

| ARTÍCULO

Sobre el derecho, la medicina y los cuerpos en transformación. Hacia un modelo normativo de autodeterminación sexual Law, medicine and changing bodies. Towards a normative model of sexual self-determination

Víctor Merino i Sancho
Área de Filosofía del Dret
Universitat Rovira i Virgili

Fecha de recepción 08/01/2017 | De aceptación: 08/06/2017 | De publicación: 28/06/2017

RESUMEN

En este trabajo se parte de las tesis de Foucault sobre la integración de ciertos dispositivos de control y de un régimen médico-sexual en el Derecho, que definieron las identidades de los sujetos, para explicar el modo en que estos mecanismos han influido en la regulación jurídica de los cambios de identidad de género. Asimismo, se detalla cómo la medicalización de las identidades por parte del Derecho contradice la evolución del concepto de género. A partir de este análisis, el artículo propone una reflexión sobre algunos cambios legislativos recientes y sobre los puntos de encuentro y desencuentro entre las diversas corrientes al objeto de defender un nuevo discurso justificatorio capaz de reinterpretar los conceptos de autonomía y autodeterminación sexual

PALABRAS CLAVE

bionomía, medicalización, identidad de género, transexualidad, autodeterminación sexual

ABSTRACT

Taking into account Foucault's thesis about security dispositives and the medical-sexual regime within law, which have defined the identity of subjects, this paper focus on how these have influenced the legal regulation of gender identity changes. Furthermore, it also focus on how the medicalization of gender identities contrasts with the meaning of concept provided by gender studies. Thus, an examination of recent regulatory changes and the crossing points among the former theories is proposed with a view to promote new meanings and justify discourses in order to reinterpret the concepts of autonomy and sexual self-determination.

KEY WORDS

biolaw, medicalization, gender identity, transsexuality, sexual self-determination

Introducción*

En la actualidad, existe un debate sobre la despatologización de las identidades transgénero y los efectos que tendría en el Derecho. Este debate, incipiente todavía en el contexto español y en algunos ordenamientos de su entorno, merece una especial atención por lo que se refiere a las razones y justificaciones de las normas que regulan la identidad. Ésta es la premisa inicial de este trabajo: no se ha prestado suficiente atención al modo en que las normas jurídicas –y las convenciones políticas– influyen en el proceso de conformación de nuestras identidades de género y en la forma de pensar nuestros cuerpos, es decir, al modo en que somos construidos como sujetos de Derecho de acuerdo con presupuestos vinculados también al discurso médico. En este escenario, otros cuerpos, identidades y relaciones ubicadas fuera de dicha normatividad, identidades y relaciones que interpelan a un Derecho rígidamente anclado en presupuestos políticos y significados sociales asignados a cada uno de los cuerpos y sexos –(re)producidos, a su vez, por el propio Derecho–, han recibido a lo largo de la historia un tratamiento jurídico resuelto bien en el

vacío regulador, bien en la prohibición y últimamente sujeto a categorías médicas. Todo ello en cuanto que el Derecho, por tanto, no ha dado un significado diferente a las categorías «sexo» y «género» mediante su propio lenguaje, sino que ha optado por recurrir a otros discursos, como el médico (Borrillo, 2013: 45). Esto, en mi opinión, ha permitido la persistencia y reproducción de las relaciones de dominación y poder por razón de orientación sexual e identidad de género.

Sitúo este estudio en el contexto normativo español y propongo retomar las tesis de Foucault sobre la medicalización y la disciplina de los cuerpos mediante la anatomopolítica del cuerpo humano y su normalización disciplinaria, como el dispositivo de la sexualidad (recogidas en sus conferencias en el *College de France* desde 1974 y en los cursos de medicina social celebrados en Rio de Janeiro desde ese mismo año, y con posterioridad en *La voluntad de saber*), para identificar y cuestionar las normatividades derivadas de los discursos y de una visión patologizante de la transexualidad (y de la homosexualidad). Discursos que se convierten en una tecnología de la sexualidad en sentido foucaultiano. Frente a la singularización de las identidades de género a partir de categorías inmutables que sostienen el correlato entre sexo, género y cuerpo (García López, 2015: 396 y 397), se aportan nuevos elementos de análisis que

* Agradezco los comentarios y la discusión de versiones previas de este trabajo a los profesores Mario Ruiz, María José Añón, Gerard Coll-Planas y Pablo Miravet.

enfatan la construcción simbólica de los cuerpos con el fin de esclarecer en el plano teórico y, de acuerdo con las teorías críticas aportadas por los estudios de género y *queer*, subvertir en el plano práctico las relaciones de dominación y poder que el pensador francés había diseccionado.

El objetivo es ofrecer razones para justificar el reconocimiento de una identidad de género autodesignada que no se apoye necesariamente en el discurso médico y profundizar en los efectos que la vindicación de un posible sujeto contextualizado y con una identidad de género diversa al binomio normativo hombre/mujer puede tener en los ámbitos del Derecho y la política. Así, se aportan justificaciones a un posible derecho de autodeterminación sexual que enfatice el carácter y origen social de las identidades recurriendo a conceptos y categorías incluidos en la agenda teórica –tal es el caso, por ejemplo, del género en los estudios feministas, pero también la sexualidad o el cuerpo, como sostienen las teorías *queer*–, que tradicionalmente han definido a los sujetos, y que siguen considerándose inmutables en numerosos ordenamientos. Para acometer el análisis de los potenciales cambios asociados a aquel reclamo o vindicación recurriré a discursos justificatorios sugeridos por Heller o Nussbaum que, entiendo, pueden proveer de un fundamento teórico-político más sólido a las demandas de estos sujetos y

tomaré como referencia las recientes modificaciones legislativas de algunos ordenamientos en la materia, como ahora Malta o Argentina. Se trata, en suma, de aportar una reflexión sobre la bionomía y explicitar que el reconocimiento de las experiencias individuales y sus matices de carácter político son razones suficientes que justifican el reconocimiento de la identidad de género autodesignada.

1. Contexto sacionormativo: La consolidación de la medicalización en el ordenamiento jurídico español

1.1. La medicalización como estrategia de control en los ordenamientos jurídicos y elemento definitorio de las «otras» identidades

En este trabajo parto de la tesis de la *medicalización* que, de acuerdo con Foucault, trata de explicar el proceso mediante el cual la medicina se generaliza y su ámbito de estudio y análisis deja de ceñirse a la enfermedad para extenderse a “la existencia, la conducta, el comportamiento, el cuerpo humano” entendidos en su globalidad (Foucault, 1996: 85 y sig.). A consecuencia de ello, la medicina se convierte en una estrategia biopolítica (como el mismo autor sugiere más tarde en *La voluntad de saber*), pues sirve como discurso o mecanismo de difusión del poder y abarca no solo los cuerpos individuales

sino que se socializa y permea todas las estructuras, convirtiendo al médico en agente que disciplina los cuerpos (individuales) para asegurar el buen funcionamiento del cuerpo (social) (Foucault, 1996: 104). Para lograr este control, y bajo unos presupuestos políticos y económicos de nuevo cuño, la burguesía y el liberalismo del siglo XIX se interesan en la articulación de renovadas posiciones de poder (Foucault, 1992: 150 y sig.), que se lleva a cabo con la asunción del discurso médico considerado objetivo y veraz por parte del Derecho. Desde estas premisas, conviene explicar cómo este último interioriza y acepta parte de estos dispositivos o sus fines, en la medida en que ha recurrido al saber/poder médico para imponer nociones y significados que mantienen relaciones de poder (Fausto-Sterling, 2000: 7 y 8).

El recurso a la medicalización desplaza el análisis de las normas a los procesos de *veridicción* o creación de verdad de los mecanismos y técnicas de disciplina que exceden del Derecho y la antigua noción de soberanía. Es importante, pues, desvelar cómo este recurso al discurso médico juridifica la verdad que este último produce, convirtiéndose en un dispositivo de control propio de las ciencias médicas (Foucault, 1992: 149). Esto mismo permite identificar los resortes y mecanismos subyacentes a la ciencia, la economía o la ideología, que a su vez conforman las identidades subjetivas y disciplinan el propio

cuerpo. En concreto, el discurso biomédico, es decir científico, ha servido para atribuir significado a las categorías de sexo, género y sexualidad, y se asumen con posterioridad por el Derecho dando significado jurídico a determinados rasgos y características fisiológicas o psicológicas, mediante proposiciones susceptibles de ser consideradas verdaderas y/u objetivas por tener dicho origen¹ (Castel, 1977: 45).

Este régimen médico-sexual, en términos foucaultianos, se instaura definitivamente en el Derecho cuando la sexualidad pasa a considerarse objeto de estudio científico, la denominada *scientia sexualis* que, al igual que ocurre con la medicina, también supera el paradigma clásico de sexualidad y somete al cuerpo (en sus dos sentidos, del individuo y de la población) a una irrefrenable ansia de saber a la vez que constituye un dispositivo de la sexualidad (Foucault, 2002: 44 y sig.). En connivencia con las ciencias médicas y psicológicas, el Derecho crea incluso una categoría específica para los sujetos que realicen conductas emplazadas en los márgenes de la normatividad hegemónica. Esto es, la identidad homosexual se acoge en los

¹ De ahí que Foucault sostenga en una conferencia sorbe la anormalidad que “si bien es cierto que los juristas de los siglos XVII y XVIII inventaron un sistema social que debería ser dirigido por un sistema de leyes codificadas, puede afirmarse que en el siglo XX los médicos están inventando una sociedad ya no de ley, sino de la norma. Los que gobiernan en la sociedad ya no son los códigos sino la perpetua distinción entre lo normal y lo anormal, la perpetua empresa de restituir el sistema de la normalidad” (Foucault, 1996: 76).

ordenamientos. Esta identidad de los sujetos se supedita, por tanto, a las prácticas sexuales, con independencia de los atributos o rasgos de carácter biológico, dada la indeterminación de su origen o causa. De este modo, se legitima una «caza de las sexualidades periféricas» que no necesariamente están prohibidas sino que son sometidas a sospecha, examen u observación por parte del médico, de ahí que se imponga la confesión como modelo (García López, 2015: 408 y sig.), con base en la identificación/confusión entre pecado/perversión/anormalidad y en la «especificación de un tipo de concreto de individuo» –como ocurre con la identidad homosexual– que no había existido antes de la arriba mencionada reducción de las identidades (Foucault, 2002: 23 y sig.).

1.2. El régimen médico-jurídico represor de la transexualidad en el ordenamiento español

El tratamiento médico-jurídico de la transexualidad en el ordenamiento español atraviesa distintas etapas. En este sentido, como prueba de la expansión del saber médico sobre la sexualidad encontramos escritos de origen médico que nombran, describen y señalan las relaciones entre sexo, género y cuerpo de forma diversa desde comienzos del siglo XX (Cleminson y

Vázquez, 2009)². Según Cleminson y Vázquez, en este contexto sacionormativo no podemos afirmar una prohibición estricta de la identidad homosexual o transexual, ni un consenso en el discurso médico sobre el dimorfismo sexual y los criterios de clasificación de casos hasta mediados de siglo, siendo entonces cuando por primera vez se habla en España de transexualidad (Cleminson y Vázquez, 2009: 179 y sig.).

Se plantean entonces posibles explicaciones para estas identidades basadas en la teoría de la congenitabilidad y la de los factores ambientales, a la vez que se produce una cierta actitud de “apertura” hacia las mismas con un doble efecto: se individualiza el grupo por primera vez en el contexto español y se somete a estrategias biopolíticas al comenzar los discursos de higienismo y regeneracionismo social sobre la categoría de “desviación” (Cleminson, 1995: 20

² La ambivalencia del dispositivo de la sexualidad, en sentido foucaultiano, explica la insistencia en esta etapa de los escritos médicos. En este sentido, las “Consideraciones sobre el homosexualismo” del Dr. Félix Martí Ibáñez publicadas en 1935 sostienen la pugna y las consecuencias entre los dos factores. Primero, distingue entre ambos señalando que existe “el denominado homosexualismo-inversión o amor invertido, en el cual un hombre o una mujer responden a una irresistible llamada de sus instintos y más fuerte que su voluntad y su moral que les impele al amor desviado. Aunque en pugna con nuestros sentimientos de seres normales, no tenemos el derecho a calificar de inmoral esta desviación [...]. Junto a este tipo de homosexualismo-inversión se halla el homosexualismo-perversión, o sea el de aquellas personas que lo practican voluntariamente, por snobismo, ansia de nuevas sensaciones o con fines utilitarios. Este homosexualismo se diferencia del anterior, entre otras características, porque si el amor invertido u homosexualismo-inversión es generalmente congénito y existía latente en el individuo desde su nacimiento, el homosexualismo-perversión obedece sobre todo a influencias postnatales y ambientales que modifican y desvían la ruta hasta entonces normal del individuo” (recogido en Cleminson, 1995: 94).

y sig.). Estos “otros” sujetos constituyen un riesgo para el cuerpo social por sus caracteres y conductas, inferidos de una supuesta naturaleza que no se adscribe a un único sexo y que no respeta el binomio hombre/mujer ni su complementariedad. Se instauran entonces y con carácter represivo las leyes sobre “peligrosidad social”, que no se promulgan a propósito de ellos pero serán incluidos poco tiempo después.

En esta primera etapa, el Derecho se utiliza para identificar y sancionar a los sujetos que realicen prácticas sexuales “desviadas” con medidas de control y aislamiento. Este régimen comienza en 1933 durante la Segunda República, cuando se aprueba la denominada Ley de Vagos y Maleantes (Ley de 4 de agosto de 1933, Gaceta de Madrid, Núm. 217, 5 de agosto de 1933, pp. 874 y siguientes). Dicha ley en su capítulo segundo contenía un listado de sujetos que podían ser “declarados en estado peligroso”, y por ello eran sometidos a medidas de control, como una reclusión de carácter predelictual, aunque no había entonces referencia alguna a los homosexuales ni transexuales. Pocos años después, en 1954, en pleno régimen franquista, se incluyen los homosexuales y se dispone para ellos la reclusión en “instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás” (Art. 6.A, modificado por el Art. 1 de la Ley de 15 de julio de 1954, por la que se modifican los

artículos 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, BOE 198, Núm. 4862 de 17 de julio de 1954). Esta legislación juridifica una normatividad social y moral que condena a quienes se perciben como una amenaza para la sociedad y la natalidad, así como para la autoreproducción del régimen (Cleminson y Vázquez, 2009: 192 y sig.). Bajo el amparo del discurso de la desviación social y su relación con la tesis lombrosianas acerca de la relación entre rasgos fisiológicos y conductas criminales, estas nuevas identidades se consideran peligrosas. Además, se promueven sanciones que visibilicen el tipo de peligrosidad que se castiga, para estos supuestos se prevé una marca físicamente reconocible, como el corte de pelo, o su reclusión en un centro diferente al resto, lo que refuerza la sanción y sobre todo su estigmatización (Cleminson y Vázquez, 2007: 124 y sig.).

1.3. La consolidación en el ordenamiento jurídico español del discurso médico

Con el desarrollo de las técnicas médicas que permite intervenir quirúrgicamente en los rasgos fisiológicos que conforman la identidad con las denominadas operaciones de reasignación sexual, la transexualidad se sigue explicando en términos médicos recurriendo entonces a la psiquiatría. Se (re)instauran así mecanismos que aseguran el mantenimiento de la lógica binaria de los sexos

sin desplazarse del discurso médico, reiterando la exclusión de quienes la cuestionan: el dualismo sexual se convierte entonces en un dualismo de género que permite seguir sosteniendo la tríada sexo, género y sexualidad a pesar de ser posible científicamente el cambio de los rasgos propios de un cuerpo sexuado al otro (García Dauder, 2014: 471). Ante ello, el Derecho prevé una respuesta que supera este régimen represor.

Este cambio de paradigma sustentado en la medicalización de la transexualidad se concreta con su consideración como un trastorno psiquiátrico en el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*³ - conocido por su acrónimo inglés, y de ahora en adelante, DSM - que desde 1952 ha tenido cinco ediciones⁴. En 1980, tras la aprobación poco antes de los *Standards of Care for Gender Identity Disorder* (SoC) de la *World Professional Association of Transgender Health*⁵, se incluye en el DSM III el

³ El DSM es un manual que publica la Asociación Americana de Psiquiatría (APA, en sus siglas inglesas) que contiene los criterios para el diagnóstico de las enfermedades mentales. Más información en el sitio web oficial de la APA: <http://www.dsm5.org/Pages/Default.aspx> (última consulta el 19 de mayo de 2016).

⁴ En las dos primeras ediciones del DSM la transexualidad no aparecía, pero sí la homosexualidad o el travestismo como desviaciones sexuales. Esta ausencia pudo deberse al carácter incipiente de la atención médica, dado que fue a finales de los años 60 del siglo veinte cuando se recurre a los tratamientos médicos para encontrar sus causas y posibilitar su diagnóstico, así como disponer un tratamiento desde la endocrinología, la cirugía y desde entonces el tratamiento psiquiátrico (Ortega, Romero e Ibáñez, 2014: p. 530).

⁵ A diferencia del DSM, los SoC o estándares de cuidado no estipulan los criterios para el diagnóstico de los desórdenes, sino

“transexualismo” como un trastorno de la conducta, y ya no como una desviación o un trastorno psicosexual (Ortega, Romero e Ibáñez, 2014: 534). Comienza entonces a sistematizarse su tratamiento y determinar los criterios para evaluar clínicamente sus efectos, así como a normalizar los procesos de conformación de las identidades de género sin garantizar la autonomía de los sujetos (Coll-Planas, 2010: 60 y sig.).

El paso al DSM IV modifica su consideración a un trastorno de género, en parte debido a la consolidación de esta categoría en los estudios de género y el desarrollo de la psiquiatría como disciplina médica. Finalmente, en la última edición del DSM V la transexualidad se califica como una «disforia de género» (conocida por su acrónimo en inglés GID)⁶, y alude a las

que incluyen los parámetros para identificar los sujetos que pueden considerarse transexuales. Ambos documentos institucionalizan la denominada “terapia triádica”, bajo la cual se señalan los tres estadios de intervención médica - que se corresponde con la evolución en la consideración médica de la transexualidad: atención psiquiátrica, para determinar la disforia de género; endocrinología, para el proceso de hormonación; y, cirugía, para la operación quirúrgica de transformación corporal (Ortega, Romero e Ibáñez, 2014: pp. 532 y 539).

⁶ Los cambios del DSM evolucionan en un sentido paralelo a los SoC, en tanto que estos estándares no estipula los modelos diagnósticos - que son los incluidos en el primero -, sino quienes son los sujetos que pueden ser considerados como tales. Sin embargo, y a pesar de los cambios introducidos en las nuevas ediciones de uno y otro documento, la perspectiva médica se ha ido consolidando, como sugieren Ortega, Romero e Ibáñez, al menos por cuanto la introducción del “umbral clínico” ha supuesto permitir englobar como trastorno de la identidad de género aquellos supuestos en los que no se desea una operación quirúrgica del cuerpo, pero sí existen ciertas problemas relativos a esta identidad. Es decir, la patologización se constata cuando existe el deseo de transformación del cuerpo, y aunque no se reconoce como tal estas otras situaciones, sí pueden suponer la constatación de una identidad de género problemática (Ortega, Romero e Ibáñez, 2014: pp. 538 y sig.).

consecuencias negativas clínicamente relevantes causadas por la discordancia o contradicción entre la identidad subjetiva vivida y sentida por el sujeto y sus rasgos fisiológicos, genitales u hormonales, así como la voluntad de asumir la identidad biológica diversa a la propia (DSM V). A pesar de los cambios y no ser considerada un trastorno, la misma APA la sigue definiendo en términos médicos, disponiendo los criterios para su diagnóstico y justificando la intervención médica y otros tratamientos en su caso, que a su vez asume el Derecho. En este escenario y en estos términos, se consolida el régimen médico-sexual de las identidades transexuales partiendo de presupuestos que permiten y justifican que la técnica «adecue» el cuerpo a la identidad subjetiva, fijando como tratamiento la transición al otro sexo posible en un modelo que sigue siendo binario (Balza, 2009: 251). Es entonces cuando la respuesta jurídica se fundamenta en adscribir las cuestiones relativas a la identidad de género al ámbito privado y/o la intimidad de la persona dependiendo en cualquier caso de la adecuación a criterios estrictamente médicos.

La asunción por parte del legislador de este discurso explica el cambio legislativo existente en el Derecho español tras la derogación de las normas de peligrosidad social. Desde entonces para reconocer el cambio de identidad se exige que necesariamente haya una operación previa de

reasignación sexual que transforme el cuerpo al sexo sentido. Este régimen cambia con la aprobación en 2007 de la *Ley 3/2007 de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, que consolida el derecho de las personas transexuales al reconocimiento de su identidad mediante la rectificación registral del sexo siempre que haya habido un diagnóstico y un procedimiento de cambio sin que sea necesaria la intervención quirúrgica. La pretensión del legislador con la aprobación de esta norma es garantizar seguridad jurídica, pero no se separa del discurso médico en tanto que permite el reconocimiento del cambio sin que haya habido una intervención si se acredita el correspondiente diagnóstico o prueba médica de la disforia de género. De ahí que se requiera una acreditación médica o psicológica, si hay una intervención quirúrgica de reasignación de sexo; o, y aquí reside la diferencia respecto a la regulación anterior, dicho diagnóstico y un tratamiento médico de dos años si no se ha efectuado dicha intervención. En definitiva, este marco normativo sigue anclado en un paradigma medicalizador justificado en la actual consideración de la transexualidad como disforia de género (Gregori, 2013: 7 y sig.).

2. Críticas al marco normativo actual y la medicalización de las identidades transgénero

2.1. Aportaciones desde las teorías *queer*

Frente a este régimen médico-sexual que sigue supeditando el reconocimiento de los cambios de identidad al discurso médico, las denominadas corrientes *queer* aportan una reflexión y postulados críticos que deben ser tenidos en cuenta. Tales corrientes cuestionan no solo la escisión entre sexo y género y los efectos normativos que esta ocasiona, sino que revisan el significado de estas categorías –también, el deseo, la sexualidad o el cuerpo– que han sido utilizadas para construir las identidades y relaciones de género. Desde esta perspectiva, se sostiene que los sistemas sociales y normativos de género se basan en la institucionalización –la normalización– del deseo heterosexual o la denominada «heterosexualidad obligatoria», que crea la denominada “matriz heterosexual” (Butler, 2010: 33 y sig.). Dicha matriz dispone un modelo epistémico/discursivo hegemónico de inteligibilidad del género que exige a los cuerpos tener coherencia y sentido de forma que “un sexo estable sea expresado mediante un género estable (masculino expresa varón, femenino expresa mujer) y es definida oposicionalmente y jerárquicamente mediante la práctica obligatoria

de la heterosexualidad” (Butler, 2010: 47). Esto justifica su posición crítica frente a la distinción entre sexo y género en tanto que comporta la persistencia del binarismo masculino y femenino, masculinidad y femineidad, reproduciendo las relaciones sociales y sexuales heterosexuales y dominantes.

En definitiva, el determinismo biológico se objetiva todavía más al atribuir a la morfología corporal y la genitalidad o sexualidad una función esencial: la procreación, entendida como finalidad y *raison d'être* del único comportamiento sexual debido y posible (Weeks, 1993: 393). Además, esta instrumentalización del cuerpo niega *a priori* todo margen de autonomía, libertad y voluntariedad del sujeto (racional) en la esfera de su sexualidad (el cuerpo entonces) de acuerdo con las prescripciones y la apariencia de objetividad que el discurso médico-jurídico (esto es, el poder) impone. Así se justifica que sexualidad y cuerpo constituyan medios o instrumentos casi exclusivos para la (pro)creación y, por tanto, que se mantenga el sistema (re)productivo y/o económico de poder instaurado con la biopolítica (Foucault, 2002: 56 y sig.). De ahí, el rechazo a todos aquellos que utilicen su cuerpo para fines distintos.

A mayor abundamiento, si en las aproximaciones tradicionales a la transexualidad, el cuerpo (el objeto) se corregía para adecuarse a la razón (el sujeto), estas orientaciones postestructuralistas

han teorizado la superación de este esquema mediante la revisión de los significados con el doble propósito de cuestionar la secular escisión que ha separado la razón/voluntad y el cuerpo y demostrar que este sí puede contextualizarse y situarse (Stryker, 2006: 7). Sus propuestas tratan de (de)construir el sujeto sexuado y generizado, y (re)construir las identidades no ya según unas características predeterminadas del cuerpo, sino recurriendo a estrategias teóricas que «rompan los sistemas heterosexistas de marcaje sexual» (Guasch y Viñuales, 2003: 113). Su propuesta es «quebrar» tanto la vinculación «natural» y complementaria entre un cuerpo de mujer/hombre y una identidad femenina/masculina como la naturalización del deseo hacia el otro, lo que Foucault no detalla al desatender a la categoría género y las relaciones que existen entre esta y las de sexo y sexualidad (Cleminson y Vázquez, 2007: 9). Por esta razón desde estas teorías se promueve un sujeto contextualizado y se insiste en las diversas posibilidades de discursos, performatividades y espacios desde los que nos construimos (Butler, 1993: 91).

Si este objetivo se consigue, confían en que quedarán desestabilizados los presupuestos de las relaciones de poder desiguales típicas del binomio hombre/mujer; desigualdades generadas por la tradición jurídica que ha valorado de forma distinta el hecho de ser hombre y/o mujer al

regular los vínculos afectivos excluyendo las emociones y relaciones no heteronormativas y condicionar los cambios de identidad a parámetros médicos. Cabe entonces plantear y valorar si el fenómeno jurídico puede asumir un sujeto tal y bajo qué presupuestos, puesto que la gramática del Derecho para estas corrientes es insuficiente para desarticular la normatividad que despliegan las propias categorías de género y sexualidad (García López, 2016).

2.3. Las críticas desde el paradigma de género y la reclusión de la intimidad en la esfera privada

En la búsqueda de dichos presupuestos, considero oportuno retomar también las aportaciones y críticas de los estudios de género y sus críticas a las tesis de Foucault, en especial cuando sostengo como una de las objeciones principales al modelo jurídico actual que este obvie el sentido político del género sobre el que se siguen construyendo relaciones de dominación. En este sentido, conviene recordar que el pensador francés soslaya en sus análisis el paradigma de género y otras dimensiones igualmente relevantes, que son útiles en tanto que el contexto en el que nos construimos requiere de una concreción mayor en el diagnóstico para poder sugerir alternativas a dicho modelo.

Por lo que se refiere a la medicalización, los denominados estudios de género patentizan que

las explicaciones científicas y médicas con las que se definían y determinaban rasgos, comportamientos e identidades –típicamente, lo femenino y lo masculino, la mujer y el hombre– aluden a conceptos y significados de carácter social (MacKinnon, 1998: 297). Sin embargo, crear un segundo binomio entre determinismo biológico (con la noción de sexo) y determinismo social (con el género) no puede sino dar la razón a las teorías *queer* en su crítica a la sustitución acrítica del sexo por el género, y la identificación de este último con “mujer/mujeres” (Esteban, 2007: 671). Por esta razón, la introducción de la categoría de género no solo debe afirmar el carácter cultural y social de las identidades mujer y hombre, sino también aportar un marco para desarticular las relaciones (y las atribuciones) de poder, dominación y subordinación vinculadas a la asignación de significados, tiempos, espacios y valores a cada uno de los dos sexos (Young, 1998: 402, Añón, 2016: 9). Con este objeto propongo recurrir a un enfoque relacional basado en el carácter social y cultural de las identidades mediante la categoría género porque creo que este paradigma permite sostener y promover otras formas de regulación de las identidades y relaciones. Coincido con la oportunidad de invalidar la distinción entre los conceptos de sexo y género de acuerdo con las teorías *queer*, porque entiendo que la materialidad del cuerpo se

construye en buena parte por las estructuras sociales y en otra por la agencia y capacidad del sujeto, pero al mismo tiempo considero imprescindible buscar marcos regulatorios que garanticen una respuesta jurídica a las demandas de reconocimiento de las identidades.

A mi parecer, este marco debe inspirarse en el paradigma de género para sostener una teoría social del cuerpo de modo que permita transformarlo en un cuerpo/agente. Es decir, retomar los orígenes sociales que nos construyen como sujetos generizados, esto es, con una identidad de género, sin que los entendamos como únicos determinantes de la misma dado que los cuerpos se construyen materialmente en unas coordenadas que nos conforman, pero el sujeto experimenta, vive, interpreta mediante su cuerpo y decide (Esteban, 2007: 676). De acuerdo con Esteban, las coordenadas desde las que interpretar los cuerpos son: los cuerpos individuales, el cuerpo social o lo colectivo, el contexto en el que los sujetos conforman dichos cuerpos no sólo en relación con la superación del binomio hombre/mujer sino también por la existencia de otras posibles dimensiones que ponen de manifiesto la heterogeneidad de las identidades, como pueden ser la raza, la orientación sexual, una movilidad funcional diversa, etc., y la capacidad de agencia del sujeto para transformar(se) y sobre todo para situarse (Esteban: 2007: 674-677). En definitiva, retomo

el paradigma de género pero teniendo presentes las demandas y los riesgos que las teorías *queer* sugieren, para transformar las relaciones de subordinación existentes en contextos socio-jurídicos desde los que nuestros cuerpos se construyen.

En la actualidad, el reconocimiento jurídico de los cambios de identidad de género devuelve la condición de sujeto de derechos a quienes hasta entonces habían sido excluidos por cuanto no se les reconocía como tales. Como decía con anterioridad, se recurre a la protección de la autonomía individual derivada de la noción de intimidad como razón de la protección jurídica. Con respecto a esta noción de intimidad, se ha señalado que el discurso liberal y sus contribuciones conceptuales y jurídicas al respecto –el derecho a la intimidad o la noción de *privacy*– no son suficientes para adecuar el fenómeno jurídico a lo que aquellas reclaman ni para garantizar la capacidad de decisión del sujeto sobre su propio cuerpo (Nussbaum, 2012: 296), aun cuando la vinculen a la idea de autonomía. Y estas objeciones se deben principalmente a dos motivos: i) porque en nuestro marco político e ideológico siguen influyendo notablemente las tradiciones e inercias religiosas o morales y científicas como limitaciones al reconocimiento de un posible derecho de autodeterminación basado en la autonomía y sus garantías (Weeks,

2003: 123 y sig.); y, ii) porque no puede obviarse el carácter estructural y sistémico de la exclusión que afecta a los sujetos cuya identidad sexual es ajena al binomio tradicional hombre/mujer (Fausto-Sterling, 2000). Estas dinámicas exclusógenas exigen la articulación de mecanismos jurídicos que den una respuesta adecuada a la mutabilidad de las identidades y las estructuras sociales, de acuerdo con las críticas *queer*, y sean capaces de asumir, por un lado, que las identidades se construyen socialmente y, por otro, que la capacidad de agencia depende en gran medida del contexto en el que el sujeto se sitúa y conforma su identidad.

Por esta razón se ha insistido en la insuficiencia del respeto a la vida privada o la intimidad para justificar la efectiva protección de los derechos⁷ y, especialmente, para combatir la subordinación o dominación de los grupos sociales (Young, 1998: 402), al negar, por ello, cualquier significado o valor (también político) a las diferencias o los caracteres que sitúan a esa clases de sujetos en una posición de subordinación (MacKinnon, 1998: 300). En otros términos, si el género o la orientación sexual son rasgos constitutivos de las identidades es decir, de su alteridad –lo particular– frente al sujeto universal y abstracto –lo general–, el principio de no injerencia que se

⁷ La insuficiencia de la protección del derecho a la intimidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido analizada en un trabajo que comparte parte de los presupuestos aquí presentados (Merino, 2017).

pretende proteger con el derecho a la vida privada sigue relegando a la esfera personal o íntima estas demandas, con lo que queda preservada la exclusión de estos sujetos de la esfera pública y del estatuto de ciudadanía, se niega el carácter político de sus demandas y persisten las razones que tradicionalmente se han esgrimido para excluir la intervención del Derecho (Young, 1998: 420). Un efecto de ello ha sido la exclusión de las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual o los procesos de hormonación de algunos sistemas públicos de salud por considerarlos cirugía reparadora. Por esta razón es importante justificar y asegurar que los sujetos transexuales que así lo requieran puedan acceder a dichos tratamientos en razón de su autonomía.

3. Autodeterminación sexual como estrategia (jurídico-política)

3.1. La mutabilidad de las identidades

De lo dicho hasta aquí se deduce que las condiciones de adscripción a un sexo y/o género no son solo anatómicas, sino también sociales – como ya se ha dicho, también son sociales el género, el sexo y la sexualidad–, por lo que debe tomarse en consideración la posibilidad de concebir el papel del cuerpo en un nuevo modelo normativo, pero que no puede reducirse al ámbito estrictamente privado, al menos estratégicamente.

Recordemos que las corrientes posestructuralistas y las feministas rechazan la razón desvinculada típica del dualismo cartesiano y el realismo extremo del cientificismo como fuentes de subjetividad y abogan por la afirmación de un «yo situado», esto es, «corporizado y encarnado» (Haslanger, 2006: 19). Solo de este modo, sostienen, es posible elaborar nuevas nociones y modos de acción –no solo políticos– que tomen como punto de partida las experiencias vividas y permitan la liberación del yo potencial (Whittle, 2002: 255 y 256). Estas corrientes asumen, en definitiva, que el cuerpo es un elemento inescindible de la subjetividad, y que las categorías de sexo, género y sexualidad, entendidas como constitutivas de nuestras identidades, adquieren significado en cada individuo con anterioridad a la conformación de la subjetividad (Butler, 2010).

El verdadero reto que el Derecho enfrenta es respetar la inestabilidad y la mutabilidad –es decir, la posibilidad de cambio– de las identidades de género. Sin embargo, y a pesar de la influencia de las críticas vertidas por las corrientes recién mencionadas, el Derecho no es adiforo ante el género y la sexualidad porque se ha construido como fuente de desigualdad y de reproducción de relaciones de poder (Añón, 2013: 131), de ahí que ni la prohibición de discriminación por motivos de género ni la ampliación de la esfera de protección del derecho a la intimidad hayan

bastado para transformar su papel. Así lo demuestran las recientes tendencias jurídicas que no han revisado los marcos y las categorías de autonomía/agencia e intimidad (Hausman, 2006: 340), o que al menos no lo ha hecho de forma suficiente para subvertir la heteronormatividad aún arraigada en los ordenamientos jurídicos (Johnson, 2012: 44).

Por ello, si se pretende alterar las nociones, los significados, los valores y las normatividades sociales que definen al sujeto –pero también al Derecho– es preciso considerar su contexto específico, es decir, las dimensiones desde las que los sujetos construyen su identidad (Esteban, 2007: 674). A mi juicio, este es el punto principal de la crítica a la noción liberal de intimidad/autonomía, que debería ser complementada con otras razones y estrategias argumentativas capaces de favorecer un patrón de sujeto situado y de aportar nociones que permitan modificar las rígidas estructuras –asumidas más o menos acríticamente por el Derecho– que han oprimido a los colectivos LGTBIQ⁸. El principio de no injerencia del Derecho y el propio concepto de autonomía no han sido suficientes para estos objetivos, en la medida en que la sexualidad ha sido excluida del discurso público, jurídico y político, excepción hecha de los casos en que ha

⁸ Acrónimo de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales y *queer*.

servido instrumentalmente a verdades pretendidamente científicas o a ciertos intereses con el fin de preservar determinado orden político-económico de acuerdo con las tesis foucaultianas (Spade, 2006: 231), lo cual ha sido posible porque el campo de «admisibilidades» se ha limitado bajo discursos aparentemente neutros y universales que, al omitir los dispositivos sociales que lo controlan y lo someten, han impedido una efectiva agencia del sujeto individual. Por ejemplo, cuando se castigan penalmente las conductas sexuales no reproductivas.

3.2. La autodeterminación de la identidad

El Derecho ha sido cuestionado desde las teorías *queer* porque consideran que no es una herramienta adecuada o suficiente para combatir la heteronormatividad, respetando la fluidez de las identidades LGTBIQ (García López, 2016), por cuanto ha sido uno de los mecanismos de poder utilizados para reprimir o excluir otras identidades y porque la promesa de igualdad de la modernidad se ha revelado una promesa incumplida, o al menos insuficiente. Ahora bien, si se asume la tesis de que el Derecho es un instrumento en el que se inscriben –y mediante el que se transmiten– relaciones de poder, y si se revierte la orientación y la asunción de los presupuestos que las fomentan, cabe sostener que lo jurídico puede contribuir a contrarrestar las

normatividades sociales que causan subordinación –al menos, es preciso subrayarlo, si se lo concibe como una herramienta para redistribuir el poder (Fineman, 1991: 956).

A este respecto, cabe buscar respuestas y mecanismos capaces de hacer del Derecho un instrumento de emancipación, especialmente porque el discurso de los derechos constituye una buena razón para promover una alteración de las relaciones de poder. Tal sería el caso del reconocimiento de un derecho a la sexualidad que ampare, entre otros, el derecho a la autonomía sexual, a la seguridad del cuerpo sexual o a la toma de decisiones reproductivas libres y responsables (Raupp, 2013: 89 - 92), un derecho que ha sido la base hermenéutica de recientes cambios legislativos mediante los que se ha llevado a cabo la revisión de los marcos hasta ahora hegemónicos (Balza, 2009: 249). En esta línea, sugiero dar sentido y valor jurídico a la autodeterminación sexual entendida como una derivación razonable del principio de libre desarrollo de la personalidad y la autonomía, concretamente de la «afectividad y sexualidad».

Si hasta ahora los efectos jurídicos del reconocimiento de la identidad se supeditan a discursos científicos (médicos) y jurídicos de quienes ostentan posiciones de poder, propongo reconocer dichos efectos a la conciencia de sujetos que proponen *otras* formas de entender las

categorías e identidades asociadas al sexo, el género o el cuerpo alegando su desacuerdo con la identificación de la tríada sexo, género y sexualidad. Esta autodesignación evidencia una posible autonomía que constituye un ejercicio de empoderamiento, y una forma de colocarse y afirmarse ante el mundo, que también es una manera de situarse frente al Derecho. Entiendo que si se reconoce efectos jurídicos a esta autonomía se superará la resistencia a considerar el cuerpo como un espacio en el que sujeto pueda decidir por sí mismo, liberándolo de las relaciones y dispositivos de poder tradicionales. Algunos ordenamientos han optado por sistemas de reconocimiento de cambio de identidad que, aunque con matices, se alejan de la rigidez del binomio sexuado hombre/mujer y del régimen médico-sexual. Sin pretensión de exhaustividad, cabe destacar una primera tendencia favorable al reconocimiento jurídico del cambio de identidad sexual que no lo condiciona estrictamente al discurso médico y en la que quedarían encuadradas las modificaciones legislativas de Argentina y Malta.

En Argentina se aprueba en 2012 una ley que establece el derecho de identidad de género (Ley 26743 de 24 de mayo de 2012 por la que se establece el derecho a la identidad de género de las personas. B.O. 24/05/12 Sancionada: Mayo 9 de 2012 Promulgada: Mayo 23 de 2012). A pesar de que la norma no vincula de forma explícita tal

reconocimiento a la autodeterminación sexual, acoge la siguiente definición de la identidad de género: «[...] 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 sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales». La identidad de género es, de este modo, determinada por el propio sujeto, y el reconocimiento del cambio no se sujeta a requisitos médicos, dado que la ley no exige la constatación de la disforia de género ni que el sujeto se haya sometido a una intervención quirúrgica.

Por su parte, Malta ha aprobado en 2015 una norma similar en la que se reconoce el derecho de identidad de género y lo vincula al libre desarrollo de la personalidad (*ACT No. XI of 2015 for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person. Malta, 14th April, 2015*). La normativa dispone que el reconocimiento del cambio de identidad no requiere una operación quirúrgica ni un

tratamiento psicológico previos, de suerte que prevalece en todo caso el derecho de autodeterminación. Su peculiaridad radica, por tanto, en la ausencia de estos requerimientos, así como el reconocimiento expreso por parte del legislador de otras manifestaciones vinculadas conceptualmente al género –los códigos verbales y de vestuario, las expresiones conductuales, etc.–. Por otra parte, el acceso a los tratamientos y las operaciones de reasignación sexual siguen considerándose medios a los que se puede someter aquella persona que lo decida voluntariamente, ya que la autodeterminación contemplada en la norma faculta al sujeto a decidir autónomamente el proceso de cambio –incluida la opción de no transformar su cuerpo, pero sí su identidad–. Ciertamente, esta regulación respeta el derecho a la identidad de género, los procedimientos no se excluyen del sistema público de salud y la demanda de cambio es satisfecha cuando así lo reclama el propio sujeto de forma autónoma.

Sin embargo, estos significativos progresos no alteran el binomio sexuado hombre/mujer, dado que el reconocimiento del cambio no cuestiona este dualismo y que en la ley persisten dos únicas identidades posibles. Distintos son los casos de Dinamarca y Australia, países en los que se han producido avances que sí alteran el régimen binario de los sexos, o al menos la categoría jurídica de sexo/género. En Dinamarca se permite

a los ciudadanos la adscripción a un tercer género, X, del que queda constancia en documentos oficiales como el permiso de conducir o el pasaporte. En el caso australiano, tratándose de un único caso, las autoridades permitieron la inscripción de la tercera categoría (*not identified gender*) cuando un ciudadano transexual al que se le había reconocido el cambio de identidad se sometió a una operación quirúrgica de reasignación sexual y reclamó un segundo cambio porque no se sentía cómodo con el nuevo género. Por este motivo, solicitó a las autoridades no ser adscrito a ninguno de los dos géneros, a pesar de que no estaba prevista una tercera posibilidad. Finalmente, las autoridades administrativas accedieron a su pretensión; se trata del primer caso de no adscripción a una identidad de género, aunque la normativa australiana al respecto sigue siendo confusa y heterogénea en relación con estos casos (Borrillo, 2013: 60 y sig.).

4. Razones para un derecho de autodeterminación sexual y al propio cuerpo

En este sentido, la razonabilidad de las demandas por la despatologización de la transexualidad puede valorarse desde dos dimensiones. La primera es el respeto y el fomento de la capacidad de agencia a partir de una noción de autodeterminación sexual y de género que «saca» del ámbito privado a los sujetos y sus cuerpos con

el fin de iniciar una discusión sobre la subjetividad respaldada por la reivindicación de un cuerpo socialmente situado. En otras palabras, esta primera dimensión insiste en la desmedicalización del Derecho y en la desregulación de determinadas formas de reconocimiento de la identidad. La segunda dimensión parte del carácter político del régimen de veridicción médico-sexual que hasta no hace mucho ha inspirado la biopolítica y regido nuestras vidas y propone su reapropiación a través de la teorización de un nuevo modelo jurídico-político que garantice la posibilidad del reconocimiento del derecho de autodeterminación sexual (Thomas, 2006: 321).

Ambas dimensiones de análisis arrojan luz sobre determinadas tensiones irresueltas que exigen la revisión de las nociones que asume e institucionaliza el Derecho respecto al sexo, el género y la sexualidad, reclaman la modificación de las fuentes de normatividad impuestas a partir de esas nociones y demandan un cambio en nuestra concepción del cuerpo, que es la instancia en la que se inscriben todas ellas. En este marco, y con el objetivo de construir un discurso justificativo que legitime una orientación respetuosa con un posible derecho de autodeterminación sexual y un modo de gestión del cuerpo acorde con el mismo, sugiero reconsiderar, por una parte, la consideración del

propio cuerpo y, por otra, el valor de las emociones en el Derecho.

En relación con la biopolítica y la regulación jurídica del cuerpo, Heller y Fehér (1995: 26 y sig.) parten de una distinción entre un sujeto individual, un conjunto de individuos, una agrupación y el cuerpo simbólico, a los que corresponde un modelo normativo que abarca, por el mismo orden, derechos individuales, derechos colectivos y una obligatoriedad resultante de la conformidad con el cuerpo simbólico, que identifica a quienes comparten empíricamente ese cuerpo y, por tanto, son «candidatos a sujeto» (Heller y Fehér, 1995: 28). Según ambos autores, el discurso de los derechos constituye un primer paso, pero resulta insuficiente porque la normatividad sobre el género y la sexualidad se diluye en estructuras sociales y exige un cambio que alcance «la abolición real de un tratamiento desigual e injusto» (Heller y Fehér, 1995: 42).

Por consiguiente, debe identificarse el *locus* espacial y discursivo en el que construir los mecanismos jurídicos que protejan las demandas señaladas o, al menos, que tiendan a la emancipación y que, en contraste con la visión imperante hasta ahora, conciban necesariamente nuestros cuerpos no como la manifestación irreductible de la diferencia, sino como una parte inescindible de nuestra identidad que es igualmente valiosa en sus diferencias.

En esta intersección entre cuerpo y razón puede acaso justificarse un derecho de autodeterminación sexual fundado a su vez en un genérico derecho de autodeterminación sobre el propio cuerpo. Así puede y debe entenderse la capacidad de cada individuo para determinar su propia identidad de género y su cuerpo sin que se le exija ninguna intervención ni autorización previa y siempre que no provoque un daño directo sobre terceros, una determinación autónoma cuyos efectos jurídicos serán reconocidos en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía (Nussbaum: 2014: 462). Siempre que se formule en los términos señalados, este posible derecho de autodeterminación sexual puede inducir el deber del ordenamiento jurídico de establecer las obligaciones para los Estados, obligaciones no solo de no injerencia –en el proceso de conformación de la identidad de género–, sino también de actuación –la promoción y garantía del libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento de la identidad de género que el sujeto decida, incluido el derecho a no asumir una identidad de género determinada– (Johnson, 2012: 57).

Me interesa insistir en que no puede obviarse el vector argumentativo propiamente político que se requiere para revertir las nociones y relaciones de poder inscritas en la regulación jurídica de la identidad de género, así como en las normatividades que operan sobre la sexualidad y

que influyen decisivamente en las experiencias vividas del yo. En este sentido, la autodeterminación y autorrealización sexual, por sí mismas, constituyen una razón suficiente y adecuada para afirmar el proyecto emancipatorio de las denominadas minorías sexuales si el origen de la insatisfacción provocada por los tradicionales sistemas normativos de género y sexuales es abiertamente discutido en la esfera pública. Por ello, puede decirse que las reformas de algunos ordenamientos nacionales a los que se ha hecho referencia, que aluden a la autopercepción como criterio para el reconocimiento de la identidad –y que consideran suficientes las denominadas «expresiones de género»–, permiten de algún modo dotar de carácter y significado público a aquello que antes debía mantenerse en los ámbitos privados.

Como decía, este marco posibilita la aceptación la indeterminación como un elemento posible –o constitutivo– del reconocimiento del derecho de autodeterminación sexual (Thomas, 2006: 321), y justifica una tendencia hacia la ausencia o la atenuación de la relevancia y el valor de las categorías de sexo y género en y/o por el Derecho, aunque no por ello se omita el cuerpo como factor identitario. En este sentido, el actual sistema diádico exige la asignación necesaria a uno u otro sexo –que también vincula a cada sujeto con el género que le «corresponde»–, pero

si se opta por un sistema de autoreconocimiento, queda plenamente justificada la no adscripción de la que se ha hablado arriba.

Añadamos que afirmar un proyecto normativo basado en la autodeterminación sexual comporta asegurar y ampliar el concepto de igualdad y la función y el valor normativo del propio fenómeno jurídico (Heller y Fehér, 1995: 49), así como enfatizar el papel del Derecho como garante y protector de las diferencias y no solo su carácter primariamente represor. Las categorías sobre las que se sustenta aquel proyecto nos construyen a todos y para que sea eficaz resulta necesario tomar en consideración la cotidianeidad y las emociones de los sujetos (Nussbaum, 2014: 463 y 464). El derecho de autodeterminación sexual que aquí se defiende atesora una proyección normativa que tiende al respeto y fortalecimiento de los valores de igualdad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad, y justamente por ello puede ser orientado a la firme reivindicación del derecho de autodeterminación sobre el propio cuerpo y la libre vivencia emocional y/o corporal, elementos inescindibles en la sexualidad de cada sujeto.

El cuerpo deja, pues, de ser un mero instrumento de la razón para convertirse en parte inseparable de la subjetividad, al menos como fuente de las emociones. Ya no debe corregirse o sanarse, sino que puede y debe mostrarse tal como es. Además, dado que lo que se propone es una nueva forma

de entender la subjetividad, cabe sugerir que las mismas razones que sirven de apoyatura a la defensa de la autodeterminación sexual pueden integrarse en el discurso justificatorio de los derechos sexuales y reproductivos, así como del rechazo de formas institucionalizadas de exclusión (Nussbaum, 2012: 385 y sig.). En definitiva, se plantea aquí un modelo que robustece la condición de agente de los individuos y que conlleva el reconocimiento de la heterogeneidad y la diversidad dentro de los grupos y colectivos. Las emociones acceden igualmente al ámbito del debate, pero con un valor positivo (Stocker y Hegeman, 1996: 326); forman parte de la esfera en la que los argumentos morales no son alegados en defensa del respeto a la privacidad: las emociones se consideran parte de las capacidades o las necesidades del desarrollo de cada persona y de su proyecto de vida, con todas las garantías jurídicas para ser mostradas en la esfera pública (Nussbaum, 2014: 464).

Las emociones se transforman y orientan, por lo tanto, a la indagación de un proyecto normativo que defienda valores como la igualdad o la autonomía en un sentido cercano al de agencia. En este sentido, se trata de un proyecto que asume nociones propias del liberalismo –como los conceptos de autonomía o intimidad–, pero que, habiendo identificado el procedimiento de

veridicción en relación con los procesos de creación de identidades de género y su explicación en los discursos científicos, revierte la utilización del Derecho como mecanismo de reproducción de relaciones de poder y exclusiones y promueve su uso como espacio de resistencia. Solo de este modo la heterogeneidad de los cuerpos y, por tanto, de las subjetividades podrá ser expresada en un espacio con mayor igualdad y respeto hacia uno mismo y los demás, fomentando a su vez la «emotividad cotidiana» de la que habla Nussbaum (2014: 476).

5. Notas conclusivas

A modo de conclusión, considero oportuno proponer una respuesta jurídica concreta para reconocer efectos jurídicos a las transiciones o cambios de identidad de género, basada en un modelo normativo justificado en los presupuestos expuestos. Es decir, que se separe del discurso médico y que quiebre la correlación de la tríada sexo, género y sexualidad. Con ello, no pretendo cuestionar las ciencias médicas, pero sí su utilización como estrategia normativa, de acuerdo con las teorías foucaultianas y atender a las reivindicaciones de las campañas por la despatologización de la transexualidad, que recorren el camino que en su día llegó a la despatologización de la homosexualidad. Por esta razón, cabe insistir en que el actual marco normativo español, aunque no exige la

intervención quirúrgica de reasignación sexual, sigue requiriendo una intervención médica y mantiene la lógica binaria de las identidades, esta vez de género. Dicha dependencia evidencia que el sexo y la sexualidad siguen siendo cuestiones que no se han desligado de los discursos científicos y médicos para el Derecho.

Por el contrario, de asumir las demandas que plantean los colectivos transgénero y las razones referidas, es posible proponer un procedimiento para el reconocimiento ajeno a razones médicas. Esto es, reconocer jurídicamente la autodeterminación sexual: que cada individuo pueda determinar su identidad de género a partir de su experiencia vivida e individual, como de facto lo disponen los ordenamientos argentino y maltés. Si dicha capacidad se reconoce, admitiendo que cada individuo determine su identidad y la forma en que desarrollar el proceso de cambio, se está permitiendo que la emotividad, la cotidianeidad y las expresiones de género se asuman como rasgos que tienen el significado que cada sujeto decida otorgarles.

En concreto, la norma propuesta debe: i) Definir la identidad de género como aquella que cada persona sienta y viva. Para ello, el Derecho debe reconocer efectos jurídicos a la identidad sentida y vivida, prohibiendo cualquier tipo de discriminación y cualquier injerencia por esta misma razón; ii) El ordenamiento debe prever el

reconocimiento del cambio sin supeditarlos a ninguna intervención médica. Es decir, no deben requerirse informes médicos que acrediten la disforia de género, ni haber sido sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual; iii) No obstante, la atención sociosanitaria que una persona transgénero pueda considerar necesaria debe quedar cubierta por los sistemas públicos de salud. De esta forma, se garantiza el acceso a dichos servicios sin discriminación alguna por parte de las personas transgénero. De ser así, el Derecho se convierte en el espacio desde el que combatir la heteronormatividad; porque cada uno decide cómo y cuándo proyectarse con la identidad que determine y el ordenamiento empodera a los sujetos al posibilitar dicha actuación. Con esta propuesta se fomenta la expresión de la cotidianeidad y los sentimientos que cada uno comparte en relación con su propio cuerpo –y, por ende, con la identidad y/o la concepción política de la persona–.

A modo de reflexión final, reitero que no es suficiente la autodeterminación en el sentido anteriormente señalado si no se quiebra el binomio sexuado y el de género. Es cierto que de lo anterior se desprende la mutabilidad de la identidad, pero dicha autodeterminación requiere hacer plausible la indeterminación de género orientando el fenómeno jurídico hacia la diversidad en la pluralidad y enfrentar las relaciones de poder que surgen de una

determinada concepción del género. Por ello, el modelo de Finlandia, que permite un tercer sexo indeterminado, y la decisión jurisprudencial australiana, que permite la no adscripción, responden también a las demandas planteadas al hacer del Derecho un espacio para aquellos que decidan que su inconformidad de género merece una respuesta diferente pero de igual valor, es decir, que no suponga un espacio minoritario que de nuevo se base en la excepcionalidad o la anormalidad. De ahí que me parezca más oportuna la posibilidad de reconocer la adscripción libremente decidida a una identidad de género, o ninguna, por las razones señaladas, y revertir así las lógicas de poder que han inspirado los ordenamientos hasta ahora.

Referencias bibliográficas

Añón Roig, M.J.; “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, 39, 2013, pp. 127 – 157.

Añón Roig, M.J.; “Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 33, 2016, pp. 1 – 26.

Balza, I.; “Bioética de los cuerpos sexuados: transexualidad, intersexualidad y transgenerismo”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 40, 2009, pp. 245 - 258.

Borrillo, D.; “Una perspectiva crítica del derecho del género y las sexualidades en el mundo latino”, en D. Borrillo y V. Gutiérrez (eds) *Derecho y política de las sexualidades. Una perspectiva Latino-Mediterránea*, Barcelona, Huygens, 2013, pp. 43 – 72.

Butler, J.; *Bodies that matter: on the discursive limits of “sex”*, New York, Routledge, 1993.

Butler, J.; *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2010.

Castel, R.; *El orden psiquiátrico. La edad de oro del alienismo*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1977

Cleminson, R.; *Anarquismo y Homosexualidad*, Madrid, Huerga & Fierro ed., 1995.

Cleminson, R. y Vázquez García, F.; “*Los Invisibles*”. *A History of Male Homosexuality in Spain 1850-1939*, Cardiff, University of Wales Press, 2007.

Cleminson, R. y Vázquez García, F.; *Hermaphroditism, Medical Science and Sexual Identity in Spain, 1850-1960*, Cardiff, University of Wales Press, 2009

Coll-Planas, G.; “La policía del género”, en M. Missé y G. Coll-Planas (ed.), *El género desordenado: Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Barcelona-Madrid, Egales, 2010, pp. 55-66.

Esteban, M.L.; (2007): “Desafíos teórico-metodológicos del cuerpo. Nuevas aproximaciones desde el feminismo”, en R. Campos, L. Montiel y R. Huertas (coord.), *Medicina, Ideología e Historia en España (siglos XVI-XXI)*, Madrid, Consejo General de Investigaciones Científicas, 2007.

Fausto-Sterling, A.; *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*, New York, Basic books, 2000.

Fineman, M.; “Intimacy Outside of the Natural Family: The Limits of Privacy”, *Connecticut Law Review*, 23, 1991, pp. 955 – 972.

Foucault, M.; *Microfísica del Poder*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 3ª Edición, 1992.

Foucault, M.; *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires, Caronte ensayos, 1996.

Foucault, M.; *Historia de la sexualidad. Vol. I. La voluntad de saber*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2002.

García Dauder, S.; “La regulación tecnológica del dualismo sexual y el diseño de cuerpos normativos”, en E. Pérez y E. Ortega (eds), *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Madrid, Cátedra, 2014, pp. 423 – 520.

García López, D.; “Bestiario Jurídico: Dispositivos de Normalización ante la Transexualidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 2015, pp. 395 - 415.

García López, D.; “¿Teoría jurídica queer?: materiales para una lectura queer del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 2016, pp. 323 - 348.

Gregori Flor, N.; “Utopías dicotómicas sobre los cuerpos sexuados”. *Arbor*, 189 (763): a071, 2013.

Guasch, O. y Viñuales, O.; *Sexualidades. Diversidad y control social*, Barcelona, Edicions bellatera, 2003.

Haslanger, S.; “Gender and Social Construction: Who? What? When? Where? How?”, en E. Hackett y S. Haslanger (eds), *Theorizing Feminisms. A reader*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 16 - 22.

Hausman, B.; “Body, Technology, and Gender in Transsexual Autobiographies”, en S. Stryker y S. Whittle (eds), *The Transgender Studies Reader*, New York, Routledge, 2006, pp. 335 - 361.

Heller, A. y Fehér, F.; *Biopolítica. La modernidad y la liberación del cuerpo*, Madrid, Península Ideas, 1995.

Johnson, P. “Heteronormativity and the European Court of Human Rights”, *Law Critique*, 23, 2012, pp. 43 - 66.

MacKinnon, C.; “Difference and Dominance: On Sex Discrimination”, en A. Phillips (ed.), *Feminism and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 295 - 313.

Merino Sancho, V.; “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, en *Derechos y Libertades*, 37, 2017 (en prensa).

Nussbaum, M.; *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, Madrid, Katz Conocimiento, 2012.

Nussbaum, M.; *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona, Paidós, 2014.

Ortega, E., Romero, C. e Ibáñez, R.; “Discurso activista y estatus médico de lo trans: Hacia una reconfiguración de cuidados y diagnósticos”, en E. Pérez y E. Ortega (eds), *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Madrid, Cátedra, 2014, pp. 521 - 572.

Raupp Ríos, R.; “Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad”, en D. Borrillo y V. Gutiérrez (eds), *Derecho y política de las sexualidades. Una perspectiva Latino-Mediterránea*, Barcelona, Huygens, 2013, pp. 73 - 94.

Spade, D.; “Compliance Is Gendered: Struggling for Gender Self-Determination in a Hostile Economy”, en P. Currah, R.

Juang y S. Minter (eds), *Transgender Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2006, pp. 217 - 241.

Stocker, M. y Hegeman, E.; *Valuing emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

Stryker, S.; “(De)Subjugated Knowledges. An Introduction to Transgender Studies”, en S. Stryker y S. Whittle (eds), *The Transgender Studies Reader*, New York, Routledge, 2006, pp. 1 - 19.

Thomas, K.; “Afterwords: Are Transgender Rights *In*human Rights?”, en S. Stryker y S. Whittle (eds), *The Transgender Studies Reader*, New York, Routledge, 2006, pp. 310 - 326.

Weeks, J.; *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas*, Madrid, Talasa, 1993.

Weeks, J.; *Sexuality*, London, Routledge, 2003.

Young, I.M.; “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, en A. Phillips (ed.), *Feminism and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 401 - 429.