

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
ABOGACÍA
UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**



**“EL CAMBIO DE SEXO Y EL DERECHO A
LA IDENTIDAD SEXUAL”**

MASCIMINO, Lucila

2009



Dedicatorias y agradecimientos:

A mi familia, por su apoyo y cariño incondicional y a mis compañeros de esta carrera, sin los cuales no hubiera podido concretar este gran sueño.

“El hombre ha nacido libre y por doquiera se encuentra sujeto con cadenas”

Jean Jacques Rousseau



Índice General

Introducción.....	5
Capitulo primero: Nociones preliminares.....	7
1- Sexo, género y sexualidad.....	7
1.1El sexo.....	7
1.1.1 Sexo biológico.....	9
1.1.2 Sexo psíquico social.....	10
1.1.3 Sexo desde el punto de vista jurídico.....	11
1.2 Género.....	12
1.3 Sexualidad.....	13
2- Identidad sexual.....	14
3- Identidad de género.....	16
4- Intersexualidad y Transexualismo. Nociones generales.....	17
4.1 Distintos conceptos de transexualismo.....	18
4.2 Teorías del transexualismo.....	20
4.3 Diferencias con el travestismo, homosexualismo, bisexualismo y otras manifestaciones de la identidad de género.....	22
Capitulo segundo: Análisis bajo el prisma bioético.....	25
1- El hombre. Reflexión antropológica, social y política.....	25
2- La moral y el transexual.....	27
3- Principios bioéticos básicos.....	30
4- Consentimiento informado.....	34
Capitulo tercero: Derechos y garantías constitucionales involucradas. Pactos internacionales de derechos humanos.....	39
1- Nociones preliminares.....	39
2- Derecho a la vida y a la libertad.....	41



3- Derecho a la salud y la integridad física, psíquica y moral.....	43
4- Derecho a la identidad personal.....	44
4.1 Derecho al nombre propio.....	47
4.2 Derecho a la identidad sexual.....	49
5- Derecho a no ser discriminado. Ley 23.592.....	50
6- Derecho a la autonomía de la voluntad.....	51
Capítulo cuarto: Análisis jurídico.....	54
1- Posturas respecto a la reasignación sexual.....	54
2- Cuestión registral.....	59
3- Vías procesales idóneas.....	62
4- Legitimación. Medios de prueba.....	65
5- Análisis legislativo.....	68
5.1 Antecedentes nacionales.....	68
5.2 Proyectos de leyes.....	71
5.3 Derecho comparado.....	79
6- Evolución jurisprudencial.....	81
Capítulo quinto: Consideraciones finales y conclusiones.....	84
Bibliografía.....	89
Anexos.....	93



Introducción

La presente tesis de grado tiene como finalidad el estudio de un nuevo fenómeno jurídico: “el transexualismo y la posibilidad de someterse, ante determinadas circunstancias comprobables, a intervenciones quirúrgicas de adecuación de sexo y solicitar el consecuente cambio de datos de la persona en el registro”.

Para analizar y comprender de forma acabada dicho fenómeno, se sistematizarán los precedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales existentes en nuestro país y en la legislación comparada, para luego realizar un aporte y conclusión personal que considere la problemática.

Motivó el estudio de este tema la extraordinaria evolución que han sufrido a lo largo de estos últimos años las ciencias naturales, la bioética, el bioderecho y consecuentemente el rol fundamental que han pasado a ocupar en nuestra sociedad y en la vida cotidiana.

La palabra transexual es una expresión que califica a un tipo de personas. El término es un neologismo introducido a comienzos de los años 50 por el psicoterapeuta norteamericano Harry Benjamin. El prefijo trans (o tras) da la idea de desplazamiento, pasaje de un lugar a otro. Pero en la palabra transexual el contexto es diferente. No hay cambios entre sitios ni personas.

La identidad de género, referido al sentimiento psicológico de ser hombre o mujer; y el derecho de identidad sexual, han dado lugar a largos debates en nuestro país. Si bien es evidente que los que se identifican a si mismos con un género distinto al que les asignaron en el momento de nacer, estadísticamente, conforman la minoría; hoy resulta frecuente encontrarse frente a distintas situaciones de este tipo, y lo cierto es que nuestro derecho positivo no puede ni debe desconocer la temática aquí tratada, so pretexto de caer en cuestiones contrarias a la moral colectiva.



En nuestra sociedad la falta de información y los prejuicios originados sobre estos temas, denotan un problema cultural y la incapacidad de enfrentarnos y convivir con lo “diverso”. A esto se le suma el gran vacío legal que existe sobre las operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo e interminables luchas judiciales para cambiar documentaciones pertinentes de aquellos que padecen esta realidad. Todo esto, sin lugar a duda, termina vulnerando ciertos derechos humanos que merecen protección y respeto al igual que el resto.

Resulta común en nuestro país que aquella persona que desee llevar a cabo una operación de cambio de sexo deba recurrir al juez y recorrer un largo camino para que pueda ser aceptado, como así también rechazado, su pedido. A su vez, aquellas personas en las que no coincide su apariencia física con sus papeles y documentos, les resulta imposible conseguir un trabajo “en blanco” y son muchas veces discriminadas en distintos ámbitos por su condición sexual.

Frente al vacío legal existente debemos indefectiblemente preguntarnos qué rol ha de adoptar el derecho y el juez ante los vertiginosos adelantos realizados en el campo de la bioética, qué camino se debe adoptar frente a una sociedad civil resistente a debates como los aquí planteados.

En Argentina se han presentado distintos proyectos de ley que buscan solucionar y dar respuestas a un tema que nos concierne, como sociedad, cada vez más. Pero hasta el momento, ninguno ha llegado a buen puerto.

Se remarca la importancia de generar el debate respecto al transexualismo desde un punto de vista interdisciplinario en el que participen médicos de todas las especialidades tales como cirujanos, forenses, psiquiátricos, además de contar con filósofos, psicólogos, especialistas en derecho y en bioética. Generar desde esta perspectiva una discusión abarcadora y participativa, es el comienzo para llegar a comprender el transexualismo como una realidad que nos concierne a todos, que golpea las puertas de un país democrático y que debe tener necesariamente su acogida en el derecho positivo argentino.



Capítulo primero: Nociones Preliminares

Sumario: 1. Sexo, género y sexualidad. 1.1. Sexo. 1.1.1. Sexo biológico. 1.1.2. Sexo psíquico social. 1.1.3. Sexo desde el punto de vista jurídico. 1.2. Género. 1.3. Sexualidad. 2. Identidad sexual. 3. Identidad de género. 4. Intersexualidad y Transexualismo. Nociones generales. 4.1. Distintos conceptos de transexualismo. 4.2. Teorías del transexualismo. 4.3. Diferencias con el travestismo, homosexualismo, bisexualismo y otras manifestaciones de la identidad de género.

A los efectos de una comprensión acabada del tema planteado, se expondrá a continuación una descripción de los conceptos necesarios que permitirán al lector introducirse adecuadamente y poseer un punto de partida sin el cual el presente trabajo carecería de razonables fundamentos.

1. Sexo, género y sexualidad

El sexo, el género y la sexualidad son realidades bien distintas unas de otras, si bien están muy relacionadas entre sí. Esto lleva a que muchas veces se las confunda, contribuyéndose de esta manera a oscurecer un tema de por sí complejo.

1.1 Sexo



El sexo es una cuestión compleja, compatible con la realidad inherente a todo ser humano, considerado éste último como una unidad psicosomática sustentada en la libertad.

El sexo es *“un dato integral de la personalidad, determinado por un conjunto de factores de los cuales debe facilitarse o buscarse su equilibrio”*¹.

Se presenta el sexo como un hecho en el cual integran, interactúan y se vinculan diversos elementos entre si, conformando un singular engranaje del cual queda mucho por descifrar. Se suele, por lo general, distinguir hasta seis elementos que, conjuntamente, configuran el sexo de una persona.

Los seis elementos mencionados están constituidos por: 1. el sexo cromosómico; 2. el sexo gonadal; 3. el sexo hormonal; 4. el sexo genital; 5. los elementos anatómicos o sexo morfológico; 6. sexo psíquico social. Los primeros cinco elementos constituyen el denominado sexo biológico, mientras que el último comprende tanto aspectos psicológicos como sociales.

*“La armoniosa conjunción y concordancia de tan variados elementos resulta ser presupuesto o condición indispensable para el sano equilibrio sexual del sujeto. Ello depende, en última instancia, de una constante y normal convergencia de tales factores constitutivos del sexo, ya que un desigual desarrollo de los mismos originaría situaciones que se alejarían de lo que podría estimarse como un estado sexual carente de anomalías”*².

Otra clasificación del sexo puede analizarse desde el punto de vista estático y desde el punto de vista dinámico. Al primero, es decir al estático, se lo identifica con el sexo cromosómico que es inmutable, con el cual nace el sujeto y con el cual se lo inscribe en los registros respectivos del estado civil y capacidad de las personas. Por el contrario, el sexo dinámico se exterioriza en la personalidad del sujeto, en sus costumbres, en sus gestos, actitudes, modo de ser, todo lo que conforma lo anteriormente mencionado como sexo psíquico social.

¹ Patti, Salvatore, “identita sessuale e tutela della persona”, en Nuove Leggi Civili Comentate, 1986-351. Citado por Fernández Sessarego, Carlos, apuntes sobre el derecho a la identidad sexual, p. 893

² Fernández Sessarego, Carlos, Derecho a la identidad personal, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 304



1.1.1 Sexo biológico

Como hemos visto en el punto anterior, el sexo biológico es el resultado de diversos elementos:

Sexo cromosómico.

Se determina al momento de la concepción, cuando un óvulo es fecundado por un espermatozoide.

Los cromosomas se encuentran en el núcleo de las células y contienen los determinantes genéticos. Cada célula del cuerpo humano posee un total de 46 cromosomas, de los cuales sólo dos de ellos son los cromosomas sexuales. Dicho de otro modo, el cuerpo humano posee 23 pares de cromosomas, salvo alguna anomalía. De esos 23, 22 pares son exactamente iguales, XX. Sólo un par corresponde a cromosomas sexuales, puede ser XX o XY, el primero dará origen a una niña y el segundo a un niño. Los óvulos son siempre XX, mientras que el espermatozoide puede ser portador de una X o una Y, por lo tanto el que define el sexo del futuro ser es el hombre.

Sexo gonadal.

Representado por los ovarios o los testículos, según el sexo, de acuerdo a la presencia de gónadas femeninas o masculinas. Estos caracteres, condicionados por los cromosómicos, contribuyen a determinar los caracteres sexuales hormonales y genitales.

Sexo hormonal.



Se encuentra condicionado por la actividad endocrina de específicos órganos anatómicos. Caso de la hipófisis, las glándulas corticosubrenales y las gonádicas.

Sexo genital.

Representados por los órganos internos y externos del ser humano. En el sexo femenino encontramos la vulva, vagina, útero, trompas y en el masculino, los epidímos, conductos deferentes, vesículas seminales, próstata y pene, a través del cual salen los espermatozoides al exterior y llegan a fecundar los óvulos.

Sexo morfológico o elementos anatómicos.

Se encuentran individualizados exteriormente. Los rasgos mas destacados son: el desarrollo de las glándulas mamarias, el cartílago laríngeo y la morfología de las cuerdas vocales, de lo que depende el timbre de la voz, el contorno de las muñecas, el desarrollo pélvico, la velloidad, entre otros.

1.1.2 Sexo psíquico social

Se encuentra dividido en dos factores:

Sexo psíquico.

Además de ser hombre o mujer desde el punto de vista biológico, el hombre y la mujer lo son desde un punto de vista psíquico. Esto tiene que ver con el sentimiento interno de pertenecer a uno u a otro sexo, de sentirse atraído por el sexo opuesto y de identificarse con ciertas emociones y actividades propias de cada sexo.

Sexo social.



El sexo biológico y psíquico de una persona se encuentra estrechamente relacionado y deriva en gran medida del entorno donde se desarrolla dicha persona (sea familiar, laboral, escolar), de la educación recibida desde la infancia y todo lo que tenga que ver con su mundo afectivo. Estos factores preparan al sujeto para su futuro rol sexual. También se puede afirmar que el sexo social es el sexo con el cual es identificada una persona por la sociedad y bajo el cual fue educado y se desenvuelve en ella.

1.1.3 El sexo desde el punto de vista jurídico

El diccionario jurídico Abeledo-Perrot, tomo III, página 396, de José A. Ganone, define el vocablo como *“condición orgánica que distingue a ciertos individuos de una especie animal o vegetal, respecto de los otros de la misma especie, con relación a la forma de intervenir en los procesos reproductivos, diferencia que permite clasificarlos como “machos y hembras”*”.

El sexo asignado en la partida de nacimiento posee trascendentales consecuencias jurídicas. Si bien la Constitución Nacional garantiza la no discriminación por cuestiones de sexo, aun podemos encontrar lugares y trabajos en que se manifiesta la prohibición al ingreso de personas de sexo femenino, no siendo menos importante destacar que nuestra cultura goza de numerosos tabúes en razón del sexo, que continua sin superar.

En la antigüedad se consideraba definitorio del sexo, exclusivamente al sexo cromosómico. Si fuese el sexo morfológico el cual el derecho habría de tener en cuenta, a los fines de determinar la pertenencia a uno o a otro sexo, entonces debería otorgar a los transexuales todos los derechos que derivan de su pertenencia a un nuevo sexo. Si, por el contrario, el sexo es definido puramente por sus caracteres genéticos e incluso gonadales, el sexo morfológico no tendría repercusiones jurídicas.

Es menester destacar y decidir a que se esta refiriendo exactamente el derecho cuando utiliza la palabra “sexo”, sin dejar de lado que *“el derecho debe respetar una*



realidad extrajurídica y biológica determinada por múltiples factores que son casi todos, más o menos, susceptibles de modificación”³.

La Dra. Alicia García de Solavagione afirma que “Uno de los mayores obstáculos existentes para intentar reflexionar sobre el derecho a la identidad sexual que le asiste a los sujetos que padecen el transexualismo o trastorno de género, es la inexistencia de una definición ajustada a derecho del concepto de “sexo””. Considera necesario incluir la cuestión de la identidad de género en el debate y para ello propone la siguiente definición: “El sexo es la conjunción de atributos de la personalidad, compuesto por elementos biológicos, somáticos y psicológicos, determinada desde el hecho del nacimiento (sexo originario o innato) y/o al momento de su individualización con la identidad de género contrario, basada en autoridad de cosa juzgada mediante una sentencia judicial firme”.

1.2. Género

El concepto de género surge a partir de investigaciones sociológicas sobre la identidad sexual realizadas por Robert Stoller en los años 50. Desde ese tiempo, las ciencias sociales han desarrollado distintas teorías y diversos conceptos respecto a esta temática.

El género es una “construcción cultural correspondiente a los roles o estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos”⁴. Dicho con otras palabras, el género es un concepto cultural que alude a la clasificación de funciones atribuidas a cada sexo. Es el conjunto de características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas asignadas a las personas en forma diferenciada de acuerdo al sexo.

Muchas veces se habla de manera indistinta de sexo o de género y muchas otras invierten sus significados. Lo cierto es que no existe una separación absoluta entre ambos conceptos ni tampoco una identificación completa entre ellos.

³ García de Solavagione, Alicia. Transexualismo. Análisis Jurídico y Soluciones Registrales. Ed. Advocatus 2008. p. 185.

⁴ Marcuello, A.C y Elosegui, M., “Sexo, género, identidad sexual y sus patologías”. P. 459, en “Cuadernos de Bioética”, N° 39, año 1999.



El sexo considerado como sexo cromosómico es inmutable e invariable; mientras que el género es mutable, sus aspectos cambian y son diferentes de un lugar a otro, de un grupo étnico a otro, de distintas clases sociales y todo ello se va modificando con el transcurso del tiempo.

Como producto de dicha diferencia establecida socialmente, entre mujeres y hombres se generan condiciones de marginación y discriminación, las cuales los afectan de manera desigual.

Desde la infancia, niñas y niños reciben valores y creencias que desde entonces delimitan atributos y aspiraciones sociales que según el sexo deben tener, son educados para comportarse de cierta manera a partir de la diferencia sexual sin que esto se relacione con las capacidades reales de los individuos. Por ejemplo a los hombres se les ha asignado un rol social como proveedores del hogar, mientras que a las mujeres se las identifica con el cuidado de la casa y de los niños. Tal circunstancia, como se menciono en el párrafo anterior, se evidencia como inequitativa, desvaloriza a uno de los géneros que es el ser mujer y no ofrece las mismas oportunidades para ambos sexos.

A través de la cultura se transmiten normas y valores de una sociedad y su permanencia se logra mediante el proceso de socialización y aprendizaje en las instituciones como son la familia, la escuela, la iglesia, el Estado y los medios de comunicación.

Hasta hace poco más de 10 años, las diferencias entre mujeres y hombres eran referidas como desigualdad o diferencias entre los sexos; sin embargo a partir de 1995, en Pekín, mujeres de todo el mundo acordaron cambiarlo por el concepto de género, debido a que el término sexo se reduce a las diferencias biológicas y el segundo abarca las condiciones sociales que afectan las relaciones entre mujeres y hombres.

1.3 Sexualidad

No es posible dar una sola definición de sexualidad. Este es un fenómeno complejo que abarca toda la vida del ser humano. Sin embargo podemos aproximarnos a un concepto de la siguiente manera: “la sexualidad se entiende como una condición intrínseca al ser



humano que lo acompaña a lo largo de toda su existencia y que la vive de diferente manera de acuerdo a las etapas de su vida. Corresponde a la manera en que el individuo, macho o hembra según criterios biológicos, se relaciona consigo mismo y con los demás a través de su cuerpo y sus sentimientos”⁵. Tiene que ver con las relaciones de las personas unas con otras como seres sexuados, sus fantasías, impulsos eróticos y percepciones.

Al igual que el género, la sexualidad es una construcción social y cultural, ya que se vive y se interpreta de forma distinta de acuerdo del lugar y el tiempo en que se la mire. En nuestro país la sexualidad sigue siendo un tema tabú, que no se habla abiertamente. Si bien se han dado grandes avances con el correr de los tiempos, aún hoy es difícil que la sociedad valide ciertas expresiones de la sexualidad, como es el caso de los homosexuales, transexuales y travestís.

2. Identidad sexual.

Para poder introducirse en la llamada identidad sexual es pertinente señalar que se entiende por identidad. Según la Real Academia Española la identidad es un: “*Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás*”⁶.

La identidad del ser humano, como enseña el maestro Sessarego, esta compuesta por un complejo de elementos, que a su vez se encuentran vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter preponderantemente espiritual, psicológico o somático; mientras que otros son de diversa índole, sea cultural, ideológica, religiosa o política. Estos elementos en su conjunto son los que caracterizan y perfilan el “ser uno mismo”, de tal manera que se es diferente de los “otros”. Todo ello no obstante ser todos iguales por pertenecer a una misma especie animal.

Es indispensable destacar aquí la importancia que tiene la libertad en este contexto. El ser humano posee libertad y es ésta la que lo diferencia de las cosas, de los animales, la

⁵ Cuadernillo Género y Sexualidad. www.vivopositivo.org/portal/.../cuadernilloGéneroySexualidad.doc

⁶ Diccionario de la Real Academia Española. <http://www.rae.es>



que lo inserta en sociedad y en el mundo. El hecho de su existencia implica libertad, es decir, se es libre porque se existe. Ahora bien, el ser humano concebido como ser libre tiene sus proyectos de vida diferentes a los demás. Cada uno elabora su proyecto de acuerdo a sus valoraciones, gustos y vocación personal, para luego luchar por su realización. Dicho proyecto es único e intransferible, por lo que para su realización se desarrolla una determinada personalidad.

Se puede afirmar entonces, que el derecho a la identidad es el derecho a *ser uno mismo* y a ser percibido por los demás como quien *se es*. Es el propio “ser” quien dará a si mismo una identidad, que no podrá ser forzada o impuesta ya que la misma dependerá de un proceso interno de formación. Se continuará describiendo a la identidad personal en el capítulo segundo.

Es importante destacar que hay distintos tipos de identidad: la identidad personal, la cual se ha caracterizado anteriormente, la identidad cultural, la identidad de género y la identidad sexual.

Cuando se refiere a la identidad cultural se esta haciendo alusión al sentimiento de pertenencia a un grupo determinado. Es decir al sentimiento generalizado de un grupo humano que le permite autodefinirse como tal y distinguirse del resto de la sociedad. No es otra cosa que el reconocimiento de un pueblo como “si mismo”.

La referida identidad sexual no hace otra cosa que describir un aspecto que forma parte de la identidad personal. Es decir, la identidad sexual es la especie dentro del género que es la identidad personal.

Se puede identificar a la identidad sexual como la suma de dimensiones biológicas que acompañadas de la real conciencia de un determinado individuo le posibilitan, a este, reconocerse de un sexo u otro, es decir simplemente sentirse varón o mujer.

El concepto analizado en el párrafo anterior se encuentra en estrecha relación con la identidad de género, mas aun en algunos casos son utilizados como sinónimos. No obstante, no deben confundirse.



La identidad sexual posee un incuestionable cimiento biológico que se nutre, en el desarrollo del ser, por influencias sociales, culturales y educativas. Es decir que la identidad sexual se conforma tanto del aspecto psicológico como de los aspectos biológicos (cromosómico, gonadal, genital).

La formación de la identidad sexual es un proceso complejo que tiene su origen con la concepción, que se torna clave durante la gestación e incluso en experiencias decisivas tras el nacimiento. Indudablemente, existen factores y combinaciones de los mismos, que pueden llevar al individuo a una confusión respecto a su realidad sexual, pero la tradición en la mayoría de las sociedades insiste en catalogar cada individuo por la apariencia de sus genitales.

Si, por ejemplo, socialmente se le asigna a una persona la identidad sexual de un hombre, pero sus genitales son femeninos, esta persona puede experimentar lo que se ha dado a llamar disforia de género, es decir una profunda inconformidad con el rol de género que le toca vivir.

Algunos estudios indican que la identidad sexual se fija no más allá de los 2 ó 3 años y a partir de entonces es inmutable. Las observaciones de los indicados estudios fueron efectuadas ante respuestas brindadas por transexuales quienes afirmaron que desde la mas temprana infancia se dieron cuenta que la identidad sexual asignada por la sociedad no se identificaba con la identidad sexual asimilada.

3. Identidad de género

Ya se hizo referencia al concepto de género ut supra bajo. Más no abunda una breve referencia al tema. Se ha dicho que el género es una *“construcción cultural, correspondiente a los roles o estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos”*⁷.

⁷ Marcuello, A.P., y Elosegui, M. Op. Cit. P. 459.



Ahora bien, hay que diferenciar el denominado “rol de género” de la “identidad de género”. Se concibe al primero como una conducta social típica impuesta por una determinada sociedad en un momento dado. La identidad de género es la experiencia personal del género, es decir, la conciencia de que uno es hombre y mujer, el convencimiento personal de sentirse de uno u otro sexo.

Somos producto de una interacción entre herencia y ambiente, que lleva a la creación de un individuo único, irreplicable como cada uno de nosotros. Desde nuestro nacimiento, la sociedad es la encargada de la diferenciación sexual, es desde aquel primer momento que nos reconocen como niños o niñas. Y es esta asignación sexual la que luego va a tener un profundo peso a la hora de impulsarnos hacia la dirección masculina o femenina.

Será condición necesaria para el desarrollo de la identidad género, el medio ambiente en el que se desenvuelva el individuo.

La identidad de género indica todo lo que piensa, siente, dice y hace una determinada persona. En el caso de los transexuales, existe una contradicción entre el sexo psíquico y el sexo biológico, dado que las manifestaciones de su cuerpo evidencian algo y las de su psiquismo lo contrario.

4. Transexualidad e Intersexualidad. Nociones generales.

La utilización de *etiquetas* deviene inapropiada para definir la clara diversidad de la existencia humana. ¿Acaso sólo se debe pertenecer a uno u otro sexo? Desde pequeños nos inculcaron que éramos niñas o niños según nuestra apariencia externa. Que la gente nace “hombre o mujer” y que si no se forma parte de este binomio se presenta un importante inconveniente.

Por otro lado, la ciencia no establece una distinción absoluta ni definitiva entre la masculinidad y la feminidad. Estos son valores que, lejos de ser netamente opuestos, son grados sucesivos del desarrollo de la sexualidad. Esta última, se encuentra presente en



todas las manifestaciones de la personalidad e identifica socialmente al ser humano. Es aquí donde la identidad sexual comienza a jugar un rol principal. Esta, al igual que el sexo, tiene dos vertientes, la dinámica y la estática que deben encontrarse en armonía. Así al que por sus elementos estáticos es varón por ejemplo, le corresponde un perfil psicosocial propio de este sexo y viceversa.

Sin embargo, existen casos excepcionales que presentan situaciones en donde se rompe el equilibrio entre el aspecto dinámico y el estático de la identidad sexual. Dicho de otra manera, son situaciones intermedias entre dos extremos que se nos presentan teóricamente como precisos y definidos⁸, dónde no sólo no existe homogeneidad en relación con los factores biológicos y morfológicos sino también entre estos y los elementos psicológicos. Son los casos de intersexualidad.

Dentro de los denominados estados intersexuales, se encuentra el hermafroditismo verdadero y el pseudohermafroditismo. Pero también algunos científicos se inclinan por incluir al transexualismo, travestismo y hasta la homosexualidad.

4.1 Distintos conceptos del transexualismo

La “transexualidad” o “Disforia de Género” o “Trastorno de Identidad de Género” (llamado así indistintamente) es uno de los problemas más dramáticos de la identidad sexual.

El término transexualidad fue citado por primera vez por Hary Benjamin en 1953 (de aquí que sea por muchos conocida como el Síndrome de Harry Benjamín), quién matizó la definición, ya ofrecida antes por Cauldwell.

El transexual se enfrenta a un problema existencial de profunda repercusión en su vida, en su desarrollo, en sus emociones, en su salud y en su bienestar general. Pero principalmente afecta su integración e interacción en la sociedad.

El transexual es aquel que desde el punto de vista biológico pertenece a un determinado sexo, sin embargo, posee plena conciencia y sentimientos de pertenecer al

⁸ Fernández Sessarego, Carlos. Op cit. ps 322 y ss.



sexo opuesto. Se encuentra “atrapado” en un cuerpo equivocado, vive, siente y piensa como una persona del sexo contrario. Hay un desfase entre el sexo biológico y el sexo psíquico social. Entiende que las características orgánicas que posee de nacimiento son una burla de la naturaleza. Dicha convicción lo lleva a odiar su cuerpo, produciéndole malestares psicofísicos, desordenes psiquiátricos y lo motiva a desear obsesiva e indeclinablemente una intervención quirúrgica de su morfología genital para adecuarse a la del sexo al cual considera que pertenece.

Desde la medicina convencional se expone que transexuales son aquellos sujetos que, perteneciendo a un sexo determinado, tienen la convicción y el deseo de pertenecer al sexo opuesto. Concepto, este, compartido por La Corte Europea de Derechos del Hombre.

Como consecuencia de ésta creencia y actitud Psicológica, el transexual se conduce en su vida como si perteneciera al sexo opuesto, busca someterse a una operación quirúrgica o a tratamientos farmacológicos a fin de lograr la corrección de la apariencia sexual de su cuerpo y obtener la tan deseada correlación con el sexo vivido. Persigue, además, la rectificación de su acta de nacimiento para cambiar legalmente el sexo y así poder desenvolverse en los distintos sectores de la sociedad.

Para La Academia de Medicina Francesa “... *el transexualismo se caracteriza por el sentimiento profundo e inquebrantable de pertenecer al sexo opuesto a aquel que es genéticamente, anatómicamente y jurídicamente el suyo*”... “*acompañado de la necesidad intensa y constante de cambiar de sexo y de estado civil,...el transexual se siente víctima de un error insoportable de la naturaleza*”⁹.

La prestigiosa profesora Helena Highton ha expresado: “ *El transexualismo es una cuestión que se haya en una situación fronteriza, de penumbra, en la que se comprende y confunde, a menudo, dramáticamente, normalidad y desviación, apariencia orgánica e inclinación psíquica, vida individual y vida de relación. Es un problema de frontera entre lo conocido y lo desconocido, donde se confrontan opuestas ideologías y diversas*

⁹ Rivera, Julio C. “Transexualismo: Europa Condena a Francia y la casación cambia su jurisprudencia”, en ED, 151-915



jerarquías de valores. El transexual representa emblemáticamente la patología de lo incierto, del sexualmente inclasificable. El transexual es el sujeto en el que se aprecia un elocuente y definido contraste entre el elemento físico, es decir, sus características sexuales exteriores, y aquel de naturaleza psíquica. Ello lo conduce a una angustiosa búsqueda de correspondencia entre su apariencias física y sus hábitos, comportamientos, gestos, vestidos, ademanes y actitudes, en general, que son propias del sexo que realmente siente, que hondamente vivencia en lo cotidiano”... “Es el síndrome caracterizado por el hecho de que una persona, que desde el punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto, o mejor dicho, de vivir de la manera en que los hacen los sujetos del género contrario. El transexual tiene un profundo sentimiento de pertenecer al otro sexo, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica. En ella, sin embargo, esta poseída una incontrolable aspiración a modificar quirúrgicamente su propio sexo somático que le resulta intolerable para el efecto de obtener el reconocimiento jurídico de tal transformación”¹⁰.

Se observa que los distintos conceptos tomados y aquí vertidos evidencian el aspecto común de considerar al transexual como una persona que vive de profundos e incontenibles deseos de asemejarse al sexo contrario asignado por la naturaleza desde el momento mismo de la concepción. El rechazo insuperable a todo su ser, es el que lo moviliza a incorporar hábitos que le darán, aunque sea momentáneamente, el consuelo de sentir el sexo contrario.

4.2. Teorías sobre el transexualismo

Existen distintas teorías para explicar y desentrañar el fenómeno del transexualismo. A continuación se consideraran las mas destacadas para la mayor parte de la doctrina.

¹⁰ Highton, Elena, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p.207.



- Teoría genética: se centra en que el transexualismo tiene que ver con una alteración del sexo genético. Sostiene la doctrina que esta teoría no es admisible, ya que tiene, el transexual, el cariotipo de su verdadero sexo y en él no se da ninguna alteración genética demostrable.
- Teoría neurohormonal: se basa en que el transexual tendría una anomalía en la diferenciación de las estructuras neuroendócrinas. Postura que aún no se ha podido demostrar en el transexual humano.
- Teoría psicosocial: se hace hincapié en el ambiente familiar que influencia el desarrollo sexual. Argumenta a su favor la presencia de una madre hiperprotectora y autoritaria, que no permite al hijo lograr éxitos ni fracasos propios y un libre accionar, en contraste de un padre pasivo y débil que está ausente del hogar.
- Teoría multifactorial: también conocida como de los “períodos sensibles”. En esta se les da importancia a la interacción estrecha y fundamental entre lo innato y lo adquirido. Esto último puede desencadenarse por influencias externas a lo largo de la vida del sujeto, especialmente en sus momentos más vulnerables. Se entiende que el futuro ser humano es, ab initio, indiferenciado sexualmente y posee las estructuras primitivas capaces de evolucionar hacia uno u otro sexo indistintamente. Es la influencia externa la que lo lleva a desarrollarse efectivamente hacia uno u otro sexo.

El transexualismo representa una minoría escasamente estudiada y atendida en la sociedad y que con el devenir del tiempo ha propugnado un adecuado tratamiento de su realidad. Los términos y conceptos en torno a la transexualidad no están muy consensuados de momento. De hecho, quizás los mayores esfuerzos por progresar en su estudio se originan por parte de la misma comunidad de personas transexuales. Sin embargo, en esta misma comunidad tampoco existe un acuerdo con respecto a los términos involucrados en tal temática.

Lo cierto es que la ciencia no ha podido dilucidar de manera satisfactoria las causas reales que originan el transexualismo, no tenemos aporte alguno del que podamos tomar la



experiencia como algo debidamente fundado a los efectos de asumir una postura unívoca y frente a ella comenzar el camino de la implementación de una adaptación que permita al transexual una mayor tranquilidad psíquica y social.

Efectuada la consideración vertida ut-supra, y habiéndose estudiado minuciosamente cada una de las teorías que intentan dar cuenta de la transexualidad, es oportuno poner de manifiesto que la transexualidad se presenta como un fenómeno multifactorial y es esta justamente la tesis que mejor se ajusta a los propósitos del presente trabajo.

4.3. Transexualismo vs. travestismo, homosexualismo, bisexualismo y otras manifestaciones de la identidad de género.

- Transexualidad y travestismo. Según Millot, lo que caracteriza al travesti y permite distinguirlo del transexual “*es la excitación sexual que provoca el hecho de vestir prendas del sexo opuesto*”¹¹. Esto es una conducta propia del sexo masculino, ya que si una mujer se viste de hombre no provoca ninguna exaltación sexual. Por lo tanto si una mujer se viste de hombre no se la considera travesti, mas bien un transexual.

Al no estar el travesti disconforme con sus atributos sexuales, no impugna de ninguna manera su identidad ni su pertenencia sexual. Clara diferencia con el transexual, quien al padecer una gran contradicción entre el cuerpo en el cual vive y el sentimiento y la pertenencia al sexo opuesto, traduce su convicción en el fuerte deseo de lograr una adecuación sexual.

Sin embargo, es dable encontrar un punto de contacto entre ambas patologías, que parecen derivar de la misma familia pero en distintos grados, siendo el travestismo su expresión más moderada, y el transexualismo la variante más

¹¹ Millot, Exceso. Ensayo sobre el transexualismo, p. 96



extrema. En ambos casos, se impugna la propia naturaleza y la lógica binaria de los sexos¹².

- Transexualidad y homosexualidad. El homosexual, al igual que el travesti, no pone en duda su identidad sexual, mas bien su orientación sexual. Se siente atraído por personas del mismo sexo, quienes poseen los mismos atributos sexuales por los cuales siente una profunda atracción y admiración. No desea pertenecer al sexo opuesto ni se ve interesado por las personas del mismo. Diferenciado con el transexual, quien si desea modificar su morfología, siente fascinación por el sexo opuesto y se identifica con aquel. Desvaloriza sus propios atributos y hasta llega a odiarlos.
- Transexualidad y bisexualismo. La bisexualidad se relaciona con el deseo romántico o sexual hacia personas de ambos sexos. No repudia sus atributos sexuales ni desea modificar su condición sexual a diferencia del transexual, como vimos anteriormente.
- Transexualidad y hermafroditismo. El síndrome de hermafroditismo, llamado verdadero o perfecto, se caracteriza por hacerse presente, en el mismo individuo de manera simultánea, tanto la gónada masculina como la gónada femenina. Dicha coexistencia afecta de modo variable la conformación de los genitales externos, el aspecto somático y el comportamiento psíquico. Es un verdadero estado intersexual, en donde el hermafrodita no se encuentra ni se siente prisionero de su propio cuerpo y no pretende la modificación de sus genitales externos, sino más bien, busca definir su sexo y para ello cuenta con la ayuda de la ciencia.

¹² Mizrahi, Mauricio Luis. Homosexualidad y Transexualismo. Ed. Astrea, 2006, p. 59.



- Transexualidad y pseudohermafroditismo. Este síndrome en sus dos variantes, tanto femenino como masculino, supone la falta de homogeneidad entre los órganos externos de una persona y el sexo genético. Como en este estado existe un sexo dominante, hablamos de un pseudohermafroditismo masculino o de uno femenino.

Este último se distingue claramente del transexualismo en que en éste no se presentan anomalías a nivel de la gónada o en lo que se refiere a los genitales externos¹³.

¹³ Fernández Sessarego, Carlos. Apuntes sobre el Derecho a la Identidad Sexual, p. 895.



Capítulo segundo: Análisis bajo el prisma bioético

Sumario: 1. El hombre. Reflexión antropológica, social y política. 2. La moral y el transexual. 3. Principios bioéticos básicos. 4. Consentimiento informado.

“El hombre está constituido de tal manera que nunca puede apetecer sino el bien”¹⁴

1. El hombre. Reflexión antropológica, social y Política.

El estudio del tema que nos ocupa, “el cambio de sexo de los transexuales y el derecho a la identidad sexual”, impone un estudio profundo del hombre desde las ciencias sociales y especialmente desde el campo de la bioética.

Ya Aristóteles nos predicaba que el hombre es un ser político, un ser social. Ello quiere decir que el hombre, como tal, no se concibe sino en sociedad, es decir, el hombre no solo “vive” sino que, principalmente “convive”. Es aquella convivencia la que no se concibe sin un orden político y jurídico. Una sociedad políticamente organizada no sería tal sin el papel esencial que juega el derecho o la juridicidad, que además, caracteriza al único modo posible de ser hombre.

Si se reflexiona sobre el hombre bajo la llamada filosofía de la existencia, como se lo hace modernamente, se puede concluir que el hombre se ha convertido en un problema para sí mismo. Todo ello por dos razones fundamentales, en primer lugar por la afirmación central del personalismo, es decir, la existencia de personas libres y creadoras; en segundo lugar, porque se conceptualiza al hombre como “algo” que necesita de “alguien”, es decir que no es autosuficiente, sino que requiere de ese “alguien” para quien exista.

¹⁴ Aranguren, José Luis L., *Ética*, Alianza Universidad Textos, España, 1994, p. 274



El ser humano no es cerrado sobre sí mismo, no es acabado como las “cosas” que aparecen en el mundo y en sus circunstancias. La libertad hace de la persona un ser creativo, responsable y en constante movimiento. Dicha libertad no es algo exterior al hombre, pero tampoco es un atributo o un predicado perteneciente al hombre considerado en su esencia. *“Ella es el ser mismo del hombre, por lo que, en última instancia, decir “soy libre” es decir “soy yo””*¹⁵

Lo que otorga sentido a la vida del ser humano es su posibilidad de “valorar”, es decir, la posibilidad de valorar o desvalorar los actos propios de cada hombre. Los valores, además, lo orientan hacia un fin y es la razón por la cual el hombre es el único de su especie que se plantea sobre su propia existencia.

La persona es única e irrepetible, no obstante ser igual a todas las demás. Citando a Frankl *“toda persona representa algo único, cada una de sus situaciones de vida algo singular, que se produce una sola vez”*¹⁶. Cada ser humano es idéntico a sí mismo gracias a que su ser es “ser libertad”. Pero ésta peculiar estructura del hombre hace que simultáneamente sea posible además considerarlo un ser co-existencial, comprendido dentro de la sociedad.

Esta libertad que se pretende describir sólo se concibe en un marco político democrático. Es la democracia la mejor forma de organizar política y socialmente a la sociedad porque *“tiene en cuenta dos dimensiones importantes de la existencia humana: la estructura espiritual del hombre y su carácter social, la singularidad y la variedad de la vida, así como las necesidades comunes de todos los hombres”*¹⁷

He aquí importante subrayar que el transexualismo es para muchos una enfermedad. Sin embargo, en muchos estados democráticos los pacientes no tienen por qué demostrar su calidad de enfermos. Para ellos, la transexualidad es una condición biológica y como tal, hace sufrir a las personas que la padecen y también a sus seres queridos, siendo innecesario dicho sufrimiento cuando la ciencia y la medicina tienen la posibilidad concreta de ayudar.

¹⁵ Marcel, Gabriel, El misterio del ser, Sudamericana, Bs. As., 1953, p.296 Citado por García de Solavagione, Alicia. Op. Cit. p. 123

¹⁶ Frankl, Victor, Psicoanálisis y existencialismo, Fondo de Cultura Económica, México, p. 57 Citado por García de Solavagione, Alicia. Op. Cit. p. 122

¹⁷ García de Solavagione, Alicia. Op. Cit. p. 125



Es menester destacar la importancia de estudiar el hombre en cuanto ser humano en su integralidad. La visión reductiva de la persona humana, si bien persiste en la actualidad, debe ser dejada de lado. Ya no se reduce la persona a su corporeidad, como una visión materialista lo propone; a un objeto de placer o consumo, como aspira la visión hedonista; a un animal sofisticado, según la visión mecanicista. Hoy, se reconoce que cada ser humano es un ser corpóreo y espiritual al mismo tiempo. Es una unidad sustancial de alma y cuerpo y no meramente accidental. Además se reconoce en cada hombre un fin, un sujeto, un valor, una dignidad inalienable y, por lo tanto, se reconoce que todo hombre es sujeto de derechos fundamentales “inherentes”.

Enseña Francisco Fernández Segado que uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda posguerra *“es la elevación de la dignidad de la persona humana a la categoría de núcleo axiológico constitucional y, por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental”*¹⁸. De este reconocimiento superlativo del valor de la persona humana derivará un amplísimo reconocimiento de los diversos derechos de la persona y una multiplicidad de mecanismos de garantía. Señala también Bidart Campos que todos los derechos humanos remiten a la dignidad personal, por lo tanto *“no es en vano afirmar que el derecho a la dignidad se manifiesta en todos los otros, o es compartido por estos, en mayor o en menor grado según su índole o contenido”*¹⁹.

2. La moral y el transexual

Cabe efectuar, primeramente, una separación de los órdenes, el jurídico y el moral. Ambos, la moral y el derecho, se encaminan hacia la creación de un orden, por lo que son normas de conducta humana. Sin embargo hay que distinguir que ambos difieren en cuanto a la dirección con que encaran dicha conducta humana.

¹⁸ Citado por Hooft, Pedro F., Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos. Prólogos de Bidart Campos, Germán J. y Mainetti Alberto J., Ediciones Desalma, Bs. As., 1999. p.9

¹⁹ Citado por Hooft, Pedro F. Op. Cit. p. 9



La moral valora la conducta en sí misma, plenariamente, en la significación integral y última que tiene para la vida del sujeto; en cambio, el Derecho valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás. El campo de imperio de la moral es el de la conciencia, es decir, el de la intimidad del sujeto; el área sobre la cual pretende actuar el Derecho es el de la convivencia social.

La moral rige la conducta en mira inmediata del bien de la persona individual, el derecho lo rige en vista del bien común, o sea, la instauración de un orden social que promueva la perfección natural del hombre y no obstaculice la obtención del fin último de este.

Ahora bien, se ha expuesto que la moral tiene en miras el bien individual de la persona, que no es el derecho, sino la justicia. Entendida ésta última como *“la proporción entre las exigencias de la persona y los bienes aptos para proveerlas en vista de la consecución de los fines humanos éticos”*²⁰. En la problemática que nos atañe el derecho se debate entre una actitud no intervencionista (dejando a criterio de la moral y de la conciencia la investigación de dicho fenómeno) y una postura controladora.

A raíz de esto, hay algo que no puede ser ignorado, entre derecho y moral debe existir una íntima vinculación para poder cumplir con su rol fundamental de control y organización social. Algunos autores sostienen que el derecho debería estar subordinado a la moral, otros suponen que ambos conceptos deben hallarse necesariamente unidos.

En palabras del Dr. Llambías: *“no hay bien común posible, es decir aquel que procura obtener el derecho, si no se respeta y salvaguarda el bien personal de los individuos que integran la sociedad. Pues si se instaurase un orden social que lastimara el bien personal, ya no reinaría el bien común”*²¹.

Aquella persona que decide someterse a una operación quirúrgica para adecuar su cuerpo a su psiquis, transexual, no sólo que practica un acto privado, interno y personal donde procura la satisfacción de su bien personal, sino que además busca desde aquel logro, desde su nueva apariencia física e identidad, insertarse en la sociedad desde la verdad, su

²⁰ García de Solavagione Alicia. Op. cit. P. 188.

²¹ Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Abeledo- Perrot, Bs. As., 1986- parte general- t.I. p. 34



verdad personal, para poder relacionarse con ella de un modo armonioso y confortable. De modo que no se advierte una incompatibilidad entre el bien personal del transexual y el bien común de la sociedad, el cual consiste en una convivencia en paz. *“Para vivir en paz es necesario que haya correspondencia interior entre justicia y verdad. Esto implica el obrar de buena fe en las relaciones de los hombres entre sí o de estos con respecto al Estado”*²².

El mismo autor indica que para él: *“la moral media no es hoy, en definitiva, la creencia de la mayoría, sino, en el fondo, la de quienes manejan los medios de comunicación masiva. Estos, con frecuencia tienen tanta influencia en la población que, prácticamente, se convierten en formadores de opinión, lo que reduce, sin lugar a dudas, la libertad de muchísimas personas para formar sus propios juicios, porque, con frecuencia, nutren sus opiniones y creencias en las opiniones de aquellos... Por eso, en la práctica sus opiniones en muchos casos ya no son, realmente, de carácter personal sino, en una u otra forma, inducidas. Entonces, la opinión de la mayoría no es tal, sino con frecuencia, es sólo de la minoría”*²³.

Por lo expuesto por el Dr. Cafferata, el juez no debería recurrir a la moral media de la población para *“indicarle el camino, dirección o rumbo a seguir, en definitiva, la directiva a adoptar”*²⁴. Aquí cobran importancia los principios generales del derecho fijados por el jurisconsulto romano Domicio Ulpiano en el Digesto, Título 1, 10, 1., ellos son: *“vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo”*.

Se concluye este apartado expresando que el transexual se encuentra lejos de ser lo que muchas veces la “moral media” cree debido a los medios de comunicación, a la falta de preparación técnica científica y de información para abordar su problemática. La desnaturalización del conflicto transexual provocada por la presentación ante la sociedad de personajes prostibularios, grotescos que buscan sus “15 minutos de fama” y empresarios que gozan con dicho morbo, relativizan lo que puede considerarse como moral pública o buenas costumbres.

²² Cafferata, José I, Nulidad Matrimonial Constitución Nacional, Advocatus, Cba., 2000, p. 72

²³ Ibid., p. 78

²⁴ Ibid., p. 75



Por el contrario el transexual, es un ser humano compuesto por cuerpo y espíritu que merece encontrar y revelar su nueva identidad tal cual es, que se la proteja y respete social y jurídicamente en aras de vivir armoniosamente en la sociedad de la cual es parte y así poder ser respetado y reconocido como persona. Pues no existen aquí, valores morales afectados.

3. Principios bioéticos Básicos

En 1974, fue creada la Nacional Comisión for the Protection of Human Subjects of biomedical and Behavioral Research, por decisión del Congreso norteamericano.

Esta comisión tenía como finalidad llevar a cabo una completa investigación y un acabado estudio tendiente a identificar los principios éticos básicos que deberían dirigir la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en la biomedicina.

Luego de cuatro años de deliberaciones la Comisión llegó a realizar un informe final que lleva el nombre de su presidente es conocido como “Belmont Report” (Informe Belmont). A pesar de disponer dicho grupo de trabajo de las normas del Código de Nüremberg (conjunto de criterios para juzgar a médicos y a científicos que llevaron a cabo experimentos biomédicos en prisioneros en campos de concentración), se tornaba dificultoso en la práctica hacer operativas estas normas. Por todo ello, la Comisión entendió pertinente crear un método complementario basado en la aceptación de tres principios éticos amplios que deberían proveer las bases sobre las cuales formular, criticar e interpretar las reglas específicas.

“La expresión "principios éticos básicos" se refiere a aquellos criterios generales que sirven como base para justificar muchos de los preceptos éticos y valoraciones particulares de las acciones humanas. Entre los principios que se aceptan de manera general en nuestra tradición cultural, tres de ellos son particularmente relevantes para la práctica de



la experimentación con seres humanos: Los principios de respeto a las personas, de beneficencia y de justicia.”²⁵

Respeto por las personas

Este principio, luego traducido como de “autonomía”, fue definido en el Informe Belmont así: “el respeto por las personas incluye por lo menos dos convicciones éticas. La primera es que todos los individuos deber ser tratados como agentes autónomos, y la segunda, que todas las personas cuya autonomía está disminuida tienen derecho a ser protegidas.

Consiguientemente el principio de respeto a las personas se divide en dos prerequisites morales distintos: el prerequisite que reconoce la autonomía y el prerequisite que requiere la protección de aquellos cuya autonomía esta de algún modo disminuida.

Por ente autónomo, entiende el Informe, se refiere al individuo capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y de actuar bajo la dirección de esta deliberación. Se sostuvo también que respetar dicha autonomía significa dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones, a menos que éstas produzcan claro perjuicio a otros. Faltarle el respeto a un sujeto autónomo, según lo allí vertido, es repudiar los criterios de estas personas, negar a un individuo la libertad de obrar según tales criterios o hurtar información necesaria para que puedan formar un juicio, cuando no hay razones que obliguen a obrar de esta manera. Por lo tanto la autonomía se muestra como algo muy concreto, como la posibilidad y capacidad de un sujeto para actuar con conocimiento de causa, por propia voluntad y sin injerencias externas.

Sin embargo, continúa el informe, se afirma que no toda persona es capaz de autodeterminarse. Esta capacidad se adquiere a lo largo de la vida del individuo y algunos llegan a perderla en el camino, sea completamente o en parte, por causas que restrinjan

²⁵ Informe Belmont. Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y del Comportamiento. Usa, 1979.



notablemente su libertad, es decir, enfermedades, disminuciones mentales o cualquier otra causa que así lo haga. Estos incapacitados requieren ser protegidos mientras dure ese estado o hasta que alcancen el grado de madurez, todo esto por el respeto que merecen. El grado de protección que se les ofrece va a depender del riesgo que corren de sufrir un daño y de la probabilidad de tener un beneficio.

El respeto exige que las personas participen de una investigación de manera voluntaria y con la información adecuada. Sin embargo existen casos en donde respetar a las personas consiste en poner en la balanza demandas opuestas, abaladas por el mismo principio de respeto.

Beneficencia

Este principio nos habla de la manera ética en que debe tratarse a las personas, ya sea respetando sus decisiones, protegiéndolas de todo daño, y también asegurando su bienestar.

El Informe rechaza claramente la idea clásica de beneficencia como caridad; propone un cambio en el siguiente concepto: se entiende como una obligación. Han sido formuladas dos reglas generales como expresiones complementarias de los actos de beneficencia: 1. no hacer daño; 2. extremar los posibles beneficios y minimizar los posibles daños. Aquí el informe no distingue entre la no maleficencia y la beneficencia propiamente dicha.

La máxima “no hacer daño” ha sido durante mucho tiempo un principio fundamental de la ética médica. Por otro lado, la segunda regla impuesta exige que los médicos busquen el beneficio de sus pacientes “según su mejor juicio”, pero cómo puede esto lograrse sin exponer primero a personas a algún riesgo.

Justicia

El tercer principio consagrado en el Informe Belmont fue el de justicia, entendida esta como la “equidad en la distribución” de los riesgos y beneficios o “lo que es merecido”.



Se daría una injusticia si se negase un beneficio a una persona que goza de derecho al mismo, o cuando se le impone deliberadamente un riesgo.

Otra manera de concebir este principio de justicia es afirmando que los iguales deben ser tratados igualitariamente. Pero ¿quién es igual y quién desigual? Afirma el Informe que casi todos los comentaristas están de acuerdo en que muchas veces la distribución basada en la experiencia, edad, merito, necesidad y posición justifican las diferencias en el trato por ciertos fines.

Para todo ello es necesaria una explicación sobre bajo que consideraciones las personas deberían ser tratadas con igualdad. Dentro de las formulaciones existentes sobre la justa distribución de riesgos y beneficios se destacan: 1. a cada persona una parte igual; 2. a cada persona según su necesidad individual; 3. a cada persona según su propio esfuerzo; 4. a cada persona según su contribución a la sociedad; 5. a cada persona según su merito.

Si se analiza detenidamente el “modelo de los principios” se advierte que éste resulta ciertamente útil como instrumento para abordar los problemas de la bioética.

La bioética es definida como un “*estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales*”²⁶.

En un mundo, como en el que vivimos, que se caracteriza por una acelerada transformación, y en el cual los valores esenciales han sido puestos en cuestión, la bioética ofrece un espacio para la reflexión a través de su novedoso dialogo multidisciplinario en el cual convergen problemas éticos, jurídicos, sociales, psicológicos, filosóficos y otros relacionados, que surgen de las ciencias de la vida.

Ahora bien, si analizados dentro de éste contexto a nuestro fenómeno jurídico, “el transexualismo y la posibilidad de autorizar las operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo” se puede concluir, sin lugar a dudas, que éste corresponde claramente a un problema

²⁶ Encylopedia of bioethics, Warren T. Reich, ed. New York, 1978.



bioético que merece especial atención, y como tal, puede ser reflexionado desde los principios éticos.

El primero de ellos, el de respeto a las personas (autonomía) juega un rol fundamental a la hora de analizarse éste fenómeno. Cabe preguntarse ¿es el transexual una persona autónoma? Entendida la autonomía como se ha dicho ut supra, como una persona capaz de decidir sobre si misma, con plena libertad y conocimiento de causa.

Según parte de la doctrina, que considera al transexual como un enfermo, la autonomía se encuentra disminuida en razón de tal estado falto de salud. Por lo tanto hay que proteger a la persona mientras dure dicho estado de incapacidad y no hacer lugar a su pedido, ya que de ser aceptarse su reclamo, no se estaría más que contribuyendo con dicha enfermedad. El transexual no puede comprender las consecuencias de tal mutilante operación, la cual es irreversible y produce un cambio radical en la vida del sujeto.

Sin embargo para la postura contraria, la transexualidad no es una enfermedad, sino más bien es una expresión del derecho a la identidad. Es una elección personal y como tal debe ser respetada y considerada dentro del ámbito privado de la persona. Por lo que, la decisión de someterse o no a una reasignación de sexo es una decisión íntima de una persona que goza de autonomía plena. Como tal, debe ser respetada y reservada a ese ámbito de señorío que todos los seres humanos poseen y que nadie mas puede inmiscuirse ni vulnerarlo sin el consentimiento del mismo. El derecho, como consecuencia, debe brindarle las herramientas necesarias para garantizarle y asegurarle el pleno ejercicio de sus derechos reconocidos por la propia Constitución Nacional.

4. Consentimiento informado

El mayor de edad, aunque incapaz de hecho, aún es una persona, ya que el fin de la persona física es la muerte. Y el incapaz no está muerto. Por ello, aún es titular de derechos e intereses personalísimos, entre ellos es titular de la elección sobre lo que le pueda ocurrir o no. En el caso concreto, es titular de la elección o negación de someterse a una operación quirúrgica de reasignación de sexo.



El derecho de todo ser humano a ser informado por el médico sobre su enfermedad, su diagnóstico, pronósticos y perspectivas, las alternativas terapéuticas con sus previsible consecuencias, tuvo su origen en los Estados Unidos, mas se encuentra reconocido hoy por las legislaciones de todos los países, Argentina entre ellos, y por el plano internacional por la Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano frente a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina en el año 1997.

Hay que destacar que antes de acudir al consentimiento informado de su médico, tutor, curador, familiar o allegado, es necesario escuchar y respetar la voluntad del propio incapaz manifestada aún cuando era capaz de modo fehaciente.

Mucho se ha debatido sobre éste tema y parecería abundante y hasta vertiginoso meterse en dichas discusiones que se pronuncian alrededor de este instituto.

El Informe Belmont también tuvo en cuenta la importancia del consentimiento informado. Sobre esto establece que el procedimiento para el respeto hacia la persona, en cuanto ser capaz de escoger lo que le puede ocurrir o no, son tres: información, comprensión y voluntariedad.

La información es sumamente importante, ya que con ella, la persona puede tener las armas suficientes para decidir si someterse o no a una situación. Esta información debe ser veraz, completa y estar en todo momento a disposición del solicitante.

La comprensión tiene que ver con el modo y el contexto en el que se comunica la información. Esto es tan y cuan importante como la información misma, ya que de no haber comprensión adecuada por parte del sujeto, y de acuerdo a sus capacidades, se estaría faltando a la obligación del responsable de comunicar los riesgos y beneficios posibles.

La voluntariedad, por último, tiene que ver con que no se podría formular un consentimiento válido si éste no fue otorgado voluntariamente, libre de coerción e influencia externa indebida. Y éste punto se relaciona estrechamente con el principio de respeto por las personas (autonomía) en el que se ha hecho alusión a la importancia de respetarse las elecciones de las personas autónomas.



A la hora de resolverse un pedido de reasignación de sexo, el juez analiza, entre otros puntos, desde un punto de vista bioético el principio de autonomía de la voluntad y el consentimiento informado del peticionante.

Alberto Bueres afirma al respecto que debe existir un “*consentimiento muy explícitamente informado sobre las consecuencias de la operación de cambio de sexo... tal operación puede ser vista como una solución, como un buen acto médico, social y personalmente deseable; o por el contrario como algo dañoso y negativo en detrimento de la persona sometida a la misma según la posición bioética que se tome*”.²⁷

El Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 4 de Mar del Plata de fecha 10/04/2008²⁸ hizo lugar a una acción de amparo promovida por un transexual a efectos de obtener la autorización judicial para realizarse la debida operación quirúrgica de reasignación de sexo y la rectificación de los datos en su documentación personal.

En sus fundamentos el sentenciante concuerda con el Comité de Bioética “Ad Hoc” en cuanto que “el pleno ejercicio de los derechos y responsabilidades de ciudadanía guarda una estrecha relación con el principio bioético de autonomía” y que dicho principio debe necesariamente articularse con el principio supremo de justicia que señala la realización del hombre como persona. Por lo que es indispensable dotar al hombre de una esfera de libertad tan amplia como necesaria para el desarrollo de su personalidad.

El “principio de autonomía de la persona” determina que “*siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de exigencia humana el Estado –y los demás individuos- no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida...*”²⁹. El límite a este principio se encuentra principalmente en la no afectación de intereses legítimos de terceros.

Ya refiriéndose al consentimiento informado, el sentenciante afirma haberse corroborado de manera clara e inequívoca la existencia de un consentimiento válido

²⁷ Bueres, Alberto, “El daño a la persona en la jurisprudencia”, en Revista Derecho Privado y Comunitario N° 1, p. 204. Citado por García de Solavagione. Op. Cit. p. 165

²⁸ “Autos P.R.L” publicado en LL online.

²⁹ Nino, Carlos Santiago, Ética y Derechos Humanos, 2da. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p.204



precedido de la necesaria información científica brindada a la amparista. Que la misma goza del carácter de “interlocutor válido” por su calidad de persona que toma decisiones existenciales en pleno ejercicio de su autonomía y pudiendo comprender la entidad de tal decisión. Por todo ello debe acogerse el pedido del sujeto autónomo que ha brindado su consentimiento informado válido.

Otro antecedente jurisprudencial de recalcada trascendencia es la sentencia dictada por el Juzgado Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, en el año 2007. En este caso, que se convirtió en el primer antecedente nacional de éste tipo, se autorizó a un menor de 18 años a someterse a una operación de reasignación de sexo y se ordenó la posterior rectificación de datos del menor. En sus fundamentos se destaca la particular importancia que se le adjudicó al hecho de que el Comité de Bioética interviniente, haya considerado al menor como un sujeto “competente” para decidir sobre la autorización solicitada. Dicha competencia, desde el punto de vista bioético, como se ha visto, tiene relación con la aptitud necesaria para poder brindar un consentimiento informado válido, en dónde no se advierten evidencias de la existencia de algún tipo de presión por parte de sus padres o de terceros. Por lo tanto se respeta el principio de autonomía del menor, que predica el derecho a que se reconozca en el mismo su facultad de decidir libremente y sin coerción, de acuerdo a sus valores, creencias y convicciones más íntimas.

Considera el tribunal que se dan las condiciones necesarias para que una decisión sea considerada autónoma, en cuanto la falta de capacidad legal del particular fue suficientemente suplida por su ya comprobada “competencia” para la adopción de la decisión vinculada directamente con su propio cuerpo y salud. A su vez, el menor contaba con la información suficiente relativa a las ventajas y desventajas (riesgos y beneficios) de su curso de acción y demostró su comprensión al respectó.

Por último, concluyó el tribunal, que desde la perspectiva bioética, otorgando la autorización impetrada no sólo se estará respetando el principio de autonomía sino también el de beneficencia, permitiendo al menor un mayor bienestar en su persona; como el



principio de justicia, por el cual no corresponde negar a una persona algún beneficio al que tiene derecho.



Capítulo tercero: Derechos y garantías constitucionales involucradas.
Pactos internacionales de derechos humanos.

Sumario: 1. Nociones preliminares. 2. Derecho a la vida y a la libertad. 3. Derecho a la salud y la integridad física y moral. 4. Derecho a la identidad personal. 4.1. Derecho al nombre propio. 4.2. Derecho a la identidad sexual. 5. Derecho a no ser discriminado. Ley 23592. 6. Derecho a la autonomía de la voluntad.

*“Los derechos humanos son sus derechos. Tómenlos. Defiéndanlos. Promuévanlos.
Entiéndanlos e insistan en ellos. Nútranlos y enriquezcanlos. . . Son lo mejor de nosotros.
Denles vida.”*

Kofi Annan

1. Nociones preliminares

El derecho constitucional será el punto de partida en este capítulo, por ser nuestra Carta Magna, la que nos orientará en el desarrollo de tal debatido tema como el que nos atañe, es decir, “el transexualismo y la posibilidad de adecuación de sexo de la persona”.

La constitución es la manifestación por excelencia de la soberanía de un país democrático. Es la ley suprema, escrita, codificada y sistematizada, que contiene normas jurídicas, derechos y garantías. Se la conoce como la constitución formal, destacada por su fuerza normativa, lo que quiere decir que es exigible, obligatoria, vinculante y aplicable para todos.



Por otro lado, se define a la constitución material, que es más amplia y se refiere a la constitución “*vigente y real en la dimensión sociológica del tiempo presente, como modo de estructura y ordenación de un régimen*”³⁰.

Los derechos, declaraciones y garantías incorporados al texto de la Constitución no son simples formulaciones teóricas, sino que gozan de vigencia y son plenamente exigibles. Lo que se traduce en la obligación para los ciudadanos de respetarlas y en el deber de los jueces de hacerlas cumplir y de reestablecer tales derechos, en caso de verse menoscabados, a su plenitud.

No obstante ocurre, como en el tema que se trata en esta tesis de grado, que no existe normativa específica sobre todo tipo de situaciones de la vida real en donde pueden verse controvertidos ciertos derechos. Ante esto, los artículos 15 y 16 C.C establecen que los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, remitiendo a los mismos, ante vacíos legales, a las leyes análogas, a los principios generales del derecho y aunque nada diga la norma, a los pactos internacionales con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994.

Existen derechos fundamentales de las personas que aseguran su calidad de tal y tienen que ver con el derecho a la vida y el derecho a la libertad. De estos derechos considerados “base”, se desprenden una serie de prerrogativas en torno a la personalidad jurídica del hombre. Los mismos son de contenido extrapatrimonial y entre sus caracteres se destaca su calidad de innatos, vitalicios, inalienables, imprescriptibles y absolutos. “*La persona humana es la pieza clave a la que hay que referir los derechos, deberes, garantías y tutela; en ella deben converger todas las manifestaciones jurídicas. La persona es el centro y eje del derecho -es su razón de ser-*”³¹

Sin embargo, el reconocimiento expreso de todos estos derechos personalísimos, no se halla consagrado en ninguna norma específica del ordenamiento civil argentino, mas si se hayan consagrados y reconocidos por nuestra Carta Magna a través del artículo 75 inciso

³⁰ Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada. T. I. Ediar. 2001. p.293

³¹ Fernández Sessarego, Carlos “una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”. JA, 08/11/2006 (2006-IV).



22 que otorga jerarquía constitucional a pactos internacionales. Vélez Sarsfield los menciona en la nota del artículo 2312 manifestando que hay derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen como la libertad, el honor y el cuerpo de la persona. Por lo cual se observa que, más allá de su reconocimiento expreso, el codificador otorga la calidad de verdaderos derechos subjetivos y los establece en un orden jerárquico relevante.

Dentro de los derechos personalísimos, se encuentran Vg., el derecho a la vida, a la libertad, a la salud, a la disposición del propio cuerpo, a la integridad física y moral, derecho a la identidad personal y como integrante de este último el derecho a la identidad sexual, entre otros. Siendo dificultoso hacer una enumeración precisa de todos ellos, a continuación se hará un breve análisis de los que se involucran en el tema en cuestión.

2. El derecho a la vida y a la Libertad.

El derecho a vivir es el derecho primordial, esencial de todo ser humano. Sin su existencia, operancia y respeto no podrían desprenderse ni concretarse las demás prerrogativas. Vivir implica mucho más que simplemente existir físicamente. Como señala Bidart Campos: *“el derecho a la vida es un derecho a la existencia, a su desarrollo biológico, a la integridad del organismo en su complejo mecanismo, alcanzando a la salud (derecho del individuo y obligación de la sociedad). El alcance constitucional del concepto salud es integral, incluyendo en el mismo, la física, como asimismo la psíquica”*³².

El mencionado derecho a la vida, no sería tal si en ella faltara dignidad. *“Biológicamente la vida en sí es superior, pero axiológicamente no. La vida solo es tal si es digna”*³³. La dignidad constituye un atributo inherente a la persona humana, le corresponde por su sola condición de tal y al respecto Bidart Campos señala: *“hay que*

³² Bidart Campos, Germán, Derecho constitucional, Ediar, Bs As, t.II, p.194

³³ Conf. Augusto M. Morillo y Guillermo C. Morillo, “Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud”, Ed. Librería Editorial Platense, ps. 33, 65, 73 y 75.



arrancar de un principio axial: el que la persona humana es un ser con dignidad, también cuando es transexual”³⁴.

El artículo 1 de la Declaración Americana De Los Derechos y Deberes Del Hombre, establece que: *“todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”*.

A su vez, La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, a través del “Pacto de San José de Costa Rica” reafirma este derecho en el artículo 4 que predica: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”*.

Ahora bien, este derecho primero, que es el derecho a la vida, no puede escindirse del derecho a la libertad. Los hombres son libres y son responsables por ello, pero ¿qué es ser libre? Este es un término un tanto confuso para definirlo. Para una gran generalidad de las personas ser libres implica el poder hacer lo que uno quiere, cuando en realidad, esto se encuentra limitado por el marco establecido previamente por la ley y por los terceros. Por lo tanto la libertad del hombre no es absoluta, sino que se encuentra condicionada tanto por el propio mundo interior como por las cosas que lo rodean.

De la libertad se derivan numerosos derechos y ellos se ven protegidos por normas de derecho público como de derecho privado. También los Pactos Internacionales incorporados en la reforma del año 1994 se aseguran de garantizar los distintos aspectos de la libertad a través de sus articulados.

El ser humano aspira al ejercicio pleno de sus derechos personalísimos, dejándose de lado la concepción “paternalista” del Estado y buscando a cambio, un marco normativo completo y consolidado que se lo permita. Y esto es, precisamente, lo que ocurre con las minorías sexuales, ahora transexuales, que buscan reivindicar su condición de tales y sus derechos, incluso el de la disposición de su propio cuerpo.

³⁴ Bidart Campos, German, J., “el sexo, la corporeidad, la psiquis y el derecho: ¿dónde esta y cuál es la verdad?”



En el caso del transexual, que clama por solucionar su problema existencial de disociación sexual que le impide vivir como los demás ciudadanos que pueden gozar plenamente de sus derechos, también se encuentra en juego el derecho a la libertad.

El transexual, que vive y siente desde su infancia de conformidad al sexo opuesto al asignado cromosómicamente por la naturaleza, tiene el derecho a proyectar su vida libremente, a desarrollar su personalidad sin condicionamientos y acorde a sus convicciones. Todo ello sin que la vivencia de su propio camino, implique un detrimento en su personalidad, la que a menudo frente a innegables cuestionamientos de tipo moral, religioso y ético, experimenta sentimientos de ansiedad y profundas depresiones.

3. Derecho a la Salud y a la integridad física, psíquica y moral

En el año 1946, la Organización Mundial de la Salud (OMS) conceptualizó a la salud como "*un completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o incapacidad*" (WHO, 1947). El derecho a la salud es un derecho que debe ser garantizado en su totalidad. Esto es así porque la persona que carece de salud no puede desarrollarse plenamente y en armonía.

El bienestar mencionado comprende a las actitudes y comportamientos que mejoran la calidad de vida y nos ayudan a alcanzar un estado de salud óptimo, encaminado a mejorar nuestro estilo de vida en todas sus manifestaciones. Representa nuestras acciones responsables que permiten el desarrollo de un nivel adecuado de salud general. El bienestar deseado, entonces, se obtiene con la incorporación de prácticas saludables que impliquen una armónica realización de las dimensiones física, mental, social, espiritual y emocional. Lo dicho hasta aquí implica que se puede gozar de bienestar, ya sea que la persona se encuentre enfermo o saludable, ello teniendo en cuenta que la salud no es perfecta, sino que se encuentra dentro de una escala que determina la existencia de distintos niveles.

En Argentina, tras la reforma del año 1994 a nuestra carta magna, se consagró el derecho a la prestación de los servicios de salud como una garantía específica. Las convenciones internacionales, por su parte, reconocen el derecho de las personas a disfrutar



de su salud física y mental en el nivel más alto posible, como así también regulan el correlativo deber de los estados parte de procurar su satisfacción. A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmo, reiteradamente, el derecho a la preservación de la salud e hizo hincapié en la obligación primaria de la autoridad pública de garantizar ese derecho.

En el caso de los transexuales existe una inadecuación entre la dimensión física y la dimensión psíquica de la persona, entonces cabe preguntarse, ¿goza el transexual de salud? Rápidamente y sin necesidad de profundos análisis se evidencia que no. Carecer de estabilidad emocional, el hecho de vivir constantemente experimentando un estado de angustia, intranquilidad, disconformidad y hasta repudio de su propio cuerpo, implica que no podrá obtener el estado de bienestar deseado ni disfrutar armónicamente de su salud.

A su vez, vive en una constante lucha para ser aceptado socialmente con su identidad sexual, su existir transcurre como el de un ser atormentado. Es objeto de marginación social y hasta de agresiones de todo tipo. De ello se deriva una permanente perturbación psíquica y mental. Es por esto que, de no brindarse respuestas jurisdiccionales adecuadas, a tiempo y favorables a aquellos que buscan una reasignación de sexo, se estaría desamparando al ser humano y se incurriría en una trasgresión a mandatos constitucionales.

Amen de lo expuesto, existe una parte de la doctrina que se manifiesta en contra de las operaciones quirúrgicas tendientes a obtener el cambio de sexo por considerarlas sustancialmente desfavorables a la persona y a su dignidad. Aseguran que es el estado mismo quien debería imponer un régimen de prohibiciones en donde se vede, de manera contundente, estas operaciones destructivas, para así asegurar la libertad, autonomía, la privacidad del individuo y por consiguiente, el libre y armónico desarrollo de la personalidad.

4. Derecho a la identidad personal

No hace mucho que los hombres del derecho han “descubierto” el derecho a la identidad personal. Sin embargo, este derecho en nuestro ordenamiento jurídico se



encuentra protegido por la Constitución Nacional a través de diversos artículos y también expresamente por algunas Constituciones locales, como la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También este derecho ha sido materia a considerar en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional.

Antes, se referían solo a la “identificación”, término relacionado con la posibilidad de individualizar a una persona en sociedad. Esto es, basarse en un conjunto de elementos, caracteres y datos para diferenciar a una persona de las demás. Entre éstos, principalmente, se encuentra el nombre, las huellas digitales, el lugar y fecha de nacimiento, el nombre de los progenitores, el color del cabello, el domicilio, etcétera.

Sin embargo, otros entendieron que la identidad de la persona no solo se conformaba de aquella información referida a dichos aspectos de la personalidad, sino que también debía incluir un conjunto de valores espirituales que definían la personalidad de cada sujeto. De esto se desprende, la consideración de la identidad personal desde dos aspectos inescindibles: uno estático y otro dinámico.

Es sabido que los derechos de la persona (o personalísimos) van apareciendo en el escenario jurídico periódicamente, debido a la compleja naturaleza del ser humano. En el transcurso del tiempo se presentan nuevas situaciones anteriormente no imaginadas por los hombres de derecho que merecen de especial atención.

La complejidad y riqueza del ser humano, que genera la constante aparición de nuevos derechos de la persona, tiene su origen, en la consideración de todo hombre como ser libre. Esto último, el ser libre, da a la persona la posibilidad de decidir u optar entre un sin número de opciones existentes de todo orden. Esto puede generar múltiples comportamientos hasta desconocidos por la historia en dicho momento.

Pedro Hooft, sostiene que: *“la identidad es el complemento de dos derechos básicos: el de la vida y el de la libertad. Si se tiene vida y se es consiguientemente libre, se posee una propia identidad. La dignidad del ser humano radica, precisamente, en que siendo todos los seres humanos iguales, no existen dos personas idénticas. Cada uno es*



quien es, singular, único, irreplicable. Ello es posible en tanto el ser humano es libre de proyectar y realizar su vida... ”³⁵

Ahora si, se dijo que se considera a la identidad personal desde un punto de vista estático y uno dinámico. Se los analizara separadamente, lo que no quiere decir que no sean complementarios e inescindibles y que ambos conformen la verdad personal de un sujeto.

Desde el punto de vista estático, se sitúa a la “identificación”. *“Se funda en un procedimiento de confrontación de criterios entre caracteres que se revelan del examen de las personas”³⁶.*

Comprende las indicaciones antropométricas, fotográficas y dactiloscópicas. Esto es, sólo nos proporciona datos del contorno del ser humano. Están los signos distintivos, por los que logramos identificar inmediatamente a la persona, el nombre, el seudónimo y la imagen, entre otros.

Por otro lado, la dimensión dinámica, se configura por lo que se conoce como el patrimonio ideológico cultural de la personalidad. Es el aditamento de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes y comportamientos de cada persona que se proyectan hacia el exterior.

Por todo lo expuesto, la personalidad se presenta como objeto de un verdadero interés jurídico digno de tutela. El ser humano tiene derecho a que se le reconozca su personalidad tal cual es, sin distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos, tanto estáticos como dinámicos. No debemos olvidar que “la identidad es la proyección social de una verdad social”³⁷.

Fernández Sessarego, de quien extraemos sustancialmente sus conceptos, expresa: *“por ello, estimamos que no puede prescindirse de la identidad biológica o física, la que debe ser considerada al lado de aquella dinámica o espiritual... “es posible que, desde un punto de vista teórico sea conveniente distinguirlas y aun tutelarlas jurídicamente de modo independiente, todo lo cual nos parece correcto. Pero, si se quiere formular una noción*

³⁵ Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional No. 3, Mar del Plata, 6/11/97, JA, 23/9/98, p. 15 y ss., comentado por Fernández Sessarego, Carlos: “una excelente sentencia sobre un caso de intersexualidad”

³⁶ García de Solavagione, Alicia. Op. Cit. Pág. 150.

³⁷ García de Solavagione, Alicia. Op. Cit. Pág. 150/151



completa de identidad personal no podría omitirse la faceta estática a la que hemos hecho referencia. Lo somático y lo espiritual definen, en conjunto, la identidad personal, aunque cada uno de estos aspectos pueda ser teóricamente considerado y tutelado en forma independiente”³⁸

El mismo autor advierte un clarísimo objetivo del derecho a la identidad: *“La identidad materia de tutela es aquella que se proyecta socialmente. Es decir, pensamientos u opiniones que se transforman en conductas intersubjetivas. Se protege la identidad compartida, en interferencia con los demás, dentro de la trama social. Esto no constituye una novedad, ya que el derecho, de suyo y tal como lo hemos recalcado, es intersubjetividad. Pero, lo que se quiere expresar es que las conductas meramente subjetivas, las que no se extrovierten, que no son conocidas por los demás, que pertenecen al mundo interior de un sujeto, no pueden integrar la identidad que interesa al derecho”³⁹.*

4.1 Derecho al nombre propio

El nombre es uno de los elementos determinantes de la identificación personal. Como se dijo anteriormente, es uno de los aspectos que se sitúan en el punto de vista “estático” de la identidad personal. Esto quiere decir que el nombre permite diferenciar a un sujeto de otro, conocerlo en sociedad y darle la capacidad para desenvolverse en ella, por eso se lo conoce como uno de los atributos de la personalidad.

En el proceso de formación de la personalidad psíquica y física, no podemos evidenciar en forma clara la imposición del nombre. Ya, el derecho a la identidad, en cambio, se refiere a los modos de ser de cada uno; depende del dinamismo propio de la vida y de su apariencia ante los otros. Como sostiene Ricardo Rabinovich-Berkman, el nombre es un dato personal y es la simbolización de una autoconstrucción, a la que representa: *“es la expresión fonética de la identidad del existente. En otras palabras el derecho sobre el nombre es un derecho existencial, el mismo que protege los demás datos*

³⁸ Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit., p. 89

³⁹ Fernández, Sessarego, Carlos. Ob. Cit., p. 89 in fine.



personales y con iguales características”⁴⁰. En el caso de examen-“el transexualismo”-, el nombre no responde a la proyección de la autoconstrucción del sujeto y por lo tanto este “atributo” se encuentra desnaturalizado, carece de virtualidad para determinar al individuo, deja de ser un dato personal para transformarse en la circunstancia no querida que revela una auténtica violación al derecho a la identidad. El transexual pasa su vida desarrollando su personalidad de acuerdo a un determinado sexo y haciéndose conocer y valer por un nombre distinto al que enuncia su partida de nacimiento. Esta proyección, como se caracterizo anteriormente, debe ser respetada y garantizada por el estado, para, así poder el individuo gozar del ejercicio de los derechos elementales y sostener una vida plena en relación.

En argentina, la ley del nombre de las personas naturales (Ley Nro. 18248) dispone en su articulado que toda persona tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponda y que hay un derecho a elegirlo dentro de los límites que marca la ley, la persona que desconoce su nombre puede demandar su reconocimiento y luego debe ser inscripto en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas; a su vez la misma ley contempla la posibilidad de solicitar el cambio de nombre si este fuera injurioso o le causara mortificación a su titular, es decir si existieren “justos motivos”, previa resolución judicial.

Si se obligase al transexual e incluso a cualquier persona heterosexual, a utilizar un nombre que no le corresponde ni representa, se estaría violando el derecho a tener un nombre y a configurar plenamente la propia identidad. Es por ello que esta violación permanente debería ser reparada autorizando la modificación del asiento registral.

Hay un aspecto fundamental, sostenido por palabras de Bidart Campos, que hace a los derechos humanos y es el de “ser uno mismo”, *“el de que la registración del estado civil y de la identidad coincidan con la mismidad del sujeto. No que las normas digan que es (en este caso una mujer) cuando no lo es. Pero no como un regalo, como misericordia, sino por justicia, porque es su derecho. Uno de los derechos humanos más elementales de*

⁴⁰ Rabinovich- Berkman, *Derecho Civil Parte General*, Bs. As., Astrea, 2000. p 435.



cada ser: ‘ser el que se es y ser legalmente reconocido como el que es y tal como es y vivir en correspondencia’⁴¹.

4.2 Derecho a la identidad sexual

El hombre, como ya se ha expresado, se encuentra dotado de una esfera de protección que comprende diversos bienes de la vida otorgada por el ordenamiento jurídico y otras fuentes del derecho. La tutela de estos intereses constituye elementos esenciales de la personalidad humana, sin los cuales no se la puede concebir jurídicamente, derivados de su propia esencia. De nada valdría concederle el ejercicio de facultades, poderes o derechos sobre las cosas exteriores de las que se sirve, o reconocerle el ejercicio de su voluntad en relación a la conducta de otras personas, si no estuviera tutelado, asimismo, su derecho al goce de los elementos sustanciales que integran su propia personalidad.

Los derechos llamados de la personalidad conforman un conjunto de mínimas prerrogativas inherentes a su condición humana y que son considerados inescindibles, inseparables de su esencia, sin las cuales el individuo no podría subsistir en la sociedad.

La identidad sexual aparece íntimamente vinculada con los derechos como el de la integridad física y moral, el de la disposición del propio cuerpo y del libre desarrollo de la personalidad.

Todo ser humano posee una identidad. Como se ha sostenido, si bien todos los seres humanos son estructuralmente iguales, no hay dos que sean idénticos. El sexo es uno de los elementos que marcan la identidad personal. La sexualidad esta presente en todos los actos de la persona. Se piensa, se vive, se actúa, como varón o como mujer, salvo los casos excepcionales de intersexualidad. Existe, por lo tanto, una identidad sexual que forma parte importante de la identidad personal.

El sexo, como parte de la identidad personal, tiene también dos vertientes. La estática, la invariable e inmutable, que esta representada por el sexo cromosómico, y la dinámica, que se expresa a través de la personalidad. Es decir, mediante las actitudes o

⁴¹ El sexo legal y el sexo real; una sentencia ejemplar, ED 159, 465



conductas de las cuales se presenta y se inserta en la vida de la relación sexual. Los demás percibimos esa personalidad y a partir de ella, deducimos el sexo al cual, psicológica y socialmente, pertenece la persona.

Tratándose de la identidad sexual, es la vertiente dinámica la que caracteriza a la persona. La identidad sexual corresponde a la personalidad, a la manera de ser con la que ella es conocida y también tratada. Es esta la identidad sexual que libremente escogió, es esta la personalidad que configura su identidad sexual.

El derecho-deber a la identidad sexual, de un lado, protege al ser humano y del otro, impide que los demás desnaturalicen, desfiguren, falseen, nieguen o le atribuyan pensamientos o conductas que no le pertenecen. Es entonces que se afirma que la sociedad en su totalidad tiene el deber de respetar la identidad que la persona proyecta en si misma.

El transexual tiene su propia identidad sexual que no es otra que aquella que proyecta socialmente su personalidad. Es la personalidad la que pone de manifiesto en el mundo exterior, frente a los demás, cómo siente y cómo vive el transexual. Es esta su identidad sexual, la que no coincide con su sexo cromosómico- identidad estática- pero que traduce plenamente su sexo psicosocial, que es su identidad dinámica. Es esta, y no otra, la identidad que reclama la debida protección jurídica. El transexual lucha por su identidad y su esfuerzo esta dirigido a lograr un cambio, por mandato judicial, tanto de su nombre como de su sexo registrado, luego de una intervención quirúrgica.

5. Derecho a no ser discriminado. Ley Nro. 23.592

La declaración de los Derechos Humanos establece en su artículo 2° que: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

En Argentina, la ley Nro. 23.592, contra la discriminación, sancionada el 23/08/88, en su artículo 1° dice: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo*



menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Manifestaciones disvaliosas vertidas en torno a la temática del sexo, como nos dice el artículo precitado, es uno de los motivos para considerar un acto como discriminatorio, el cual vulneraría más de un derecho humano. Si bien es cierto que las diferencias entre los seres humanos existen por su propia naturaleza, lo que no es concebible es que esa disparidad origine una situación que, a la postre, lleve a la discriminación sexual. Dejar desprotegido a quien eligió un sexo distinto al originario, importa en forma independiente y complementaria, una ilegítima y manifiesta violación del principio de la no discriminación. Este principio “no discriminatorio” de carácter básico y elemental fue receptado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y absorbido por nuestra Constitución y por nuestras normas infraconstitucionales.

La Corte Internacional de Justicia se ha expresado sobre este principio y expuso: *“las distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones que solo se fundan en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, constituyen una denegación de los derechos humanos fundamentales y una violación flagrante de los principios y propósitos de la carta”*, reafirmando de esta manera el vínculo raigal entre la protección de los derechos humanos y la no discriminación.

6. Derecho a la autonomía de la voluntad: Artículo. 19 C.N

Si bien es por todos conocidos el artículo 19 de la Constitución Nacional, no está de más hacer memoria y evocar: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún*



modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (principio de reserva legal).

Por otro lado, el Código Civil Argentino en su artículo 1197 consagra el principio de la autonomía de la voluntad⁴², siendo este último una derivación del principio constitucional antes referido. Debe dejarse en claro que esta autonomía de la voluntad debe encuadrar en un marco general de objetividad y que haga posible el funcionamiento del sistema jurídico.

Cabe aquí analizar y preguntarse si la decisión de someterse a una intervención quirúrgica queda comprendida en la esfera del ámbito privado o, si por el contrario, afecta de manera evidente al orden público, a la moral o a los terceros.

Parte de la doctrina, en la cual se enrola Mauricio Luis Mizrahi y de quien sustraemos su exposición, sostiene que es indudable que el ser humano vive en sociedad y como tal debe existir un orden mínimo para las relaciones sociales. Para ello, es obligación del Estado asegurar la identidad de los sujetos, la cual surge de los documentos expedidos por el Registro Civil y Capacidad de las Personas, por lo que, la información que se desprende de ellos debería corresponder con la “verdad personal” de quien porte dicho documento. De esto se desprende, según esta doctrina, que esta en juego el orden público, el principio de indisponibilidad del estado civil y la propia organización de la sociedad. La libertad no es “absoluta” y es necesario establecer cuales son los límites al accionar del sujeto, en pos de defender y preservar la especie humana como también la interrelación del ser humano y su convivencia en sociedad.⁴³

En la vereda del frente, se encuentran quienes consideran que el cambio de sexo esta dentro de la privacidad de la persona. Al ser considerada la transexualidad como una elección, un modo de vida, también se acepta que el transexual es libre para elegir como desarrollar su personalidad y elegir el sexo que mas le conviene a su íntima convicción

⁴² Artículo 1197 C.C: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”

⁴³ Mizrahi, Mauricio L. Op. Cit. p. 96 y 97.



existencial. Por otro lado, se entiende que al decidir someterse a dichas operaciones, el transexual no está afectando a terceros ni al orden público. Mientras no se infrinja la ley, el transexual no necesita de una autorización previa del juez para llevar a cabo algo que él decidió libremente y que pertenece a su intimidad, basta con que, al igual que un heterosexual, preste su consentimiento libre y expreso.

Razonablemente se considera que el concepto de “orden público”, de la “moral social” y el sentido de la expresión “sin perjuicios a terceros” son de una gran complejidad, pues varían a lo largo del tiempo y según los usos y costumbres propios de una determinada sociedad en un momento dado.



Capítulo cuarto: Análisis jurídico.

Sumario: 1. Posturas respecto a la reasignación sexual. 2. Cuestión registral. 3. Vías procesales idóneas. 4. Legitimación. Medios de prueba. 5. Análisis legislativo. 5.1. Antecedentes nacionales. 5.2. Proyectos de leyes. 5.3. Derecho comparado. 6. Evolución jurisprudencial.

1. Posturas respecto a la reasignación sexual.

En nuestra doctrina, se debate sobre la legitimidad de la intervención quirúrgica para restablecer la armonía ente el sexo físico y el sexo psicológico de un transexual. Es decir, por un lado se discute si la mutación del sexo a través de la cirugía plástica es la única salida o, si por el contrario existen soluciones menos agresivas y que brinden una adecuada satisfacción a aquellos que pretenden una respuesta. Asimismo, se indaga acerca de si la persona transexual es libre para disponer de su propio cuerpo y para decidir sobre su propia identidad sexual.

En tal orden de ideas, se enfrentan dos posiciones: los que están a favor y consideran “licito” el cambio de sexo y quienes lo rechazan contundentemente.

Un criterio cada vez menos aceptado es el de la doctrina minoritaria, que considera que el sexo es inmutable y corresponde a aquel con el que la persona nace, el sexo originario o biológico, es decir, el que está dado por los órganos exteriores del sujeto, por la apariencia física. Es el mismo que coincide con el inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, conforme al certificado expedido por el profesional interviniente en el momento del nacimiento, sin aceptar posteriores modificaciones.

Lo expuesto tiene, como presupuesto básico, el hecho de la inmutabilidad del sexo originario y la consiguiente ilegitimidad e ineficacia de las terapias médicas o



intervenciones quirúrgicas tendientes a lograr modificaciones en el aparato genital externo de la persona “transexual” para adecuarlo a sus exigencias psicosociales.

De este lineamiento se extrae que, lo único posible y lícito en el caso de un transexual sería someterlo a un tratamiento médico-psíquico a los fines de obtener la afirmación de su único sexo, que no es otro que el originario adquirido por el nacimiento (sexo biológico). Quienes afirman este pensamiento sostienen que el problema del transexualismo es el resultado de factores psicológicos, ambientales o educativos o la combinación de cualquiera de ellos.

El sexo cromosómico no se cambia, tal lo sostenido por Andrew C. Varga: *“todo se reduce a un cambio de los órganos genitales para asemejarse al sexo opuesto, ya que las personas que se someten a la intervención quirúrgica quedan como varones o mujeres solo en apariencia”... “el cambio de sexo solo se produce en la mente de las personas”... “una cirugía tan drástica solo ofrece una carácter cosmético que no encuentra justificación legal”*⁴⁴.

Un grupo minoritario sostiene que situaciones como las aquí planteadas obedecen a una involución psicosexual, oponiéndose en forma categórica a la adecuación del sexo somático al psicológico pues sostienen que desde la óptica legal, estaríamos frente a una patología o desviación. Exponen, además, que la limitación a la libertad del transexual esta dada por la moral, el orden público y las buenas costumbres, que deben prevalecer frente a aquella.

De lo expuesto, surge como una equivocación señalar, como lo hace cierta doctrina⁴⁵, que la transexualidad es una elección de vida del sujeto y que, por lo tanto, como atiende al “libre desarrollo de su personalidad”, la justicia debe respetar esa elección y receptor sus reclamos. Sabelli señala con lucidez, que el transexualismo es una enfermedad y no una elección; y claro esta, *“si solo fuere una elección sobre el modo en*

⁴⁴ Varga, Andrew C., Bioética. Principales problemas, Ediciones Paulinas, Bogotá, 1990, p. 253. Citado por García de Solavagione, Alicia. Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales, Editorial Advocatus, 2008, p. 160

⁴⁵ Bidart Campos, La modificación registral del sexo y el cambio de documentación, LL, 2001- F- 216; Gil Domínguez, El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional, LLBA, 1999-1108.



que una persona desea vivir, deberíamos respetarla aunque nos parezca errada en aras de una pacífica convivencia social basada en el principio de tolerancia”⁴⁶. Pero este no sería el caso, la elección le corresponde a los hombres libres y sanos y no a quienes padecen de una psicosis o paranoia. A estos últimos se debería tratar de rehabilitarlos, respetando su derecho a la salud, para que luego puedan acceder realmente a las garantías constitucionales que le corresponden.

En definitiva, para dicha doctrina, cuando los tribunales acogen y hacen lugar a las demandas entabladas por los transexuales no hacen más que reforzar la patología del justiciable, afianzando su psicosis y fortaleciendo su padecimiento. Del mismo modo, no hay respeto alguno en torno a la autonomía real del sujeto, dado que al ser considerado como “enfermo”, carecería este de la capacidad requerida a los efectos de considerársele como una persona autónoma.

Se destaca que los criterios hasta aquí vertidos son de complicada refutación y han sido tomados por diversos autores dándoles cada uno su propio matiz.

En contraposición a lo hasta aquí expuesto, la doctrina que se enarbola a favor de la reasignación de sexo sostiene que el mismo es esencialmente mutable y que bajo ningún punto de vista se lo puede caracterizar como un estado que la persona adquiere de “una vez y para toda su existencia”.

Se acepta la necesidad de la persona de elegir libremente el sexo que su inclinación psicossomática le presenta; el sexo implica un determinado comportamiento social unido a un aspecto psicológico que llevan a concluir que la persona “vive y siente” un sexo diverso de aquel que la naturaleza le concedió equivocadamente.

La Dra. Matilde Zavala de González sostiene: *“el sexo no es un fenómeno abstracto, ni un dato aislado, sino integrado a una totalidad de vida. Se encuentra personalizado en la realidad única e irreplicable de un ser humano concreto”*.⁴⁷

⁴⁶ Sabelli, Derecho y transexualidad, LL, 2002-D-618

⁴⁷ Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, vol 2, Daños a las personas (Integridad Espiritual y social), Hammurabi, Bs. As., 1994, p. 288.



Un aspecto de singular importancia, es el hecho de impulsar y promover el adecuado tratamiento psiquiátrico previo a la realización de la operación de reasignación pretendida. Ello, en miras a obtener de manera indubitable el diagnóstico médico psiquiátrico sobre la aptitud mental para proceder a la mutación de sexo, tendiente a establecer si el sujeto ha comprendido que la cirugía es su único camino y que con ella ha de beneficiarse.

Ya en un extremo, hay quienes consideran que en la solución del trauma experimentado por el transexual, no debería involucrarse a terceras personas, que si bien entendidas en el tema, tales como médicos, psicólogos y magistrados, deben mantenerse al margen, respetando la libertad y las convicciones morales del transexual, así como también su ámbito privado.

No obstante ello, remárguese el rol fundamental que ha de jugar en todo procedimiento de reasignación de sexo, la intervención multidisciplinaria debidamente fundada y sabiamente interpretada, orientada a brindar una adecuada herramienta legitimadora para el cambio.

El transexual orienta su accionar a vivir su propia verdad personal y a proyectarla en la sociedad en la que se desenvuelve y se da a conocer. El desesperado estado de angustia permanente y el desborde emocional evidente, sumado a la tragedia íntima de no poder verse con el cuerpo que efectivamente siente como propio argumentan la respuesta que el derecho innegablemente debe otorgar.

Es menester destacar una sentencia desfavorable del año 1989, por voto en mayoría de los vocales Juan C G. Dupuis y Osvaldo D Mirás, para un transexual que solicitaba autorización para intervenir quirúrgicamente. Aquí la Cámara, se justifica en la prohibición legal de la ablación de órganos sexuales masculinos y su reemplazo por una falsa vagina.⁴⁸ Para esta postura, en conclusión, la noción de sexo es aquel con el que nacemos y no es posible alterarlo mediante tratamientos médico- quirúrgicos, adhiriendo a

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, Capital Federal, 31/03/89, ED, 135-492, JA, 1990-III-97, comentado por Bidart Campos, German J. El cambio de Identidad Civil de los transexuales quirúrgicamente transformados; en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina Y jurisprudencia, 4, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 133 y ss, y por Zannoni, Eduardo: El transexualismo desde la perspectiva ético jurídica.



la óptica estática y unilateral de la sexualidad. La absoluta certeza jurídica, consiguientemente, es aquella que surge del sexo cromosómico, el cual es inmutable, inmodificable e indisponible por voluntad de las partes.

Sin embargo uno de los vocales de la Cámara en su voto en disidencia, Dr. Mario P Calatayud advierte la sorpresa que puede causar una decisión de este tipo para la moral media de nuestra sociedad actual, no obstante lo cual, cree justo brindar protección jurisdiccional a aquel grupo de individuos a los que denomina “transexuales”, es decir, aquellos que han logrado, operación mediante, adecuar su sexo morfológico con el psíquico, asumiendo voluntariamente los riesgos de aquella y sabiendo que se colocan en una situación que es absolutamente irreversible y permanente. Le parece decisivo atento el vacío legal existente que trate este tipo de situaciones, el prudente arbitrio del juez.

El constitucionalista Dr. Germán J. Bidart Campos, en su comentario, se expide a favor de la reasignación sexual del transexual operado. Para ello se plantea una serie de interrogantes que debieran ser motivo de reflexión a fin de poder darles, ya sea a través de la ciencia del derecho y de otras ciencias auxiliares, definitivas respuestas. Se basa en que el juez al administrar justicia no debe suplantar con supuestos valores jurídicos, ni con el recurso a la moral pública o al orden público, aspectos tan íntimos de la vida personal que primariamente incumbe replantear, explicar, razonar y resolver a otros operadores como son médicos, psicólogos, moralistas, psiquiatras y sociólogos. Finalmente concluye y propone un plan a seguir y observar en un proceso judicial de cambio de sexo y rectificación de las partidas correspondientes de la persona, ante tal importante laguna del derecho.

El profesor y Dr. Eduardo Zannoni también realiza un comentario sobre el fallo ya citado, pero a diferencia del constitucionalista Dr. Bidart Campos, concluye su análisis diciendo que en caso de discordancia entre el “sexo psicológico” y el “sexo morfológico” la respuesta que se merecen estos individuos es sólo psiquiatra. Los considera “enfermos” e incluye al transexualismo entre las alteraciones mentales lindantes con las psicopatías.

Una postura a la que podríamos llamar intermedia, es la vertida por la Dra. Alicia García de Solavagione, quien manifiesta que sin perjuicio de estar a favor de este tipo de



intervenciones quirúrgicas, sostiene como ineludible que *“sí es necesario por razones de orden público, por necesidad de certeza jurídica, que todo cambio de sexo deba ser previamente autorizado por el órgano jurisdiccional del estado y, consecuentemente, ser inscripto en los registros de Estado Civil, como se ha pronunciado la mayoría de la legislación comparada en la materia”*.⁴⁹

2. Cuestión registral

Cabe aquí realizar un breve análisis en torno a la posibilidad de rectificar los datos de un transexual en el registro. Antes que nada, es necesaria una breve distinción entre lo que se conoce como “rectificar” una partida de nacimiento y lo que es “actualizar” dicha partida.

En nuestro país no cabe ningún cuestionamiento sobre la modificación o rectificación de los datos establecidos en el registro, cuando dicha rectificación obedezca a errores materiales u omisiones registrales que adolezcan las partidas de nacimiento o cualquier otro documento de identificación personal. El término “rectificar” significa corregir aquellos errores que surjan evidentes del texto del documento. Estas enmiendas pueden disponerse de oficio o a pedido de partes y requieren una previa resolución administrativa o judicial. El procedimiento a seguir en tales supuestos se encuentra reglamentado por el decreto ley 8204 del año 1963, dictado bajo el gobierno del Dr. Arturo Illia, y por la ley Nro. 17.671 promulgada en el año 1968 durante el gobierno de facto de Onganía (ambos antecedentes bajo una misma línea legislativa).

Ahora bien, *“las actas de nacimiento en nuestro sistema de registración, no hacen plena fe de la identidad actual, sino de los hechos pasados pues se constituyen en prueba indubitada de los acontecimientos en sí y facilita la prueba de los vínculos jurídico-familiares para distintos efectos (filiación, sucesiones, matrimonio, adopción, beneficios previsionales y otros)”*⁵⁰.

⁴⁹ García de Solvagine, Alicia. Op. cit p. 172.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 209



Siguiendo estas líneas se extrae que, nuestro derecho positivo no admite cualquier clase de rectificación registral y lo justifica en la premisa que afirma que el dato personal inscripto en el acta de nacimiento y en los documentos de identidad es estático. Dicho en otras palabras, si se admitiera que sólo el sexo cromosómico es el que define el sexo de la persona y por lo tanto su inscripción y su debida tutela, una vez ordenada judicialmente la rectificación se estaría faltando a la verdad, se incurriría en una falacia, puesto que el transexual no tuvo desde su nacimiento el sexo ahora consignado en el instrumento registral, sino a partir de una determinada fecha.

De allí la sustancial diferencia que existe con la “actualización” de los datos de una persona. Aquí se contempla a la dinámica biografía de las personas, es decir sus datos modificables, mutables a lo largo del tiempo. Claro está que las consecuencias que producen ambos sistemas son sumamente distintas. Se debe advertir también que el más peligroso perjuicio causado a terceros de buena fe, puede provenir de la modalidad que se adopte para la anotación del cambio de sexo, ya que aquellos se verían afectados por una falta de información en la cual tienen un interés legítimo.

Pero entonces, ¿cómo puede un transexual regularizar su situación legal y registral y así respetarse su derecho al nombre entre otros? Hay que destacar que, de no brindarse a la persona la posibilidad de una adecuada regulación se estaría violando numerosos derechos que le corresponden por su calidad de tal y se le impediría ejercer los actos civiles propios de una vida cotidiana, además de otros impedimentos laborales tales como la falta de un trabajo “en blanco” por ejemplo.

La doctrina en nuestro país casi no se ha interesado en desarrollar este interrogante, y la jurisprudencia se ha expedido en diversos sentidos, mas se advierte que ha enfocado principalmente sus fallos como simple sumaria información de rectificación de partidas, sin realizar un acabo análisis de las consecuencias ulteriores provocadas por sus decisorios.

La Cámara 1° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, en un fallo del 11/08/94⁵¹, estimó procedente acoger la demanda impetrada disponiendo las rectificaciones documentales que sean menester para establecer que el sexo de la peticionante es femenino

⁵¹ “autos L.,J.C”. Fallo publicado en LLBA 1994, 871.



y su nombre Juana. Se destacó que no es viable, ni necesaria la declaración de nulidad de la inscripción registral porque el motivo no radica en las formas del instrumento o su falta total de concordancia con la realidad.

El juzgado Civil, Comercial y Minas Nro. 14 de la Ciudad de Mendoza en los autos “A.D.D p/ Rect. Partida” del 24/11/98, resuelve hacer lugar a la pretensión de cambio de sexo solicitada y ordena la rectificación del acta de nacimiento, debiéndose cambiar el actual A.D.D.G por el de E.D.G y el sexo de la peticionante, mutándose de masculino a femenino. En este fallo se encauza el tema registral y procesal, en forma de una simple información sumaria de rectificación de partida por meros errores formales.

El juzgado Criminal y Correccional de Mar del Plata Nro. 3, en el fallo de fecha 6/11/1997, en los autos “ M.M.A s/ Amparo”⁵², ordenó la anulación de la partida correspondiente a la amparista, por contener un error esencial respecto de la identidad de la persona y la nueva inscripción del nacimiento de la misma persona con nombre femenino, como asimismo las rectificaciones documentales peticionadas con relación al título universitario y secundario, la emisión de un nuevo documento nacional de identidad y autorizó la intervención quirúrgica de la peticionante.

El tribunal de Familia Nro. 1 de Quilmes, en su fallo del año 2001 en los autos “K.F.B”, hace lugar a la rectificación de la partida de nacimiento de una transexual femenina, entendiendo que la misma deberá correr por nota marginal con relación al acta original, debiendo, emitirse un nuevo documento nacional de identidad en el que consten las rectificaciones ordenadas. Asimismo en la parte final de la sentencia se consigna que previo a la inscripción aquí ordenada deberán publicarse edictos en el Boletín oficial y en dos diarios, uno del domicilio actual del peticionante y otro de la ciudad de Rosario una vez por mes, durante un lapso de dos meses en los que se hará constar que F.B.K y F.K, son una misma y única persona conforme el artículo 17 de la ley Nro. 18.248.

Una de las propuestas elaboradas por la Dra. Alicia García de Solavagione (que cuenta con cada vez mas adeptos) para responder a esta pregunta se basa en realizar una

⁵² Publicado en JA, 1998-III, ps. 339-349.



inscripción análoga a la registración de la adopción y el reconocimiento de hijo extramatrimonial, con la nota marginal.

Esta prestigiosa fiscal de nuestra provincia estima no conveniente ocultar la verdad histórica de la persona a través de una corrección registral, sino mas bien considera viable mencionar la evolución en el status de la persona, en su identidad de género y otorgarle a la misma el acceso a documentos que no revelen indiscriminadamente su anterior situación.

De ésta manera se atendería mejor al interés público, a través de la publicidad de los asientos registrales, pero también se preservaría la intimidad de la persona, quien no tiene porqué dar detalles de su vida privada para cada acto cotidiano. Sería atentar contra este principio mantener una inscripción registral que no refleje la realidad actual ni la verdad personal del sujeto.

3. Vías procesales idóneas.

He aquí la presencia de otro interrogante que merece especial atención, el sometimiento a este tipo de operaciones y la posterior rectificación de los datos en el Registro, ¿requiere de autorización judicial? En caso afirmativo, ¿es la acción de amparo la vía idónea para iniciar este tipo de acciones? ¿O lo es un acto de jurisdicción voluntaria a través de una sumaria información? Ante esto tampoco se encuentra legislación al respecto, pero si se encuentran antecedentes jurisprudenciales al respecto.

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 43 establece la posibilidad de entablarse la acción expedita y rápida de amparo. Esto, aclara la norma, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo y contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. A su vez, establece, la posibilidad del juez de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.



Continúa el artículo haciendo una mención de cuales son los casos en donde podrá imponerse esta acción y quienes son los sujetos legitimados, dice “contra cualquier forma de discriminación...” “... así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley la que determinará los requisitos y forma de organización...”.

De numerosa jurisprudencia se desprende que la acción de amparo constituye la vía idónea para la preservación de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la identidad, a la salud. El Dr. y Juez Pedro Federico Hooft es el principal exponente de dicha afirmación, demostrado quedó en sus numerosas decisiones al respecto.

El Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 4 de Mar del Plata en la causa caratulada “M.M.A. s-/acción de amparo” del año 1997, ya consideraba a la acción de amparo, como la vía de tutela especial, como la alternativa principal y no subsidiaria. La mera existencia de recursos administrativos u otros procesos judiciales que permitan obtener la protección del derecho, no obstan por sí solos a la admisibilidad y procedencia de la acción de amparo, atento a lo que expresa la norma: “... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...”. Ello porque, consideró el Tribunal, ésta acción no sólo importa el ejercicio de una vía procedimental, sino una garantía tendiente a asegurar el rápido y efectivo acceso a la jurisdicción, y la tutela de derechos esenciales de la persona humana.

En el año 2008, se dictó sentencia en el mismo Juzgado haciendo lugar a una acción de amparo tendiente a obtener la autorización judicial para una intervención quirúrgica femeneizante, y la modificación de los datos registrales que constan en su documentación personal. El a quo (Pedro Federico Hooft) se expresó sobre la vía procesal, tal como lo hizo en sus diversos precedentes, y sostuvo “Que liminarmente ha de tenerse presente que la acción constitucional de amparo interpuesta, tiende en el caso a la tutela de derechos fundamentales, como lo es el derecho a la identidad personal, que en el caso se vincula de manera inescindible con la identificación de las personas y consecuentemente con el nombre, a partir del reconocimiento y protección jurídica de valores fundamentales



todo ello asociado de manera íntima con la idea misma de dignidad como valor constitucional fundante, reconocido a su vez como tal en los diversos instrumentos de materia de derechos humanos (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). La acción de amparo siempre configura una garantía para asegurar el efectivo acceso a la jurisdicción con el objeto de tutelar la vigencia efectiva de derechos constitucionales. Afirma la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, que “las garantías constitucionales exigen una nueva lectura, para que no se conviertan en un mero formulismo”.

Por otro lado, el a quo invoca el hecho de que la Constitución de la provincia de Buenos Aires, al constitucionalizar el amparo, sea como derecho y como garantía, estableció en el último apartado del artículo 20 que: “Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar”.

En otro sentido, distintos tribunales de nuestro país decidieron dar a este tipo de solicitudes el trámite de información sumaria. En éste acto de jurisdicción voluntaria, en donde no existe un conflicto de intereses, aunque eventualmente se puedan tornar contenciosos, participa un miembro del Ministerio Público Fiscal asegurando el contradictorio. La finalidad de dicho acto es integrar, constituir o dar eficacia a ciertos estados o a relaciones jurídicas privadas frente a la sociedad.

Así el recordado caso “Mariela Muñoz”, del 15 de Noviembre de 1994, en el cual Leonardo Muñoz solicita mediante trámite de información sumaria el cambio de sexo y nombre de pila en los documentos pertinentes, ante lo cual el tribunal de primera instancia número cinco de Quilmes rechazó in limine la acción acometida debido a considerarla como una demanda improponible, puesto que su objeto está fuera del plano de la ley. Sin embargo apelada la resolución, la Cámara de Apelaciones de Quilmes revoca el fallo atacado, recayendo la causa en el juzgado de primera instancia en lo civil y comercial N° 8



de Quilmes, quien finalmente resuelve rectificar la partida de nacimiento del recurrente, cambiando el nombre y la asignación sexual.

Volviendo a la pregunta inicial acerca de si el sometimiento a este tipo de operaciones y la posterior rectificación de los datos en el Registro requiere de autorización judicial, parte de la doctrina es conteste en darle una respuesta negativa. En este sentido la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) en su proyecto de ley al que se hará referencia más adelante, propone que para solicitar la modificación del nombre, el sexo y la foto en los documentos de identidad no se requiere procedimiento judicial previo. Esta solicitud se tramitará, a través del Registro Civil en donde se abrirá un expediente administrativo de información sumaria y secreta.

En cuanto a las intervenciones quirúrgicas de adecuación sexual se las podrá practicar, sin necesidad de autorización judicial alguna.

En similar sentido la diputada Silvia Augsburger, propone la creación de una Oficina de Identidad de Género en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos humanos, quien tendrá como función primordial la evaluación de las solicitudes de rectificación registral del sexo y cambio de nombre, evitando de este modo que el particular legitimado tenga que pasar por un proceso judicial para obtener la satisfacción de su pretensión. La doctora Augsburger no hace referencia en su proyecto a las solicitudes de operaciones de reasignación de sexo.

4. Legitimación. Medios de prueba

¿Quién es el sujeto legitimado para entablar este tipo de acciones? La respuesta aún no ha sido vislumbrada, sin embargo existe jurisprudencia relevante que trata el tema de la legitimación en este tipo de acciones y, tal cual lo veremos mas adelante también los proyectos de ley existentes se refieren a este aspecto.

Es así que en Provincia de Córdoba contamos con un fallo sin precedentes, que dictó en el año 2007 el Juzgado Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa



Dolores⁵³. Aquí se presentaba una situación, hasta entonces, nunca planteada. Se trataba de un pedido de autorización para intervenir quirúrgicamente a un transexual y la consecuente rectificación de la documentación personal. Lo interesante aquí fue que el pedido provenía de los progenitores del transexual, menor de edad, quienes se encontraban en pleno ejercicio de su patria potestad. Es el controvertido caso “Naty”.

Los progenitores de Naty, quien contaba con catorce años de edad al momento de iniciarse la acción, argumentaron que “ella” padecía una larga lucha de discriminación y de insatisfacción personal que afectaba gravemente su salud, encontrándose el menor en un real estado de “riesgo”. El joven sufrió desde su infancia una grave disforia de sexo, identificándose con actitudes, vivencias, sentimientos y modalidades propias del sexo opuesto, el femenino, las que se fueron acrecentando con el crecimiento del menor, lo que los llevó a recurrir a consultas médicas, psicológicas y psiquiátricas. El menor se reconoció como transexual y presentó la necesidad de someterse a una cirugía de adecuación de sexo para mejorar su calidad de vida y su inserción social. Se ofrecieron distintas pruebas periciales e informes médicos que demostraban lo que se argumentaba. Además los padres, hicieron especial hincapié en acreditar que el consentimiento otorgado por el menor es brindado de modo informado y libre.

En primera instancia el “a quo” rechazó liminarmente la acción intentada, decidiendo la improcedencia de fondo de la misma, interpretando que por la naturaleza de los derechos involucrados (*intuitu personae*) y por las características y la finalidad de la autorización peticionada solo le competiría a la persona interesada una vez adquirida la mayoría de edad.

Esta resolución fue apelada ante la Cámara, quien la rechaza pero por motivos meramente formales. Así llega la causa al Tribunal Superior de Justicia por un recurso directo, el que fue admitido, como así también el de apelación, remitiendo la causa al tribunal de origen. Este último primero se inhibe de seguir entendiendo en la causa, pero mas tarde la Cámara resuelve que debe ser ese el tribunal que continúe. Finalmente se admitió la petición efectuada por los progenitores del menor, con la condición de que ésta

⁵³ “Autos C.J.A y otra. Solicitan autorización”. Sentencia Nro. 173 del 21/09/2007.



debía ser suscripta por el afectado, quien ya contaba a esta instancia del proceso con diecisiete años de edad.

Medios de prueba

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba admite el principio de “*libertad probatoria, de medios y de objeto*”⁵⁴ a la hora de llevarse a cabo un procedimiento judicial. En los casos de transexualidad, las partes pueden ofrecer pruebas periciales, documentales, testimoniales, informativas, informes realizados por Comités Especializados en la materia, en fin, cualquier medio de prueba que pueda serle útil a sus efectos.

Si bien los distintos medios de prueba son sumamente necesarios y cada uno aporta lo suyo, hay que recalcar la importancia que conlleva en estos casos la prueba pericial. Se torna imprescindible contar con la opinión de expertos multidisciplinarios, quienes a través de sus dictámenes periciales acrediten de manera indubitada la calidad de transexual de quien solicita la reasignación de sexo. Si bien sabemos que dichos dictámenes no tienen el carácter de vinculantes para el juez, para que éste pueda apartarse de sus conclusiones deberá dar los fundamentos que pongan en evidencia que las conclusiones arribadas por el técnico están reñidas con los principios de la lógica y de la experiencia.

Por otro lado es necesario no desmerecer la real trascendencia que conlleva la entrevista personal con el transexual. Mediante la misma, se logra la convicción del magistrado, como también de los demás funcionarios judiciales, de la desesperación vivida por el sujeto. Esta es una condición sine qua non y a priori del dictado del fallo y por lo tanto insoslayable.

Se invoca aquí la opinión del reconocido jurista limeño Carlos Fernández Sessarego “... *la entrevista con el transexual es de suma importancia dado que aquél debe estar*

⁵⁴ Art. 200. C.P.C.C: “Libertad probatoria. Los interesados podrán producir prueba sobre todos los hechos que creyeran convenir a su derecho, hayan sido o no alegados.



plenamente convencido de la calidad de transexual del recurrente... Ello solo se logra a través de un contacto personal, de un diálogo, lo mas detenido posible, para que el magistrado evalúe los rasgos de la personalidad del transexual teniendo a la vista las conclusiones de los dictámenes periciales”⁵⁵

En el fallo del juez en lo Civil, Comercial, y de Minas Nro. 14 del la Ciudad de Mendoza del 24/11/1998, en los autos “A.D.D. p/ rect. Partida”, se ha expresado que “ en la entrevista personal mantenida con la autora, se puso de manifiesto las incontables circunstancias que debe afrontar en su vida diaria, como tener que votar en la mesa masculina, o presentar su carnet de conductor y no haber sido admitida en tres facultades de distintas universidades, en razón de que, como se ha acreditado en autos, protagoniza socialmente un rol femenino, con todo lo que ello implica, mientras su pre-nombre es masculino y así figura en todo registro, documentación, etc.”.

En el ya mencionado voto en disidencia del Dr. Mario P. Calatayud, en el caso “P.F.N” del 31/3/1989, el miembro de la Cámara Nacional Civil, Sala E, expreso lo siguiente: “si alguna duda albergué en un comienzo, ella se vio disipada luego de la entrevista personal que este tribunal mantuviera con P.F.N., en donde me impacto el hecho de que su apariencia y modales absolutamente femeninos, me habrían imposibilitado, de no conocer las circunstancias del caso, considerarlo del sexo opuesto”.

5. Análisis legislativo

5.1. Antecedentes Nacionales

En nuestro país la operación quirúrgica para llevar a cabo el cambio de sexo, sin la debida autorización judicial, configura el delito de lesiones gravísimas tipificada en el articulo 91 del Código Penal que predica: “...*si la lesión produjere una enfermedad mental*

⁵⁵ Sessarego, “una justa solución jurisprudencial al drama de la transexualidad”, JA, 8/11/2006 (2006-IV), ps 71/80.



o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.” Por lo que, al producir este tipo de operaciones una extirpación o modificación de los genitales de la persona, aunque existiera consentimiento del individuo, se entiende que el mismo carece de entidad suficiente a tales efectos, debido a que la víctima padecerá lesiones que no tienen fin terapéutico.

Remontándose en la historia, allá por el año 1966, se conoce un caso en el cual se resuelve condenar a tres años de prisión en suspenso a un profesional médico, por haber “amputado el pene y extirpación de ambos testículos de un individuo homosexual”. Entiende el tribunal que se ha incurrido en el delito de “lesiones gravísimas” y que el solicitante no presentaba una enfermedad que obligue dicha operación y que por otro lado, su consentimiento se encontraba viciado por un mal psíquico, lo cual obstruía que el mismo pueda entender el real alcance y sentido de la operación.⁵⁶

En este antecedente se destaca que se trata al individuo como un homosexual, cuando en realidad la persona era un transexual que quería someterse a la cirugía de reasignación sexual. Y por otra parte el juez le niega valor a su consentimiento justamente por encontrarse, a su juicio, padeciendo una enfermedad de carácter mental.

Sobre esto último, el Dr. Fontán Balestra realiza un comentario muy interesante en el fallo sosteniendo que los requisitos y formalidades para que el consentimiento sea válido se encuentran presentes en el caso de autos, pero que tal consentimiento sería inválido si realmente existió ilegitimidad en el actuar del médico como tal. Es decir, ya que el médico no tuvo como finalidad el mejoramiento de la salud del lesionado, el consentimiento de nada sirve, puesto que se trata de un bien indisponible, por lo que el solicitante no se encuentra ejerciendo su derecho legítimamente.

Ahora bien, a la hora de considerar una operación quirúrgica, se tiene en cuenta la ley Nro. 17.132 que compete al ejercicio de la medicina. Esta norma en su artículo 19, Inc. 4° prohíbe las intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del paciente, a no ser que “sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial”. En el artículo 20, Inc. 18,

⁵⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Capital Federal, 29/7/66, LL, 123-604.



de la misma ley, se prohíbe practicar operaciones que provoquen esterilidad en las personas. Sobre esta ley cabe hacer dos consideraciones: por un lado si bien la ley tiene vigencia directa en el ámbito de la Capital Federal, la jurisprudencia entiende que esta ley debería actuar de manera subsidiaria en las legislaciones provinciales; y por el otro dicha ley no ordena qué criterios deben ser adoptados por el juez a la hora de resolver en un caso como los que se plantean.

Por otra parte, para lograrse la rectificación del nombre y sexo en el Documento Nacional de Identidad, partida de nacimiento, antecedentes laborales y/o académicos, también deben contar con autorización judicial. La ley Nro. 18.248 en su artículo 15 prevé que los datos asentados en la partida de nacimiento pueden ser modificados cuando mediaren “justos motivos” por resolución judicial. A su vez, el artículo 17 indica que dichas modificaciones se llevarán a cabo por trámite sumarísimo, con la intervención del Ministerio Público. Para ello el pedido debe publicarse por un lapso de tiempo para recabar posibles oposiciones de terceros, ya que no se trata de una simple modificación en el registro, sino que pueden soslayarse los intereses de terceros con relación a la identidad del peticionante.

Sin embargo, a pesar de lo dificultoso y tedioso que puede resultar promover una acción de este tipo y la falta de normas específicas sobre el tema, Argentina no es ajena a los reclamos, cada vez mas frecuentes, relativos a modificar quirúrgicamente el cambio de sexo y, consecuentemente, la debida adecuación del mismo en el registro y la rectificación del nombre.

A lo largo de los años se han suscitado y resuelto en distintas ocasiones casos en donde se plantea el cambio de sexo y nombre en la partida de nacimiento, basándose en el artículo 15 del Código Civil que nos dice que los jueces no pueden dejar de resolver el caso que se somete a su competencia bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes; y en el artículo 16 del mismo, el cual nos remite a los principios generales del derecho cuando las palabras, el espíritu de la ley y las leyes análogas no sean suficientes para abordar la problemática.



5.2. Proyectos de ley.

El 26 de Septiembre del año 1991 se celebraron en Lima, Perú, las primeras jornadas internacionales de Derecho Civil, organizadas por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Asistieron destacados juristas tales como Gustavo Bossert, Santos Cifuentes, Eduardo Zannoni y Carlos Fernández Sessarego, se procedió a redactar las “bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre”⁵⁷, las que señalaron el camino a seguir en la materia y se detallan a continuación:

- I) La identidad sexual constituye uno de los caracteres primarios de la identidad personal.*
- II) En la determinación del sexo, según el estado actual de la ciencia, intervienen diversos factores: cromosómicos, genéticos, gonádicos, hormonales, genitales, psicológicos, sociales, jurídicos. A ello se suman los anatómicos, definidos como secundarios, tales como el desarrollo pélvico o la distribución de la velloidad.*
- III) Los factores determinantes del sexo pueden agruparse en dos categorías: aquellos biológicos (estáticos), con los que se nace y se registra el sujeto, y los psicosociales (dinámicos) que conforman la personalidad. Dentro de los biológicos el único que no puede variar es el cromosómico.*
- IV) Dada la complejidad del sexo, se hace necesario un estudio multi e interdisciplinario.*
- V) En los casos de transexualismo se presenta una disociación entre factores determinantes biológicos y el sexo psicosocial. Se trata de hombres que, desde los primeros años de vida sienten y viven como mujeres o viceversa, constituyendo un drama existencial que repercute raigalmente en el mundo interior del sujeto y en sus relaciones sexuales.*
- VI) Teniendo como fundamento los derechos de la persona a su libertad, a su identidad y a su salud, deben permitirse normativamente los procesos de adecuación de sexo en caso de*

⁵⁷ Bossert, Gustavo; Cifuentes Santos; Zannoni, Eduardo y Fernández Sessarego, Carlos, “Bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre” en Cifuentes, Santos Derechos Personalísimos, Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 314 a 316)



transexualismo. Vivir una determinada sexualidad es una opción del sujeto al libre desarrollo de su personalidad.

VII) Son admisibles las intervenciones quirúrgicas tendientes a superar la disociación soma- psique, que presenta el transexual a favor de esta última. Esta operación demoledora- reconstructiva, tiene como finalidad adecuar los genitales al sexo vivido.

VIII) Las intervenciones quirúrgicas de adecuación de los genitales al sexo dinámico deben adoptarse en los casos de transexualismo en los que no sean eficaces otros tipos de terapias.

IX) La adecuación de sexo debe ser el resultado de un procedimiento reservado, en el cual los jueces tendrán que evaluar, especialmente, los peritajes de expertos en la materia, así como entrevistarse con el recurrente para apreciar personalmente la dimensión del conflicto existencial vivido por es transexual e informar plenamente al peticionario de las consecuencias irreversibles de la adecuación de sexo.

X) La autorización para la intervención quirúrgica solo puede ser otorgada a personas no casadas. Para la modificación de la inscripción registral se requiere peritaje que demuestre la incapacidad para procrear.

XI) El proceso de adecuación de sexo y la consiguiente modificación del prenombre, por pertenecer a la esfera de la vida íntima del sujeto, deben ser tutelados por el derecho a la reserva.

XII) Los deberes y derechos emergentes de las relaciones familiares del transexual, cuyo sexo le fue adecuado, no se alteran.

Las mencionadas bases constituyen un importante punto de partida para una futura legislación, que contemple el cambio de sexo de transexuales.

Nótese, que en lo hasta aquí analizado se han omitido consideraciones acerca de los recaudos registrales para aquellos actos civiles que pudieren perjudicar a terceros.

En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mar del Plata, en 1995, se declaró que: “Deben autorizarse las intervenciones quirúrgicas de adecuación de



sexo a los transexuales”. Cabe mencionar que hubo otros dos despachos, el primero que admitió ese cambio, a los operados en el exterior y el segundo, que sostuvo que no se puede dar dicha autorización sino se acreditan los requisitos legales propuestos, es decir sin sustanciar un proceso judicial en el caso de que se compruebe la existencia y la conveniencia de la adecuación del sexo mediante prueba. Es necesario el consentimiento informado del interesado, quien debe ser mayor de edad. En estas Jornadas, no se tuvo presente las eventuales consecuencias de la reasignación sexual del individuo, tales como contraer matrimonio, adopción de menores e ingreso a órdenes religiosas.

Nos obstante la mencionada omisión, ya en autos “M.L.G s/ Acción de Sustitución registral”, el Ministerio Público Fiscal emitió al respecto el Dictamen Nro. 654 de Junio de 2001, afirmando que deben ser preservados los actos jurídicos civiles efectuados por el transexual *ex post facto* como el matrimonio y la adopción, mediante la salvaguarda constituida por **la anotación marginal en las actas de nacimiento**. Ello apunta a que la persona que cambio de identidad no pueda desconocer sus anteriores derechos y obligaciones.

En el mismo año y con motivo de reiteradas solicitudes efectuadas por transexuales y por miembros del poder judicial que reclamaban la existencia de una norma clara, el profesor Alfredo Bravo expuso su iniciativa al respecto, la que consto de diez artículos, que se enunciaran a continuación:

Derechos personales a la rectificación sexual

Art. 1°.- Toda persona mayor de edad que acredite su condición de transexual mediante sendos certificados emitidos por un médico y por un psicólogo podrá petitionar ante el juez de su domicilio la rectificación de su atribución sexual. Igual derecho les corresponde a aquellas personas que padezcan hermafroditismo o pseudohermafroditismo.



Art. 2°.- El juez deberá ordenar y evaluar pericias médicas y psicológicas; y entrevistarse con el accionante para informarle plenamente de las consecuencias irreversibles que implican la rectificación de sexo.

Art. 3°.- Una vez cumplido el artículo 2°, el juez autorizara al accionante a realizar la rectificación de sus características sexuales mediante el tratamiento medico-quirúrgico que fuere necesario. De no ser necesaria la corrección quirúrgica, la adecuación se establecerá conforme al estado físico del accionante.

Art. 4°.- Realizada la adecuación medico-quirúrgica de la atribución sexual del recurrente, el juez ordenará al funcionario del Registro Civil del municipio donde fue asentada el acta de nacimiento a efectuar la rectificación en tal registro; y al director del Registro Nacional de las Personas a emitir la correspondiente documentación que acredite el cambio de nombre y sexo, dejando a tales efectos nota marginal en el acta originaria; simultáneamente ordenara a todo Registro Público Nacional, Provincial y/o Municipal y/o Privado, modificar los datos correspondientes a la nueva realidad modificada.

Art. 5°.- La persona que solicite la adecuación de su atribución sexual no deberá estar casada, ni tener hijos menores de edad.

Art. 6°.- Los deberes y derechos emergentes de las relaciones familiares de la persona cuyo sexo y nombre le fuera rectificado no se alteran.

Art. 7°.- los médicos que den cumplimiento a la resolución judicial no serán pasibles de las sanciones dispuestas en el artículo 91 del Código Penal y los artículos 19 inciso 4 y 20 inciso 18 de la ley 17.132. Podrán abstenerse de realizar la rectificación medico-quirúrgica aquellos profesionales de la salud que alegaran objeción de conciencia.



Art. 8°.- Si las personas de los supuestos contemplados en el 2° párrafo del artículo 1° fueren menores de la edad establecida en dicho artículo, sus padres o tutores podrán peticionar la resolución judicial de rectificación de la atribución sexual.

Art. 9°.- Las personas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley que se hubieren efectuado tratamiento de adecuación genital podrán solicitar a la Dirección del Registro Nacional de las Personas, la correspondiente documentación con la sola presentación de certificación médica.

Art. 10.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Es necesario mencionar que al referido proyecto le sucedieron un sin número de propuestas modificatorias y agregados, tal como el sostenido por la Dra. Alicia García de Solavagione en las X Jornadas Bonaerenses llevadas a cabo en Junín en Noviembre de 2003. Al respecto y entre otras, se sugirió agregar como inciso del artículo 1° el siguiente texto: “El procedimiento judicial tramitará por vía sumaria, dándose cumplimiento a lo prescripto en el artículo 17 de la ley Nro. 18.248, bajo pena de nulidad, en especial debiendo requerir información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado”. En el artículo 3 se debiera agregar después del párrafo que dice “...una vez cumplido el art. 2, el juez...”, el siguiente texto: “Previa vista al Ministerio Público Fiscal...” Por último se sugirió la eliminación del artículo 9 ante la gravedad de desjudicializar el trámite registral, permitiendo la rectificación de instrumentos públicos mediante meros trámites administrativos ante el registro civil.

Por su parte, La comunidad Homosexual Argentina (CHA), creada el 16 de abril de 1984 y siendo la primera organización argentina en obtener personería jurídica en el año 1992, ha tenido a lo largo de su existencia una larga e incesante lucha por los derechos humanos de las personas GLTTB (gays, lesbianas, travestis, transexuales y bisexuales),



centrándose en la no discriminación de estas personas por su orientación sexual ni por su identidad de género.

Dentro de los distintos logros que ha alcanzado esta organización se destaca un proyecto de ley que, como muchos otros, no han logrado acogida en nuestro Congreso. Sin embargo, cabe mencionar cuales son los principales puntos tenidos en cuenta en dicho proyecto:

En primer lugar establece el derecho a modificarse el nombre, el sexo y la foto en los documentos de identidad, sin la obligación de someterse a una operación y sin procedimiento judicial previo. Dicho cambio, lo pueden solicitar las personas mayores de 16 años que acreditasen la falta de adecuación entre el sexo psíquico y el morfológico durante una antigüedad no menor a dos años. Todo ello demostrando además, que la persona no padece trastornos de la personalidad.

El nuevo nombre se tramitará, de acuerdo a este proyecto, a través del Registro Civil en donde se abrirá un expediente administrativo de información sumaria y secreta. Una vez modificado, no podrá sufrir alteraciones posteriores.

En cuanto a las intervenciones quirúrgicas de adecuación sexual se las podrá practicar, sin necesidad de autorización judicial alguna y el Estado debe garantizar la gratuidad de las mismas, como así también debe asegurar el derecho a ser diferente y a la identidad de género adoptada por las personas. El acceso a la salud, educación y trabajo será plenamente garantizado.

Por otro lado, propone el proyecto la derogación del artículo 19 inc. 4to de la ley 17.132 dónde se establece la prohibición a los médicos de llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del “enfermo” salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial.

Finalmente, refiere que las personas que apliquen los beneficios de ésta ley, no podrán modificar las relaciones provenientes del derecho de familia en todos sus grados y órdenes, ni tampoco las relaciones patrimoniales provenientes de los actos jurídicos privados. En aquellas primará siempre el número de DNI por sobre el nombre y/o apariencia de la persona.



Continuando la idea planteada en torno a los distintos ensayos efectuados, cabe hacer una referencia al proyecto que aun espera tratamiento en el Congreso, redactado y presentado por la Diputada Silvia Augsburger y con el asesoramiento de la FALGBT (Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans).

En caso de obtener acogida positiva, esta ley permitirá a las personas transexuales acceder a la rectificación de sus datos registrales mediante un procedimiento de fácil acceso y con mayor rapidez, sin necesidad de pasar por una instancia judicial previa. Para ello insta a la creación de una Oficina de Identidad de Género, que dentro de sus funciones contará con la tarea de evaluar las solicitudes de rectificación registral del sexo y cambio de nombre. Para dicha tarea, coordinará un equipo interdisciplinario conformado por profesionales de la salud, el derecho y la psicología. Si la oficina resuelve el rechazo de la solicitud, la persona solicitante podrá accionar mediante recurso directo ante la Cámara Contencioso Administrativa Federal.

Con respecto a la legitimación activa, establece que toda persona podrá solicitar la rectificación registral cuando su identidad de género sea contradictoria con la inscripción efectuada y esa situación sea constatada y permanente. Si se tratase de un menor de 18 años se tendrán en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño según lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley Nro. 26.061 de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La rectificación registral del sexo y cambio de nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Esta ley, señalan sus propulsores, es la primera de una serie de iniciativas que se presentarán por separado. Aquí no se reglamenta el acceso a las operaciones de reasignación sexual sino que este proyecto tiene su eje en las cuestiones registrales, dejándose planteada a futuro la omisión efectuada.



A modo de finalizar este análisis sobre los distintos proyectos de ley existentes en nuestro país, se expone a continuación un cuadro comparativo relativo a los tres proyectos mencionados, lo que no significa el desconocimiento de otros ni los descalifica.

<i>Proyecto presentado por:</i>	<i>Legitimación</i>	<i>Vía idónea</i>	<i>Operaciones quirúrgicas</i>	<i>Rectificación registral</i>
<i>Alfredo Bravo</i>	-mayor de edad(21 años) no casada y sin hijos menores de edad -menor de edad: solicitado por el padre o tutor -acrediten su calidad de transexual.	- Alicia García de Solavagione propone que sea por vía sumaria.	- con autorización judicial	-ordenada por juez una vez efectuada la operación.
<i>Comunidad Homosexual Argentina (CHA)</i>	-mayor de 16 años -acrediten su calidad de transexual por un lapso no menor a dos años.	- mediante trámite administrativo.	-sin autorización judicial previa.	-sin autorización judicial previa.
<i>Silvia Augsburguer y FALGBT</i>	-toda persona -acredite su calidad de transexual -menor: según principios de capacidad progresiva e interés superior del niño	-solicitud a la Oficina de Identidad de Género.	-no lo regula	-sin autorización judicial previa.
<i>Proyecto presentado por</i>	<i>Derechos y deberes jurídicos anteriores</i>			
<i>Alfredo Bravo</i>	-no se alteran			
<i>Comunidad Homosexual Argentina (CHA)</i>	-no se alteran			
<i>Silvia Augsburguer y FALGBT</i>	-no se alteran			



5.3 Derecho Comparado

En la actualidad en el derecho comparado, conviven, al menos, tres sistemas legales: Reino Unido, España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cada sistema Jurídico ha ido evolucionando sus respuestas en torno a la transexualidad y al concepto de identidad sexual que cada uno adopta.

El primer cambio de sexo en la historia tuvo lugar en Berlín allá por los años 30 y fue de hombre a mujer. En aquel primer intento, el paciente rechazó el implante y finalmente falleció. Ya en los años ´60, los europeos comenzaron a aceptar este tipo de operaciones y muchos fueron los centros médicos que se especializaron en el tema.

En el Common Law, la jurisprudencia juega un rol fundamental ya que el derecho deriva de las decisiones judiciales, las cuales poseen suficiente autoridad para fijarlo, ello no obstante los estatutos que emite el cuerpo legislativo. El paso de un criterio biológico a uno psicológico-social para determinar la identidad sexual de una persona y la tendencia a tomar en cuenta el género antes que el sexo por parte de la jurisprudencia, llevaron al Reino Unido a presentar al Parlamento en el año 2002 un documento que propuso un nuevo sistema registral a través del cual se reconoce legal y registralmente las distintas identidades sexuales que una persona puede adoptar en su vida, dándole especial validez al sexo social asumido y sustituyendo el género al sexo.

En Gran Bretaña el tema hoy se encuentra legislado por el “Gender Recognition Act 2004” donde entre otras cosas se requieren dos años de tratamiento previo a la intervención. Para el cambio de sexo o “Gender Reassignment” se requiere demostrar el padecimiento de disforia de género. Probado esto se obtiene un “Gender Recognition Certificate”, tratándose de un certificado que así lo demuestra y habilita a la operación quirúrgica.

Las partidas de nacimiento únicamente pueden modificarse para rectificar errores de transcripción o errores materiales. Por consiguiente, los transexuales que se hayan sometido



a una operación quirúrgica de cambio de sexo, no pueden exigir que se modifique el sexo que figura en su partida de nacimiento.

La Ley del año 2004 sobre reconocimiento del sexo de las personas (Gender Recognition Act 2004), que entró en vigor el 4 de abril de 2005, permite que se expida a los transexuales, con sujeción a determinados requisitos, un certificado de reconocimiento de sexo. La expedición de tal certificado modifica la identidad sexual de la persona afectada en lo que atañe a todos los fines oficiales, pero carece de efectos retroactivos.

En España, por otra parte, no existe una regulación legal específica sobre el cambio de sexo. Sin embargo se ha aceptado desde el inicio el criterio socio-psicológico aceptando el reconocimiento jurídico del nuevo sexo y rectificándolo aun sin cambio quirúrgico previo.

En una primera etapa jurisdiccional se crea la teoría de la ficción, considerando a los transexuales en su nueva identidad pero limitando su aptitud para determinados actos civiles como el matrimonio.

Posteriormente se reconoció en la Constitución Española el “derecho al libre desarrollo de la personalidad” y gracias eso, ya se conoce un caso donde una Jueza autorizó por primera vez el cambio de sexo y nombre de un transexual que no se había operado. En dicha sentencia se dio prevalencia al sexo psíquico y además se demostró que el transexual tenía, desde su infancia, interiorizado el “rol social masculino”. La jueza argumentó que nadie puede ser obligado a mantener un sexo que psíquicamente no le corresponde y se basó en el derecho que tiene todo ser humano de desarrollar libremente su personalidad.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que cada sistema jurídico es libre de determinar el criterio sobre la identidad sexual. Acepta las distintas ideologías y concepciones de los Estados y los correspondientes efectos jurídicos que le otorguen. Parte de la idea central de considerar a la sexualidad como un elemento esencial de la personalidad y de respetar que la identidad sexual tiene distintos significados de acuerdo a cada contexto social y cultural.



En Sudamérica, Brasil permite el cambio de sexo, cuando un diagnóstico así lo determine y con la condición de haber estado dos años previos a la intervención con tratamiento psiquiátrico y psicológico. Los requirentes deben ser mayores de 21 años y si bien se regula que el costo de la operación debe ser asumido por el Estado a través de los hospitales públicos, aún esto no se encuentra en práctica.

Chile, por su parte, se caracteriza por no tener impedimentos en cuanto a las cirugías de readecuación de sexo, no obstante ser necesario, para lograr el cambio de datos en el registro, iniciar acciones legales.

Uruguay es el antecedente más próximo en el tiempo, ya que en el mes de Octubre del presente año (2009) se aprobó allí una Ley de Identidad de Género. Dicha ley establece el derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad conforme su propia identidad de género con independencia de cual sea su sexo biológico, morfológico, anatómico, de asignación u otro. Permite a las personas transexuales, mayores de edad que acrediten su calidad de tal y la persistencia durante al menos dos años, la modificación tanto del nombre como del sexo en los documentos oficiales sin necesidad de que exista cirugía de reasignación. También establece como requisito la presentación de un informe técnico elaborado por un equipo multidisciplinario y especializado.

La resolución que autoriza la rectificación tendrá efecto constitutivo a partir de la fecha en que se haga efectivo dicho cambio en la partida de nacimiento, pero se recalca que no se altera la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas de la persona cuyo registro se modifica ni será oponible a los terceros de buena fe.

6. Evolución Jurisprudencial.

La incesante labor jurisprudencial no ha dejado de hacerse eco de los permanentes pedidos efectuados por quienes peticionan a la justicia y dicen vivir en un cuerpo que no les pertenece, evidenciando fuertes traumas familiares y sociales. En nuestro país, la marcada



evolución experimentada en la jurisprudencia permite que distingamos el avance en tres momentos.

El primero, caracterizado por el rechazo total a toda posibilidad de cambio. Las razones esgrimidas en torno a tal negación se fundamentaron en la imposibilidad de la justicia de alterar la naturaleza misma del ser. Si bien se reconoce la existencia de una realidad con múltiples factores en desarmonía (carácter multifacético del sexo), se condena al transexual a vivir por el resto de su vida sin solución alguna aplicable al caso concreto. Por otra parte, se le concede preferencia al factor genético del sexo en desmedro de otros, tales como el anatómico y el psicológico con las consecuentes incidencias negativas en el desarrollo personal de sujeto.

En un segundo momento, nuestros tribunales, se inclinaron por admitir el cambio de sexo en todos aquellos casos en los que existe una patología biológica (Vg. pseudohermafroditismo verdadero) de la que se desprende una falta de determinación del sexo. Se señaló, oportunamente, que en estos casos no opera un cambio de sexo sino que, lo que realmente ocurre es una determinación de un sexo que se presenta como dudoso.

Ya en un tercer momento y como consecuencia del voto en minoría emitido por el Dr. Calatayud, como integrante de la Sala E de la Cámara Nacional Civil, datado el 31.03.89, se produce un punto de inflexión gestándose una postura de mayor amplitud al respecto. Se comienza a hablar de la necesidad de brindar protección jurisdiccional a los transexuales que se han sometido a una operación quirúrgica adecuando así su sexo morfológico al psíquico. Se comienza a otorgar real importancia a los factores anatómicos y psicológicos del sexo, en contraposición a lo sostenido en etapas anteriores. De marcada importancia es el reconocimiento en nuestra Carta Magna de todo ser humano como persona, del cual surgen los derechos de la personalidad humana, entre los cuales el derecho a la identidad sexual se convierte en uno de los pilares fundamentales. *“El principio supremo de justicia exige que a cada individuo se le reconozca el espacio de libertad para el desarrollo de su personalidad con pleno respeto a su unicidad e*



irrepetibilidad como persona” (voto del Dr. Maggi, en C. Civ y Com de San Nicolás 11.08.94). No de menor importancia ha sido el argumento que indica que la sociedad no tiene porqué debilitar una decisión individual, fruto de una libre determinación, que no interfiere bajo ningún aspecto, en intereses de terceras personas. Se entiende, así mismo, que la discordancia entre los distintos factores que confluyen en la determinación del sexo de una persona, impone a quien la padece, graves sufrimientos en el ejercicio habitual de sus derechos que finalmente generan condiciones de evidente desigualdad.



Capítulo quinto: Consideraciones finales y conclusiones

Luego de hacer un detenido estudio sobre el transexualismo, acerca de la necesidad de someterse, ante determinadas circunstancias, a operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo y el consecuente e imperioso deseo de adecuar el sexo psíquico no sólo al físico, sino también al denominado sexo legal, he logrado extraer las siguientes consideraciones finales y conclusiones.

Este fenómeno- el transexualismo- tiene su origen en la historia muchos años atrás, como hemos visto ya en la década del 50, se introducía este neologismo por el psicoterapeuta norteamericano Harry Benjamin, quién prestó su nombre para identificar a las personas transexuales, bajo el denominado “ Síndrome de Harry Benjamin”.

El derecho a la identidad sexual, por su parte, hemos visto que se ubica dentro del derecho a la identidad personal, siendo éste último el género y el primero la especie. Ambos, entre otros, son derechos personalísimos y fundamentales del ser humano reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico. Como tal, se caracterizan por ser extrapatrimoniales inalienables, imprescriptibles, vitalicios y absolutos; y como tal, merecen ser protegidos.

Es innegable que el estudio de dicho fenómeno y de sus consecuencias requiere de un análisis multidisciplinario, se encuentran aquí involucradas distintas ciencias. La medicina, la psicología, la bioética y el derecho son algunas disciplinas de las que no puede prescindirse a la hora de investigar de manera acabada nuestro objeto de estudio. Sin embargo, a través de este corto, pero concreto trabajo, espero haber colaborado para introducirse en esta ardua tarea.

Ahora bien, hemos expresado que existen distintas consideraciones sobre el transexualismo. Algunos lo consideran como una enfermedad y dentro de ésta posibilidad distintas teorías se explayan sobre la causa originaria de dicho estado. Sin embargo, sostengo como lo expuse en el capítulo primero, que la teoría que mas se adapta a mis



convicciones, es la teoría multifactorial. Considerar que el ser humano es, en un principio, un ser asexual que goza de las herramientas para desenvolverse hacia uno u otro sexo, y que son los distintos factores externos los que influyen en ese desarrollo hacia uno u otro, es la teoría que me permitirá fundamentar el resto de mis conclusiones.

Lejos de ser considerado un enfermo, me enrolo en la postura que sostiene que el ser transexual es una elección de vida, personal que, mas allá de la influencia externa de mencione anteriormente, la persona posee la capacidad y autonomía suficiente para elegir el sexo vivido, el psíquico, que puede o no coincidir con el morfológico, el físico.

Considero al sexo como un hecho mutable, y no estático, que sufre variaciones a lo largo del desarrollo de la personalidad del sujeto y así se configura la proyección de la “verdad personal” del sujeto. Sin embargo confirmo que, habiendo estudiado posturas contrarias, la hipótesis contraria y sus fundamentos son de difícil refutación.

De ésta conclusión, se desprende que debe darse especial relevancia a los principios bioéticos, al de autonomía principalmente, a la hora de analizarse la posibilidad del transexual de someterse a una operación de reasignación sexual, como así también a la solicitud de rectificación de datos en el registro. Así también debe considerarse la presencia de un consentimiento informado válido.

“La solución de los diversos problemas éticos, sociales y jurídicos relacionados con el sexo, debe partir siempre de una premisa esencial cual es el respeto de la persona humana, en tanto el sexo no resulta un fenómeno abstracto o un dato aislado de la persona, sino que constituye un fenómeno integrado con la totalidad de su vida, que se encuentra “personalizado”, esto es, inserto en la realidad única, intransferible e irrepetible de un ser humano concreto”⁵⁸.

No puede ni debe desconocerse el rol trascendental que juega la protección de los derechos humanos, los cuales no pueden verse vulnerados ante la falta de atención a pedidos de esta magnitud. El derecho a la salud, a una vida digna, a la libertad, a la identidad personal y sexual, al nombre, a no ser discriminado y a la privacidad deben

⁵⁸ Zalava de González, Matilde, Op Cit. p. 285



necesariamente respetarse y, tanto el derecho como las demás disciplinas relacionadas, deben brindar los medios adecuados para que así sea.

Luego de analizarse los antecedentes legislativos y jurisprudenciales existentes en nuestro país y en el derecho comparado respecto a las soluciones otorgadas frente a tales supuestos, podemos afirmar que debe el derecho, de manera imperiosa, acabar con tal vacío legal existente, regularizando así la situación de una minoría cada vez mas numerosa, garantizándole sus derechos y otorgando la correspondiente seguridad jurídica a ellos, como a terceros.

Al analizar los proyectos de ley existentes he dado con que ninguno me ha satisfecho por completo. Sin embargo creo que son un gran punto de partida, y que de aprobarse alguno de ellos se producirá un gran cambio y dará lugar a una nueva etapa, tanto en el mundo jurídico como en la misma sociedad.

Con respecto a los temas tratados en tales proyectos, señalo puntos importantes a tener en cuenta a la hora de sancionarse una Ley de Identidad de Género.

Concuerdo con el proyecto presentado por la Diputada Silvia Augsburguer en cuanto a la creación de una Oficina de Identidad de Género que, junto con un equipo interdisciplinario, tenga a su cargo la evaluación de las solicitudes de rectificación de datos y readecuación de sexo en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas. Siendo éste un proceso mucho mas rápido e idóneo que el proceso judicial. Sabido es que los procesos judiciales son lentos, onerosos, y generan un desgaste psicofísico innecesario, ¿no alcanza acaso con la atormentada realidad que padecen estas personas? No debemos olvidar que el transexual sufre no sólo consigo mismo, con su cuerpo, el que no soporta y hasta repudia, sino que sufre de innumerables discriminaciones en distintos ámbitos de la sociedad, las que no hacen más que excluirlo de la misma e imposibilitan una convivencia armónica.

Sin embargo, creo indispensable que dicha oficina sea creada bajo la dependencia del Poder Judicial, ya que no se puede negar la magnitud y trascendencia jurídica que poseen tales modificaciones. Si bien el juez no debería jugar un papel principal en estos procesos (extrajudiciales), no deben desatenderse las cuestiones de orden público y los



intereses de terceros, quienes merecen tutela especial y garantías suficientes en cuanto no serán vulnerados.

Ahora bien, adhiero a la propuesta de la Dra. Alicia García de Solavagione de realizar una anotación marginal en las actas de nacimiento, atento que no puede desconocerse el pasado de la persona, ni sus derechos y obligaciones porque se estaría afectando a la seguridad jurídica y al orden público. Sin embargo, propone esta doctora que la persona tenga acceso a nuevos documentos donde no figure su identidad anterior, preservándose su derecho a la intimidad y protegiéndolo de discriminación alguna.

Del mismo modo, considero innecesario recurrir al juez para solicitar una autorización para someterse a una operación de readecuación de sexo. Ello sin desmerecer la importancia que merece el previo sometimiento del requirente a una evaluación multi e interdisciplinaria que acredite su calidad de transexual y que el mismo es capaz de comprender los riesgos y beneficios de dicha operación, que por cierto es irreversible y determinante, lo que no debe pasarse por alto. Para lograr eso, considero que debería crearse una institución preparada y especializada para tales efectos, también dependiente del Poder judicial, formada por expertos en distintas áreas que puedan realizar dicha evaluación y autorizar así el requerimiento, de una manera menos traumática y rápida que a través del proceso judicial y preservando la intimidad del solicitante. A su vez, adhiero con la tesis que propone que el Estado debe asegurar la gratuidad de las mismas.

En cuanto a la legitimación activa de ambas solicitudes, considero que debería autorizarse a toda persona que acreditase su calidad de transexual mediante cualquier medio de prueba oportuno y a través de la evaluación referida anteriormente, de manera inequívoca y permanente. Si la solicitud proviene de un menor de edad, creo oportuno hacer un exhaustivo estudio de la situación particular del mismo y como señala el último de los proyectos mencionados, tenerse en cuenta el interés superior del niño. Más no considero un impedimento a la falta de capacidad legal para autorizarse la operación.

Todo lo dicho, estudiado y reflexionado hasta aquí, me ha permitido comprender al derecho como un poderoso instrumento de cambio que, no obstante, jamás esta aislado del



contenido ideológico imperante en una sociedad determinada. El derecho presenta su discurso como reflejo de lo pretendido por las diferentes clases sociales en un momento histórico determinado.

Indudablemente estamos en tiempos de cambios acelerados y de rupturas paradigmáticas, que implican una contundente adecuación del derecho a los mismos. Rápidamente surge la pregunta inevitable: ¿Está la sociedad argentina preparada para dar la debida atención a un transexual? ¿Cómo reacciona la sociedad cuando toma conocimiento de las decisiones judiciales favorables al cambio de nombre y a las operaciones de reasignación sexual? ¿Qué caracteriza a los temores sociales que surgen en torno a estas decisiones judiciales? Lo cierto es que la sociedad argentina sigue presentándose altamente resistente y no menos cierto es que es una consecuencia directa del desconocimiento en la materia, desconocimiento que sumado al temor a quebrantar normas éticas y morales se presenta como un obstaculizador infrenable para el cambio.

Si el derecho se utiliza como herramienta promotora de cambio, se generaran y se garantizaran espacios necesarios para llevar a cabo esta discusión y promover en forma pacífica la legislación que de ella resulte. Corresponderá a la bioética, como actividad humana, el reflexionar sobre la discusión de carácter moral correspondiente a la temática aquí analizada. Es entonces y a partir de allí, cuando en mejores condiciones se encontrará el derecho de articular de manera normativa todos estos conceptos y reproducirlos en la sociedad.



Bibliografía

- ✓ Blanco, Luis G., Bioética y Bioderecho, Editorial Universidad.
- ✓ Bidart Campos, Germán J., “El cambio de Identidad Civil de los quirúrgicamente transformados”, J.A. 1990, t. III.
- ✓ Bidart Campos, Germán J., “la modificación registral del sexo y el cambio de documentación”, L.L, 2001-F-216.
- ✓ Bidart Campos, Manual de la Constitución reformada. T. I. Ediar. 2001
- ✓ Blasi, Gastón F., el cambio de sexo ¿esta comprendido en la esfera de la intimidad de las personas, o es un tema de orden público? LLBA, 2005-149.
- ✓ Cafferata, José I, Nulidad Matrimonial Constitución Nacional, Advocatus, Cba., 2000
- ✓ Cifuentes, Santos, Sobre el tema de la transexualidad, L.L, diario del 20/09/05.
- ✓ Cifuentes, Santos, Derechos Personalísimos, Editorial Astrea, Año 1995.
- ✓ Cifuentes, Santos, “Soluciones para el pseudohermafroditismo y la transexualidad”, J.A Nro. 5937, del 14/06/95, t. II. 385.
- ✓ “El sexo y la identidad civil del transexual”, voces jurídicas, LL, Gran Cuyo, año 4, núm. 5, octubre de 1999.
- ✓ Colautti, Carlos E. Derechos humanos constitucionales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1999.
- ✓ Fernández Sessarego, Carlos, Apuntes sobre el Derecho a la identidad sexual, J.A, 1999-IV-889.
- ✓ Fernández Sessarego, Carlos, Derecho a la Identidad Personal, Bs. As, Astrea, 1992.
- ✓ Frignet, Henry, El transexualismo, Bs. As, Nueva Visión, 2003.
- ✓ García de Solavagione, Alicia, Transexualismo, análisis jurídico y soluciones registrales, Advocatus, 2008.
- ✓ Gil Domínguez, Andrés, Derechos fundamentales de Travestis y Transexuales, bien común y Estado Constitucional de Derecho, LL, 2004-D-790.



- ✓ Gil Domínguez, Andrés, El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional, LLBA, 1999-1108.
- ✓ Highton, Elena, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995
- ✓ Hooft, Pedro F., Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos. Prólogos de Bidart Campos, Germán J. y Mainetti Alberto J., Ediciones Desalma, Bs. As., 1999.
- ✓ Ignacio, Graciela C., Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer Matrimonio, JA, 1999-1-867.
- ✓ Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Abeledo- Perrot, Bs. As., 1986- parte general- t.I.
- ✓ Lloveras Nora- Orlando, Olga, El derecho a la Identidad Sexual del transexual, JA, 2001-IV-479.
- ✓ Marcuello, A.C y Elosegui, M., “Sexo, género, identidad sexual y sus patologías”. “Cuadernos de Bioética”, N° 39, año 1999.
- ✓ Medina, Graciela – Fernandez, Hector. Transexualidad, ¿qué efectos jurídicos produce el cambio de sexo?, JA, 2001-IV-445.
- ✓ Medina, Graciela, El transexual condenado y la condena de ser transexual, revista de derecho penal, Rubinzal Culzoni, 2002.
- ✓ Medina, Graciela, Transexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de derechos del hombre. Dialogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y critica jurisprudencial, Gaceta Jurídica, año 6, nro. 16.
- ✓ Medina, Graciela, Transexualidad y cambio de sexo. Evolución Jurisprudencial Argentina, JA, 2001.
- ✓ Medina, Graciela, Libertad Sexual, Revista de derecho de familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, nro.20.
- ✓ Medina, Graciela, Bioética, Libertad sexual y derecho. Libertad de elección sexual, libertad de contracepción, libertad de cambio de sexo. Límites y responsabilidades.



- Revista de derecho de familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Lexis Nexis- JA. 2002.
- ✓ Mizrahi, Mauricio Luis, “Homosexualidad y Transexualismo”. Ed. Astrea. 2006.
 - ✓ Nino, Carlos, Ética y Derechos Humanos, Ed. Astrea, Año 1989.
 - ✓ Rabinovich- Berkman, Derecho Civil Parte General, Bs. As., Astrea, 2000
 - ✓ Rivera, Julio C., Crónica de un cambio (de sexo) enunciado, LLBA, 1997-957.
 - ✓ Rivera, Julio C. “Transexualismo: Europa Condena a Francia y la casación cambia su jurisprudencia”, en ED, 151-915
 - ✓ Sabelli, Hector E., Derecho y Transexualidad, LL, 2002-D-606.
 - ✓ Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, vol 2, Daños a las personas (Integridad Espiritual y social), Hammurabi, Bs. As., 1994
 - ✓ Zannoni, Eduardo A., “Derecho de Familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nros. 3 y 4, 1990, “Personas. Concepto de sexo, factores. Transexualismo”, comentario del Dr. Zannoni, El transexualismo desde la perspectiva ético Jurídica.
 - ✓ Zannoni, Eduardo A., El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica, Derecho de Familia, Nro. 4, p.142.

Documentos legales

- ✓ Código Civil de La República Argentina.
- ✓ Constitución de La Nación Argentina.
- ✓ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.
- ✓ Pactos Internacionales de Jerarquía Constitucional.
- ✓ Ley nacional 17.132. Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas.
- ✓ Ley provincial sobre el ejercicio de la medicina.
- ✓ Ley nacional del nombre. 18.248.



Páginas de Internet

- ✓ www.gracielamedina.com
- ✓ www.bibliotecajurídica.blogspot.com
- ✓ www.laleyonline.com.ar
- ✓ www.lexisnexis.com.ar
- ✓ www.biblioteca.jus.gov.ar
- ✓ www.derhumanos.com.ar
- ✓ www.eldial.com
- ✓ www.microjuris.com.ar
- ✓ www.cha.org.ar
- ✓ www.un.org
- ✓ www.jus.gov.ar
- ✓ www.aaba.com.ar
- ✓ www.revistapersona.com.ar
- ✓ www.transexualia.org
- ✓ www.rae.es



Anexos

Ley Nacional Nro. 17.132 Ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares

ARTÍCULO 19: Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:

Prestar la colaboración que les sea requerida por las autoridades sanitarias, en caso de epidemias, desastres u otras emergencias;

Asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente;

Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz;

No llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial;

Promover la internación en establecimientos públicos o privados de las personas que por su estado psíquico o por los trastornos de su conducta, signifiquen peligro para sí mismas o para terceros;

Ajustarse a lo establecido en las disposiciones legales vigentes para prescribir alcaloides;

Prescribir o certificar en formularios que deberán llevar impresos en castellano su nombre, apellido, profesión, número de matrícula, domicilio y número telefónico cuando corresponda. Sólo podrán anunciarse cargos técnicos o títulos que consten registrados en la Secretaría de Estado de Salud Pública en las condiciones que se reglamenten. Las prescripciones y/o recetas deberán ser manuscritas, formuladas en castellano, fechadas y firmadas. La Secretaría de Estado de Salud Pública podrá autorizar el uso de formularios impresos solamente para regímenes dietéticos o para indicaciones previas a procedimientos de diagnóstico.

Extender los certificados de defunción de los pacientes fallecidos bajo su asistencia, debiendo expresar los datos de identificación, la causa de muerte, el diagnóstico de la última enfermedad de acuerdo con la nomenclatura que establezca la Secretaría de Estado de Salud Pública y los demás datos que confines estadísticos les fueran requeridos por las autoridades sanitarias.

Fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsables si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras personas.

ARTÍCULO 20: Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:

Anunciar o prometer la curación fijando plazos;

Anunciar o prometer la conservación de la salud;

Prometer el alivio o la curación por medio de procedimientos secretos o misteriosos;

Anunciar procedimientos, técnicas o terapéuticas ajenas a la enseñanza que se imparte en las Facultades de Ciencias Médicas reconocidas del país;

Anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles;

Anunciar o aplicar agentes terapéuticos inocuos atribuyéndoles acción efectiva;



- Aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país;
- Practicar tratamientos personales utilizando productos especiales de preparación exclusiva y/o secreta y/o no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública;
- Anunciar por cualquier medio especializaciones no reconocidas por la Secretaría de Estado de Salud Pública;
- Anunciarse como especialista no estando registrado como tal en la Secretaría de Estado de Salud Pública;
- Expedir certificados por los que se exalten o elogien virtudes de medicamentos o cualquier producto o agente terapéutico de diagnóstico o profiláctico o dietético;
- Publicar falsos éxitos terapéuticos, estadísticas ficticias, datos inexactos o cualquier otro engaño;
- Realizar publicaciones con referencia a técnicos o procedimientos personales en medios de difusión no especializados en medicina;
- Publicar cartas de agradecimiento de pacientes;
- Vender cualquier clase de medicamentos;
- Usar en sus prescripciones signos, abreviaturas o claves que no sean los señalados en las Facultades de Ciencias Médicas reconocidas del país;
- Ejercer la profesión mientras padezcan enfermedades infecto contagiosas;
- Practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores;
- Inducir a los pacientes a proveerse en determinadas farmacias o establecimientos de óptica u ortopedia;
- Participar honorarios;
- Obtener beneficios de laboratorios de análisis, establecimientos que elaboren, distribuyan, comercien o expendan medicamentos, cosméticos, productos dietéticos, prótesis o cualquier elemento de uso en el diagnóstico, tratamiento o prevención de las enfermedades;
- Delegar en su personal auxiliar, facultades, funciones o atribuciones inherentes o privativas de su profesión;
- Actuar bajo relación de dependencia con quienes ejerzan actividades de colaboración de la medicina u odontología;
- Asociarse con farmacéuticos; ejercer simultáneamente su profesión con la de farmacéutico e instalar su consultorio en el local de una farmacia o anexo a la misma;
- Ejercer simultáneamente su profesión y ser director técnico o asociado a un laboratorio de análisis clínicos. Se exceptúan de esta disposición aquellos profesionales que por la índole de su especialidad deben contar necesariamente con un laboratorio auxiliar y complementario de la misma

Ley Nacional del nombre. Nro. 18248

Artículo 1° – Toda persona natural tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.

Artículo 2° – El nombre de pila se adquiere por la inscripción en el acta de nacimiento. Su elección corresponde a los padres; y a falta, impedimento o ausencia de uno de ellos, corresponde al otro o a las personas a quienes los progenitores hubiesen dado su autorización para tal fin.

En defecto de todo ello pueden hacerlo los guardadores, el Ministerio Público de Menores o los Funcionarios del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.



Cuando una persona hubiese usado un nombre con anterioridad a su inscripción en el Registro, se anotará con él siempre que se ajuste a lo prescripto en el artículo 3.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N ° 23.264 B.O. 23/10/1985.)

Artículo 3° – El derecho de elegir el nombre de pila se ejercerá libremente, con la salvedad de que no podrán inscribirse:

1) Los nombres que sean extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas, o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone.

2) Los nombres extranjeros, salvo los castellanizados por el uso o cuando se tratare de los nombres de los padres del inscrito, si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional. Queda exceptuado de esta prohibición el nombre que se quisiera imponer a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares acreditadas ante nuestro país, y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República.

3) Los apellidos como nombre.

4) Primeros nombres idénticos a los de hermanos vivos.

5) Más de tres nombres.

Las resoluciones denegatorias del Registro del Estado Civil serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil dentro de los quince días hábiles de notificadas.

Artículo 3° bis – Podrán inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas, que no contraríen lo dispuesto por el artículo 3, inciso quinto, parte final.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N ° 23.162 B.O. 30/10/1984.)

Artículo 4° – Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años.

Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse.

Artículo 5° – El hijo extramatrimonial reconocido por uno sólo de sus progenitores adquiere su apellido.

Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera.

Artículo 6° – El oficial del Registro del Estado Civil anotará con un apellido común, al menor no reconocido, salvo que hubiese usado apellido, en cuyo caso se le impondrá éste.

Si mediare reconocimiento posterior, el apellido se substituirá por el del progenitor que lo reconociere, en la forma ordenada en el artículo anterior. Si fuese conocido por el apellido inscrito, estará facultado para mantenerlo, de acuerdo con las reglas del mismo artículo.

Toda persona mayor de dieciocho años que careciere de apellido podrá pedir ante el Registro del Estado Civil la inscripción del que hubiese usado.

Artículo 7° – Los extranjeros, al solicitar la nacionalización argentina, podrán pedir a la autoridad que la acuerde, la adaptación gráfica y fonética al castellano de sus apellidos de difícil pronunciación.

Artículo 8° – Será optativo para la mujer casada, añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición "de".



(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 23.515 B.O. 12/6/1987.)

Artículo 9° – Decretada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido. Cuando existieren motivos graves los jueces, a pedido del marido podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiera optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 23.515 B.O. 12/6/1987.)

Artículo 10. – La viuda está autorizada para requerir ante el Registro del Estado Civil la supresión del apellido marital.

Si contrajere nuevas nupcias perderá el apellido de su anterior cónyuge.

Artículo 11. – Decretada la nulidad del matrimonio, la mujer perderá el apellido marital. Sin embargo, si lo pidiere, será autorizada a usarlo, cuando tuviera hijos y fuese cónyuge de buena fe. Igual criterio regirá respecto de los matrimonios disueltos por aplicación del artículo 31 de la Ley 14.394, respecto de la cónyuge inocente que no pidió la disolución del vínculo.

Artículo 12. – Los hijos adoptivos llevarán el apellido del adoptante, pudiendo a pedido de éste, agregarse el de origen. El adoptado podrá solicitar su adición ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años.

Si mediare reconocimiento posterior de los padres de sangre, se aplicará la misma regla.

Cuando los adoptantes fueren cónyuges, regirá lo dispuesto en el artículo 4.

Si se tratare de una mujer cuyo marido no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera de la adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido.

Cuando la adoptante fuere viuda, el adoptado llevará su apellido de soltera, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada.

Artículo 13. – Cuando se adoptare a un menor de seis años, los adoptantes podrán pedir el cambio del nombre de pila o la adición de otro. Si fuere de más edad, se le podrá agregar otro nombre después del que anteriormente tenía el adoptado con la limitación del artículo 3, inciso 5).

Artículo 14. – Revocada la adopción o declarada la nulidad, el adoptado perderá el apellido de adopción. Sin embargo, si fuese públicamente conocido por ese apellido podrá ser autorizado por el juez a conservarlo, salvo que la causa de la revocación fuese imputable al adoptado.

Artículo 15. – Después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos.

El director del Registro del Estado Civil podrá disponer de oficio o a pedido de parte, la corrección de errores u omisiones materiales, que surjan evidentes del texto de la partida o de su cotejo con otras.

Sus resoluciones serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil correspondiente al lugar donde desempeña sus funciones, dentro de los quince días hábiles de notificadas.

Artículo 16. – Será juez competente el de primera instancia del lugar en que se encuentra la inscripción original que se pretendiere rectificar, modificar o cambiar, o el del domicilio del interesado. Las partidas que acreditan la vocación hereditaria podrán rectificarse ante el juez de la sucesión.

Artículo 17. – La modificación, cambio o adición de nombre o apellido, tramitará por el proceso sumarísimo, con intervención del Ministerio Público. El pedido se publicará en un diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Podrá formularse oposición dentro de los quince días hábiles computados desde la última publicación. Deberá requerirse información sobre medidas precautorias existentes en nombre del interesado. La sentencia es oponible a terceros y se comunicará al Registro del Estado Civil.



Artículo 18. – La rectificación de errores de partidas podrá tramitar también por simple información judicial, con intervención del Ministerio Público y del director del Registro del Estado Civil.

Artículo 19. – Producida la modificación, cambio, adición o rectificación del nombre o apellido de una persona, se rectificarán simultáneamente las partidas de los hijos menores y la de matrimonio, si correspondiere.

Artículo 20. – La persona a quien le fuere desconocido el uso de su nombre, podrá demandar su reconocimiento y pedir se prohíba toda futura impugnación por quien lo negare; podrá ordenarse la publicación de la sentencia a costa del demandado.

Artículo 21. – Si el nombre que pertenece a una persona fuese usado por otra para su propia designación, ésta podrá ser demandada para que cese en el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de los daños, si los hubiese.

Cuando fuere utilizado maliciosamente para la designación de cosas o personajes de fantasía y causare perjuicio moral o material, podrá demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños. En ambos casos, el juez podrá imponer las sanciones que autoriza el artículo 666 bis del Código Civil.

Artículo 22. – Las demandas tendientes a la protección del nombre podrán ser promovidas por el interesado, su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.

Artículo 23. – Cuando el seudónimo hubiere adquirido notoriedad, goza de la tutela del nombre.

Artículo 24. – Quedan derogados el Decreto-Ley 11.609/43; el Decreto 410/46; el artículo 13 de la Ley 13.252; el artículo 6 de la Ley 14.367; los artículos 40, 41, 42 y 43 de la Ley 14.586; los artículos 43, 44, 45 y 46 del cuerpo de disposiciones que constituyen el "Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas" del Decreto-Ley 8.204/63; y los artículos 92, 93, 94, 95 y 96 del Decreto 2015/66.

Artículo 25. – Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.
ONGANIA – Guillermo A. Borda

Ley Nacional de Identidad de Género – CHA

Principales puntos del Proyecto de Ley de Identidad de Género de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA)

- El derecho a modificar el nombre, sexo e imagen (foto) en sus documentos de identidad, como el DNI, Pasaporte y/o Cedula de Identidad, sin la obligación de someterse a una operación y sin procedimiento judicial alguno. Podrán solicitar el cambio de identidad todas las personas a partir de los 16 años de edad, que acrediten la disonancia del sexo psicosocial con el morfológico con una antigüedad de al menos 2 años y la ausencia de trastornos de personalidad. El nombre adoptado, una vez inscripto, no podrá ser modificado nuevamente. Esta rectificación se tramitará a través del Registro Civil, donde se abrirá un expediente administrativo de información sumaria y secreta.



- El derecho a intervenciones quirúrgicas de adecuación sexual y tratamientos integrales sin necesidad de autorización judicial alguna. Podrán solicitarlo todas las personas a partir de los 16 años, que acrediten la necesidad de los mismos. El Estado Nacional deberá garantizar la gratuidad de las mismas.
- Respeto y garantías para que los niños y las niñas intersexuales no sean intervenidos quirúrgicamente por su intersexualidad a decisión del médico, tutores y/o padres. Deberá hacerse observar el interés superior del niño en toda su plenitud.
- El Estado Nacional reconoce el derecho a ser diferente y el derecho a la identidad de género adoptada o autopercebida de las personas y garantiza el derecho a la elección del nombre. Se garantizará el acceso a la salud, educación y trabajo.
- Las personas comprendidas entre los 14 y 16 años de edad que utilicen un nombre distinto al impuesto por considerarlo representativo de su identidad de género adoptada o autopercebida, y a su solo requerimiento, dicho nombre deberá ser utilizado para la citación, registro, llamado y otras gestiones asociadas en toda la administración pública nacional y provincial. En dichos casos, solamente importará la constancia del número de DNI, pasaporte o cédula de identidad de la persona.
- Derogación del artículo 19 inciso 4to. de la Ley 17.132 (Ejercicio de la Medicina, odontología y actividades de colaboración), donde se establece que los médicos están obligados a "No llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial".
- En los establecimientos públicos y privados deberá respetarse y garantizarse el ser nombrado por el nombre elegido aditando el número de DNI, y dicho nombre deberá estar presente en todos los registros de la institución que se trate.
- Se deberá instruir a toda la administración pública a fin de que se respete y garantice la identidad de género en los términos de la presente ley, siendo considerado su incumplimiento como acto discriminatorio a los efectos que correspondiere.
- El Estado Nacional deberá garantizar el respeto por la identidad de género, dignidad e integración de las personas travestis, transexuales, transgéneros e Intersexuales en los ámbitos públicos y privados a través de todos sus organismos y competencias.
- Para las personas que apliquen a los beneficios de la presente ley, las relaciones provenientes del derecho de familia (paterno filiales, parentalidades) en todos sus órdenes y grados, se mantendrán inmodificables, como en los casos de adopción siempre y cuando la misma hubiese sucedido con anterioridad a la decisión de cambio identitario. Lo mismo ocurrirá para las relaciones patrimoniales provenientes de los actos jurídicos privados. En todos ellos primará el número de DNI por sobre el nombre y/o apariencia morfológica de la persona.



Pedro Paradiso Sottile
Coordinador Área Jurídica de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA)
juridico@cha.org.ar
www.cha.org.ar

Representante Consejo Regional Cono Sur - ILGALAC
Región Latinoamericana y Caribeña de ILGA, International Lesbian & Gay Association.
www.ilga.org.ar
http://america_latina_caribe.ilga.org/

Proyecto de ley presentado por Silvia Augsburger

Expediente: 5259-D-2007

Artículo 1º: Son objetivos de la presente ley:

- - Asegurar el reconocimiento de la dignidad, la singularidad y del propio proyecto de vida de las personas trans: transexuales, travestis, transgénero.
- Promover el respeto, la protección y el ejercicio de los derechos humanos de las personas discriminadas por identidad de género, transexuales, travestis, transgénero.
- Impulsar la implementación de un área estatal específica para la atención de las personas trans y la promoción de su integración
- Sensibilizar sobre el derecho a la no discriminación por razón de identidad de género.
- Garantizar el derecho a la identidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que fueron inscriptas al nacer.
- Regular el procedimiento para la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de una persona cuando dicha inscripción es contradictoria con su identidad de género.

Artículo 2º: Créase en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Oficina de Identidad de Género que tendrá por objeto:

- La creación de un ámbito de consejería y acompañamiento para las personas trans.
- El estudio y la promoción de políticas públicas transversales en todas las áreas de gobierno para la integración y no discriminación de las personas por identidad de género.
- La evaluación de las solicitudes de rectificación registral del sexo y cambio de nombre.

Artículo 3º: La Oficina tendrá las siguientes facultades:



- Crear un espacio de consulta y participación de las organizaciones no gubernamentales representativas de la diversidad de género conformadas por el colectivo de transexuales, travestis , transgénero.
- Requerir asesoramiento a instituciones públicas y privadas que considere pertinentes.
- Realizar convenios con universidades nacionales.

Artículo 4º: La Oficina de Identidad de Género coordinará un equipo interdisciplinario conformado por profesionales de la salud, el derecho, la psicología, la sociología a los efectos de evaluar las solicitudes de rectificación registral del sexo y cambio de nombre.

Artículo 5º: La Oficina tendrá las siguientes obligaciones:

- Emitir en un plazo de 90 días hábiles de recibida la solicitud, acto administrativo que ordene al Registro Civil donde fue asentada el acta de nacimiento, la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de la persona solicitante.
- Mantener en todos los casos, reserva de la identidad de la persona solicitante, excepto requerimiento legal.

Si la solicitud fuera rechazada, deberá emitir resolución debidamente fundada.

Artículo 6º: Ante resolución de rechazo de la solicitud o transcurridos los 90 días hábiles sin respuesta, la persona solicitante podrá accionar mediante recurso directo ante la Cámara Contencioso Administrativa Federal

Artículo 7º: Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y cambio de nombre cuando su identidad de género sea contradictoria con dicha inscripción.

Cuando se tratare de personas menores de 18 años, se contemplarán los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño según lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Artículo 8º: La rectificación registral del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona. En la solicitud de rectificación registral de sexo deberá incluirse la elección del nuevo nombre propio.

Artículo 9º: Son requisitos indispensables para acceder a la rectificación registral del sexo y cambio de nombre, que se constate:

- La existencia de disonancia entre el sexo inicialmente inscrito y la identidad de género autopercibida por la persona solicitante.
- La estabilidad y persistencia de esta disonancia.



La persona solicitante podrá aportar, a efectos de dicha constatación, todo medio de prueba fehaciente.

Artículo 10º: Una vez dispuesta la rectificación registral del sexo corresponderá al Registro Civil y/o Capacidad de las Personas de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento, emitir nueva partida de nacimiento acreditando dicho cambio con una referencia que indique la ubicación de la partida anterior a la rectificación.

Artículo 11º: Al acta de nacimiento originaria anterior a la rectificación registral del sexo, sólo tendrán acceso quienes demuestren un interés legítimo, o en caso de tratarse de actos jurídicos en que el sexo genético deba ser indefectiblemente considerado.

Artículo 12º: La obtención de la rectificación registral del sexo y cambio de nombre obligará a la persona a solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad en el Registro Nacional de las Personas que acredite dichos cambios, conservándose el número original.

Artículo 13º: El Registro Nacional de las Personas informará el cambio de documento nacional de identidad al Registro Nacional de Reincidencia y a la Secretaría del Registro Electoral correspondiente para la corrección del padrón electoral, masculino o femenino.

Artículo 14º: La rectificación registral del sexo y cambio de nombre acordada no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Artículo 15º: Queda prohibida la publicidad de la rectificación registral del sexo y cambio de nombre de una persona, excepto que medie autorización especial de ésta.

Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el art. 17 de la Ley 18.248.

Artículo 16º: Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires efectuarán las acciones necesarias a los efectos de que sus registros civiles u oficinas similares den cumplimiento a la presente ley

Artículo 17º: Comuníquese al Poder Ejecutivo

