

PROBLEMATIZACIÓN DEL USO DE LA TERMINOLOGÍA EN RELACIÓN CON LA SEXUALIDAD EN LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA COMUNIDAD LÉSBICA, GAY, BISEXUAL, TRAVESTI, TRANSGÉNERO, TRANSEXUAL E INTERSEXUAL EN MÉXICO

Ricardo Hernández Forcada

La reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, tuvo entre sus resultados añadir la expresión "sexuales" a la prohibición de la discriminación por "preferencias." Esta última, palabra, "preferencias", ya se encuentra incluida en el texto de la constitución



General de la República desde la reforma constitucional de derechos indígenas del 14 de agosto del 2001 y que en si iniciativa original la contenía.

La posición conservadora no quería su inclusión, la posición de la reforma la incluiría y la posición maximalista afirmaba que sin otros aspectos sería inadecuada. Cabe señalar que desde el punto de vista de

la sexología existe un debate respecto de cuál deba ser la más adecuada expresión “preferencias”, u “orientación sexual”: Más aún, para implicar toda las posibilidades de la sexualidad resultaría idóneo incluir a la “orientación sexual”, como tal, así como a la “identidad y expresión de género”, para contribuir mejor a la mejor protección. Tendríamos que decir que “está prohibida toda discriminación motivada por la preferencia, la orientación sexual, la identidad y la expresión de género.”

Como resultado, hoy la Constitución Política estipula en su Artículo 1º párrafo Quinto dispone que:

*“...Queda prohibida toda discriminación motivada por (...) **las preferencias sexuales** o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas...”*



“Cualquier otra” es quizá la palabra clave. Ya que desde la reforma de 2001 quedaba claro que este listado de motivos por los que está prohibido discriminar, era incompleto y que la prohibición incluía cualquier otra que atente contra la dignidad humana y

tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas...” y que no estuviera incluida en el elenco del texto constitucional, por lo que podemos afirmar que la protección contra la discriminación por esos otros motivos relacionados con la sexualidad y el género también se encontraba presente. Tan es así que las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre transexualidad en enero de 2009 y agosto de 2009 sobre matrimonio,

concubinato y adopción para parejas del mismo sexo, ocurrieron antes de esta reforma constitucional de 2011.

Tal parece pues, que la verdadera pregunta en términos de derecho, es si con este marco normativo, las personas se encuentran protegidas contra la discriminación por razón de su preferencia u orientación sexual, identidad y/o expresión de género en México, ejercida ésta por particulares, por las autoridades, por los servidores públicos o por una ley discriminatoria.

La otra pregunta es si el lenguaje es causa o efecto de la discriminación y si es importante la terminología a la hora de proteger estos derechos.



El derecho como elemento normativo orienta también el discurso, y se retroalimenta del discurso de otras disciplinas. El tema es que jurídicamente el lenguaje se entiende en su uso común. El derecho se alimenta de otras

disciplinas, aun así, su interpretación debe ser amplia y en derechos humanos *pro persona*, es decir no de manera restrictiva, sino de la forma que mejor la proteja.

Y que es necesario que el lenguaje jurídico explicita los bienes jurídicos tutelados: por ejemplo el paso de establecer simplemente el derecho a la igualdad a explicitarlo mediante el derecho a la no discriminación, es el desdoblamiento de un concepto para dejar más claras sus implicaciones.

HISTÓRICAMENTE

La protección de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transgéneros, transexuales e intersexuales, ha ido avanzando en la medida en que esas poblaciones se fortalecen y se organizan para defender sus derechos como personas y como ciudadanos, lo cual se ha visto reflejado en las diversas reformas de distintos ordenamientos jurídicos que han tenido el propósito de protegerlas de la discriminación y por consiguiente evitar la desigualdad entre las personas y la falta de acceso realmente igual a las oportunidades.

Además de la prohibición de la discriminación en el texto Constitucional de 2001 como parte de las garantías individuales y hoy desde el 10 de junio de 2011 como derecho humanos, ya desde 1998 tres estados:



Aguascalientes Chiapas y el Distrito Federal, habían tipificado como delito esta práctica. Hoy en la actualidad la **discriminación por orientación sexual** se encuentra es **delito** en los códigos penales de nueve entidades federativas: Aguascalientes (Artículo 205 bis fracción I); Chiapas (Artículo 324); Chihuahua

(Artículo 197); Coahuila (Artículo 383 bis); Colima (Artículo 225 bis); Distrito Federal (Artículo 206); Durango (Artículo 324); Tlaxcala (Artículo 255 Bis) y Veracruz (Artículo 196).

Conviene aclarar que no se menciona en ninguno de ellos explícitamente a la “identidad de género” ni a la “expresión del rol de género”, como motivo de discriminación elemento de estos tipos penales por lo que en opinión de muchos deberían explicitarse dichas características, también propias de la condición humana como motivos por los que discriminar es delito; para tener una mejor protección de personas transgénero, travesti y transexual.



Hablando de derecho penal hay que mencionar también sus omisiones: la “homosexualidad”, sigue siendo considerada como **agravante del delito de corrupción de menores e incapaces** en los códigos penales de los Estados de Campeche (Artículo 309 fracción II); San Luis Potosí (Artículo 181) y Tamaulipas (Artículo 192 y 193) lo cual implica una categorización de las sexualidades en términos de lo que explica Daniel Borillo en su libro Homofobia (2001).

Por último se puede mencionar que se ha legislado en materia de **crímenes de odio por homofobia**, ya que en los códigos penales de



los Estados de Coahuila (Artículo 350 fracción II reforma del 30 de diciembre de 2005); Campeche (Artículo 36 fracción V reforma del 4 de agosto de 2008); y el Distrito Federal (Artículo 138 fracción VII; reforma

del 10 de septiembre del 2009). En ellos se incluye al *odio* como

calificativa o agravante de los delitos de *homicidio y lesiones*, para castigar con mayor severidad a quienes cometen estos delitos, mediante el “odio” por diversos motivos incluida la orientación sexual.

Otras normas que expresamente prohíben la **discriminación por orientación sexual (lesbianas, gays y bisexuales), identidad de género (transgéneros y transexuales) y expresión del rol de género (travestis, transgéneros, transexuales e intersexuales)**, son los siguientes: Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal --Arts.9 ter inciso c), 45 y 46 inciso d); Código Civil para el Distrito Federal.

(Artículo 2); Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (Artículo 35); todas las leyes denominadas Ley



de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de las entidades federativas; Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (Artículos 4 y 9 fracción XXVIII); Leyes locales para Prevenir y Eliminar la Discriminación (Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nayarit,

Tamaulipas, Zacatecas y recientemente Yucatán, en esta última se habla tanto de preferencias sexuales, como de orientación sexual.)

Es sin embargo preocupante que en el caso del Estado de México, a pesar de que cuenta con una la Ley para Prevenir, Combatir y Eliminar Actos de Discriminación en el Estado de México, no considera expresamente a la preferencia u orientación sexual, ni la identidad y expresión de género, como motivo por el cual está prohibición la discriminación en su articulado, sin embargo en la exposición de motivos se hace alusión al artículo 1º párrafo tercero (hoy quinto) de la Constitución Federal y al artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación las cuales hacen alusión a las “preferencias” y “preferencias sexuales”, y en su artículo 5 hace alusión a la discriminación basada en el sexo o género.

Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Estado de Guerrero, en cambio dispone que se deben investigar y sancionar los crímenes de



odio por homofobia, pide legislar para que las parejas del mismo sexo gocen de seguridad social, evitar que las minorías de la diversidad sexual sean sometidas contra su voluntad a tratamientos psicológicos o psiquiátricos para modificar su orientación sexual o identidad genérica, así como establecer la prohibición del condicionamiento de preferencia

sexual para donar sangre, donación de órganos o cualquier otra actividad médica u hospitalaria en aquel Estado (Artículo 15).

Respecto a la población **bisexual**, podemos decir que prácticamente no existe alusión expresa a su condición en los diferentes ordenamientos jurídicos del país, ya que al ser considerada como una "orientación sexual", queda entendido que se encuentra inmersa en los términos



"preferencia u orientación sexual", sin embargo resulta importante mencionar como dato relevante que el **Código Civil del Estado de México**, contempla a la *bisexualidad* como "impedimento para celebrar matrimonio", como "motivo de nulidad del matrimonio" (dentro de los 6 meses de celebrado el matrimonio) y como "causal de divorcio necesario", manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio. Foto ambiente G

En relación a la población **Trans** (travesti, transgénero y transexual), en el Distrito Federal se ha reconocido su condición humana al reformarse el artículo 135 Bis Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del 10 de octubre del 2008, la cual entró en vigor 30 días hábiles siguientes de su publicación, mediante la cual

se autoriza solamente a las personas transgénéricas, transexuales e intersexuales, la rectificación de su acta de nacimiento por reasignación de su concordancia sexo-genérica, o dicho en palabras coloquiales, para el cambio de su nombre y sexo en el acta de nacimiento, pasando de ser un juicio *ordinario civil* a un juicio *especial civil*, con una regulación especial y términos procedimentales más cortos, como lo establecen los artículos del 498 al 498 Bis 8 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por lo que respecta a la población **intersexual**, al igual que los bisexuales, no existe regulación específica alguna al respecto en los distintos ordenamientos jurídicos del país.

Reconocimiento jurídico de personas del mismo sexo:

El **Pacto Civil de Solidaridad de Coahuila**, publicado el 12 de enero del 2007, el cual entró



en vigor al día siguiente, reconoce y regula las uniones de personas igual o distinto sexo, mayores de edad, para organizar su vida en común, con una figura muy inferior al

matrimonio: el estado civil únicamente lo adquieren los compañeros civiles y no con las familias de estos, hay prohibición expresa de no poder adoptar de manera conjunta o individual, y la petición de exámenes de VIH entre otros y que si se es positivo se obliga a hacerlo del conocimiento de la pareja:

“III. Los exámenes de laboratorio pertinentes donde se indique si los solicitantes padecen o no sífilis, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, tuberculosis, o alguna otra enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa. Si alguno de ellos o ambos, padece alguna de estas enfermedades, se hará constar tal hecho y se tomará nota que el otro contratante conoce esta circunstancia.”

En segundo lugar se encuentra la **Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal**, publicada el 16 de noviembre del 2006, la cual entró el 16 de marzo del 2007, mediante la cual se regula las

uniones de personas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, para establecer un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, la cual se equipara al Concubinato, pero con



menores derechos, es decir, presenta limitaciones respecto al derecho a alimentos, al establecer que la pensión alimenticia será por la mitad del tiempo que haya durado la sociedad de convivencia y no por un tiempo igual al que haya durado, como en el concubinato. Restringe los derechos sucesorios con respecto con los del matrimonio, al disponer que los convivientes deban vivir juntos por un período mínimo de dos años, a partir de la constitución de la sociedad, para poder heredarse mutuamente; y en el desempeño de la tutela, al establecer que solo podrá ser tutor legítimo un conviviente del otro si han vivido juntos por un período inmediato anterior a dos años a partir de la constitución de la sociedad y no de manera inmediata, entre otras restricciones, por lo que el otro conviviente no podrá decidir el destino de la persona y de los bienes de su pareja si cayera en el supuesto de ser declarada en interdicción.

Finalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo, aprobado el 21 12 2009 en el Distrito Federal al reformar el 146 del Código Civil del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial 29 12 2009, más el fallo de la Suprema Corte de Justicia la Nación 5 agosto 2010.



Cabe señalar que la SCJN la avaló echando mano del derecho a la no discriminación por “preferencias” a secas, como aparecía en la CPEUM antes a la reforma del 10 junio 2011; al igual que la sentencia de la misma Corte respecto del amparo sobre actas de nacimiento corregidas para la población transgénero de enero de 2009. Foto Sentido G

CONCLUSIÓN:

En en ocasiones este tipo de debates presentan una doble faceta: la del muy enriquecedor debate que a partir del avance de las ciencias sexológicas se precisen mejor los conceptos y por ende los términos, y por otro lado el conflicto entre escuelas sexológicas o grupos de activismo. Más aún, en ocasiones pareciera obedecer más bien a un cierto producto de hipercorrección política. Si bien el lenguaje es fundamental para las normas, el derecho debe alimentarse del lenguaje técnico y el derecho a su vez tendrá el efecto indirecto de orientar el lenguaje en general. Mejores normas, con terminología más precisa, dejarán a mejor resguardo los derechos y habrá lugar para menos discrecionalidad interpretativa por parte de los operadores del derecho. Sin embargo hay evidencia de que en este caso, el término “preferencias” en la Carta Magna, ha sido interpretado tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los congresos al hacer

otras normas, como protectora de la población para no ser discriminada tampoco por su orientación sexual, ni identidad ni expresión de género.



Muchas gracias.

Ricardo Hernández Forcada