

Daniel J. GARCÍA (ed.),
Sobre el derecho de los hermafroditas
editorial Melusina, 2015, 239 pp.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ
Universidad de Córdoba

Palabras clave: Identidad de género, intersexualidad, masculino, femenino.
Keywords: Gender identity, intersexuality, male, female.

“... al no ser los hermafroditas unos monstruos y al ser considerados en el conjunto de las personas libres...”¹

Como bien apunta Judith Butler, “la justicia no es solo o exclusivamente una cuestión de cómo se trata a las personas o de cómo se constituyen las sociedades. También atañe a las decisiones, y a sus consecuencias: qué es una persona y qué normas sociales debe respetar y expresar para que se le asigne tal cualidad, cómo reconocemos o no a los otros seres vivientes como personas dependiendo si reconocemos o no la manifestación de una cierta norma en y a través del cuerpo del otro”². El libro editado por Daniel J. García nos habla precisamente de todo eso que apunta la cita de Butler, es decir, de personas, de cuerpos, de reconocimiento y de justicia. Y lo hace a través de una mirada no solo jurídica, yo diría que también ética, sobre la intersexualidad. El volumen rescata un texto olvidado en la Bibliothèque Nationale de Estrasburgo, una tesis defendida el 13 de junio de 1788 por un joven de 19 años en la Universidad de la misma ciudad. Con el título de *Sobre el derecho de los hermafroditas*, la tesis sienta las bases para la intervención médica sobre el cuerpo intersexual y describe el procedimiento para determinar con qué sexo debe manifestarse el hermafrodita. En primer lugar, debe ser un

¹ Punto VIII, tesis *Sobre el derecho de los hermafroditas*, p. 233.

² J. BUTLER, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2010, p. 90.

experto el que analice el cuerpo y determine cuál es su verdadero sexo. Si se encuentran dificultades para determinarlo, se le debe asignar el masculino (la presunción de masculinidad tiene sentido desde el momento en que solo el varón gozará de todos los derechos). Por último, habrá de atenerse a las inclinaciones predominantes bajo un juramento cuya transgresión puede suponer la persecución del hermafrodita.

La tesis del joven Pierre François Monet se sitúa en lo que Daniel J. García denomina como “falsa humanización de las penas” propia del pensamiento ilustrado ya que, efectivamente, deja de considerar a la persona intersexual como un monstruo pero se le considera en todo caso necesitado de una normalización disciplinaria. Poco hemos avanzado en estos siglos en la mirada jurídica sobre una realidad que sigue estando condicionada por la preeminencia del binomio masculino/femenino como definidor de los seres humanos y, por lo tanto, como criterio determinante para hacer posible lo que el constitucionalismo democrático califica como “libre desarrollo de la personalidad”. Es decir, y esta es la gran cuestión que nos plantea García en el estudio previo a la tesis de Monet, uno de los grandes retos en el siglo XXI desde la perspectiva de los derechos individuales es la superación de la definición de “normalidad” marcada por el eje patriarcal hombre/mujer y la efectiva garantía del derecho que solo tímidamente los ordenamientos empiezan a reconocer³. Me refiero al derecho a la identidad de género, el cual por ejemplo se contempla de manera expresa en el Estatuto de autonomía de Andalucía aprobado en 2017 (art. 35). Y es que aunque efectivamente en países como el nuestro se ha producido un significativo avance, jurídico y social, en cuanto al reconocimiento de la diversidad afectivo/sexual, todavía quedan por garantizar de manera coherente con el principio de dignidad los derechos de las personas transexuales –prisioneras todavía de un enfoque patologizador– como los de las intersexuales, condenadas a ser encuadradas en una de las dos categorías que de manera reduccionista sirven para ubicarnos social, política y jurídicamente como sujetos. De ahí que tanto la

³ *“Ne è un esempio il binarismo sessuale che caratterizza le moderne società occidentali, secondo cui al binomio femmina-maschio deve corrispondere una donna o un uomo con un’identità di genere conforme al sesso biologico e con un orientamento sessuale di tipo eterosessuale. Ciò che non rientra in questa polarizzazione –più o meno accentuata a seconda dei contesti e dei periodi storici–, ciò che non è considerato conforme ai modelli dominanti e ai dispositivi normativi di sesso e genere, è etichettato come sbagliato, a-normale, patologico: si cerca quindi di nascondere, modificandolo e “curandolo”. L. GIACOMELLI, “Quando la vita infrange il mito della normalità: il caso dei minori intersessuali”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, num. 4, 2012, p. 597.*

transexualidad como en mayor medida la intersexualidad supongan un auténtico desafío a un sistema de derechos fundamentales *generizado* así como al entendimiento de un principio de igualdad que sigue respondiendo a las exigencias de unos estándares que dificultan el auténtico reconocimiento de las diferencias.

De ese gran reto, lamentablemente tan invisible todavía en las Ciencias Sociales y no digamos en las Jurídicas, se ocupa Daniel J. García en el extenso estudio previo a la tesis de Monet. Un estudio en el que el filósofo del Derecho realiza un prolijo recorrido histórico por ese mundo de “monstruos”, de seres fuera del curso de la Naturaleza, que durante siglos fueron sometidos al peso duro de la ley, y frente a los que siempre ha existido como una especie de pugna entre el discurso médico y el jurídico. En todo caso, la idea dominante durante siglos, e incluso me atrevería a afirmar que todavía presente hoy, es que la persona intersexual “desafía las normas jurídicas, morales, teológicas y biológicas”. Lo que ha ido cambiando ha sido la manera en que las sociedades, y más en concreto sus ordenamientos, han respondido a ese desafío.

Esos cambios, sin embargo, podríamos afirmar que han sido más aparentes que reales. Es decir, el intersexual ha sido y es sometido a un castigo. Lo que ha ido modificándose es el carácter de ese castigo: inicialmente penal, posteriormente médico, siempre moral. De hecho, la humanización que supusieron los códigos penales modernos fue, como bien explica García, una ficción. Solo hubo mudanza en cuanto al lugar de la pena: “se pasa de la hoguera del juez al quirófano del médico”. De esta manera, “se mantenía la inmunización jurídica de la dualidad de sexos”.

Por supuesto también han existido grietas en ese discurso dominante. Daniel J. García se refiere a algunas de ellas. Por ejemplo es muy llamativo el caso del valenciano Lorenzo Mateu y Sanz que en 1676 publicó una obra titulada *Tractatus de re criminali* en la que defendía la inexistencia de fundamento jurídico alguno que legitimase el castigo de las personas que nacen con dos sexos. Nadie podría oponerse a los designios de la Naturaleza que es capaz de crear cuerpos diversos en los que incluso pueden convivir dos sexos.

Como bien señala Daniel J. García, el siglo XIX marcará el traspaso de estas cuestiones del ámbito jurídico al saber médico. Este cambio se sustentará además sobre los dos ejes que van definir las subjetividades y, en consecuencia, el estatuto jurídico de los individuos: los binomios hombre-mujer y heterosexual-homosexual. De esta manera, la medicina tendrá un papel esencial

en la configuración de eso que ha llegado incluso a definirse como régimen político: la *heteronormatividad*. Este régimen biopolítico se articula sobre las siguientes normas: el dimorfismo sexual (dos exclusivos sexos), el esencialismo biológico (cada sexo posee diferentes funciones), la dualidad de géneros (a cada sexo biológicamente predeterminado le corresponde un género con sus respectivos roles sociales) y las prácticas sexuales reproductivas.

De esta manera se crean las identidades individuales –“se es hombre en tanto propietario de un pene; se es mujer en tanto que no propietaria de un pene”– y se estructuran unas relaciones de poder. En esas relaciones, el experto en medicina ocupará un lugar esencial, produciéndose un cambio en los mecanismos punitivos: “1) quién juzga y administra la pena (del juez al experto); y 2) sobre quién juzga y se administra la pena (del suplicio del cuerpo al alma del delincuente)”. De esta forma, las instituciones médico-jurídicas tendrán un papel esencial en la definición del sujeto moderno y, en consecuencia, en el reconocimiento del correspondiente estatuto jurídico que suponen los derechos fundamentales. Al mismo tiempo ese poder define las “fronteras” y marca quiénes se quedan al margen, quiénes son peligrosos, quiénes deben ser mirados con desconfianza por el sistema ya que cuestionan en sí mismos las bases del orden político, social y hasta económico. De esta manera, el binarismo sexual conlleva una violencia implícita y desempeña además una función cultural y social.

El cuerpo hermafrodita es pues administrado por terceros, que son los que en su caso deciden cuál debe ser su identidad. Esa “administración” se producirá a partir del análisis de las gónadas en un primer momento y mediante la cirugía después. El investigador John Money fue clave en hacer que la mirada clínica se posara sobre los genitales: “para que las personas, desde la infancia, puedan desarrollar una identidad de género estable –y... ser felices y gozar de salud mental–, se deben conseguir los genitales correctos”. La combinación de procedimientos disciplinarios (corrección quirúrgica) y mecanismos de regulación (elementos psicosociales) provocará finalmente la esencialización de la heterosexualidad.

Cuando nace un bebé con genitales ambiguos se ha de proceder, en un plazo medio de 72 horas tras su nacimiento, al diagnóstico y a la fijación del sexo a través de la cirugía normalizadora o correctiva de urgencia, que está cubierta por la seguridad social. En ese plazo de tiempo, los “expertos médicos” deben decidir y determinar qué sexo asignar y construir quirúrgicamente. La cirugía pretende únicamente acomodar los genitales del bebé a

las expectativas de cómo debe desarrollar su género en condiciones de normalidad. De esa forma, como bien concluye el autor, “un problema social (y/o estético) se *cura* médicamente”. Una cura en la que “el tamaño importa” pues es decisivo el tamaño del pene y la capacidad para tener relaciones coitales heterosexuales. De esta manera, el régimen heteronormativo impone su jerarquía de sexualidades y deseos.

Las personas intersexuales acaban siendo prisioneras de un “círculo vicioso” que el “régimen” alimenta con la ayuda de los saberes/poderes: “el médico construye la sexualidad del intersexual porque la ley determina que solo han de existir dos sexos, pero la ley establece la dualidad porque el saber médico hegemónico señala que existen dos sexos”. Una vez esculpido el cuerpo, los instrumentos de socialización (familia, escuela) harán el resto para que el individuo se ajuste a las expectativas heterosexuales.

A la intervención quirúrgica no solo hay que sumarle la hormonal y la psicológica, sino también la jurídica. La inscripción en el Registro Civil sanciona jurídicamente la heteronormatividad, ya que su actuación se apoya en tres principios: la existencia de dos sexos, la heterosexualidad como norma y la esencialización psicológicamente saludable de los roles de género. Todo ello conduce a que nos hagamos con Daniel J. García dos preguntas inevitables: “¿Por qué se patologiza la diferencia o la transgresión en lugar de socializarla? ¿Por qué seguir manteniendo la política de los dos sexos cuando existen evidencias corporales que la cuestionan?”

El recorrido anterior nos lleva finalmente al cuestionamiento de un marco jurídico oscuro, complejo y con lagunas que, como bien apunta el autor, acaba avalando una suerte de *mutilación genital*: “una forma consentida de un ritual iniciático a la heterosexualidad a través de la tortura”. Una mutilación disfrazada de *habilitación* que hace que nos planteemos con García preguntas de difícil respuesta como por ejemplo si ante personas con capacidades intelectuales diversas a la media aceptaríamos un tratamiento quirúrgico para reconducirlas a la “normalidad”.

Evidentemente estamos ante una clara vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), además de otros derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Una discriminación que, además, se suma a la evidente lesión de la autonomía del paciente reconocida legalmente y que plantea singulares dificultades cuando nos encontramos con menores de edad cuya voz se omite, desconociéndose por tanto las previsiones del Convenio de Nueva York (art. 12). La falta de

regulación jurídica hace finalmente que el interés del menor sea determinado en exclusiva por el equipo médico y de acuerdo con el objetivo de “normalización”. De esta manera además se conculca incluso el posible derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario. ¿Podría este personal negarse por razones de conciencia a realizar la cirugía? ¿La urgencia *psicosocial*, o lo que es lo mismo, la heteronormatividad, sería un posible límite de orden público? Unas preguntas de momento sin respuesta aunque podrían empezar a encontrarla tras la más que discutible y reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2015. La complejidad en todo caso de la situación demandaría acudir a instrumentos como la mediación mediante la cual se garantizaran, por encima de todo, los derechos de la persona menor de edad y no tanto la normalización médica y social del individuo cuyo sexo no responde a los patrones del binarismo.

Poco a poco, sin embargo, parece que nos encaminemos hacia un cambio de paradigma en torno a la intersexualidad, de manera que podemos afirmar que estamos iniciando lo que algunos han calificado como *la era del consentimiento*. Además de varias iniciativas que han ido empoderando en las dos últimas décadas al colectivo intersexual, y de los cambios de nomenclatura avalados por diversas publicaciones científicas, también jurídicamente han empezado a producirse internacionalmente pasos que indican una evolución. Así por ejemplo la Corte Constitucional colombiana dictó en 1999 una sentencia que entendió la cirugía de normalización contraria a los derechos del menor. En 2006 se firmó el *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*, que cuestionaba la cirugía realizada a tan temprana edad. La ONU reconoció en 2013 dichas intervenciones como una práctica de tortura infantil. El mismo año que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emite la Resolución 1952 (2013) *Children`s right to physical integrity*, en la que se insta a la eliminación de los tratamientos médicos innecesarios. En noviembre de 2013 el gobierno alemán introdujo la posibilidad de que un bebé sea registrado como de “sexo indeterminado”, lo cual vuelve a plantearnos de nuevo el dilema de si los dos únicos sexos posibles son el masculino y el femenino. Finalmente, el 1 de abril de este mismo año Malta aprueba una histórica Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales, en la que, entre otras prohibiciones, se impide a los profesionales sanitarios realizar cualquier tratamiento de asignación de sexo o intervención quirúrgica a menores de edad. En todo caso, será el menor el que debe decidir si quiere someterse a un tratamiento.

Todos estos avances son significativos pero continuarán siendo débiles si no superamos las categorías hombre/mujer como definidoras de las únicas identidades, y de los únicos deseos, posibles. Es decir, si no acabamos con un régimen político y jurídico que continúa ejerciendo violencia sobre determinados individuos. Una violencia que, volviendo a la Butler, “emerge de un profundo deseo de mantener el orden del género binario natural o necesario, de convertirlo en una estructura, ya sea natural, cultural, o ambas, contra la cual ningún humano pueda oponerse y seguir siendo humano”⁴. Dicha violencia no es sino el resultado de un entendimiento del principio de igualdad como un criterio clasificatorio que sirve para “asimilar” y “excluir”, es decir, que se basa en la prepotencia de un estándar y en el “no reconocimiento” de las diferencias⁵. Estas diferencias no serán reconocidas y garantizadas mientras que no “deconstruyamos” el estándar (patriarcal/heteronormativo) y alumbramos un nuevo paradigma jurídico apoyado en la polifonía de voces e identidades. Ello supondrá atacar de raíz un derecho que continúa siendo *sexista, masculino y sexuado*⁶ y, por lo tanto, descontaminarlo de las construcciones sociales culturales dominantes que se esconden, cada vez con mayor dificultad, bajo de la máscara de la norma neutral, abstracta y universal.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ
Universidad de Córdoba
e-mail: octavio@uco.es

⁴ J. BUTLER, *Deshacer el género*, cit., pág. 59.

⁵ L. FERRAJOLI, “La differenza sessuale e le garanzie dell’eguaglianza”, *Democrazia e diritto*, 33, n. 2, 1993, pp. 49-73.

⁶ C. SMART, “The woman of legal discourse”, *Social and Legal studies*, vol. 1, 1992.