



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Abogacía

**EL CAMBIO DE NOMBRE Y SEXO EN LA LEY 23.743 Y EN EL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, SU INCIDENCIA EN EL ORDEN
PÚBLICO**

María Juliana Vercellone

2016

Resumen

Este trabajo tiene como supuestos dos puntas de un mismo hilo, el derecho de la persona humana de desarrollarse en plenitud y el interés general de preservación del orden público como sustento de una sociedad que permita ese desarrollo humano.

El nombre de las personas humanas, es un instituto complejo ya que es al mismo tiempo un derecho y una obligación, tal como lo establece el art. 62 del actual Código Civil y Comercial de la Nación. Protege tanto intereses individuales como sociales. Es por un lado un atributo de la personalidad que ayuda a definir a la persona humana, y por otro, un instituto de policía civil por tener el Estado la potestad de identificar a los integrantes de la sociedad.

La doctrina y la jurisprudencia conviene en que las características del nombre son cuatro: obligatoriedad, indisponibilidad, imprescriptibilidad e inmutabilidad.

En la normativa vigente existen excepciones a la rigurosidad de estos caracteres, que vienen a atender intereses particulares, y que deben armonizar con el interés general. Pero en el caso de las personas que no se identifican con su sexo biológico, esta rigurosidad cede completamente ya que pueden disponer el cambio de nombre y sexo sin ninguna restricción y con la sola expresión de su voluntad, expidiéndose inclusive una nueva partida de nacimiento sin ninguna referencia al cambio, siguiendo para la publicidad los criterios de la adopción plena, pero no siguiendo a esta en lo riguroso del trámite previo que ella exige.

Motivan este trabajo la incidencia que este trámite tiene sobre el orden público, y la seguridad jurídica.

Abstract

This work has as a basis two faces of the same coin, the right of a human being of developing in plenitude and the general interest of the public order preservation as the main interest of a society that allows that human development.

The name of a person is a complex concept because it is a right as well as an obligation; as it is established in current Civil and Commercial Codes of the Nation (article 62). It protects not only the individual interests but also the social ones. It is an attribute of the personality that helps the person to be identified, and the Estate has the legal authority of identifying all the members of the society.

According to the doctrine and the jurisprudence, the name has four characteristics: it is obligatory, imprescriptibly, immutable and it is not available.

In accordance with current legislation, there are some exceptions to the severity of these characters; in case of particular interests and the fact that it must be according to the general interest.

But this rigurocity gives in the case of people that do not identify with their biological sex; in this case they can change their name and sex, only by expressing their will and without any restriction. They can even get a new birth certificate without mentioning this change in its margin, following the criteria of the adoption but without the complexity required by the same.

The incidence of this procedure in the public order, and the legal order, is what inspires this study.

ÍNDICE

1. Introducción.....	7
CAPITULO I.....	11
El nombre de las personas humanas	11
1.- Concepto.....	12
2.- Naturaleza Jurídica	13
3.- Evolución histórica.....	15
CAPÍTULO II.....	19
Identidad de Género.....	19
1.- Concepto jurídico	20
2.- Disforia de género	26
3.- Cambio de paradigmas	27
CAPITULO III	31
Marco legal en Argentina	31
1. Antecedentes legislativos y doctrinarios.....	31
2.- Disposiciones actuales. Limitaciones y excepciones	36
CAPITULO IV	45
Análisis jurisprudencial	45
1. Cambio de nombre por burlas: justos motivos	45
2. El caso “Lulú”.....	47
CAPÍTULO V.....	51
El orden público.....	51
1.- Teorías y análisis	51
2.- Afectación del Orden Público. Supuestos	53
3. - Autonomía de la voluntad y orden público	54
CONCLUSIONES.....	57
BIBLIOGRAFÍA	60

1. Introducción

Este trabajo tiene como supuestos dos puntas de un mismo hilo, por un lado el derecho de la persona humana de desarrollarse en plenitud, y por el otro el interés general de preservación del orden público como sustento de una sociedad, que permita ese desarrollo humano.

El nombre, como derecho humano reconocido por la Constitución y los Tratados Internacionales de rango constitucional, identifica a las personas aportando un elemento diferenciador entre ellas, contribuye a su individualización y les permite relacionarse social y jurídicamente con sus pares generando el tejido social que los contiene.

Modificar el nombre implica modificar ese tejido, por lo que es necesario cuidar el procedimiento para no resentir la estructura del mismo.

El sistema republicano de gobierno implica delegación de funciones en los funcionarios que nos representan. Analizar si la norma positiva armoniza los extremos de ese hilo es responsabilidad de los que tienen el poder que surge de la democracia

A la luz de una visión imparcial y objetiva, focalizaré en el trámite previsto por la nueva legislación respecto al cambio de nombre y sexo, en el caso específico de una persona que no se identifique con su sexo biológico; y su incidencia sobre el orden público.

El objeto de este trabajo entonces, si bien trata sobre algo tan antiguo como el nombre, se centra en algo tan nuevo como el sistema registral que impone la nueva legislación que lo regula, en el caso aún más específico y actual que es el tema de la identidad de género.

Es importante analizar cómo afecta al ordenamiento social el quitar, sólo en ese caso, el carácter de inmutable que tiene el nombre y adicionarle la nota de confidencialidad a los cambios, sin otra exigencia ni límite que la voluntad del individuo.

El estudio del nombre de la persona humana envuelve en su complejidad la del ser humano como un todo único e individual, que se inserta en una sociedad que también es un todo, una unidad organizada con reglas y costumbres que la hacen única y distinta a otras.

Expresa Pliner (1989) que la doctrina y la jurisprudencia convienen en que las características particulares del nombre son cuatro: obligatoriedad, indisponibilidad, imprescriptibilidad e inmutabilidad. Estas notas tipificantes que tiene este atributo de la personalidad permiten dimensionar el valor que el mismo tiene en el contexto social, ya que es el primer elemento con el que nos relacionamos.

Al hacer referencia a la obligatoriedad se indica que las personas no pueden escapar a este imperativo legal, a menos que ellas mismas se eliminen de la sociedad. En lo que hace a la indisponibilidad, esta característica importa que el nombre al vincularse directamente con la personalidad misma de un individuo no puede ser cedido, ni transferido. Sobre la imprescriptibilidad, significa que el nombre no se adquiere ni se pierde por el paso del tiempo y, por último, la inmutabilidad de nombre hace referencia al orden público y la necesidad de resguardar el mismo en razón de que la inmutabilidad es un presupuesto de seguridad de los derechos (Pliner, 1989).

En la normativa vigente existen excepciones a las características de inmutabilidad e indisponibilidad que posee el instituto del nombre, en vista a atender justos motivos de las personas humanas que solicitan su modificación. En algunos casos estas excepciones tiene en vista el orden público y los intereses de terceros, y en otros casos prima el interés particular por sobre estos.

A su vez, estas características que hacen del nombre un elemento confiable, cede por completo en el caso de las personas que no se identifican con su sexo biológico ya que pueden disponer sin ninguna restricción y con la sola expresión de su voluntad el cambio de nombre y sexo, expidiéndose inclusive una nueva partida de nacimiento en la que no consta expresamente el cambio, incluyendo inclusive una nota de confidencialidad para los antecedentes del caso.

Atento lo expuesto y considerando la importancia que tiene el indagar respecto del cambio de nombre en su relación al cambio de sexo y las respectivas normativas que lo regulan, se ha propuesto desarrollar la obra conforme un marco sistematizado que permita al lector ir comprendiendo las cuestiones que se suscitan en el seno de la problemática desde lo general hasta lo particular. Habida cuenta lo antedicho, en el desarrollo de los capítulos se abordará el tema del nombre en general y el nombre de las personas que no se identifican con su género en particular mientras se indaga en aspectos históricos que van desde lo anecdótico a lo sistemático de la evolución

legislativa, explorando también en este camino las distintas soluciones que, desde lo jurisprudencial, se encontraron a la modificación del nombre.

Todos estos aspectos serán analizados desde la perspectiva del orden público como principio rector de la vida en sociedad.

Detallando lo expuesto, se desarrollará en el primer capítulo el instituto del nombre, su evolución histórica como elemento individualizador de las personas en una sociedad determinada, sus características y su naturaleza jurídica. En el segundo capítulo se tratará el tema de la identidad de género; concepto, la disforia de sexo y cambio de paradigmas sociales. Luego, en el tercer capítulo se escudriñará el marco legal que regula el nombre de las personas que habitan la República Argentina, sus antecedentes legislativos y disposiciones actuales. En el cuarto capítulo se realizará el análisis jurisprudencial sobre el cambio de nombre y sexo en la justicia argentina, previo a la legislación positiva y en el quinto capítulo se expondrá la noción de orden público, distintas teorías que lo definen y los supuestos que, en el caso que ocupa, lo afectaría. Finalmente se plasmarán las conclusiones a las que se hayan arribado conforme la temática que inspiró el trabajo de investigación planteado.

A tales fines y para poder llevar a cabo una investigación esclarecedora y organizada, se hará uso del método exploratorio el que permite identificar variables que posibilitan empezar a entender la situación de estudio, describiendo, interpretando y comprendiendo las mismas. También se utilizará el método cualitativo, ya que como lo expresan Hernández, Fernández y Baptista (2006) el investigador comienza examinando el mundo social y en este contexto desarrolla una teoría coherente, que es lo que se busca para el derrotero de la obra.

Asimismo, se buscará interpretar una realidad, familiarizándome con las variables que conforman el tema en estudio, a fin de que el conjunto de datos obtenidos, y una visión holística, permitan la construcción de una teoría válida, aplicando la lógica inductiva, de lo particular a lo general. (Hernández, Fernández y Baptista, 2006).

CAPITULO I

El nombre de las personas humanas

El vocablo nombre, es un sustantivo que traen a la mente a alguien o a algo, ya que es necesario poder identificar mediante un grupo de sonidos las personas o las cosas a las que se hace referencia. Es la forma en la que el ser humano aprendió a comunicarse certeramente, señalando a unas cosas y no a otras, entablando relaciones interpersonales más o menos permanentes pero distinguiendo en lo posible a su interlocutor.

El estudiar idiomas da la pauta de lo importante que son los sonidos que identifican a las cosas y lo difícil que es no poder, aunque se esfuerce el que escucha, distinguir una cosa de otra por no identificar los sonidos con algo conocido. Los nombres comunes de las cosas nos dan esta idea claramente. El inglés es un idioma mundialmente estudiado al igual que el castellano, aun así el vocabulario es tan amplio que no siempre se puede identificar una palabra con su correlato; pero si se intentara entender a una persona de habla china, no se podría entablar una conversación ya que los sonidos no tendrían un significado específico.

Ahora bien, lo mismo sucede en el plano de las relaciones intersubjetivas. El nombre propio es lo que identifica y se adhiere a la persona a quien le pertenece. Y cuando la imagen se une con el nombre más fuerte es esa adhesión. Nombrar a Mahatma Gandhi, remite sin dudas a su imagen y a su historia, nombrar a un filósofo, un jurista, un actor, un amigo, un hermano, remite también a un ser humano determinado. Pero hay ocasiones en las que el nombre no remite a nadie, lo que puede generar una búsqueda o simplemente desechar la idea por falta de interés. Es aquí donde cobra importancia la inmutabilidad que impone la ley al nombre de las personas, ya que si el nombre no se adhiere a la persona humana a la que le pertenece, por haber mutado, no es posible captar la atención de los terceros interesados.

Somos seres holísticos, y desde este todo que somos, se interactúa constantemente con los demás. El nombre es la síntesis que abarca el conjunto de elementos que conforman a un ser humano determinado, sus características físicas, sus habilidades, su temperamento, sus derechos y obligaciones, y la infinidad de referencias que lo incluyen.

Se dice que no hay sonido más agradable de escuchar que el propio nombre porque evoca la individualidad del ser, fortaleciendo la propia conciencia y diferenciándolo de todo lo que lo rodea.

En este capítulo, atento lo expuesto hasta el momento, se analizará el instituto del nombre de la persona humana, su naturaleza jurídica y su evolución histórica.

1.- Concepto

El nombre ha sido definido “Palabra que designa cualquier realidad, concreta o abstracta, y que sirve para referirse a ella, reconocerla y distinguirla de otra”¹. Estas tres finalidades, referirse a ella, reconocerla y distinguirla, son justamente las necesarias para entender y ser entendidos con claridad; es decir, las finalidades del nombre mencionadas hacen referencia explícita al normal desarrollo de las relaciones intersubjetivas.

En el mundo de las comunicaciones, es propio del humano poner nombre a todas las cosas verdaderas o imaginarias, sentimientos y acciones, y todos estos nombres tienen una importancia jurídica cuando relacionan al sujeto con la cosa.

Por otra parte, el nombre propio es un conjunto de sonidos que, con tintes propios, identifican a una persona al evocarla, y es la base sobre la que las relaciones humanas basan los derechos y obligaciones de esa persona, como así también de las simples relaciones sin trascendencia jurídica.

En síntesis, el nombre de una persona debe ser entendido como un atributo inherente a su personalidad y como un derecho que le asiste; por tanto se encuentra indisociablemente unido a la identidad de quien lo porta (Muñiz, 2015). Esta identidad no puede ser reducida a sus aspectos biológicos o genéticos, sino que implica conceptualmente todos aquellos rasgos del individuo que lo caracterizan frente a los demás.

En el estado actual del ordenamiento jurídico argentino, es dable destacar, que el nombre es el principal medio de individualización de la persona y que está compuesto de signos y emblemas verbales que pueden coexistir con otros elementos de

¹ Fuente: Word Reference. “Nombre” Recuperado el 14/07/2015 de <http://www.wordreference.com/definicion/nombr%C3%A9>

individualización de la misma. Es también uno de los posibles medios técnicos de identificación que no excluye a otros que pueden gozar de una eficacia identificatoria aún mayor (la identificación dactiloscópica) (Tobías, 2015)

El nombre de la persona es una institución de la cual resulta la función de identificación y un derecho-deber cuya consecuencia se funda en la noción de ser un atributo de la personalidad que la define como tal y por ende no puede ser cercenado². Entonces cabe afirmar que el nombre, como institución compleja e íntimamente relacionada con el derecho a la identidad de la persona, debe ser valorado y respetado desde una perspectiva integral que contemple los intereses individuales y sociales teniendo en cuenta su constante evolución.

2.- Naturaleza Jurídica

El nombre de las personas humanas, es un derecho subjetivo extrapatrimonial de rango constitucional, ya que se encuentra establecido en distintos instrumentos internacionales contemplados en el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Se encuentra contemplado en el art. 18 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, este artículo establece que: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

También se habla del nombre en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24, inc. 2)³. Lo contempla por otro lado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 18, inc. 2)⁴. La Convención de los

² CNCiv., sala F, LL 1987-E-184.

³ Artículo 24. - 1. Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

⁴ Artículo 18 Libertad de desplazamiento y nacionalidad 1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que las personas con discapacidad: -15- a) Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad; b) No sean privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad u otra documentación de identificación, o para utilizar procedimientos pertinentes, como el procedimiento de inmigración, que puedan ser necesarios para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento; c) Tengan libertad para salir de cualquier país, incluido el propio; d) No se vean

Derechos del Niño, en su art. 8º, garantiza a todo niño el derecho “a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Es un instituto complejo, tal como oportunamente se adelantara, ya que es al mismo tiempo un derecho y una obligación, tal como lo establece el art. 62⁵ del Código Civil y Comercial de la Nación, y protege intereses tanto individuales como sociales.

El nombre es por un lado un atributo de la personalidad que ayuda a definir a la persona humana, y por otro, un instituto de policía civil por tener el Estado la potestad de identificar a los integrantes de la sociedad.

Estos dos aspectos le dan al nombre las características propias de ser algo que hace a la integridad del ser humano en su interior y le permite trascender en su exterior al relacionarse con otros.

La Dra. Luz María Pagano (2015), en su comentario al art. 62 del CCCN, expresa que la doctrina le otorga al instituto del nombre seis características fundamentales: a) obligatoriedad (art.62) ya que toda persona tiene el derecho y el deber de tener un nombre; b) inmutabilidad, ya que ninguna persona se encuentra normativamente facultada para modificar su nombre, salvo los supuestos taxativamente regulados; c) unidad, porque ningún individuo puede contar con más de un nombre; d) indisponibilidad, ya que el nombre es uno de los elementos de la personalidad y por ende se encuentra fuera del comercio lo que, en fin, hace que nadie pueda enajenarlo, cederlo ni donarlo; e) irrenunciabilidad, porque el nombre no puede ser renunciado; y f) imprescriptibilidad, ya que el nombre no puede adquirirse ni perderse por el instituto de la prescripción (en determinadas circunstancias, habiéndolo utilizado durante un largo tiempo, el sujeto puede lograr, a través de una acción judicial, que se le reconozca en forma legal ese nombre)

Cuando se estudia o analiza al ser humano, al que el Código Civil y Comercial de la Nación denomina persona humana desde el punto de vista jurídico, se lo hace como el núcleo en el que convergen derechos y obligaciones.

privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país. 2. Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.

⁵ARTÍCULO 62.- Derecho y deber. La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.

Esta persona humana, jurídicamente concebida (art.19), posee atributos que son inherentes a su calidad como tal, estos son el nombre, el domicilio, la capacidad y el estado civil. Estos atributos de la personalidad nacen con la persona y le permiten su existencia cívica.

Así pues, la persona es fundamental en materia jurídica. Es el presupuesto básico de la existencia de la relación jurídica, es el sustrato y fundamento necesarios para la existencia del derecho, y del Estado mismo.

3.- Evolución histórica.

El nombre de las personas es una creación del hombre, que fue tomando entidad a lo largo de los siglos al punto de quedar adherida al ser humano como un atributo de la personalidad, digno de tutela jurídica, ya que otorga al portador individualidad en la sociedad.

Como primer vestigio del nombre en la civilización, y luego de investigaciones antropológicas, se sabe que primero apareció el nombre propio, formado por un solo elemento. Posteriormente surge el apellido, que no era concebido con el sentido que hoy tiene en la sociedad, sino que venía derivado del tótem, que es un ser mítico que identificaba a una familia. “El tótem es el signo y el símbolo de un clan, no su nombre” (Pliner, 1989, p.2).

El pueblo hebreo extrae, en muchos casos, de las Sagradas Escrituras el nombre de las personas, los cuales tienen un significado, como, por ejemplo, Samuel “el escuchado por Dios”. Las familias llevaban el nombre de su jefe, en un indiscutible mandato patriarcal por ejemplo “casa de Isaac” quedando todos sus integrantes y bienes bajo su potestad. Por otra parte, respetuosos de sus tradiciones y de su religión, “El hijo no tiene otro nombre que el recibido en el día octavo de su nacimiento...y por ese único nombre será llamado toda su vida, pues sólo Dios puede cambiarlo.” Pliner (1989, p.4). Apareciendo aquí la indudable nota de inmutabilidad que caracteriza al instituto del nombre.

El sistema onomástico romano tenía método preciso y maduro ya en el siglo III a.C. las personas se identificaban con el *nomen*, el *premenone*, y el *cognomen*, con los que ubicaban al individuo en una familia y en un grupo de familias o gens. El *nomen*

era el apellido familiar, el *prenomen* el nombre propio y el *cognomen* el vocablo con el que se designa al gens o grupo de familias. Por ejemplo, “Appio Claudio Pulcher, Cayo Claudio Nerón, Mario Claudio Marcelo, son los tres, miembros de la gens Claudio, pero de distintas familias dentro de ella.” Pliner (1989, p.9)

Con la caída del Imperio Romano empieza en Europa un largo proceso de identificación de las personas que arriba al sistema actualmente consensuado, en términos generales, en el mundo.

La norma más antigua que regula el nombre, data del Siglo XVI en Francia, y es el Edicto de Amboise, dispuesto por Enrique II en 1555, quien al advertir que sus súbditos cambiaban frecuentemente sus nombres y apellidos, conforme a sus gustos e intereses, prohibió toda modificación “de nombres o armas”, salvo expreso permiso real. Pliner (1989)

Pero siglo y medio después, y luego que la Revolución Francesa, aboliera los títulos de nobleza, en oportunidad de la sesión de la Convención (Poder Legislativo que instituyera la Primera República Francesa, y que funcionara desde el 20 de septiembre de 1792 al 26 de octubre de 1795) sanciona, el 14 de noviembre de 1793 una disposición que permite a todo ciudadano “tomar el nombre que mejor le plazca conformándose a las formalidades prescriptas por la ley”; siendo la formalidad exigida, únicamente la inscripción en el registro (Merlin, citado por Pliner, 1989, p.245). “Esto importaba demoler lo tan laboriosamente construido, pues la fijeza de los nombres quedaba esfumada ante la libertad de cambiarlos mediante el simple expediente de presentarse ante la municipalidad y declarar su voluntad en ese sentido”. Esto produjo un gran desorden que obligó a la Convención pocos meses después, el 25 de agosto de 1793, a restablecer el principio de inmutabilidad del nombre, decidiendo incluso que quienes hubieran mutado su nombre debían volver al del acta de nacimiento, y disponiendo en la misma norma una serie de limitaciones e imponiendo sanciones ante su incumplimiento, poniendo así “freno a la euforia revolucionaria que había confundido libertad con anarquía” (Pliner, 1989, p.28/29).

Por otra parte, el Código alemán de 1900 es el primer ordenamiento de este tipo que incorpora el derecho al nombre como tal y legisla acciones que lo protegen. Posteriormente sigue sus lineamientos el Código Civil Suizo que entró en vigencia en 1912.

Hasta la primera mitad del siglo XX pocos eran los países que legislaban positivamente sobre este atributo de las personas.

En Argentina no hubo disposiciones sistematizadas, hasta que en el año 1963 se dicta la Ley 8204, que vino a echar luz al desorden imperante, llegando finalmente a la sanción de la ley 18.248 del año 1969, la que pasó a identificarse como la Ley del nombre, que puso fin al sistema confuso y arbitrario que imperaba en las provincias. Esta Ley que finalmente fue derogada por la ley 26994 del año 2015, tuvo modificaciones importantes como por ejemplo lo reglado para el apellido, que cambió en el año 2010 con la Ley de Matrimonio Igualitario; por otra parte en el año 2012 se modificó nuevamente, con el dictado de la Ley 26657 de Identidad de Género, que instaló en la escena social la legitimación del cambio de nombre y sexo de las personas que no se identificaban con su sexo biológico de nacimiento.

La ley de identidad de género busca instalar una acción positiva que ponga en igualdad de posibilidades al grupo vulnerable que se encuentran en esa circunstancias y que es foco de discriminación, autorizando un trámite administrativo que deja el instituto del nombre y su rigurosa normativa, a merced de la voluntad de los particulares.

Es indispensable que la legislación se adapte a los cambios sociales, buscando el desarrollo íntegro de las personas sin perder de vista a la sociedad que lo contiene.

A partir del 1ro de agosto del año 2015 la legislación respecto al nombre se encuentra integrada al Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 62 y ss., siendo esto de gran importancia para el resguardo de un bien tan importante como el que se protege.

Como vimos en este capítulo a lo largo de la historia el nombre de las personas fue adaptándose a las necesidades sociales, y los cambios de paradigmas, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de género.

En 2006, en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, fueron elaborados los principios de Yogyakarta por expertos de derechos humanos dentro del derecho internacional y presentados en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. Contiene 29 principios, que buscan establecer estándares básicos para proteger los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. No es un instrumento vinculante ya que no fueron adoptados por un

Tratado, y muchos países mantienen reservas respecto a su implementación. Se redactaron a fin de evitar abusos y permitir la elección de la orientación sexual y la identidad de género. Estos Principios fueron una de las bases en las que se sustentan la ley de Identidad de Género, acogida en el Código Civil y Comercial de la Nación al momento de incorporar el instituto del nombre.

A partir de ese momento el nombre, como atributo de la personalidad, muta en su génesis y deja de servir al principio seguridad jurídica, ya que pierde la inmutabilidad al sólo requerimiento de los particulares, siendo esta fundamental para las relaciones certeras.

Superar las barreras que se crean para la aceptación e inclusión de las personas humanas con características distintas, de los grupos minoritarios, de los que se encuentran en situación de vulnerabilidad, es una de las tareas a la que se encuentran abocados la mayoría de los Estados.

Sin embargo es importante tener presente lo que nos enseña la historia, ya que cómo el relato, anteriormente expuesto, de lo sucedido en Francia a fines del Siglo XVIII, la normativa debió ser corregida a fin de proteger la inmutabilidad del nombre como principio básico del orden público.

CAPÍTULO II

Identidad de Género

La identidad de género es un tema estudiado primeramente por las ciencias médicas y luego recién por las ciencias sociales. Les compete a todos los integrantes de la sociedad esforzarse por aprender sobre situaciones poco frecuentes pero que hacen a la naturaleza innata de algunas personas.

La Organización Mundial de la Salud al tratar del tema del género expresa: “El género se refiere a las características de las mujeres y los hombres definidas por la sociedad, como las normas, los roles y las relaciones que existen entre ellos. Lo que se espera de uno y otro género varía de una cultura a otra y puede cambiar con el tiempo.” (2015, s.d) O sea es una construcción social.

Pero lo que trata de tutelar la Ley 26743 de Identidad de Género, es la situación que viven algunas personas que se encuentran alcanzadas por la disociación entre la percepción de su género en su psiquis, con la realidad externa que es su cuerpo físico.

Hasta el año 2012 no existía en la Argentina legislación sobre el tema, debiendo los jueces ante su obligación jurisdiccional de fallar aún ante el silencio de la ley, aplicando los principios generales del derecho.

Superar paradigmas aiosamente ha permitido la evolución de la humanidad, basta mirar la evolución tecnológica, médica, de las ciencias agrarias, y toda actividad que involucra al ser humano. “La unión en la diversidad” es el lema adoptado por la Unión Europea, y puede ser el lema del siglo XXI que busca la inclusión de las diferencias como un paradigma que guía las políticas de los Estados.

Ya en el año 1983, el Dr. Bidart Campos refiere al derecho constitucional de la identidad sexual basado en su experiencia en la Dirección General del Registro Civil de la Capital Federal, ocasión en la que pudieron advertir la situación de recién nacidos cuyos certificados médico de nacimiento consignaban el sexo como indefinido. Es así, que señala que la identidad sexual es un derecho de la personalidad humana, “... a ser varón o mujer, a tener un sexo, a vivir conforme a él, ..”. Aquí el maestro hacía referencia a la situación de niños que nacían con alguna anomalía física que dejaba indeterminado el sexo, siendo necesario encontrar para estas personas, desde las ciencias

médicas y las del derecho, una solución lícita y ética a fin de que el sexo quede definido y pueda así desarrollar una vida normal, casarse, ordenarse sacerdote, etc. (Bidart Campos, 1983, p.1024).

La identidad sexual es un derecho humano fundamental. En nota al fallo de la Cámara Primera Civil y Comercial de San Nicolás del 11 de agosto de 1994, el Dr. Bidart Campos (1994) pondera lo resuelto por ese Alto Cuerpo al hacer lugar a la rectificación registral y la autorización de intervención quirúrgica para corregir el dismorfismo genital congénito del actor. Expresa la necesidad absoluta de consolidar la identidad sexual como un derecho humano fundamental. Este artículo es citado en los Considerandos del Decreto 1007/2012, Identidad de Género, que reglamenta la Ley 26.743, se cita al Dr. Bidart Campos al expresar la necesidad de que “la registración del estado civil y de la identidad coincidan con la mismidad del sujeto...”

Ahora bien es importante evitar confusiones sobre el fondo de la cuestión, ya que al citar al Dr. Bidart Campos, en los Considerandos de la Ley de Género, si bien expresa lo que el maestro dijo, lo descontextualiza; ya que específicamente se refería a niños que nacían con indefinición de sexo y no tenían registración. Haciendo esta salvedad y ya que la identidad con el género distinto al biológico es una particularidad que viene asociada al concepto médico de disforia de género, también debe ser atendida, desde las ciencias médicas y desde el derecho.

Al dictarse la Ley 26.743 de Identidad de Género, se hace referencia a la vivencia interna del ser, no a su condición biológica, aunque en caso de dismorfismo genital puede aplicarse perfectamente.

Es importante evitar confusiones sobre el fondo del problema, ya que la identidad con el género distinto al biológico es una particularidad que viene asociada al concepto médico de disforia de género.

1.- Concepto jurídico

El art.2 de la Ley 26.743 promulgada el 23 de mayo de 2012, define la identidad de género, y dice: “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del

cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”

Esta ley específicamente está dirigida al grupo minoritario de personas que sienten y expresan que no se identifica con su sexo biológico.

Se dice al tratar el tema, que a las personas se les asigna convencionalmente el sexo dados sus órganos sexuales externos, o sea una clasificación biológica, y que género sería el conjunto de códigos sociales y culturales que pueden o no estar de acuerdo con esa clasificación biológica.

El Dr. Emiliano Litardo, fue un precursor de la Ley de Identidad de Género, y en una nota periodística expresa haberse basado en los Principios de Yogyakarta a los fines de darle sustento a la norma. Opina que se trata de una ley inédita en Latinoamérica y en Europa. Relata en su nota que, “Se planteaban burocracias como por ejemplo abrir una oficina de género, requerían estabilidad y permanencia en el género, es decir que la persona debía acreditar 3,4 o 20 años siendo femenina o masculina, podían solicitar un comité de bio-ética y hasta hablaban de declaraciones juradas. Había que crear una Ley propia, acorde y real con las necesidades del colectivo”⁶. Siendo este finalmente el espíritu de la Ley, el buscar la menor exposición del que padece falta de identidad con su sexo biológico, incluyendo sin dudas a los que nacieron con anomalías, aunque la letra de la ley no los menciona particularmente.

El Dr. Zannoni en su artículo “Género, Derecho y Justicia” se refiere a la problemática de la identidad de género y la forma en la que se resolvió en Argentina, de la siguiente manera:

Más allá de las palabras, ser hombre y ser mujer son los términos de una dialéctica de la alteridad: el hombre se reconoce tal a través de la mujer, y la mujer se reconoce mujer a través del hombre. Los dramáticos casos de transexuales que han llegado a los consultorios médicos y más tarde a estrados judiciales, muestran un conflicto existencial que no depende de la autonomía privada: encierra – me atrevería a decir siempre – una patología en la identidad – llamada disforia de género – que requiere, ante todo, un abordaje terapéutico. Desentenderse del problema y creer que la discriminación fundada en la sexualidad de travestis y transexuales se superará yendo alegremente al registro de

⁶ Gutiérrez, L. (09/06/2012) “Conociendo al Dr Emiliano Litardo” SentidoG. Recuperado el 22/08/2015 de <http://www.sentidog.com/lat/2012/06/emiliano-litardo-derecho-y-humano.html>

las personas y solicitar que donde dice Pedro diga María y donde dice masculino diga femenino, constituye un simplismo inaceptable (2013, s.d)

Sobre el tema del género, se está trabajando en distintas latitudes del planeta, con el fin de poder definir qué debe entenderse por identidad de género, y es oportuno traer a colación una causa resuelta por la Corte Suprema de la India en el año 2014 donde se reconoció a los transexuales o transgéneros como un tercer género, distinto al hombre y a la mujer, o más claro aún, diferente al género masculino y femenino (Medina, Yuba, 2014). Este fallo, puede adelantarse, deja como conclusión que la identidad de género es un derecho fundamental de los individuos y como tal merece del reconocimiento y de la protección como tal, a los fines de no vulnerar la dignidad de la persona humana ni su desarrollo pleno e integral.

El 15 de abril de 2014 la Corte Suprema de India, reconoció a las personas transexuales o transgénero como un tercer género, como se advirtiera *supra*, diferente del masculino o femenino.

El caso se originó cuando un grupo de activistas⁷ reclamó la declaración legal del tercer género, manifestando que el no reconocimiento de su identidad de género vulneraba los arts. 14 y 21 de la Constitución de la India. Concretamente solicitaban la aceptación del estatus legal del tercer género, con todas las prerrogativas y protección jurídica que poseen las personas de género femenino y masculino.

El estudio de la precedente causa reviste gran interés en Argentina ya que si bien nuestra legislación permite el cambio de nombre y la adecuación del género, la inscripción de una persona no va más allá que como género femenino o masculino, sin admitir que hay quienes que no son ni lo uno ni lo otro (Medina, Yuba, 2014).

En el fallo los fundamentos más convincentes a favor de la aceptación de un tercer género son los dados por los jueces K.S. Radhakrishan, J. y A.K. Sikri, quienes edificaron los argumentos de sus votos considerando tanto la normativa constitucional, y supranacional como también los precedentes jurisprudenciales internacionales en materia de derechos humanos y los antecedentes históricos de la India poniendo el

⁷ Uno de ellos fue Laxmi Narayan Tripathi, conocido transexual en el ámbito del espectáculo pero también influyó la Autoridad Nacional de Servicios Jurídicos.

acento en antiguos grupos que habitan ese país y la legislación de otros países sobre identidad de género y orientación sexual.

El fallo realiza un análisis minucioso sobre el alcance de la identidad de género y cómo afecta su reconocimiento –o su falta de él- al desarrollo del individuo integralmente, señalando al respecto que se encuentra estrechamente relacionada esta cuestión a la dignidad de las personas y de eliminar las barreras discriminatorias que provocan graves violaciones de los derechos humanos de estas personas que no tienen un género definido.

Entre los aspectos más sobresalientes del fallo se encuentran los siguientes:

- Se advirtió sobre los problemas, discriminaciones, violaciones de derechos humanos que deben enfrentar las personas transgéneros o transexuales en la vía pública, ante la sociedad, en lugares de trabajo, en el acceso a la educación, o el cuidado de su salud. También con respecto a la falta de baños públicos y a las consecuencias de la humillación, abusos sexuales y prostitución.

- Se señaló que los transgéneros no quieren ser reconocidos ni como hombre ni como mujer sino que pretenden que se los reconozca de acuerdo a su propia realidad que difiere del género masculino y femenino.

- Se destacó el importante papel de las Naciones Unidas en la defensa y protección de los derechos de grupos minoritarios, y se citó a la Declaración Universal de Derechos del Hombre; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; a la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y los Principios⁸ de Yogyakarta , resaltando el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la vida, a la protección contra injerencias arbitrarias o ilegales contra la vida privada.

⁸ "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", los cuales surgieron de la reunión de especialistas de las Naciones Unidas realizada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006. En la reunión de Yogyakarta se trató específicamente el problema de la discriminación de las personas, derivada de su orientación sexual e identidad de género, sujetas a todo tipo de violaciones a sus derechos como persona. La reunión de expertos referida tuvo lugar en la Universidad de Gadjah mada del 6 al 9 de noviembre del año 2006, y en el mismo se aclararon la naturaleza, el alcance y la implementación de las obligaciones y derechos humanos contraídas por los Estados en relación a la orientación sexual y la identidad de género, en virtud de los Tratados y Leyes de Derecho Humanos existentes. Para mayor información, disponible en www.yogyakartaprinciples.org/backgrounder_sp.def.

- Respecto de la jurisprudencia del sistema jurídico internacional, se citaron diversos antecedentes que resolvieron sobre la identidad de género de las personas transgénero incluso después de someterse a cirugía de reasignación de sexo⁹.

- En lo que hace a la legislación en otros Estados sobre las personas transexuales o transgénero, se pusieron de relieve aquellos países que dictaron leyes sobre el reconocimiento de derechos de transexuales, tales como Reino Unido, Holanda, Alemania, Australia, Canadá y Argentina.

- Se expuso categóricamente que en India la ley se limita a reconocer al género hombre y al género mujer, sobre la base del sexo al momento del nacimiento; por tanto los derechos de los transgéneros no son reconocidos en la legislación hindú y ellos enfrentan actos de discriminación cotidiana en su realidad.

Habiendo hecho los reconocimientos anteriores, la sentencia dejó en claro que:

- El derecho a la igualdad es una característica de la Constitución india, estableciéndose en el art.14 de la misma que el Estado no podrá negar a ninguna persona la igualdad ante la ley e igual protección de las leyes en el territorio indio. Incluye la igualdad, el disfrute pleno y equitativo de todos los derechos.

- La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, afecta a la igualdad garantizada en el art.14 de la Constitución hindú.

⁹ Corbett v. Corbett (1970): este caso en Inglaterra, el tribunal entendió en un caso de identidad de género, (un hombre convertido a transexual) en el contexto de la validez de matrimonio. Se debía decidir si el matrimonio entre un transexual -varón y un varón es nulo o no. Según el juez Ormond la ley debería adoptar las pruebas cromosómicas, gonadales y genitales y si los tres son congruentes, debería determinarse el sexo de la persona. El juez L. sostuvo que cualquier intervención quirúrgica debe ser ignorada y que la constitución sexual biológica de un individuo se fija en el nacimiento y no puede ser modificado por una cirugía. En el caso Corbett, se sientan las bases para determinar el sexo de una persona según criterios biológicos a efectos del matrimonio. Otros casos jurisprudenciales: caso Kevin (Validity of marriage of transexual. Australia). En el caso Kevin, se sostuvo que no hay una fórmula de solución para determinar el sexo de una persona según la ley de matrimonio. Se deben considerar las experiencias de vida de la persona y la autopercepción. (Sobre el caso Kevin, se sugiere la lectura del artículo de Medina, Graciela y Winograd, Carolina. La Declaración de Validez de un Matrimonio Celebrado por una Persona Transexual: El Caso Australiano Kevin. Publicado en www.argentinajuridica.com). Otros casos: en N. Zelanda, "Atoren General v. Otahuhu Family Court (1995) (párr. 26 de la sentencia que se comenta); "A.B. v. Western Australia (2011), párr.28 de esta sentencia; caso Bellinger v. Bellinger (párr. 29); otro caso, de la Suprema Corte de Kuala Lumpur in Re JG, JG v.Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara (2006), párr.30. Caso: Christine Goodwin v. United Kingdom (Application No.28957/95 - Judgment dated 11th July,2002). En el mismo la Corte Europea de D. H. consideró la violación de arts. 8, 12, 13 y 14 de la Convención E. de D.H.

- Los arts. 15 y 16 de la Constitución india, proscriben la discriminación contra de cualquier persona, incluso si la discriminación se funda en el sexo o en el género.
- Se destacó también el art. 19 de la Constitución de India el que dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión, la cual incluye el derecho a la expresión de su género.
- Tratar a las personas transgéneros como hombre o mujer, es negarles el pleno goce de sus derechos constitucionales, siendo elemental esto para el desarrollo integral de su personalidad como también para la protección y reconocimiento de su libre autodeterminación.

Finalmente, el decisorio de la Corte Suprema de la India expuso que los transgéneros son el tercer género que se suma al género femenino y al masculino, por ende un Estado de Derecho como el que rige allí y siempre acorde con el espíritu de la Constitución de ese país debe garantizar el reconocimiento, la valoración y el respeto por el derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad, la igualdad y la no discriminación.

Como es dable advertir, el concepto jurídico de identidad de género ha quedado sumamente clarificado en el fallo analizado que si bien no es propio de la jurisprudencia local, bien puede ser receptado por ella conforme las similitudes de las disposiciones constitucionales entre la India y Argentina. En síntesis, la identidad de género observada desde una perspectiva jurídica no es más que un tercer género autodefinido y que se aleja del binomio tradicional hombre-mujer para avanzar en el reconocimiento de los derechos de individuos que, dada su genética, no pueden reconocerse dentro de uno u otro género.

Por último cabe destacar el concepto de identidad de género que brindó la Unidad Especializada creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ el que aduce que la misma es

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (2012, s.d)

¹⁰ Para mayor información sobre el documento, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>.

2.- Disforia de género

Sin pretender dar una explicación pormenorizada del tema, ya que pertenece a las ciencias de la salud, específicamente a la psiquiatría, es posible poner de manifiesto que la disforia de género “Es una afección en la cual se presenta un conflicto entre el sexo físico de una persona y el sexo con el que ésta se identifica”¹¹. Es decir, se trata de la incomodidad de una persona con el sexo con el que ha nacido por lo que se identifica claramente con el otro sexo.

En explicación, el Dr. Adrián Sapetti, médico especialista en psiquiatra y sexólogo clínico sostiene que

La transexualidad es una disforia de género, es decir, un desacuerdo profundo entre el sexo biológico y el sexo psicológico... Siempre se ha confundido la transexualidad con la homosexualidad... Los transexuales tienen la convicción de pertenecer al sexo opuesto al que nacieron,... (s.f, s.d)

Mientras la homosexualidad fue eliminada del manual médico estadounidense DSM en 1973, y de igual manera, en 1990, la Organización Mundial de la Salud la eliminó como trastorno mental; la disforia de género permanece en el nomenclador médico DSM-V, y la Organización Mundial de la Salud mantiene el término de trastorno de identidad de género (Rodríguez, Guerra Mora, Díaz Méndez, 2013).

En este punto se advierte que el homosexual tiene una preferencia por su propio sexo, no una falta de identificación con él, por lo que este grupo de personas no buscarán el cambio de nombre y sexo que prevé la ley. Por otra parte, el travestismo es la expresión de la disconformidad con el sexo y el rol que ese sexo tiene asignado en la sociedad, mientras que en la transexualidad la discordancia interna es real y comprobable con una evaluación médica (Rodríguez, Guerra Mora, Díaz Méndez, 2013).

Por estas diferencias de conceptos, la ley 26743, estaría destinada sólo a las personas con disforia de sexo, que necesitan identificarse con su sentir y ajustar así su registración e identificación pública.

¹¹ Fuente: Medicine Plus “Disforia de género” Recuperado el 26/08/2015 de <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001527.htm>

3.- Cambio de paradigmas

Hasta no hace mucho tiempo era tabú cualquier tipo de expresión distinta a la convencionalmente aceptada como normal respecto al sexo. La homosexualidad era motivo de discriminación, razón por la cual se ocultaba, lo cual era relativamente sencillo porque se trataba simplemente de ocultar sus preferencias sexuales, sometiéndose incluso a relaciones familiares que cubrían las apariencias sociales.

Recién en el año 2006 la “Asociación de lucha por la Identidad Travesti-Transexual” obtiene personería jurídica por fallo de Suprema Corte de Justicia de la Nación, que expresó

Que esta Corte ya ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los tribunales cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, cual es la coexistencia social pacífica. La preservación de esta, asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aún minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica.¹²

Actualmente la igualdad está instaurada y las sociedades van acomodando sus estructuras a estos nuevos paradigmas, al igual que lo tuvieron que hacer al incorporar a las mujeres a la vida civil con el sufragio universal, por ejemplo.

El tema ha generado distintas voces, todas buscando una mirada objetiva, desde lo subjetivo, ya que es uno de los desafíos ideológicos tal como lo expresa Zannoni (2013) al ser una temática con valoración ideológica. Nos indica en claras palabras el autor citado que la Constitución, los Tratados y las leyes no modifican mágicamente la realidad. Que la discriminación no se termina porque se dicte una ley. Que “creer que la sexualidad fundada en la sexualidad de travestis y transexuales se superará yendo alegremente al registro de las personas y solicitar que donde dice Pedro diga María y donde dice masculino diga femenino, constituye un simplismo inaceptable.” “(...) La realidad ha de cambiar, inexorablemente, con o sin ley, con una educación dirigida gradualmente hacia la no discriminación,...” (Zannoni, 2013, s.d).

También Gabriel Fuster (2014) hizo referencia al cambio de paradigma del que se habló en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, en el que se habla de

¹² CSJN, 21/11/2006, “Asoc. Lucha por la Identidad Travestis-Transexuales c/ Inspección de Gral. De Justicia”

no discriminación como paradigma cuando la jurisprudencia¹³ y la doctrina (Belluscio, 2010; Kemelmajer, Herrera, 2010) habla de esto como principio.

Al respecto, se suma a la postura de Fuster, el reconocido constitucionalista Daniel Sabsay (2011) para quien también la no discriminación no es un cambio de paradigma sino un principio ya receptado en el art.16 de la Constitución histórica en el que se vedan las diferencias de trato motivadas en la sangre o en el nacimiento como también a declarar la inexistencia de fueros personales y títulos de nobleza, en consonancia con el art. 15, que prohíbe la esclavitud, y el art. 19, que consagra el principio de reserva de la ley para las acciones de todos los habitantes, sin diferenciación alguna.

Sabsay (2011) también repara en que luego de la reforma de 1994 este principio de no discriminación adquirió una renovada vigencia, a través del otorgamiento de jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por ejemplo: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al consagrar la igualdad ante la ley (art.2) lo que prohíbe hacer distinciones motivadas en la raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna; por su parte; la Convención Americana, (art. 1), obliga a los Estados Parte a no establecer discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En este caso el notable constitucionalista destaca que el cambio de paradigma no es la categórica referencia a la no discriminación sino la mayor o más enérgica protección de este derecho fundado en la inscripción del derecho internacional sobre derechos humanos en Argentina.

Ahora bien, siguiendo con el criterio que sostiene que se trata de un cambio de paradigma, éste debe ser interpretado como el concepto que sobre la persona humana rige en la actualidad, y la no discriminación es un principio que debe orientar las políticas públicas a fin de que se construya sólidamente el cimiento de una sociedad que acepta los cambios por haber elaborado en su interno los nuevos parámetros y no por una imposición que puede incluso generar mayor resistencia.

Para sustentar lo dicho nada mejor que recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano del sistema interamericano de derechos que ha expresado

¹³ Corte Europea de Derechos Humanos, resolución judicial de fecha 24/6/2010, en autos "Shalk and Kopf v. Austria"

su preocupación acerca de la situación de todos aquellos que no se identifican con su género de nacimiento, dígase gays, lesbianas, transexuales o intersexos, atento tomar conocimiento del agravamiento en la violación de sus derechos humanos, específicamente a la libre orientación sexual y a la discriminación por dicho motivo.

Mediante su Comunicado de Prensa N° 111/2011¹⁴, la CIDH difundió la decisión de crear una Unidad Especializada en los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo, con la finalidad de acrecentar la protección de los derechos de estas personas, por cuanto se pudo oportunamente corroborar la seria discriminación de hecho y de derecho que enfrentan estos grupos en los países de la región que abarca la jurisdicción de la Corte; también se fundamentó la creación de esta Unidad tras haber recibido muchas denuncias sobre asesinatos, violaciones y amenazas de la cual son víctimas, además de las barreras que se les imponen al momento del ejercicio de sus derechos a la salud, empleo, justicia y participación política en virtud de su elección de orientación sexual.

A esta Unidad Especial se le confirió el contralor y monitoreo constante de la situación de los derechos humanos de lesbianas, gays, personas trans, bisexuales e intersexo en la región. Dicho mandato está compuesto por las siguientes funciones:

a) Tratamiento de casos y peticiones individuales, incluyendo asesoría en relación con la petición de medidas cautelares y de elevación de medidas provisionales a la Corte que tengan estrecha vinculación con detrimentos a los derechos fundamentales con motivo en la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.

b) La asesoría a los Estados Miembros y a los órganos políticos de la OEA en esta materia a los fines que puedan actuar de manera pertinente ante el conocimiento de vulneración a los derechos humanos en materia de discriminación por identidad de género.

c) La elaboración de informes con recomendaciones dirigidas a los Estados Miembros de la OEA referidos a políticas públicas, legislación e interpretación judicial sobre los derechos humanos de esta franja poblacional.

¹⁴ Para mayor información, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados.asp>

No hay dudas que el cambio de paradigma en materia de reconocimiento y aceptación de estos grupos ha sido el resultado de una lucha que ha empezado por ellos mismos y que ha sido seguida por muchos ordenamientos jurídicos del mundo, tarea loable si las hay y que ha servido para que finalmente se equiparen sus derechos al del resto de los mortales.

CAPITULO III

Marco legal en Argentina

Como se podrá observar en el derrotero de este capítulo, el ordenamiento jurídico argentino ha dado un giro radical a la nota de inmutabilidad del nombre, nota que impedía que se modifique por la simple voluntad del portador.

Esta concepción añeja que pretendía poner un límite al interés particular en vista del bien común, al entender que no podía interpretarse a éste como un derecho subjetivo sino como un atributo de la personalidad que venía a servir no sólo al individuo sino también a la sociedad en la que se halla inserto, permitiendo de este modo la interacción de sus integrantes, creando relaciones jurídicas basadas en la seguridad que debe proveer el Estado como guardián y promotor del sistema social organizado.

En las últimas décadas se realizaron importantes cambios en la sociedad, promovidos por las Asociaciones de Travestis y Transexuales que buscan reconocimiento de sus derechos y trato igualitario, logrando de esta manera el matrimonio igualitario y el reconocimiento por ley de la identidad de género cuando difiere del sexo biológico.

Estos cambios tan profundos en la legislación, deben tener un tratamiento minucioso para que no sea meras imposiciones a la sociedad a la que van dirigidos, y sobre todo para preservar el bienestar general, ya que en el caso que nos ocupa, se ha dejado de lado la inmutabilidad del nombre como base jurídica para las transacciones jurídicas de las personas, dejando a la libre voluntad de los ciudadanos, como lo sucedido en Francia en el Siglo XVI, situación descrita en la evolución histórica del Capítulo I del presente trabajo.

1. Antecedentes legislativos y doctrinarios

El primer antecedente legislativo es el Decreto Ley 11.609 del año 1943, dictado por un gobierno de facto y convalidado por el Congreso. Esta norma fue incorporada más tarde en la Ley 18248 del año 1969, conocida como la Ley del Nombre.

Conforme explica el Dr. Pliner (1989), el Decreto Ley 11.609 buscaba reafirmar la unidad nacional, los sentimientos, la tradición y la cultura argentina, por tanto, entre otras limitaciones se prohibía la inscripción de nombres extranjeros, siendo este el *quid* de la cuestión. Entendía este reconocido jurista que el interés nacional podía imponer en aquellas épocas sus limitaciones sin que esto afectara a la persona y a sus derechos porque lo que si el Estado reputa la cuestión como de interés público, nadie puede sentirse vulnerado por una norma de carácter general, equitativamente aplicada, y en aras de mantener la tradición de la familia.

La ley del Nombre, que rigió durante casi 50 años y que fuera derogada a partir del 1ro de agosto de 2015 por el art. 3 inc a) de la Ley 26.994, complementaba o modificaba seis normas:

- a) Ley 340 CÓDIGO CIVIL. Su aprobación
- b) el Decreto Ley 11609 de 1943, REGISTRO DE NACIMIENTOS. Inscripción de los nacimientos en el Registro Civil;
- c) el Decreto 410/1946, REGISTRO DE NACIMIENTOS. Prohibición de inscribir en el Registro Civil nombres extranjeros;
- d) la Ley 14586/1958 DIRECCIÓN DEL REGISTRO CIVIL. Funcionamiento;
- e) Decreto Ley 8204/1963 REGISTRO DE ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. Organización
- f) Decreto 2015/1966 REGLAMENTO DE DOCUMENTOS DE IDENTIDAD Y DE VIAJES. Régimen Legal – Aprobación

, y fue modificada o complementada por nueve normas:

- a) Ley 23162/1984 REGISTRO DE ESTADO CIVIL. Incorporación de un art. a la ley n° 18.248
- b) Ley 23264/1985 CODIGO CIVIL Y CODIGO DE COMERCIO. Filiación - Modificaciones
- c) Ley 23515/1987 CODIGO CIVIL. Modificaciones
- d) Ley 26618/2010 MATRIMONIO CIVIL. Código Civil, Leyes 26.413 Y 18.248 – Modificación

- e) Ley 26743/2012 IDENTIDAD DE GENERO. Derecho De Las Personas - Establécese
- f) Decreto 1006/2012 MATRIMONIO CIVIL. Inscripción Nacimiento
- g) Ley 26994/2014 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Aprobación
- h) Ley 27077/2014 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Vigencia ley 26.994 – Modificación.
- i) Comunicación A 5709/2015 BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA (B.C.R.A.) ENTIDADES FINANCIERAS. Rectificación de Documentos De Identidad

La ley 18248 puso límites al instituto del nombre de las personas físicas, y uno de ellos fue la inmutabilidad prevista en el art. 15, que sólo admitía su cambio o modificación mediante resolución judicial y si existían justos motivos.

Como sustento y garantía de estas relaciones sociales, se encuentra el orden público en sus distintas acepciones doctrinarias.

A lo largo de los años la Ley del Nombre tuvo modificaciones como las introducidas por la ley 23.162 promulgada en octubre de 1984 que agregó el art. 3 bis a la ley 18248 a fin de permitir los nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas o latinoamericanas; la Ley 23.515, que modifica la norma sobre el apellido de la mujer casada; ley 26.618, que determinó el apellido que llevarán los hijos y los cónyuges en el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo.

En todas estas reformas no se había alterado lo dispuesto respecto al cambio de nombre, normativa que preservaba el instituto como base sólida de las relaciones interpersonales.

En el año 2012 se dicta la Ley 26743 de Identidad de Género que modifica la Ley del nombre introduciendo el trámite administrativo en el cambio de nombre, y posibilitando el cambio de sexo en la registración.

Explica Tobías (2015) que la completitud del régimen legal hizo indispensable evaluar la incidencia en el derecho interno de algunas normas de los tratados

internacionales de rango constitucional a los fines de adecuar las disposiciones que emergen de ellos. A saber:

a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: reza que “Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre” (art. 24, inc. 2°).

b) Convención sobre los Derechos del Niño: manda que “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (art. 8°).

c) Declaración de los Derechos del Niño: prescribe que “El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad” (principio 3).

d) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: establece que “los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas a asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, entre otros, los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión u ocupación” (art. 16).

e) Convención Americana sobre Derechos Humanos: dispone: “Derecho al nombre: toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos” (art. 18).

La doctrina, conforme lo expresa el Dr. Moisset de Espanés, reconoce que

el nombre mira por sobre todas las cosas al interés público y de allí surgen sus características de inmutabilidad e irrenunciabilidad, pero que al mismo tiempo, de la institución del nombre surge un derecho subjetivo privado que protege al individuo y su integridad personal. (s.f, p.5)

Por otra parte el mismo autor plantea: “Indiscutiblemente el nombre es materia de orden público y sirve para distinguir a las personas; se tiende de esta manera a un principio de seguridad, indispensable en la vida de relación.” (Moisset de Espanés, s.f, p. 5)

El Dr. Fabián Miguel Garfinkel (2004) en su publicación: “El cambio de nombre de las personas: su problemática en el Derecho Internacional Privado Argentino” expuso que la naturaleza jurídica ven al nombre como instituto de policía del Estado para preservar el orden y tráfico jurídico. Destaca que si se lo concibiera únicamente como

un derecho personalísimo, no existiría explicación para las limitaciones que el nombre tiene en cuanto a su imposición o a su cambio. Asimismo el autor señaló que mientras si sólo se viera en él a una institución de policía civil, se estaría ignorando un derecho fundamental que hace a la identificación psicológica del individuo.

Garfinkel (2004) posteriormente al análisis de la naturaleza jurídica del nombre, en el resto del artículo se dedica a destacar los condicionamientos que el orden público tiene en materia del nombre. A título meramente ejemplificativo puede hacerse mención a la referencia que hace a las normativas adoptadas por la Comisión Internacional del Estado Civil creada en Amsterdam en 1948 y de la que forman parte 16 países europeos, y relata que los cada Estado se obliga a no conceder cambios de apellidos o nombres a los ciudadanos de otro Estado y a reconocer la validez extraterritorial de las resoluciones definitivas que recaigan en esa materia.

Retomando la cuestión de la naturaleza jurídica del nombre, Tobías (2015) presenta las cinco teorías que se han elaborado:

a) Derecho de propiedad: un lugar de alguna importancia en la historia del nombre debe atribuirse a la teoría que propiciaba el derecho de propiedad sobre el nombre. Esta corriente tuvo arraigo en la doctrina francesa hasta que sus debilidades fueron puestas en evidencia: el nombre no es una cosa y tampoco es un bien externo de la persona, por lo cual carece de los caracteres tipificantes de la propiedad como la exclusividad, la disponibilidad, la prescriptibilidad y la valoración patrimonial.

b) Institución de policía civil: esta idea proponía al nombre como una institución fundada en deberes de la persona frente a los intereses del Estado. El ser titular del nombre es una consecuencia de la existencia de un deber frente a la comunidad fundado en la necesidad de individualizar a cada uno de sus miembros (Orgaz, 1946)

No obstante es dable señalar que del modo *supra* expuesto se limita la función del nombre a convertirse en un medio de clasificación y control que prescinde del ámbito de autonomía que resulta de la facultad de usar el nombre en las relaciones intersubjetivas e impedir su uso por terceros y también de comportamientos arbitrarios del propio Estado (Tobías, 2015).

c) Derecho personalísimo: considerando su disciplina dentro de esta categoría de derechos. Sin embargo, al atribuirle ese carácter se resalta el interés privatístico vinculado a la disciplina del nombre.

d) Derecho a la cesación del hecho lesivo: otra postura reconoce a la persona solo un derecho a la cesación del hecho lesivo, es decir, se afirma que el nombre no es objeto de un derecho antes y de manera independiente del verificarse de un hecho lesivo, pues se está en presencia de una función de naturaleza publicística, surgiendo el derecho enseguida de la comisión del ilícito (Santoro Pasarelli, 1964)

e) Atributo de la persona: es el criterio del que participa una buena parte de la doctrina argentina (Pliner, 1989; Cifuentes, 1995; Llambías, 2012; Spota, 1961), aunque con variantes: para Pliner es un atributo de la persona en sí mismo aunque no considera derechos subjetivos a las facultades que emanan de aquél. Y Spota, además de atributo, le adjudica la naturaleza de ser un derecho subjetivo intelectual extrapatrimonial.

La trascendencia jurídica del nombre se direcciona en dos manos: la que pone el acento en la autonomía de las personas y la que pone en su justa medida el componente del interés general del nombre en las relaciones de la persona con el (Tobías, 2015).

Puede concluirse, considerando lo expuesto hasta el momento, que se está en presencia de una institución compleja ya que constituye un verdadero derecho subjetivo extrapatrimonial pero también porque cumple una función de interés social en lo que hace a la identificación de la persona. Es la naturaleza que le atribuye el artículo 62 del Código al establecer que constituye un “derecho-deber”. Idéntica naturaleza que ya le atribuía el art. 1º de la ley 18.248 y, también el art. 88 del Proyecto de 1998.

2.- Disposiciones actuales. Limitaciones y excepciones

Vale exponer, previo al análisis de las normas que regulan lo atinente al nombre, los caracteres que lo constituyen como tal y que surge de la lectura integral y sistematizada de las normas del Código. Así puede señalarse que el nombre tiene como particularidades las siguientes, según ayuda a entender Tobías (2015):

a) Es necesario: ya que toda persona debe llevar necesariamente un nombre. Así resulta del art.62 que, además de atribuirle la calidad de un derecho, lo consagra como un deber. Los arts. 65 y 66, además, establecen las reglas para evitar que una persona carezca de él. Sin embargo, el carácter de necesario solo se adquiere luego del nacimiento y desde la inscripción en el acta de nacimiento.

b) Es relativamente inmutable: como regla, el nombre se lleva toda la vida desde el momento del nacimiento y no puede ser cambiado aunque esta regla no es absoluta.

c) Es único: en el sentido de no ser titular de nombres y apellidos diversos.

d) Es indivisible: ya que como antes se alegara no se puede tener un nombre frente a unos y otro distinto frente a otros.

e) Es extrapatrimonial: por tanto, no susceptible de apreciación pecuniaria.

f) Es inalienable: en tanto no puede ser enajenado aunque sí puede ser objeto de un negocio jurídico patrimonial identificando con el nombre y apellido, o solo con éste, un determinado bien o producto.

g) Es imprescriptible: como regla, el nombre no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo. En ciertas situaciones, sin embargo, el largo uso, entre otros factores, puede coadyuvar a la adquisición del nombre.

Explicados los caracteres es momento de señalar que la nueva regulación modifica el tradicional sistema que restringía la posibilidad de solicitar el cambio del nombre a casos justificados mediante autorización judicial, por la posibilidad de un mero trámite administrativo en algunos casos en los que no es necesario acreditar nada.

Derogada la ley 18.248 que rigió durante casi 50 años, el instituto del nombre se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro Primero, Título 1, Persona Humana, Capítulo 4, El Nombre.

En primer lugar es dable subrayar que tal como su predecesor, el actual Código Civil y Comercial continúa considerando al nombre como un derecho y un deber, tal como se anticipara. En su art. 62 expresa que “La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponden”. Y en los artículos siguientes incorpora cambios importantes a los que venían rigiendo en la materia. Por ejemplo en relación al apellido, que históricamente tiene la función de identificar familiarmente al individuo en la sociedad, era el paterno y era atribuido por imperio de la ley.

Actualmente, el apellido queda a elección de los padres, modificando el concepto que la ley quiere transmitir al expresar “que le corresponde”, ya que ahora deja de ser una imposición para ser una elección.

El Código Civil y Comercial recepta tanto a la antigua Ley del Nombre (Ley 18.248), cómo lo dispuesto por la Ley 26743 de Identidad de Género promulgada en 2012.

Tácitamente borra el carácter de inmutable que tiene el nombre al permitir, sin intervención del juez, la libre disposición del mismo. El nuevo ordenamiento prescribe en su art.69 que la procedencia del cambio de prenombre o apellido únicamente opera si existen justos motivos y los enumera, sin perjuicio de especificar, en su último párrafo, como justo motivo para el cambio de prenombre, la identidad de género, y excluir en este caso la intervención judicial.

Sin embargo, y de manera contradictoria, en el art. 70 del mismo cuerpo legal, dispone que “Todos los cambios de prenombre...” se tramiten por el proceso más abreviado, con intervención del Ministerio Público, previendo además la publicación de edictos en un diario local, posibilita la oposición y requerimiento de informes sobre medidas precautoria; tal como lo preveía el art. 17 de la ley 18248 del año 1969.

Asimismo, la Ley 26413 del Registro Civil y Capacidad de las Personas del año 2008, manda en el Capítulo XVI de las Modificación de las inscripciones, art. 84: “Las inscripciones sólo podrán ser modificadas por orden judicial, salvo las excepciones contempladas en la presente ley. En todos los casos, antes de dictar resolución, los jueces deberán dar vista a la dirección general que corresponda. En las actuaciones respectivas será juez competente el que determine la jurisdicción local del domicilio del peticionante o el del lugar donde se encuentre la inscripción original. El procedimiento será sumario con intervención del Ministerio Público.”

Como puede observarse en todo el marco legal existe participación del Ministerio Público como veedor del orden público, salvo en los arts. 4,5, y 6 de la Ley 26743 y en el art.62 del C.C.C.N., que prevé un trámite administrativo a fin de registrar los cambios de género y nombre, sin la vista necesaria al Ministerio mencionado.

Por otra parte el proceso previsto en el art. 70 del Código que prevé la publicación de edictos, y requerir informes sobre medidas precautorias respecto del

interesado, permite evitar conductas fraudulentas, y protege los intereses de terceros que podrían verse afectados por esta decisión.

En cuanto a las limitaciones y su vinculación con el principio de libertad, algo que hace específicamente a la investigación, se advierte que el inc. b) del art.63 (donde se estipulan las reglas generales concernientes al prenombre) enuncia los límites al principio de la libertad (ya consagrada en la ley 18.248 y, también en el art. 89 el Proyecto de 1998). A continuación una síntesis de estas limitaciones:

1) Más de tres prenombrados: la práctica permitió observar los conflictos que surgían cuando ante la celebración de negocios jurídicos, se omitía la mención de alguno o algunos de los a veces numerosos prenombrados (Tobías, 2015). Esto llevó a que los redactores del Código estipularan un máximo de tres.

2) Los apellidos como prenombre: la utilización de apellidos como prenombrados introduciría un factor de eventual error que requeriría indagaciones que tiendan a establecer si un vocablo corresponde al prenombre o al apellido o si se está en presencia de un doble apellido o apellido compuesto (Tobías, 2015). Debe observarse que “existen apellidos a los que es posible adjudicarles la calidad de prenombrados en razón de su uso extendido (v. gr., Tobías, Hernando, Martín, Jaime)” (Rivera, 2010, p.627).

3) Primeros prenombrados idénticos a los primeros prenombrados de hermanos vivos: la restricción tiende a evitar confusiones entre los hermanos y se refiere solo al primer prenombre. Nada se opone a que el segundo nombre de pila sea igual al prenombre de otros hermanos, cualquiera sea el orden en que lo ostenten (Tobías, 2015).

Lo cierto del caso es que el texto legal, a diferencia de otras legislaciones entre las que se puede mencionar el art. 72 de la ley italiana del estado civil (Pliner, 1989) o el Código Civil etíope el que prohíbe dar a un niño el prenombre de su padre o hermanos vivos (art. 38) (Tobías, 2015) se limita a prohibir el primer nombre idéntico al de los hermanos vivos, rigiendo no obstante el principio general de la libertad.

4) Nombres extravagantes: lo que tiene una doble función, por un lado es evitar prenombrados que por su naturaleza o características afecten o perjudiquen a la persona que los detenta, prestándose por tal motivo a agravios, mofa o vergüenza; por otra parte se resguarda el interés general de la comunidad en que sus miembros no lleven prenombrados ofensivos para la sensibilidad o moral media o que, de otro modo, no

permitiera identificar el sexo de la persona llamada de manera determinada (Tobías, 2015).

En cuanto al cambio de nombre (art.69), fundamental tópico para la obra pueden señalarse varias cuestiones que, acto seguido, serán analizadas.

El principio supone que el nombre no puede cambiarse: en función de identificación de las personas. La libertad para cambiarlo significaría el desorden y la inseguridad jurídica más extrema, se prestaría a engaños y fraudes y quedaría inutilizable la función básica del nombre (Legón, s.f)

El cambio de prenombre o apellido solo procede si existen justos motivos a criterio del juez actuante en la causa. Ello refleja la vigencia del principio de la inmutabilidad y que el prenombre no reviste carácter absoluto. En realidad, el cambio procede cuando existen justos motivos apreciables judicialmente, y otras veces es la ley la que impone el cambio o bien es la que lo autoriza (Rivera, 2010).

Con respecto a los cambios de nombre impuestos por ley se pueden mencionar: a) la persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede, como regla, usar el apellido de quien fuera su cónyuge; b) el cónyuge viudo no puede seguir usando el apellido del otro cónyuge si contrae nuevas nupcias o constituye unión convivencial; c) en la adopción plena, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante si se trata de una adopción unipersonal y si es conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales (art. 626).

En cuanto a los cambios de nombre autorizados por ley, son, a saber: a) establecida la filiación paterna o materna del menor luego de que el oficial del Registro Civil le impusiera un apellido común, tales apellidos sustituyen al impuesto en sede administrativa; b) en la adopción simple, el adoptado con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, puede solicitar se mantenga el apellido de origen sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos (art. 627).

Sobre los justos motivos, tal como se adelantó, el principio de la inmutabilidad cede cuando existieren justos motivos para cambiar el prenombre o el apellido de una persona. La apreciación jurisdiccional de la existencia de los justos motivos debe hacerse con criterio restrictivo y el cambio solo debe otorgarse por causas serias y graves (Rivera, 2010; Llambías, 2012), quedando descartadas razones frívolas e intrascendentes, por mera disconformidad del peticionante o antela ausencia de

generalización del prenombre. Así, “el interés del peticionante debe tener una relevancia suficiente como para primar sobre las razones de interés público que dan fundamento a la regla de la inmutabilidad. La regla es que la existencia de los justos motivos debe ser apreciada por el juez”¹⁵

La ley considera justos motivos los que a continuación se refieren:

a) El seudónimo cuando hubiera adquirido notoriedad: se requerirá computar, además, el ámbito de actividades en el uso de seudónimo y si la notoriedad se ha extendido más allá del ámbito para el que se lo eligió. Solo en este último caso podría aceptarse su modificación, sobre todo cuando se trata del apellido¹⁶.

b) La raigambre cultural, étnica o religiosa: la jurisprudencia contempló situaciones en que las indicadas circunstancias se consideraron justos motivos para el cambio de prenombre. Así se aceptó el cambio de prenombre de quien se convirtió al judaísmo solicitando sustituir el de “Concepción” por “Raquel”¹⁷ y el de “Ateo” por “Atilio”¹⁸.

c) La afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada: lo que para Tobías (2015) resulta una cuestión ciertamente superflua ya que es manifiesto que, en términos procesales, la mera invocación es suficiente.

En ese orden de ideas y siguiendo también a la jurisprudencia local, es dable traer a colación los supuestos donde quedaron subsumidos en el inciso prenombrados o apellidos que resultaban injuriosos, burlescos o agraviantes. Se acordó la sustitución de “Tetina” por “Teresa”¹⁹; “Sin Fin Para El Amor” por “Serafín”²⁰; “María Tranquila” por “María Rosa”²¹.

¹⁵ CNCiv., sala H, 30/4/1992

¹⁶ En la *Revista de Derecho Privado y Comunitario* núm. 16, Sec. Jurisprudencia, Parte General, p. 398, se hace referencia a un fallo inédito de una sala de la CNCiv., que autorizó al actor "Sergio Renan" a llevar este nombre artístico (seudónimo) y a utilizarlo en sus documentos, invocando para ello las perturbaciones que ocasionaba al interesado la circunstancia de ser públicamente conocido en todos los ámbitos con dicho seudónimo. Debido a ello resolvió "Declárase a los efectos de los actos públicos y jurídicos en general que el uso del seudónimo Sergio Renan corresponde a S. K.", disponiendo a esos fines librar oficio al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y testimonio.

¹⁷ JNCiv., 1ª Inst., Capital, ED, 17-494.

¹⁸ JNCiv., 1ª Inst, Capital, LA LEY, 34-949.

¹⁹ CNCiv., sala D, LA LEY, 76-515.

²⁰ JNCiv. 1ª Inst., Capital, 16/3/1956, cit. por BORDA, G. A., (2013) *Tratado de derecho civil. Parte general*, (14ª edición, actualizado por. Borda, G., 2013, Tº I) Buenos Aires: La Ley, p. 345

²¹ CCiv. 2ª Capital, JA, 1950-I, 522.

En lo que hace a los supuestos en que la ley considera justos motivos que no requieren intervención judicial, éstos tienen la particular característica de que el cambio no requerirá la intervención judicial precisamente. Ello supone que se podrá acceder al cambio de prenombre o de prenombre y apellido a través de un trámite administrativo. Los supuestos son dos:

a) El cambio de prenombre por razón de identidad de género: el tema guarda vinculación con lo dispuesto por la ley 26.743 la que faculta a toda persona a solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida (art. 3º). La petición debe hacerse ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales con la manifestación de encontrarse amparados por los términos de la mentada norma, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el Documento Nacional de Identidad y precisando el prenombre con el que se solicita inscribirse (art. 4º).

b) El cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de apropiación ilegal o sustracción de identidad: por el que se prevé el supuesto en que la persona -un menor de diez años- ha sido víctima de una apropiación ilegal y, por un acto cualquiera, de una alteración o supresión de su identidad (art. 139, inc. 2º, Código Penal). La sola apropiación ilegal -como la sustracción del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, reteniéndolo u ocultándolo (art. 146 Código Penal)- no debería ser suficiente en la medida en que no concurra además la sustitución de la entidad. La hipótesis también se configura cuando la alteración o supresión no recae sobre la persona sino sobre los documentos que acreditan la identidad del menor.

Es preciso señalar en esta instancia que la regla de la inmutabilidad del nombre no es para nada absoluta como oportunamente se destacara; claro quedó pues que la nueva regulación admite el cambio del prenombre y del apellido cuando ciertas circunstancias por ley establecidas surjan afectando a quien ostente un prenombre o apellido singular que lo avergüenza o mortifica.

Por tanto también es dable poner de relieve la loable tarea legislativa de receptar modificaciones al nombre cuando la circunstancia personal de un individuo configure una situación vulnerable de sus derechos e intereses, sobre todo en el ámbito que se ha propiciado anteriormente y que refiere a la identidad de género.

Ahora bien, Argentina cuenta también con un “Procedimiento para el Reconocimiento del Derecho de Identidad de Género de Extranjeros conforme Ley N° 26.743”, el cual fue aprobado mediante Resolución Conjunta N° 1/2012 y N° 2/2012 de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas y de la Dirección Nacional de Migraciones, en virtud de lo dispuesto por el Decreto N° 1007 del 2 de julio de 2012, que en su art.9 indica que las Direcciones Nacionales mencionadas deberán instrumentar conjuntamente la implementación de diferentes aspectos relativos al reconocimiento del derecho de identidad de género a extranjeros que residan en el país, así como a apátridas y refugiados.

Vale recordar que la Ley N° 26.743 estatuyó el derecho de todos los individuos a que le sea reconocida su identidad de género, a ser tratado conforme a ella, al libre desarrollo de su persona de acuerdo a la misma y, en particular, a ser reconocido tal como se auto-determine en los instrumentos que acrediten su identidad, respecto del o de los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí ha quedado registrado. Por su parte, el Decreto N° 1007/12 mantiene idéntica esencia inclusiva de la ley que reglamenta y considerando en particular la situación de personas extranjeras con residencia en el país, respecto de las cuales resulta jurídica y materialmente imposible rectificar sus respectivas partidas de nacimiento porque no constan en ningún Registro Civil argentino.

No obstante, y sin perjuicio de la imposibilidad registral, más el sustento que proviene de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales a los que la Carta Magna le ha otorgado el mismo rango que a sus normas, se conforma el fundamento suficiente para no discriminar a las personas extranjeras que residen dentro del territorio argentino. Es por ello que se procedió al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad personal y a la identidad de género en aquellos documentos expedidos en Argentina y que respondan a la calidad de inmigrantes. De esta manera, los extranjeros que residan permanentemente en el país podrán acceder al derecho de identidad de género tras aprobar el procedimiento para su tramitación por parte del Registro Nacional de las Personas y de la Dirección Nacional de Migraciones. Posteriormente se notificará tal circunstancia tanto al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, como a la Interpol y al Consulado del país de origen de la persona extranjera. Asimismo, se notificará a quien haya modificado su identidad que no podrá utilizar el documento de identidad que se le expida para entrar o salir del país, debiendo

hacerlo –si es que lo hace- con cualquier otro documento idóneo y de acuerdo a su nacionalidad.

CAPITULO IV

Análisis jurisprudencial

Los jueces tuvieron que ir resolviendo en casos en los que la ley dejaba algunos espacios en blanco, realizando en ocasiones verdaderas construcciones pretorianas ya que no había bases legales definidas para su resolución, tal el caso que aquí ocupa de la identidad de género y el cambio de sexo, que no se encontraban previstos en los parámetros sociales del siglo XX.

Los jueces debieron entender las razones en su esencia a fin de impartir justicia con un criterio amplio e innovador propio de quienes tiene una función tan trascendental.

Por tal motivo y a modo de ejemplo se analizarán algunos fallos en la materia que se viene estudiando.

1. Cambio de nombre por burlas: justos motivos

En la causa “M. R. L. I. s/ información sumaria”²², la Cámara de Apelaciones, Sala IV, de Corrientes se pronunció respecto a la petición que presentara la actora quien durante su infancia fue objeto de burlas por la cuestión de que cambiaba su nombre, indicando que en la actualidad tampoco se siente identificada con ninguno de ellos, por tanto se hace llamar de otra manera y en tanto se ha acreditado que su pretensión no se debe a un mero capricho sino a un justo motivo.

Se hizo lugar a la demanda y se autorizó el cambio de nombre solicitado. La Cámara consideró que lo plasmado en la acción de la actora era lo suficientemente relevante para darle curso y también que se estaba ante una causa grave y frente a un motivo justo el hecho de que el nombre cuyo cambio se solicitaba, incida en detrimento de quien lo porta, importando así un menoscabo a su personalidad, por lo que el principio de inmutabilidad del nombre, cedería en ese caso.

Se pudo advertir que se presentó suficiente justificación para autorizar la mutación de nombre solicitada ya que de no hacerse lugar a dicha solicitud, se pondría en riesgo la salud psico-física de la actora y su vida en sociedad ya que para que ésta

²² CACC, Corrientes, Sala IV, “M. R. L. I. s/ información sumaria” (10/05/2013) MJ-JU-M-79359-AR
Vercellone, María Juliana
Seminario Final de Abogacía
Universidad Siglo 21

sea eficaz la demandante debe integrarse a ella para poder desarrollar sus actividades cotidianas.

Otro de los fundamentos por los que se resolvió conforme el cambio de nombre es que el art. 15 de la ley 18248, establece que después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser modificados sino por resolución judicial y siempre que mediaren justos motivos, tal como es este el caso.

Se tuvieron en cuenta también los argumentos esgrimidos por la actora los que fueron coincidentes con el informe psicológico efectuado sobre ella, de donde surge que la peticionante es parte de una familia ensamblada que constantemente padece diversos conflictos parentales; también que durante su infancia fue objeto de burlas debido a su nombre, ya que desde niña se hizo siempre llamar con otro nombre.

Con respecto a los informes psicológicos, de los mismos surgió la necesidad imperante de que la actora inicie un tratamiento psicoterapéutico a los fines de elaborar las situaciones traumáticas que ha vivenciado – y vive – a causa de la interacción entre su nombre y sus comportamientos, lo cual coadyuvó a fundamentar la autorización judicial para el cambio de nombre solicitado.

También, considerando la pericia psicológica realizada a la demandante, se descartó estar en presencia de un acto caprichoso o meramente voluntario; a *contrario sensu* se pudo advertir la existencia de un daño psicológico real experimentado por los conflictos internos que le ocasiona el nombre a la actora.

Sin lugar a dudas el argumento más fuerte y categórico que se señaló en la sentencia tuvo lugar por la Ley 26743 de Identidad de Género la que admite el cambio del nombre (art.6), y prescribe como justo motivo a la identidad sexual como cuestión palmariamente psicológica y no necesariamente de mutación del orden físico. En este punto se hizo referencia a que el legislador pretendió una mejora en la calidad de vida de aquellas personas que no se sintiesen identificadas con el nombre que portan, y que a su vez buscan no ser discriminadas en ningún ámbito.

Se sostuvo asimismo que el dictado de la ley de identidad de género es el que permitió que se reconozca legalmente este derecho a la identidad de género de las personas, por tanto el debate de la acción propugnada queda sellado a suerte favorable de la pretensión esgrimida por la actora, pues conforme las disposiciones de la mencionada ley, toda persona tiene derecho a ser tratada de acuerdo con su identidad de

género y a ser identificada como tal en los instrumentos identificatorios respecto de los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada (art. 1º, inc. c).

Por último se destacaron los instrumentos internacionales vigentes (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos) que sustentan el acogimiento del recurso y defienden enérgicamente a la identidad y la no discriminación, y por lo tanto la autorización al cambio de nombre.

2. El caso “Lulú”

En el año 2013, unos meses más tarde de ser sancionada la ley 26.743 se dio a conocer públicamente el primer caso en Argentina de una niña trans de tan solo 5 años, cuya familia reclamaba para ella una nueva identidad²³.

El recorrido que ha tenido que transitar una niña de 5 años y su familia hasta llegar a obtener el nuevo DNI para “Lulú” se inició cuando sus padres, luego de un largo derrotero de terapias sobre la niña y de batallas internas con sus propios miedos, el 13 de julio de 2012, acudieron ante la Delegación de Haedo del Registro de la Provincia de Buenos Aires, acompañados por la psicóloga que atendía a la niña y otro representante de la Comunidad Homosexual Argentina, solicitando un nuevo DNI con el nombre de pila femenino, elegido por ella, rectificando de esta manera el nombre masculino que le habían dado sus padres al nacer según su sexo físico a lo que se les denegó la solicitud (Mansilla, 2014).

El caso Lulú ha puesto en evidencia cómo las leyes, y no sólo la Ley de Identidad de Género, sino y principalmente la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y el principio de autonomía progresiva de los mismos, no habían calado suficientemente en el quehacer diario de los órganos administrativos, como es el caso del Registro Civil que atendió en primer lugar la petición de los padres de la niña trans.

La denegación de la solicitud no fue informada a los padres directamente por los funcionarios del Registro sino que recibieron la noticia a través del Asesor de Incapaces del Departamento Judicial de Morón quien los convocó junto a la niña a una audiencia en diciembre de 2012. Pese al principio de desjudicialización que la propia ley

²³ ²³ Carbajal, M. (28/07/2013) Página 12 "Lo que devuelve el espejo". Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-225462-2013-07-28.html>.

26.743 manda observar en los siguientes términos: “Cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 4° y 5°, *el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo*, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila...” (art. 6), los padres fueron llamados a una audiencia con intervención del Ministerio Público (Herrera, 2015).

Quedó esclarecido en la audiencia que el actuar de los registros civiles en ese momento acarrea una abierta violación a principios básicos tales como: a) la independencia de los poderes del estado, b) la no judicialización en tanto paradigma de la ley 26.743, c) la responsabilidad de los funcionarios en el efectivo cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes conforme el sistema de protección de la infancia tanto por la CDN y la ley 26.061 y d) la revisión de la función del asesor de incapaces promovida por la ley 26.061 que obliga a dejar detrás el modelo tutelar (Min. Púb. Tutelar, 2010).

El 12 de diciembre de 2012, la Directora Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires dispuso rechazar la solicitud administrativa efectuada por los padres de la niña con la asistencia de su abogada, conforme los términos de la Ley sobre el Derecho a la Identidad de Género, por resultar la niña

incapaz absoluta para otorgar su consentimiento a los fines pretendidos, debiendo sustanciarse la pretensión por la vía judicial pertinente de conformidad a lo establecido por los artículos 127, 54 y 921 del Código Civil (hoy derogado), y por las razones expuestas en los considerandos de la presente (art. 1°, disposición 4421/2012)²⁴.

Luego de una serie de desacuerdos en torno a la notificación efectuadas por la Delegación de Haedo, la madre de Lulú concurrió a la Delegación de La Plata quedando ese día formalmente notificada del rechazo y se llevó consigo una copia de la resolución denegatoria. A los pocos días, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia elaboró un dictamen a favor del otorgamiento del nuevo DNI de la niña conforme su identidad de género autopercebida, por resolución 1589 (Herrera, 2015).

Conforme se desprende de la resolución de la SENNAF, la denegatoria del Registro se fundamentó en las siguientes cuestiones:

²⁴ Texto del recurso de reconsideración y recurso jerárquico interpuesto contra la resolución de la Directora Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires 4421/2012. Acceso al mismo otorgado por la Dra. Laura Saldvia Menajovsky a Marisa Herrera (2015)

a) “El 'niño' (sic) reviste calidad de menor impúber, toda vez que no ha cumplido la edad de 14 años que requiere la ley de fondo para ser considerado menor adulto y en consecuencia tiene incapacidad absoluta, presumiéndose que los actos practicados por ellos son practicados sin discernimiento (arts. 127, 54 y 921 del C.C.) por lo que se propicia el rechazo de la solicitud administrativa”.

b) “Pese a que en la planilla de solicitud del trámite se encuentran debidamente cumplidas las exigencias del artículo 5° de la ley 26.743, no obstante ello, no es posible apartarse de la normativa legal vigente en materia de capacidad que regula la ley de fondo, por lo cual un niño (sic) es menor impúber e incapaz absoluto y que mal podría dar su consentimiento a los fines pretendidos, debiendo ser suplido por el órgano jurisdiccional”.

De lo expuesto, surge cómo el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y el principio de desjudicialización que ordenan tanto la ley 26.061 y la ley 26.743 respecto del derecho a la identidad de género, fueron vulnerados por el órgano administrativo a cargo del cumplimiento efectivo del derecho humano a la identidad, el que a su vez incluye el derecho a la registración y a la documentación de la niña trans.

Atento a lo expuesto queda como conclusión que el Registro Civil que rechazó la rectificación del DNI de Lulú vulneró el concepto de autonomía progresiva receptado en normas con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución.

Asimismo, el órgano administrativo registral se apartó del principio de legalidad de jerarquía constitucional (art. 18 CN). En tanto, si bien la resolución administrativa no desconoció el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley 26.743 desoyó esta normativa y fundó su rechazo en las normas del Código Civil sobre incapacidad de los por aquel momento denominados “menores impúberes”, conculcando dos principios básicos: “ley posterior prevalece sobre ley anterior” y “ley especial prevalece sobre ley general”.

Por último, es dable destacar que el Registro Civil instó a la judicialización de la causa, en tanto obligó erróneamente a peticionar la apertura de causa en sede judicial del caso toda vez que la ley de Identidad de Género no lo exige.

Pese a los desacertados argumentos esbozados por el órgano administrativo registral de las personas, en la resolución 4421/2012, la niña logró la rectificación de su partida de nacimiento y su nuevo documento nacional de identidad conforme a su identidad autopercebida el día 08/10/2013.

CAPÍTULO V

El orden público

La palabra orden, evoca desde un aspecto positivo armonía, fluidez. Cuando se habla de orden natural de las cosas se hace referencia al desarrollo armonioso de los acontecimientos. Por otra parte, desde su aspecto más duro, sin sostener negativo, significa imposición, dirección, no hay posibilidad de elección.

La idea orden público indica, pues, límites. Límites a la autonomía de la voluntad, al ejercicio de los derechos y obligaciones, al actuar de los particulares y del Estado.

El orden público en el mundo jurídico tiene en el derecho interno el correlato de la limitación de la autonomía de la voluntad y en ámbito internacional el límite de la aplicación del derecho extranjero.

La sociedad como organización basada en principios e intereses generales, dependen para su subsistencia armónica de la existencia de un orden que debe respetarse.

1.- Teorías y análisis

Al orden público se lo puede entender como

el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras (Medina, 2015,s.d)

Se interpreta el conjunto de normas que no pueden ser excluidas por voluntad de las partes ni por la aplicación de normas del derecho comparado internacional, ya que su promulgación se basó en principios que para la comunidad local son esenciales, pilares básicos para la convivencia pacífica y armoniosa.

En aras de los intereses sociales, el orden público viene a limitar a la autonomía de la voluntad defendiendo y garantizando los intereses generales de la comunidad por sobre los intereses individuales.

Ante el peligro de que pueda verse afectado u obstaculizada la vigencia del interés general, el orden público produce efectos jurídicos predeterminados por el ordenamiento jurídico; estos actúan como fronteras o demarcaciones que se imponen a la autonomía de la voluntad; así, por ejemplo, la imperatividad de las normas, la irrenunciabilidad de los derechos o la nulidad de los actos infractores (De la Fuente, 2003)

Por su parte, Zannoni (2003)²⁵ alega que el orden público desde la óptica del derecho interno, delimita el contexto en que se despliega la autonomía de la voluntad de los particulares y desde la óptica del derecho internacional, distingue palmariamente los límites a la aplicación del derecho extranjero.

Coincidiendo con la profesora Úrsula Basset (2007), quien sostiene que, en cuanto a la mutabilidad del orden público, puede afirmarse que contiene un núcleo de mínima, y que éste es inmodificable ya que va más allá del espacio y del tiempo y se advierte de la experiencia respecto de las facultades humanas. Como normas imperativas que son, continúa afirmando la mentada autora, puede haber cuestiones que requieran de una apreciación variable, o bien que puedan integrar el orden público en una determinada comunidad y no en otra o ser parte en un determinado tiempo, y no en otro.

Se advierte considerando lo manifestado que la dificultad de la caracterización del orden público, y por consiguiente de las leyes de orden público, reside en identificar si es coincidente ésta con la ley imperativa (Borda, s.f). Al respecto conviene a los fines de aclarar esta cuestión, traer a colación lo alegado por el maestro Rivera (2010) quien afirmó que lo cierto es que no toda norma imperativa es de orden público; ejemplo de esto son las leyes que determinan las formas solemnes dispuestas para determinados actos. Pero sí es exacto que toda ley de orden público es imperativa, por lo que no puede ser dejada al margen por la simple voluntad de las partes. Verbigracia, se define así la característica más trascendente de la ley de orden público, es decir, ser el límite impuesto para frenar el desenvolvimiento arbitrario de la autonomía de la voluntad.

El Dr. Zannoni en el prólogo de la obra del Dr. De la Fuente (2003), sostiene que en la teoría general del derecho existen temas que son resistentes al consenso, y el orden público es uno de ellos.

²⁵ Zannoni, E. en el prólogo al libro de De La Fuente, H. "Orden Público"

2.- Afectación del Orden Público. Supuestos

La inmutabilidad del nombre es un principio fundamental de la vida en sociedad, pero cede ante la existencia de justos motivos, como lo expresa la ley, sin dejar de exigir un procedimiento con participación, en todos los casos del Ministerio Público, como veedor del interés público, y la correspondiente publicidad del acto a fin de evitar perjuicio a terceros.

Con las leyes del año 1969 y 2012 y actualmente con la disposición prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación se busca regular este derecho personalísimo, que hace a la identidad personal.

La ley 18248, Registro de Estado Civil – Nombre de las Personas, del año 1969, derogada a partir del 1 de agosto de 2015 por el art 3 inc a de la ley 26994, regulaba el derecho y el deber de usar un determinado nombre, y preveía para el caso de modificación de este, en sus art. 15, 16 y 17, la vía judicial, el trámite sumarísimo, la publicación en un diario, y la posibilidad de oposición.

Al no existir una barrera legal, fácilmente se puede mudar de nombre, burlando las obligaciones contraídas con terceros, quienes no podrán identificar a su deudor con la facilidad que suponen los actos jurídicos.

Se puede analizar, por ejemplo, el caso de la publicación de edictos sucesorios. La finalidad de estos es citar a los herederos del causante a fin de que hagan valer sus derechos. Pero ya que el nombre publicado no remite a la persona fallecida, la notificación será ineficaz en los hechos, atento que no se tomará cabal conocimiento de la promoción del juicio sucesorio a fin de reclamar lo que corresponda.

Siguiendo esta idea del cambio de nombre también podemos referirnos a los procesos judiciales universales, que tiene la particularidad del fuero de atracción. En estos casos la dificultad será grande ya que, pese al avance informático, estamos lejos de introducir un número de documento de identidad y que este nos brinde certeramente el dato sin lugar a error, ya que mínimamente surgirá la duda en caso de que surja un nombre distinto al esperado, debiendo en su caso constatarse que se trata de la misma persona, tarea compleja ya que el cambio de nombre tiene un aro de confidencialidad que hace dificultosa la constatación sin orden judicial.

Con respecto al tema de cambio de sexo, otorgado con la misma liviandad que el nombre, por ejemplo, ante la situación de que un preso, quien sin ningún

impedimento lógico puede solicitar la reasignación de género, deba ser trasladado a la cárcel de mujeres ya que mantenerlo en la de hombres sería ir contra lo mismo que se pretende proteger. Nada obsta que su expresión de voluntad, que es conteste con la letra de la ley, sólo sea utilizada a fin de ser trasladado. ¿Cómo proveerá el sistema carcelario este requerimiento?

Son simples ejemplos de la vida en sociedad, de trámites comunes, de situaciones de todos los días.

El orden público, como interés general, se encuentra comprometido en el caso del trámite adoptado para implementar el reconocimiento de derechos a las personas que no se identifican con su sexo biológico, ya que la voluntad individual no tiene límites.

3. - Autonomía de la voluntad y orden público

Uno de los desafíos más difíciles de resolver en el campo del derecho privado gira en torno a la tensión que existe entre la autonomía de la voluntad y el orden público, habida cuenta no siempre es tan sencillo lograr una normativa acorde con la valoración, el respeto y la protección de la libertad y autonomía personal sin conculcar derechos o intereses de terceros.

Explica Marisa Herrera (2015) que esta tensión entre autonomía de la voluntad y orden público está explícitamente plasmada presente en el texto constitucional, en la primera parte del art. 19 de la Ley Suprema al establecer que “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”.

Ahora bien, ¿cuáles son las acciones privadas dentro del derecho privado que deberían quedar fuera de la autoridad de los magistrados y por lo tanto, quedar salvaguardadas en el ámbito de privacidad e intimidad de personas y cuáles requieren de la intervención jurisdiccional para proteger derechos humanos conculcados o en peligro de serlo?

Al analizar varias instituciones como las que se mencionaran en el apartado anterior se podrá observar cómo se resuelve la mencionada tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, tomando en cuenta que el Código Civil y Comercial se

inclina por abrirle un margen mayor a la primera y por señalar que el orden público está determinado por dos elementos esenciales: 1) responsabilidad y 2) solidaridad (Herrera, 2015), siendo éstas las dos nociones que se subsumen detrás de toda limitación a la autonomía.

CONCLUSIONES

El ser humano debe ser protegido de todo abuso y discriminación y debe ser respetado en su integridad y dignidad, fundamentalmente, para su desarrollo pleno. Por tanto, la sociedad en la que se encuentra incluido, debe proveer los medios para el goce pleno de sus derechos.

A lo largo de la historia de la humanidad los paradigmas sociales han cambiado y ha resultado por tanto imprescindible reacomodar la manera de entender y atender estos cambios. Por estos días, y atento lo dicho con respecto a los cambios de paradigmas es dable insistir con que el más importante ha sido el del ser humano y su autodeterminación

El artículo 19 de la Carta Magna otorga un ámbito de intimidad al que no acceden los magistrados ni los terceros que conforman la sociedad, siendo el único juez Dios. No obstante, esta libertad tiene como límite el orden público que viene a proteger a la sociedad en general y consecuentemente a los terceros con quienes se mantienen relaciones privadas. Y el nombre y su mutabilidad han quedado comprendidos en este precepto constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la temática objeto de estudio cabe colegir que hasta no hace mucho tiempo, no encuadrar dentro de la regla binaria en la que al género masculino/femenino le corresponde la identidad de hombre/mujer, era considerado una patología que coadyuvaba a la discriminación de quien no se sentía hombre o no se sentía mujer.

La ley 26.743 y sus decretos reglamentarios implicaron un cambio de paradigma en materia de identidades, avanzando particularmente con la des-judicialización, despatologización y des-heteronomía con base en la autopercepción de la persona que no se identifica con su sexo físico.

No caben dudas que las leyes colaboran, y mucho, a construir y reconstruir identidades, pero la lucha no termina con la sanción de la ley que se ha referido, no se levanta bandera blanca porque una ley está vigente y defiende los intereses de un sector poblacional determinado. Se requiere para que ésta sea efectiva realmente también de la colaboración y acompañamiento cotidiano de todos los operadores jurídicos y de la sociedad en su conjunto, comprometidos todos en la defensa de los derechos fundamentales de todas las personas a los fines de modificar progresivamente las pautas culturales tradicionalmente dominantes.

Un elemento que configura a la identidad de una persona es el nombre, y su modificación deja de estar en la órbita de la intimidad para impactar de lleno en el mundo exterior. Entonces, teniendo presente el precepto constitucional que se señalara previamente que defiende la órbita privada y al mismo tiempo le pone límites, es que se pone más aún el acento en la trascendencia que ha revestido la ley de Identidad de Género.

Entonces, a partir de la noción del nombre como un derecho humano fundamental, las pautas legislativas propias de este derecho, habrán de valorarse a la luz del principio *pro homine* que gobierna en la materia y en aras de la protección de su identidad autodeterminada pero también de su dignidad humana.

No obstante lo antedicho cabe destacar también que la relación que existe entre la identidad personal, en cuanto derecho subjetivo, y la necesidad del preeminente orden público, es fácil apreciar cómo el derecho a la identidad personal se configura como una situación jurídica dentro de la cual deben observarse el interés personal y aquel otro interés meramente de orden público.

Es de orden público o interés social la identificación de las personas para poderlas individualizar dentro de la sociedad. Identificación que se materializa a través de las partidas de nacimiento en primer término que emergen de la autoridad administrativa que tiene el registro civil y que presenta su relevancia para la exigencia de certeza en aquellas relaciones que comprenden aspectos que no pueden ser descuidados cuando se va detrás de soluciones jurídicas adecuadas al problema de la mutación del sexo y el consecuente cambio de identidad. Dentro de estas relaciones existe una variada gama de consecuencias en las que está en juego el interés público, como ser: las que refieren al matrimonio, a las sucesiones, a los casos de internación hospitalaria o penitenciaria, a las relaciones de trabajo, entre otras situaciones que requieren de certeza en lo que hace a la identidad de un ser humano.

Si bien como se ha explicado, hay un innegable interés de la persona en lo que atañe al reconocimiento de su identidad personal, de la cual constituye elemento integrante la identidad sexual, por otra parte se presenta también un insoslayable interés jurídico en evitar vulnerar el orden público que viene en defensa del resto de la sociedad.

A fin de cuentas, siguiendo la ilación de las ideas que se vienen exponiendo, puede entenderse que, como bien lo expresa el art. 2 de la ley 26743, la identidad de

género es la vivencia interna e individual que siente la persona y que puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento; sin embargo es indispensable encontrar una solución jurídica a la realidad que plantea este tema, sin desatender las complejas y múltiples relaciones en las que nos hallamos inmersos al vivir en una sociedad organizada que refiere al no menoscabo del orden público ya que si una disposición legal puede poner en peligro la seguridad jurídica, esto significa –sin más- poner en peligro el orden público.

Por lo expuesto, como corolario se deja esclarecido que es menester encontrar remedios legales que protejan la vida en sociedad, apelando al control de constitucionalidad, a los fines de la tutela de todos y sin violar los derechos ni garantías de nadie.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Bazán, V. (2014) *Control de las omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales*. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer

Basset, U. (2007) "Peculiaridades del Orden Público Argentino" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Orden Público y Buenas Costumbres Volumen: 2007-3 ps.419 a 456

Belluscio, A. C., (2010) "La Corte Europea y el matrimonio homosexual", JA 2010-III-60

Bidart Campos, J.G. (1983) "El derecho a la identidad sexual" ED-1983 –T.104

Bidart Campos, J.G. (1994) "El Sexo legal y el sexo real; una sentencia ejemplar" ED – 159

Borda, G. (s.f) "Concepto de la Ley de Orden público" LL 58-597

Cardini, E. O. (1959) *Monografías Jurídicas-Orden Público*. Buenos Aires: Abeledo Perrot

Cifuentes, S. (1995) *Derechos personalísimos*, (2ª ed.), Buenos Aires: Astrea

De La Fuente, H.H. (2003) *Orden Público*. Buenos Aires: Astrea

Dromi, J.R. (1980) *Derecho subjetivo y Responsabilidad Pública*. Bogotá, Colombia: Temis

Fayt C.S. (1996) *El nombre. Un atributo de la personalidad*. Buenos Aires: La Ley

Fuster, G. (2014) "La ley 26.743 y la difícil "contextualización jurídica" de una "modificación asistémica" LLC 2014 (septiembre), 819

Legón, F. (s.f) "Adecuación jurídica del cambio del nombre frente al Estado, a los particulares y a los terceros", JA 51-584

Llambías, J. (2012) *Tratado de derecho civil. Parte general*, (T.I, 24ª ed., actualizado por Patricio J. Raffo Benegas), Buenos Aires: Abeledo-Perrot

Moisset de Espanes, L. (s.f.) *Notas en la legislación argentina en relación al Nombre de las Personas Físicas*. Recuperado el 28/03/2015 de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artnombrepersonasfisicas>

- Garfinkel, F.M. (2004) El cambio de nombre de las personas físicas: su problemática en el Derecho Internacional Privado Argentino. *Revista Del Ministerio Publico Fiscal* (N° 13 pág. 33)
- Herrera, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. [Biblioteca Proview] Buenos Aires: La Ley
- Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. (2010) “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, LL del 6/7/2010
- Mansilla, G. (2014) *Yo nena, yo princesa. Luana, la niña que eligió su propio nombre*, Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento
- Medina, G., Yuba, G. (2014) “El reconocimiento legal del "tercer género": una cuestión de derechos humanos. Análisis del fallo de la Corte Suprema de la India. Aportes desde el Derecho Comparado” DFyP 2014 (agosto), 203
- Muñiz, C. (2015) “El nombre como proyección jurídica de la identidad y los "justos motivos" para su cambio” RCCyC 2015 (septiembre), 74
- Organización Mundial de la Salud (2015) Género. Nota descriptiva N°403. Recuperado el 18/08/2015 de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs403/es/>
- Orgaz, A. (1946) *Personas individuales* (1ª ed.) Córdoba: Assandri
- Pagano, L.M (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T.I) (1ra edición). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
- Pliner A. (1989) *El Nombre de las Personas* (2da edición actualizada). Buenos Aires: Astrea
- Rivera, J.C. (2010) *Instituciones de derecho civil. Parte general*, (5ª ed.,T.I) Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Rodríguez, M.F, Guerra Mora, P., Díaz Méndez, M., Grupo GIDSEEN (2013) La disforia de género en la infancia en las clasificaciones diagnósticas. *Dialnet*. Recuperado el 22/08/2015 de <http://s/DialnetLaDisforiaDeGeneroEnLaInfanciaEnLasClasificaciones-4802980.pdf>

Santoro Pasarelli, F. (1964) *Doctrinas generales del derecho civil*, (traducción de A. Luna Serrano) *Revista de Derecho Privado*, Madrid

Sapetti, A. (s.f) *Disforia de género (transexualidad) Una mirada desde la psiquiatría y la sexología*. Recuperado el 09/06/2015 de http://www.sexovida.com/colegas/disforia_genero_transexualidad.htm

Spota, A. (1961) *Tratado de derecho civil. Parte general*, (T. I, Vol. 3.3) Buenos Aires: Depalma,

Tobías, J.W. (2015) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. (T.I) Dir. Alterini, J.H., Buenos Aires: La Ley

Zannoni, E. (2013) "Género, Derecho y Justicia" LA LEY 2013-B, 1009

Legislación

Constitución Nacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley N° 18.248 del Nombre de las Personas.

Ley N° 26743 de Identidad de Género.

Jurisprudencia

CSJN, 21/11/2006, "Asoc. Lucha por la Identidad Travestis-Transexuales c/ Inspección de Gral. De Justicia"

Corte Europea de Derechos Humanos, resolución judicial de fecha 24/6/2010, en autos "Shalk and Kopf v. Austria"

CACC, Corrientes, Sala IV, "M. R. L. I. s/ información sumaria" (10/05/2013) MJ-JU-M-79359-AR

CCiv. 2ª Capital, JA, 1950-I, 522.

CNCiv., sala F, LL 1987-E-184

CNCiv., sala H, 30/4/1992

CNCiv., sala D, LA LEY, 76-515.

JNCiv., 1ª Inst., Capital, ED, 17-494.

JNCiv., 1ª Inst, Capital, LA LEY, 34-949

JNCiv. 1ª Inst., Capital, 16/3/1956, cit. por Borda, G. A., (2013) *Tratado de derecho civil. Parte general*, (14ª edición, actualizado por. Borda, G., 2013, Tº I) Buenos Aires: La Ley, p. 345

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F - L., M. L. s/información sumaria • 17/08/2011- La Ley DFyP //2012 (enero , 278 con nota de María Victoria Pellegrini)

<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818150000014deeb965cd32699881&docguid=i7F00E9ABC780B041A19BA511BC70E4A5&hitguid=i7F00E9ABC780B041A19BA511BC70E4A5&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=31&crumb-action=append> (Consultada el 07 de mayo de 2015)

- Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario - K., S. y otro • 25/02/2011 La Ley Litoral 2011 (abril), 342.

<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818160000014deeb1cb625b9c876b&docguid=i9F62B9CBEE7E7506A1501E7D2CF7E95D&hitguid=i9F62B9CBEE7E7506A1501E7D2CF7E95D&spos=8&epos=8&td=27&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append> (consultada el 09 de mayo de 2015)

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Pergamino - Almirón, Liborio A. • 15/02/2001. La Ley La Ley BA 2001 , 1119

<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818150000014deeb72a6f3ae6fb0b&docguid=i69521036927311D686070050DABAA208&hitguid=i69521036927311D686070050DABAA208&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append> (Consultada el 10 de mayo de 2015)

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C ; L. G., A. • 22/03/2011
Publicado en: DFyP 2011 (diciembre) , 237 con nota de Fernando Millán Cita
online: AR/JUR/10726/2011

<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=doc&docguid=i1401DBE00831788503DEB5DAC29C3FAB&spos=&epos=1&td=&openLocator>
(Consultada el 05 de junio de 2015)



ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	VERCELLONE, María Juliana
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	16.756.420
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El cambio de nombre y sexo en la Ley 23.743 y en el Código Civil Y Comercial de la Nación, su incidencia en el Orden Público.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	julianavercellone@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Córdoba, 24 de agosto de 2016.

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	--

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y Fecha: San Salvador de Jujuy, 24 de agosto de 2016.-

Firma autor –tesista

_____ **María Juliana Vercellone**

Aclaración autor - tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____certific

a que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma autoridad

Aclaración autoridad

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.