

Viejos, humanos y sexuales. Una reivindicación jurídico antropológica de la sexualidad en la vejez

EDUARDO ARRUBIA

*Recibido: 27/11/15
Aceptado: 22/12/15*

Eduardo J. Arrubia

Abogado. Becario de Investigación doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Docente auxiliar interino en la cátedra de Filosofía del Derecho y Ética de la Abogacía (Facultad de Derecho – UNICEN). Doctorando en Derecho (UBA). Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH-UNICEN) E-mail: earrubia@gmail.com



Resumen

La vejez es la última etapa vital del ser humano, mas no por ello el anciano pierde su condición de persona. Sin embargo, la mera observación de la realidad social nos permite advertir que el adulto mayor ha sido tradicionalmente menoscabado en sus derechos fundamentales. La sexualidad en sentido amplio constituye un foco de prejuicios, discriminación y hostigamiento. Este rasgo inherente a la humanidad es uno de los aspectos que suelen despreciarse en la ancianidad. Este trabajo busca reivindicar a la persona anciana poniendo en escena los derechos vinculados a su sexualidad. Así, la noción de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Público y la Postgerontología aparecen como marco cultural de empoderamiento del adulto mayor en su condición de persona y de sujeto sexual. El Derecho de la vejez debe estructurarse abarcando las implicancias socio-jurídicas de la orientación sexual y la identidad de género.

Palabras clave: Derechos Humanos – Derecho de la Vejez – Sexualidad – Discriminación múltiple – Postgerontología.

Abstract

ELDER, HUMAN AND SEXUAL. AN ANTHROPOLOGICAL AND JURIDICAL VINDICATION OF SEXUALITY IN OLD AGE. Old age is the last vital stage of the human being, but this does not mean that he lacks of his essence as a person. However, the mere observation of social reality warns us that the Elder's fundamental rights have been traditionally subjugated. Sexuality, in a broad sense, constitutes a focus of prejudice, discrimination and harassment. This feature inherent in humankind is one of the aspects usually disregarded in old age. This essay seeks to endorse the Elder by shedding light over those rights which are strongly related to their sexuality. Therefore, the Human Rights notion, the Public International Law and the postgerontology appear as a cultural frame that empowers the old person in her human and, consequently, sexual condition. Elder law shall structure by referring to the socio-legal implications related to sexual orientation and gender identity as well.

Keywords: Human Rights – Elder Law – Sexuality – Multiple Discrimination - Postgerontology

“Bien puede afirmarse que la energía y el amor con que un pueblo defiende sus leyes y sus derechos, están en relación proporcional con los esfuerzos y los trabajos que les haya costado el alcanzarlos...”

En este sentido no vacilamos en afirmar que la lucha que exige el derecho para hacerse práctico, no es un castigo, es una bendición.”

(Ihering [1874] 1946: 174)

INTROITO

El presente ensayo constituye una reivindicación de la persona anciana en su calidad de ser humano en general, y de ser sexual en particular. Toda reivindicación es un intento de manifestarnos, de hacernos oír frente a voces que a lo largo de la historia han pretendido acallarnos, ocultarnos, disciplinándonos desde el poder, estableciendo lo que debemos ser, aunque no lo seamos. El último tramo de la vida conlleva una alteración de las facultades biológicas de la persona que tradicionalmente ha sido instaurada en la discursividad social, política, cultural, científica y jurídica en términos de patología. El sexo y la sexualidad han sido un blanco fácil de manipulación y de reproducción de pautas estereotipadas ajenas a la realidad misma. El sexo y la sexualidad en la vejez han corrido igual o peor suerte. A través de las siguientes páginas pretendo desmantelar esta perspectiva aniquiladora de la esencia humana de los adultos mayores. En primer término, abordaré como marco de referencia la noción de Derechos Humanos afirmando que no es posible su comprensión sin una contextualización histórica que le dé sentido. En segundo lugar, explicaré que las ideas de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género son inherentes al mismo concepto de Derechos Humanos. En tercer orden, proclamaré la existencia de un Derecho de la Vejez como rama autónoma dentro del mundo jurídico, lo cual me permitirá luego abordar los principios rectores en esta materia arrojando luz sobre ellos desde la perspectiva de la sexualidad humana y los derechos referidos a ella. En cuarta instancia, asumiré los postulados de la postgerontología como marco teórico

indispensable para efectuar una lectura de derechos desprovista de prejuicios y estereotipos socioculturales, para lo cual el concepto de cultura aportado por la ciencia antropológica me será útil para revelar los entramados sociales que habitan más allá de las normas jurídicas. Por último, expondré la existencia de la nueva Convención Interamericana de Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En este punto, describiré el concepto de discriminación múltiple que apunta a la consideración del anciano como sujeto portador de una vulnerabilidad compleja ya que su primera debilidad viene dada por su avanzada edad y, luego en el caso de estudio, dicha situación es agravada por otros factores de discriminación negativa tales como la orientación sexual y la identidad de género. En este plano, destacaré la importancia de una interpretación sistémica de los instrumentos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a los efectos de vislumbrar la discriminación múltiple como categoría compleja.

DERECHOS HUMANOS: UNA NOCIÓN CON HISTORIA

¿Qué son los derechos humanos? Más allá de las discusiones que giran en torno a este concepto desde las distintas corrientes de la Filosofía del Derecho, podemos admitir e invocar la existencia de un Derecho Natural que reconoce al ser humano como sujeto dotado de dignidad por el solo hecho de su humanidad misma. Pero no es menos cierto que estos derechos adquieren “realidad jurídica” desde el momento en el que los mismos humanos inventaron este concepto producto de ciertas circunstancias atroces que pusieron en detrimento a la persona humana en su existencia misma durante la segunda guerra mundial. Así, los derechos humanos constituyen una invención cultural, una herramienta, como todo el derecho lo es, de suma trascendencia para la protección de aquella dignidad humana antes mencionada. Esto se ha materializado en la creación de normas que reconocen a estos derechos considerados preexistentes en un plano natural. Ahora bien, el abordaje de los derechos humanos que comprende estas aristas no puede conformarse con ellas, sino que *“además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento,*

debe apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una consciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos” (Nino 2007: 4). No obstante, hay quienes consideran que el hecho de que los derechos fundamentales sean un producto humano, surgido de la historia, en el entramado de relaciones y luchas sociales hace que carezcan de un fundamento absoluto, de toda esencia. Por ello consideran que la consagración de estos derechos nunca podrá estar del todo resguardada y, así, ven en la figura de los jueces a los custodios principalísimos de estas prerrogativas (Ruiz 2014: 76).

Los derechos humanos hallan su antecedente más cercano en la idea de libertades públicas que surgieron a fines del siglo XVIII con la combinación del iusnaturalismo que fundamentaba los derechos del hombre por el solo hecho de ser tal y del liberalismo constitucional que recortó el poder del Estado imponiéndole como límite el respeto de ciertos derechos de las personas, pero sin desconocer que la tutela de estas prerrogativas de los individuos eran una cuestión discrecional de cada Estado y, por ello, quedaba reservada al ámbito doméstico de los países (Pinto 1997: 2). Finalmente, con la institucionalización de la comunidad internacional a partir de la mitad del siglo XX, el concepto de Derechos Humanos quedó construido con los aportes del iusnaturalismo, del constitucionalismo liberal y del derecho internacional. Ello significa, por un lado, que estos derechos quedan reconocidos en términos de universalidad (para todas las personas, en todos los lugares y en todos los tiempos), y por otro, la asunción de que la responsabilidad internacional del Estado queda comprometida en caso de violación no reparada. (Pinto 1997: 10)

Es crucial señalar en este punto, como indica Pinto, que la característica de universalidad de los derechos fundamentales conduce a la idea de igualdad que conlleva como corolario la no discriminación. Este último concepto implica “...deslegitimar, declarando ilegal, toda diferencia que tenga por objeto cercenar, conculcar, de algún modo afectar o impedir el goce y ejercicio de derechos humanos” (Pinto 1997: 13).

Desde los sucesos históricos, puede advertirse que recién en la Conferencia de San Francisco de 1945 se incluyeron en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas unas escasas referencias a los derechos humanos tanto en el preámbulo como en el texto articulado. Así, aparecieron en dicho instrumento dos tipos de normas referidas a los derechos humanos, por un lado, aquellas que contemplaban una perspectiva material vinculada a los objetivos y propósitos de la ONU, y por otro, aquellas normas de índole institucional que definieron los órganos competentes en este ámbito (Diez de Velasco 2009: 652). De allí en adelante, la actividad práctica de esta Organización fue dando lugar a un proceso de ampliación y especificación de derechos que instituyó un verdadero *Programa de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* caracterizado por ser progresivo, escasamente estructurado y abierto (Diez de Velasco 2009: 653). De esta manera, la denominada *Carta Internacional de Derechos Humanos* quedó integrada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos y los protocolos facultativos a este último pacto (Diez de Velasco 2009: 654). Este sistema universal se fue replicando en el desarrollo progresivo de sistemas regionales de Derechos Humanos, esto es, el americano, europeo y africano.

LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

En nuestros días, el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad aparecen tutelados desde el Derecho Internacional Público. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas tiene dicho que *“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”*¹ (Comité de Derechos Humanos. Observación General nº 18). En el marco del Programa de Derechos Humanos mencionado en el acápite anterior puede advertirse el repudio a la discriminación desde el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos (que en nuestro país tiene jerarquía constitucional otorgada por el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional), el cual establece que *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Es necesario advertir que este texto que data de 1966 no contempló expresamente las categorías de orientación sexual ni de identidad de género, sin embargo, esto de ninguna manera justifica su exclusión ya que como bien ha advertido la Comisión Internacional de Juristas (CIJ. Guía para profesionales nº4. 2009: 31) estas categorías quedan abarcadas dentro de la expresión “otra condición social”. Esta misma Comisión señala que en los nuevos instrumentos y normas de Derechos Humanos está surgiendo una tendencia a incorporar la “orientación sexual” y la “identidad de género” como motivos prohibidos de discriminación (CIJ. Guía para profesionales Nº4. 2009: 31). En este sentido, la nueva Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, objeto de estudio en este ensayo, constituye un ejemplo de la recepción de las categorías antedichas a la hora de circunscribir la prohibición de discriminación por estos motivos sumados a la razón de “edad” que ya de por sí se erige como el primer motivo de discriminación que padecen los ancianos.

Efectuando un recorte en relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos podemos señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados que *“es perfectamente posible, además de deseable, volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (v.g., inter alia, status social, renta, estado médico, edad, orientación sexual, entre otras)”*. En este orden de ideas, la Organización de los Estados Americanos, a través de su

resolución 2653/2011, ha manifestado su preocupación en torno a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y, en consecuencia, ha instado a los Estados que la componen a tomar las medidas necesarias para prevenir, erradicar y sancionar este tipo de discriminación. También los ha instado a garantizar el acceso a la justicia y el resguardo de las víctimas desde el aparato judicial.

EL DERECHO DE LA VEJEZ

Ser viejo. Ser anciano. Ser persona. La vejez aparece como la etapa ulterior de la vida de un ser humano. Se despliegan así un sinnúmero de caracteres que definen al sujeto, que lo hacen único, irrepetible e indivisible, que lo posicionan en un lugar diferente de aquel niño que fue, devenido luego en adulto medio. Este fenómeno adquiere mayor visibilidad en los tiempos actuales en los que asistimos a un envejecimiento de la sociedad (Daniels 1988: 3) caracterizado por la subsistencia de una mayor cantidad de personas ancianas cuyas causas pueden hallarse en múltiples factores siendo quizá el más primordial aquel vinculado al desarrollo y avance de la biotecnología y las ciencias médicas.

Aparece de esta manera, como un punto de partida, la figura del anciano supeditada al control social que toda organización humana ejerce sobre sus miembros en vinculación con el concepto de edad. Esto permite tematizar la ancianidad de acuerdo con las múltiples formas en que ésta es tratada, valorada e identificada (Dabove; Prunotto Laborde 2006: 9). Así, se tiene en cuenta que el control social entendido como los mecanismos a través de los que la sociedad impone a sus componentes la conformidad con sus normas y valores, puede ser de dos tipos: persuasivo y coactivo (Gerlero 2006: 168). El primero está referido a obtener la conformidad de las personas con las pautas sociales vigentes por medio de mecanismos de influencia y sociabilización a través de diversos agentes tales como la familia, amigos, instituciones formales, medios masivos de comunicación, entre otros; Y el segundo es el que se impone mediante la fuerza, sea informal (usos y costumbres por ejemplo) o formal (referido al

ordenamiento jurídico que establece normas desde las instituciones formales del Estado, cuyo incumplimiento es pasible de acarrear una sanción impuesta coactivamente) (Gerlero 2006: 169). Es en este sentido que se considera que existe una política de edades, entendiendo a ésta como la forma en que la sociedad ejercita controles sobre el desenvolvimiento de las personas en relación al concepto de edad, del mismo modo en que sucede con el concepto de género (Iacub 2011: 22).

En relación a la definición de la vejez, Dabove indica que ancianidad *“no es un concepto meramente cronológico, porque no se es viejo por alcanzar una determinada edad. Como tampoco es un fenómeno unívoco. Los gerontólogos de la actualidad concuerdan en afirmar que existen diferentes grados de vejez plenamente determinables. ...Este Proceso, en tanto vital, es ciertamente un proceso biológico. Mas, por tratarse en este caso de envejecimiento humano, tampoco hay que olvidar que también es un proceso histórico tanto cultural. No se es anciano sólo porque nuestro cuerpo cambie al alcanzar determinadas edades. Se es anciano, además, porque la sociedad en la que vivimos nos cataloga como tales y nos sitúa en ese papel, en función de los valores que consideran importantes.”* (Dabove; Prunotto Laborde 2006: 11)

La misma autora advierte que a partir del reconocimiento de una situación de triple debilidad de la persona anciana, el Derecho se incorpora al campo de la Gerontología a fines del siglo XX y principios del siglo XXI a través de dos documentos jurídicos valiosos en la materia, a saber, el Plan de Acción Internacional de Viena sobre envejecimiento (1982) y el Plan de Acción de Madrid (2002). (Dabove; Prunotto Laborde 2006: 18). Esta triple debilidad es planteada desde lo social en tanto el “viejo” es vulnerado por medio de estereotipos y constreñido en su ámbito de actuación; desde lo normativo, ya que las normas no le ofrecen un marco de protección jurídica adecuado a su naturaleza y sus especificidades; y desde lo axiológico, cuando se lo menoscaba a través de los valores jurídicos imperantes siempre que no se reconoce a la persona anciana como un fin en sí (Dabove; Prunotto Laborde 2006: 19), o sea cada vez que se lo instrumentaliza para la consecución de intereses ajenos.

De esta manera, todo esto constituye la fundamentación subyacente que da lugar al surgimiento de una nueva rama jurídica denominada Derecho de la Vejez.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA VEJEZ: UNA LECTURA DESDE LA SEXUALIDAD

Esta disciplina adquiere su estructura en virtud del despliegue de tres principios básicos. Por un lado, encontramos el principio de *continuidad vital* que se establece como la manifestación específica del principio de igualdad en la vejez y, así, se requiere que la vida de una persona sea aprehendida de forma holística, en consonancia con la complejidad de su desarrollo. También se da el principio de *privacidad*, en el que el envejecimiento aparece como un elemento constitutivo del concepto de unicidad de la persona dando lugar a la autonomía, la libertad y la intimidad del anciano. Por último, hallamos el principio de *participación* que posibilita la integración del adulto mayor a la vida comunitaria en la cual tendrá cabida el diálogo intergeneracional en el Derecho con el fin de poder rescatar la historia, la experiencia y los proyectos de la sociedad en general. (Dabove; Prunotto Laborde 2006: 24)

En este punto, creo interesante realizar una tarea intelectual de extrapolación teórica de las ideas que algunas formas de feminismos hacen en relación a la dicotomía “hombre-mujer”, y aplicar dicha lógica de pensamiento a la dicotomía “heterosexual-homosexual”. Así, De Lauretis señala que el feminismo históricamente ha tenido su núcleo de pensamiento en torno a la confrontación de la idea de mujer frente a la idea de hombre, con todas sus connotaciones. Esto, si bien ha sido de gran utilidad, conviene ser desplazado al interior del propio feminismo para poder incorporar un enfoque que piense a la mujer en contrastación con la mujer misma (De Lauretis 1989: 1), y así poder profundizar y enriquecer el análisis de diversas realidades como lo son la de la mujer niña, la mujer refugiada, la mujer anciana, etc. En este sentido, sin perjuicio de reconocer la importancia conceptual de la dicotomía “heterosexual-homosexual” en especial para estudios que aborden el prejuicio y la discriminación

por motivos de orientación sexual e identidad de género, creo oportuno desplazar, sólo momentáneamente, este enfoque para poder pensar a la persona LGTBI² en relación a la persona LGTBI misma. En consecuencia, esto nos permitirá esquematizar los principios constitutivos del Derecho de la Vejez en clave de valorar las prerrogativas fundamentales de estas personas cuando se encuentran en la última etapa del transcurso de la vida.

Estos principios son clave a la hora de comprender el catálogo de derechos de los que son titulares los adultos mayores, entre ellos los derechos vinculados al sexo y a la sexualidad en general. De esta manera, la continuidad vital del anciano nos permite asumir que “la vida continúa” a pesar de que hayan transcurrido ya aquellos años de juventud, y así podremos rescatar al adulto mayor como ser sexual, tan sexual en su esencia de persona humana como los jóvenes sexuales. Las distintas transformaciones fisiológicas que la vejez traiga aparejada podrán habilitar un discurso que contemple casos médico-clínicos tendientes a resguardar la salud del anciano, pero de ninguna manera podrán constituir un elemento que legitime un discurso jurídico de negación en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos sexuales de la persona anciana.

En este orden de ideas, a través del principio de privacidad, el anciano será reconocido como ser libre, capaz de tomar decisiones propias respecto de sus deseos, sus pasiones, su orientación sexual, su identidad de género o la disposición de su propio cuerpo. Y esto con mayor énfasis en una sociedad en la que se advierten fuertes estereotipos que desde lo cultural y lo familiar tienden a interferir en el espacio de libertad que el viejo debe tener por el solo hecho de ser persona. Pues, *“en el discurso habitual surge la referencia a la discapacidad fáctica para lo sexual, discapacidad que se inserta dentro de una lógica que piensa al viejo en asociación con la enfermedad, y cuya sexualidad puede ser causante de un daño físico. Otra de las manifestaciones descalificadoras se relaciona con la representación tierna, infantilizada y por ello desensualizada del anciano...”* (Iacub 2011: 132)

El principio de participación antes mencionado adquiere una fuerte entidad en nuestra materia a la hora de pensar la importancia

del anciano sexual actual, que en sus años más jóvenes vivió y experimentó épocas de mayor invisibilidad en relación a las categorías de orientación sexual e identidad de género ya que el escenario social, político y cultural que se le planteaba ofrecía duras barreras para asumir la sexualidad, en definitiva, para asumir la propia identidad.

En este punto, resulta esclarecedor reconocer que en la realidad social el anciano aparece como portador de prejuicios rectores de su experiencia y vivencias cotidianas, producto de una herencia cultural que le viene dada de sus años más jóvenes transitados en épocas poco proclives en torno a la aceptación de la diversidad sexual. Aunque lógicamente esto no se da en todos los casos y afirmar lo contrario implicaría sostener un argumento de universalización que sería, por tanto, falaz. De este modo, la antropóloga norteamericana Kath Weston, en uno de sus numerosos estudios, ha acuñado la categoría de “exiliados del parentesco” (Weston 2003: 52) para referirse a personas homosexuales que se ven obligadas a romper vínculos afectivos con su familia consanguínea producto de las reacciones negativas de sus padres ante el hecho de la revelación de la propia sexualidad. Tomando estas ideas, en Argentina se realizó un estudio de campo en el que las personas entrevistadas encuadraban de alguna manera en el concepto de exiliados del parentesco propio (Libson 2012: 111). Pero se constató en dichos relatos que tiempo después de ese exilio, la llegada de un hijx provocaba una vuelta al parentesco ya que se generaba una reconfiguración positiva de aquella postura primigenia de los padres que habían rechazado a sus hijxs ante la revelación de su orientación sexual. Así, *“...el momento en el que gays y lesbianas comunican a su padre y/o madre que van a ser abuelos representa una situación distinta de la toma de conocimiento de la homosexualidad, pero igualmente rupturista.”* (Libson 2012: 122)

Este estudio de casos es ilustrativo del complejo escenario social en el que los adultos mayores trasuntan sus vivencias, y ejemplifica el desafío que asumen los viejos LGTBI al asumir su propia sexualidad no sólo frente a los estereotipos heteronormativos de la sociedad sino también de cara a los prejuicios de sus pares etarios. El principio de participación en análisis deberá abarcar este entramado de control

social con sus especificidades, propias de personas que cargan un bagaje cultural transtemporal por su pertenencia a generaciones pasadas.

LA POSTGERONTOLOGÍA: UN ENFOQUE TEÓRICO NECESARIO

Es necesario introducir, en primer término, una advertencia de orden teórico-metodológica a los efectos de poder efectuar el encuadre sociológico de la vejez que se hace en este texto para luego comprender cómo el agregado de las manifestaciones de la orientación sexual de una persona anciana constituye un complejo foco de vulnerabilidad, todo lo cual acarrea una mayor susceptibilidad de discriminación negativa. Así, el enfoque en el que me posiciono, siguiendo a Iacub, es aquel propio de la postgerontología, la cual plantea un estudio político, cultural y ético del envejecimiento humano (Iacub 2011: 22), en el que la sexualidad trasciende como una de sus dimensiones fundamentales. Es decir, *“El abordaje crítico que efectúa (la postgerontología) hace hincapié en significaciones que surgieron de la gerontología, tanto práctica como teórica, y que le adjudicaban un estatus normativo al criterio etario. Este estatus determinó qué se entendía por vejez y el tipo de problematización que se realizaba a propósito de esta etapa, es decir, el modo en que ésta era identificada, tratada y valorada, lo cual implicó a su vez un tipo de accionar disciplinario”* (Iacub 2011: 23)³

Análogamente, todo lo referido al sexo y la sexualidad también ha sido objeto disciplinado por esquemas de dominación sociales, culturales y políticos. Hacia el siglo XIX se materializó en Occidente una verdadera *scientia sexualis* (Foucault 2012: 55) que se caracterizó por la identificación de lo “normal” con el sexo entre hombre y mujer a los fines de la reproducción humana, poniendo el acento discursivo en la implantación perversa de todas las múltiples sexualidades periféricas, esto es, aquellas que no estaban vinculadas con el estatuto matrimonial. Así, esta voluntad del saber de la sexualidad decimonónica se contrapuso al foco de análisis de la Edad Media que había hecho hincapié en las prácticas sexuales vinculadas a la

unión conyugal (Foucault 2012: 39). La confesión de dichas prácticas, había sido el procedimiento preponderante a través del cual se producía la verdad sobre el sexo. Lo seguiría siendo. En el siglo XIX, se hizo funcionar los rituales de la confesión en los esquemas de la regularidad científica (Foucault 2012: 65). Este proceso, como lo explica Foucault, tuvo lugar debido a ciertos factores, a saber, 1) la codificación clínica del “hacer hablar” a través de la hipnosis y las asociaciones libres (Foucault 2012: 65) 2) el postulado de una causalidad general y difusa, mediante el cual se asumió que cualquier suceso originado en la conducta sexual dispararía consecuencias en cualquier otro aspecto de la existencia misma; 3) El principio de una latencia intrínseca a la sexualidad, a través del cual se reconocía la necesidad de indagar no sólo lo que el sujeto interrogado deseaba esconder, sino también lo que estaba escondido para él mismo (Foucault 2012: 66); 4) el método de la interpretación, que producía la completitud de la verdad sexual a partir de las consideraciones del interrogador; 5) y la medicalización de los efectos de la confesión, que distinguía lo normal de lo patológico y perseguía la elucubración de una cura para esto último (Foucault 2012: 67).

En este marco, podemos valernos del concepto de cultura, objeto de estudio de la ciencia antropológica para desmitificar qué es lo que se esconde detrás de las normas. Para señalar que más allá de la importancia de éstas a los efectos de neutralizar las trasgresiones de los derechos fundamentales de las personas ancianas, el sistema normativo no es suficiente para lograr el cambio en el nivel social en torno a proteger efectivamente sus derechos. En consecuencia, como he sostenido en otro trabajo (Arrubia 2015), el antropólogo Clyde Kluckhohn ha conceptualizado la cultura como todos los *“proyectos de vida históricamente creados explícitos e implícitos, racionales e irracionales, que pueden existir en un tiempo dado como guías potenciales para el comportamiento de los hombres”* (Kluckhohn, C; Kelly, W: 97). Así, la cultura se compone de una serie de pautas (en inglés *patterns*) que refieren a un conglomerado de modos de comportamiento afines (Beals, R; Hoijer, H: 122). Existen dos tipos de pautas. Por un lado, las pautas ideales que definen lo que los miembros de una sociedad harían o dirían en situaciones particulares

si acatasen enteramente las normas establecidas por su cultura. Por el otro, las pautas comportamentales se derivan de las observaciones de cómo se comporta realmente la gente en situaciones particulares (Beals, R; Hoijer, H: 123). De esta forma, las pautas ideales reflejan modos de comportamiento reputados como deseables por los miembros de una sociedad dada. Son las reglas imperativas (deberes) y operativas (conveniencias) de una cultura determinada, y difieren en mayor o menor grado de las pautas comportamentales, derivadas de la observación de lo que las personas hacen efectivamente al enfrentarse con situaciones particulares (Beals, R; Hoijer, H: 124).

Esta diferenciación teórica resulta valiosa en aras de advertir que la sanción y promulgación de una norma determinada representa, a mi entender, un paso necesario y relevante a la hora de proteger derechos. De esta forma se van fijando pautas culturales ideales dentro de una sociedad. Sin embargo, la tutela efectiva de las prerrogativas fundamentales de las personas no quedará garantizada hasta no conseguir una cohesión de pautas culturales comportamentales coincidente con aquellas pautas ideales.

En este orden de ideas, corresponde advertir que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante CIDPM) aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el día 15 de junio de 2015, ilustra un notable adelanto en la cultura jurídica de nuestra sociedad, mas no se debe perder de vista que ella constituye una pauta ideal de nuestra cultura, en la que aún resta fomentar y promover pautas comportamentales acordes.

DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE: EDAD Y ORIENTACIÓN SEXUAL COMO COMPLEJO DE CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

Tal como he señalado en párrafos anteriores, el concepto de anciano se construye, no por tener una edad determinada, sino por una serie de determinantes socio-culturales que lo constituyen como tal. No obstante, el plano normativo que trae la nueva CIDPM ofrece una definición al respecto en su art. 2 refiriéndose a la persona mayor

como aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna de cada Estado determine una edad base, menor o mayor, siempre que ésta no sea superior a los 65 años. En materia de *discriminación* por edad en la vejez el mismo artículo, en consonancia con las normas que rigen la materia en otros instrumentos del Derecho Internacional Público, la define como *“cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social y cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública o privada”*. Esta Convención también introduce en su catálogo de definiciones aquella referida a la *discriminación múltiple* entendiéndola como *“cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación”*. Todo esto evidencia una clara preocupación desde la norma internacional por la vulnerabilidad del anciano quien ya de por sí, debido a su condición de tal es susceptible de padecer actos, omisiones o prácticas discriminatorias, y adicionalmente es susceptible de padecer cualquier discriminación fundada en otros motivos, lo cual nos pone en alerta de que estamos en presencia de una debilidad compleja, que merece ser aprehendida de esta manera a los efectos de la consolidación de una consciencia social incluyente y protectora de la persona anciana.

El segundo principio de Yogyakarta⁴, en el marco del *soft law* (Derecho Internacional prima facie no obligatorio), alude al factor etario como otra motivación de discriminación que puede agregarse a la de orientación sexual e identidad de género de las personas. Este principio establece que *“la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica”*. Pero es interesante traer a colación aquí la idea de Iacub quien sostiene que las investigaciones muestran que los problemas de la población anciana gay son similares a los ancianos heterosexuales, sin embargo la discriminación por homosexualidad es más decisiva que por su condición de viejos, según sus propias vivencias (Iacub 2011: 177).

En este sentido, la CIDPM recepta la categoría de sexualidad aplicada a la vejez. Así, en su artículo 5 establece que *“Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de **diversas orientaciones sexuales e identidades de género...**”*. Cabe decir que la misma norma prohíbe la discriminación por razones de edad en la vejez.

Ahora bien, todos estos criterios prohibidos de discriminación (conocidos también bajo el rótulo de “categorías sospechosas”) guardan entre sí ciertas características comunes que le dan sentido a su existencia jurídica, a saber, (1) tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no meramente tangencial; (2) Están asociadas con prácticas históricas de discriminación y subordinación; (3) identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad, o sea para hacerse valer en los órganos de representación; y (4) no corresponden con un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad (Uprimny, R; Sanchez L: 601).

Desde una perspectiva sistémica del derecho, entiendo, que la nueva CIDPM deberá ser complementada e integrada con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), máxime cuando esta última goza de jerarquía constitucional en nuestro país, mientras que aquélla probablemente sólo contará en un futuro cercano con jerarquía superior a las leyes, sin jerarquía constitucional⁵. Por consiguiente, es oportuno traer a colación la normativa prohibitiva de discriminación en relación a las categorías sospechosas que consagra el texto de la CADH a los fines de dotar de sentido lo antedicho en torno a las categorías de orientación sexual e identidad de género en la vejez abordadas por la CIDPM. En consecuencia, existen dos normas expresas en materia de discriminación en la CADH. Una de ellas es la del art. 1.1 que establece que *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación***

alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Y la otra, el artículo 24 en relación a la igualdad ante la ley, especifica que *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"*.

En este orden de ideas, Uprimny Yepes y Sanchez Duque advierten que la cláusula del art 1.1 es subordinada, mientras que la del art. 24 es autónoma (Uprimny, R; Sanchez L: 583). Esto quiere decir que en la que es subordinada se consagra la igualdad como garantía accesoria a otro derecho o libertad, mientras que la que es autónoma contiene una prohibición de discriminación genérica en la aplicación de las leyes de los estados parte. El art. 1.1 se restringe a todos los derechos consagrados en la CADH pero el 24 va más allá y extiende la prohibición de discriminación a las normas internas de los Estados (Uprimny, R; Sanchez L: 584). Por lo tanto, del hecho intrínseco de que el artículo 24 mencionado sea una cláusula autónoma, se desprenderán las siguientes características: 1) consagra un derecho independiente de los demás derechos; 2) genera derechos y deberes específicos de protección para los Estados, en tanto que es un derecho autónomo; 3) se refiere específicamente a la garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los estados y las actuaciones de sus autoridades (Uprimny, R; Sanchez L: 585).

En suma, todo esto nos permite comprender los derechos de la vejez con especial referencia a la sexualidad de los ancianos desde la óptica del concepto de derechos humanos al que se ha hecho referencia al comienzo de este ensayo. Considero imprescindible enfatizar lo que allí se expuso, siguiendo a Pinto, en relación a los aportes del Derecho Internacional al concepto de los derechos humanos. Así, todas las violaciones a los derechos aquí explicitados y que hayan quedado impunes desde los órganos internos de los países, conllevará la responsabilidad internacional de ese Estado, lo cual pone de manifiesto la relevancia jurídica de contar con la nueva Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la necesidad de replicarla en el Sistema Universal en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.

COLOFÓN

Ha quedado claro a esta altura que el panorama actual de los derechos de los ancianos es harto complejo. Por esto, en este ensayo he tratado de hacer un recorte de la vejez a través de la evaluación del flagelo de la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. He intentado exponer el derecho pero también desenmascararlo. Los instrumentos jurídicos aquí reseñados son de imperiosa trascendencia pero al mismo tiempo insuficientes. Una lectura de la realidad sociocultural en la que vivimos nos permite advertir que vamos en buen camino pero que es vital la consolidación de una consciencia moral común que nos legue la posibilidad de la experiencia del respeto y de la aceptación de los otros. Es necesario demoler los viejos esquemas de dominación y control social que sometían al viejo a un reduccionismo patológico, desde el cual lo único que podía esperarse de él era la espera de la muerte. El derecho ha dejado ya de normar al anciano sólo en términos de la seguridad y previsión social como planteaba la tradición jurídica. El adulto mayor es, ante todo, persona humana, y por humana, sexual. Es titular de prerrogativas fundamentales e inalienables que tienen su contrapartida en deberes y obligaciones tanto del Estado como de los particulares y de la sociedad toda. Mirarnos en el espejo del futuro es lo que nos hace falta para reconocernos, pensarnos y reproducirnos en el derecho como los viejos sexuales que algún día seremos. Debemos pararnos detrás del velo de ignorancia, como proponía John Rawls (Rawls, J [1971] 1999: 118), para lograr construir las bases de justicia de nuestra sociedad por medio de la cooperación social. Me he propuesto desarrollar no sólo un ensayo de fundamentación jurídica de los derechos sexuales de las personas mayores, sino también reivindicar el respeto y la aceptación de la sexualidad humana en una álgida etapa de la vida como lo es la vejez. Espero haberlo logrado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arrubia, E.
2015. Derecho y cultura: hacia una antropología jurídica del derecho a la identidad de género. En *Derecho e identidad de género*. Editorial UNICEN. Tandil, en prensa.
- Beals, R. y H. Hoijer
1981. *Introducción a la Antropología*. Aguilar. Madrid.
- Comisión Internacional de Juristas (CIJ)
2009. Identidad de género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesionales N° 4. Ginebra.
- Dabove, M. I. y A. Prunotto Laborde
2006. *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva Interdisciplinaria*. Editorial Juris. Rosario.
- Daniels, N.
1988. *Am I my parents' keeper? An essay on justice between the young and the old*. Oxford University Press. New York.
- De Lauretis, T.
1989. *Technologies of Gender. Essays on Theory, Film and Fiction*. Macmillan Press. London.
- Diez de Velasco, M.
2009. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid.
- Foucault, M.
2012. *Historia de la sexualidad I: La voluntad del saber*. Siglo Veintiuno. Buenos Aires.
- Gerlero, M.
2006. *Introducción a la sociología Jurídica*. Gringberg. Buenos Aires.
- Iacub, R.
2011. *Erótica y vejez. Perspectiva de occidente*. Paidós. Buenos Aires.
- Ihering, R.
[1874] 1946 *La lucha por el derecho. Tres estudios Jurídicos*. Atalaya. Buenos Aires.
- Kluckhohn, C. y W. Kelly
1945. *The science of man in the world crisis*. Columbia University Press. New York.

Libson, M.

2012. Parentalidades gays y lesbianas: ¿nuevos idiomas y reconfiguraciones? Madres, padres, abuelas y abuelos. En Jones, D; Figari, C; Barrón López, S (coord.). *La Producción de la sexualidad. Políticas y regulaciones sexuales en Argentina*. Biblos. Buenos Aires.

Nino, C.

2007. *Ética y derechos humanos*. Astrea. Buenos Aires.

Pinto, M.

1997. *Temas de Derechos Humanos*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Rawls, J.

[1971] 1999. *A Theory of justice*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts.

Ruiz, A.

2014. Jueces y Memoria. En Cárcova, C (Coord.) *Los derechos fundamentales en la Constitución: Interpretación y lenguaje*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

Uprimny, R. y L. Sánchez

2014. Igualdad ante la ley. En Steiner, C.; Uribe P. (ed). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Comentario. Plural Editores. Bolivia.

Weston, K.

2003. *Las familias que elegimos. Lesbianas, gays y parentesco*. Bellaterra. Barcelona.

NOTAS

1 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, No discriminación, párrafo 1

2 La sigla LGTBI significa “Lesbianas, Gays, Trans, Bisexuales e Intersex”. La misma es oficialmente adoptada por la Comisión interamericana de Derechos Humanos, la que ha creado en noviembre de 2011 una unidad especializada en la materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva.

3 El autor citado entiende la disciplina en un sentido Foucaultiano, o sea, como “mecanismo de poder por el cual alcanzamos a controlar al cuerpo social hasta en los elementos más tenues y atomizados, los individuos. Vigilando y controlando su conducta y comportamiento, intensificando sus aptitudes o descalificando su rendimiento” (Foucault, 1976).

4 Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

5 Actualmente la CIDPM ha sido aprobada en el seno de la Asamblea General de la OEA y ratificada por el Estado Argentino. Pero aún no constituye parte integrante de nuestro derecho interno ya que para esto se requiere de la conformidad del Congreso de la Nación el cual deberá sancionar una ley que así lo determine (Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

