas en la raza, la edad, la religión, la discapacidad o la condición económica, social o de otra índole. Pero es preciso señalar que las intervenciones quirúrgicas realizadas a niñas o niños intersexuales, sin urgencia médica real y acreditada, configura también una grave vulneración a su derecho a la identidad.

A pesar de los significativos avances de este nuevo cuerpo normativo en materia de diversidad de género y derecho a la identidad y a la expresión de género, pues sin duda alguna configura una legislación de avanzada en la materia, no contempló específicamente la situación de las intervenciones médicas de “normalización” que se realizan sobre las personas intersexuales recién nacidas.

Las prácticas quirúrgicas y hormonales no justificadas desde un riesgo cierto para la vida o la salud de la niña o niño, exista o no consentimiento de los responsables legales, constituye una práctica que, de acuerdo a como suele realizarse, lesiona en forma grave e irreparable los derechos a la integridad corporal, a conservar genitales aptos para la reproducción sexual, al deseo sexual, a la autonomía decisoria, al consentimiento informado, a la verdad de las historias clínicas, a la construcción de una historia personal y a la identidad sexual.

La única salvaguarda que prevé la Ley respecto de las personas intersexuales menores de edad es la autorización judicial para poder acceder, según sus propios deseos, a la realización de intervenciones quirúrgicas para modificar su genitalidad. En cambio, se presencia una manifiesta omisión de reglas para limitar las intervenciones médicas abusivas. Esto, entendemos, constituye una consecuencia directa del proceso de invisibilización de la medicalización de la intersexualidad, que en la República Argentina es casi absoluto, auspiciado por el discurso de la “urgencia médica”, que trabaja sobre la premura de anclar firmemente el género en un cuerpo que sea reconocido, autorizado y tolerado socialmente.

En este sentido, la normativa pasa a ser incongruente con el espíritu que proclama, pues el derecho a la identidad de género, una vez que las prácticas quirúrgicas y hormonales han hecho su trabajo, queda sumamente retaceado. El efecto del derecho reconocido pasa a ser inocuo frente a las cicatrices que ya se han instalado en cuerpos e identidades. Estas intervenciones deberían ser relegadas hasta que la persona intersexual tenga capacidad y

madurez para decidir si realizarlas o no, y esto implica revolucionar las prácticas de ejercicio del consentimiento informado que, en el mejor de los casos, actualmente los médicos están dejando en manos de los progenitores¹³.

Al momento del nacimiento de personas intersexuales podría pensarse en la designación del género que parezca ofrecer mayor bienestar futuro, sobre la base de las mejores expectativas informadas por experiencias de atribución anteriores, o incluso, como lo reclaman algunos grupos activistas intersexuales, en la inscripción en una categoría distinta a la de hombre o mujer. Pero, en cualquier caso, es necesario diferir las intervenciones quirúrgicas y hormonales para evitar que la vida actual y futura de alguien que aún no puede decidir esté siendo resuelta sin su consentimiento.

Una ética sexual basada en la autonomía y la dignidad de las personas intersexuales necesita mucho más sustento que una ley que restrinja las intervenciones médicas, pero sin duda es un paso indispensable para avanzar en ese sentido.

Pensar alternativas integrales de protección para la intersexualidad demanda la consideración conjunta de un cierto entramado de imaginarios culturales e instancias normativas, que lleven a cuestionar el poder que opera, en el fondo, sobre los temores a la homosexualidad, a una sexualidad femenina emancipada, a la destrucción de ese mismo orden que le sirve de fundamento. Frente a ello, la única alternativa es instalar un humanismo alternativo que no patologice ni medicalice la intersexualidad, que se aleje de la restauración de los cuerpos, que es una fantasía en los libros, pero una pesadilla en la carne. (CABRAL, 2003: p. 123)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cabral, M. (2003). "Pensar la intersexualidad hoy", en "Sexualidades migrantes. Género y transgénero", Diana MAFFÍA compiladora, Feminaria Editora, Buenos Aires, Argentina, pp. 117-126.
- Cabral, M. (2007). "Intersexualidad", en "Diccionario de Estudios de Género y Feminismos", Susana GAMBÁ (comp.), Editorial Biblos, Buenos Aires, Argentina, pp. 179-181. Consultado en el sitio web oficial de Agenda de las Mujeres <http://agendadelasmujeres.com.ar/index2.php?id=3¬a=121>.
- Cano Abadía, M. (2012). "Intersexualidad: una mirada femenina", Revista Feminismo/s, Nº 19, junio, Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, pp. 67-87.
- Comité De Los Derechos Del Niño (2005). Observación General Nº 07, "Sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia", CRC/C/GC/07/2005.

¹³ Es importante recordar que, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 14 y 24 de la Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y el Decreto 1.089/2012, reglamentario de la Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, cuando la madurez y desarrollo permiten a la niña o niño comprender los alcances de las prácticas médicas, el profesional actuante debe necesariamente informar los alcances de las mismas, escuchar su opinión y tenerla en cuenta para decidir su realización.

- Comité De Los Derechos Del Niño (2009). Observación General N° 12, "Sobre el derecho del niño a ser escuchado", CRC/C/GC/12/2009.
- Comité De Los Derechos Del Niño (2011). Observación General N° 13, "Sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", CRC/C/GC/13/2011.
- Comité De Los Derechos Del Niño (2013). Observación General N° 14, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", CRC/C/GC/14/2013.
- Comité De Los Derechos Del Niño (2013). Observación General N° 15, "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud", CRC/C/GC/15/2013.
- Comité De Los Derechos Del Niño (2016). Observación General N° 20 del Comité de los Derechos del Niño, "Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia", CRC/C/GC/20/2016.
- Butler, J. (2001). "El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad", Paidós Mexicana Editorial, México.
- Donnelly, M. (1990). "Sobre los diversos usos de la noción de biopoder", en Gilles Deleuze, "Michel Foucault, Filósofo", Gedisa, Barcelona, España.
- Fausto-Sterling, Anne (2006). "Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad". Editorial Melusina, Barcelona, España.
- Foucault, M. (1976a). "Historia de la sexualidad, voluntad de saber", Siglo XXI Editores, Distrito Federal, México.
- Foucault, M. (1976b). "Curso del 7 de enero de 1976 en el en el Collège de France", incorporado a "Microfísica del poder" (1992), Ediciones de la Piqueta, Madrid, España, pp. 147-161
- Foucault, M. (1977). "Dits et écrits", en Giorgio Agamben, Revista Sociológica, año 26, N° 73, mayo-agosto de 2011, pp. 249-264.
- Foucault, M. (1978). "Seguridad, territorio, población", Fondo de Cultura Económica, 2006 Buenos Aires, Argentina.
- Foucault, M. (1996). "Tecnologías del yo", Ediciones Paidós, Barcelona, España.
- González Vazquez, A. (2009). "Michel Foucault, Judith Butler, y los cuerpos e identidades críticas, subversivas y deconstructivas de la Intersexualidad", Revista Isegoria de Filosofía Moral y Política N° 40, enero-junio, Madrid, España, pp. 245-258.
- Hubert, D. y Rabinow, P. (2001). "Michel Foucault: más allá del Estructuralismo y la hermenéutica", Nueva Visión Argentina, Buenos Aires, Argentina.
- Kessler, S. (1995). "Meanings of Gender Variability Constructs of Sex and Gender", artículo presentado como parte del simposio plenario titulado "Genitals, Identity, and Gender," en la Society for the Scientific Study of Sexuality, Noviembre, San Francisco, Estados Unidos. Consultado en el sitio web oficial de la Intersex Society of North America (ISNA): <http://www.isna.org/books/chrysalis/kessler>.
- Kessler, S. (1998). "Lessons from the Intersexed", Rutgers University Press, Nueva Jersey, Estados Unidos.
- Lavigne, L. (2009). "La regulación biomédica de la intersexualidad. Un abordaje de las representaciones socioculturales dominantes", en "Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano", Mauro Cabral editor, Anarrés, Mulabi y Astraea Editoriales, Córdoba, España, pp. 51-70.

- Toscano López, D. G. (2008). "Un estudio del biopoder en Michel Foucault", Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Filosofía, Bogotá, Colombia.

