

Identidad sexual: otro capítulo en la relación autonomía de la voluntad y orden público

Abog. María Victoria Pellegrini*

1. Introducción

El complejo y multifacético tema de la disforia de género (o más “popularmente” conocido como transexualismo) es abordado en un nuevo fallo del Dr. Pedro Hooft¹ cuyo comentario sigue en estas líneas.

Y la complejidad de la cuestión pareciera que radica fundamentalmente en las dificultades culturales y jurídicas de asimilar la presencia de diferentes identidades sexuales que hacen estallar la tradicional distinción de los seres humanos en hombre y mujeres². Distinción presente en datos biológicos pero que pareciera que debería ser irrelevante en cuanto a la asignación de deberes y goce de derechos³.

Sin embargo, la organización jurídica vigente impone la obligatoriedad de identificar el sexo de las personas y de allí en más, la categoría asignada debía permanecer inalterable a lo largo de todo el desarrollo vital de la persona.

* Abogada (UNLP), Especialista en Derecho de Familia (UNR), Profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho (UNS, Bahía Blanca). Réplicas o comentarios a mvpelle@uns.edu.ar

¹ Siguiendo la línea argumental de los ya varios fallos sobre la temática del Dr. Hooft, reconocido especialista en bioética.

² Aún aceptando tal criterio clasificatorio (hombre-mujer) ¿la pertenencia a una categoría u otra es inmutable a lo largo del tiempo? El concepto de hombre y de mujer ¿es inmutable a lo largo del tiempo? Cito textual: “Y advierto que, en cualquier idioma, el significado de las palabras depende de convenciones del grupo hablante, convenciones que cambian con el tiempo, convenciones cuya modificación cualquiera puede proponer. ¿Por qué aceptamos la flexibilidad de estas convenciones cuando se trata de palabras como “lámpara” (palabra, aplicada en su origen a unos recipientes de aceite dotados de una mecha, fue extendida después sin dificultad a ciertos artefactos de gas y más tarde a otros dotados de bulbos eléctricos), “estrella” (cierto día se aceptó llamar estrella también al Sol, para no hablar de los pulsares) o “pez” (En una época la clase de los peces incluía a las ballenas, animales fusiformes que viven en el agua, hasta que Linneo y sus continuadores concedieron relevancia al hecho de que son vivíparas y, retomando una vieja idea de Aristóteles, las clasificaron entre los mamíferos) y consideramos tan inmutables palabras como “muerte”, “mujer” o “matrimonio”? ¿De qué modo están involucrados nuestros sentimientos en el interior de ciertos vocablos, para que nuestras convicciones valorativas se vean en el caso de pedir ayuda a la ontología? Y ¿qué ayuda efectiva puede prestarles la ontología, salvo por el énfasis que gracias a ella adoptan las afirmaciones?” GUIBOURG Ricardo, “Argumento y clasificación” LL 2007-D, 1329.

³ Uno de los ámbitos jurídicos en los cuales ha tenido mayor incidencia la pertenencia a la categoría hombre o mujer ha sido el derecho de familia, fundamentalmente respecto al matrimonio y a los derechos que de tal institución deriva (ver SCBA Ac 86197 del 30.3.07), cuestión superada con la reciente modificación al Código Civil introducida por la ley 26.618.

Así, la doctrina civilística clásica ha concebido al dato identificatorio “sexo” como un atributo de la personalidad, inmutable⁴ e indisponible. No así con otro dato identificatorio: el nombre, permitiendo la propia legislación su modificación –con justo motivo e intervención judicial–.

Ahora bien, el desarrollo tecnológico, los avances científicos en el mundo de la medicina y la fuerte incidencia de importantes disciplinas como la bioética, han introducido un quiebre significativo. Se han desplazado los esquemas tradicionales, se han “corrido” las fronteras y resulta al menos necio pretender que nada de ello ha sucedido.

De allí entonces que en los últimos años se ha afianzado una fuerte corriente jurisprudencial que busca dar respuestas a actuales desafíos como el que se plantea en el fallo en análisis. Y las respuestas se encuentran.

Intentaré entonces detenerme en el tema central resuelto en esta oportunidad, esto es la disponibilidad individual sobre el dato identificatorio “sexo” y en la disponibilidad sobre el propio cuerpo. En definitiva, un nuevo capítulo en la vieja disputa autonomía de la voluntad vs. orden público.

Para ello, deliberadamente no se analizarán las cuestiones procesales (vía elegida y vías posibles; pruebas producidas o que pudieron producirse), ni se agotarán las profundas disquisiciones respecto a los derechos constitucionales implicados. Utilizaré como método el análisis comparativo de sentencias nacionales⁵, buscando un hilo conductor o eje común que permita identificar las bases de la tendencia jurisprudencial apuntada.

Por último, pero no menos importante y conviene desde ya adelantar, nos encontramos frente a otra sustanciosa sentencia, plena de información y citas bibliográficas a las que ya nos ha acostumbrado el mismo juzgador, dando

⁴ Aunque respecto al nombre, también resulta aplicable al sexo –en tanto dato identificatorio, único relevante jurídicamente– la distinción doctrinaria realizada en torno al nombre y su paso de “inmutable” a “estable”: *“La sentencia que comentamos se hace eco de la mutación que ha sufrido el concepto perimido de “inmutabilidad del nombre” por el de “estabilidad”, lo que sumado a la venia legal para su modificación por resolución judicial ante la invocación de “justos motivos” (art. 15 ley 18.248), permite el reconocimiento de la petición de la amparista, quien por lo demás sólo pretendió variar su nombre de pila, no así su apellido”* (conf. FERNÁNDEZ Silvia E. *“Transexualismo y derecho al nombre. Una sentencia a la medida de la persona y al servicio de sus derechos”* LLBA 2010 (febrero), 22.

⁵ Con la solvencia que los caracteriza, Gil Dominguez, Famá y Herrera utilizan esta metodología de análisis jurisprudencial nacional y extranjero para tratar la temática de identidad sexual, hermafroditismo y transexualidad, en GIL DOMINGUEZ Andrés, FAMÁ María Victoria y HERRERA Marisa *Derecho constitucional de Familia*, t. II, Ed. Ediar, BsAs 206, pág. 1108

importancia inclusive a las palabras utilizadas, sin olvidar la carga simbólica del lenguaje.

2. El fallo:

Relata la sentencia que una persona, L., nacida en el año 1953, promueve acción judicial tendiente a la obtención de una reasignación de sexo y la pertinente autorización jurisdiccional para llevar adelante intervención quirúrgica femeneizante, con la posterior expedición de la documentación respaldatoria del sexo reasignado y el nombre modificado. Relata que la persona peticionante desde la infancia tuvo conciencia de su problema existencial por cuanto “su cuerpo no se correspondía con su forma de ser”, debiendo soportar situaciones de discriminación.

Reclama entonces autorización para la realización de una intervención quirúrgica femeneizante y, como consecuencia de ello, modificación de los datos registrados en su partida de nacimiento respecto a sexo y nombre asignados. Funda su derecho en los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional, normas de convenciones internacionales y doctrina del tema.

Luego de justificar la procedencia de la vía procesal elegida, el magistrado interviniente detalla las pruebas producidas, diligencias realizadas (entrevista personal, pedidos de certificados de anotaciones personales), desembocando en el encuadre constitucional de la decisión que diseña. Refiere la normativa involucrada, detallando legislación proveniente de otras jurisdicciones o países; remitiendo a argumentos, citas doctrinarias y jurisprudenciales desarrolladas en otros precedentes resueltos por el mismo sentenciante; puntualizando en definitiva conclusiones que sostienen su resolución, acogiendo plenamente la pretensión de reasignación sexual. Autoriza entonces la realización de intervención quirúrgica adaptativa, la reasignación de sexo con la consecuente modificación del prenombre de la persona solicitante en su partida de nacimiento, mediante anotación marginal.

3. Antecedentes jurisprudenciales:

El fallo en análisis ingresa en un amplio listado de sentencias judiciales respecto a la temática abordada, muchas de ellas intensamente comentadas en revistas y publicaciones especializadas.

Si bien habitualmente los fallos son citados como referencias jurisprudenciales en las diferentes resoluciones en forma indistinta, entiendo que resulta importante distinguir dos grandes grupos.

Por un lado, aquellos que resuelven la petición de reasignación de sexo y nombre en las partidas de nacimiento y asientos registrales correspondientes (sea a través de nulidad y/o anotación marginal registral)⁶.

Y por otro, los que resuelven la solicitud de autorización para la realización de intervenciones quirúrgicas que posibiliten la adecuación de los órganos genitales externos conforme al sexo vivenciado y, como consecuencia de ello, las modificaciones registrales del sexo y nombre pertinentes⁷.

Tal distinción resulta necesaria pues el objeto de la cuestión debatida es diferente y, consecuentemente, la normativa aplicable, efectos jurídicos y temas implicados también lo son.

La mayor cantidad de fallos registrados en diversos compendios jurisprudenciales pertenecen al primer grupo.

3.a. Reasignación de sexo y cambio de nombre

En aquellos casos en los cuales ya se habían realizado operaciones quirúrgicas adaptativas al sexo vivenciado –operaciones realizadas en otros países- la pretensión se circunscribe a modificar el sexo asignado en los

⁶ Una síntesis de fallos, que no pretende ser exhaustiva: “P.E.N.”, 31.3.89 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E; “N.N.”, 15.5.97 Juz. 1º Instancia en lo Civil y Comercial nro. 8 de Quilmes; “A.D.M.S.”, 16.6.99 Cámara 2º en lo Civil, Comercial y de Minas de La Rioja; “V.A.A.”, 30.8.99 Tribunal de Familia de Bahía Blanca; “K.F.B.”, 30.4.2001, Tribunal de Familia nro. 1 de Quilmes, “M.L.G.” 18.9.2001, Juz. de 1º Inst. en lo Civil y Comercial de 19º Nominación de Córdoba; “R.M.V.” 12.4.2004 Juzg. Civil, Comercial y de Minería de San Juan nro. 1; “S.G.G.” 1.3.2006 Juzg. Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 102 “C. H.C.” 21.3.2007, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; “D.B.S.D.” 5.3.2007, Juzgado Civil y Comercial nro. 4 de Rosario (conf. cit. OLMOS, Juan Pablo “Transexualismo o disforia de género: bases para instrumentar la modificación de la partida de nacimiento”, RDF 37, julio-agosto 2007, p. 174); “R.O.F.” 17.8.2007, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala I, LLNOA 2007 (octubre), 930, Cita Online: AR/JUR/4097/2007; “T.M.G.”, Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia Nro. 4 del Neuquén, 07/10/2008 LLPatagonia 2008 (diciembre), 599, Cita Online: AR/JUR/10532/2008; “S.J.D.” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 30/06/2009, www.laleyonline.com.ar cita Online: AR/JUR/51873/2009.

⁷ Algunos de ellos: Cámara Apelaciones Civ. y Com. San Nicolás, 11-4-94, LLBA 1994-871 (hermafroditismo); 12.11.98, Juzgado Civil y Comercial nro. 9 de San Isidro (hermafroditismo) (conf. cita en GIL DOMINGUEZ, FAMÁ, HERRERA, op. cit. pág. 1123); de transexualismo: 19.7.2001 Juzgado Criminal y Correccional de Transición nro. 1 Mar del Plata, JA 2001-IV-437; “NN s/amparo” del Juzgado en lo Criminal y Correccional en Transición nro. 1 de Mar del Plata, del 6.10.2003 publicada en Suplemento “La Ley Buenos Aires” XII, nro. 2, 3/2005 págs. 149-158; “R.F.F.” 9.12.2005, Juzg. Nro. 1 de Mar del Plata; “C.J.A. y ot” 21.09.2007, Juzg Villa Dolores en www.abeledoperrot.com.ar; “L. T. s/ acción de amparo” Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Transición nro. 4 de Mar del Plata, 10.4.2008 Cita: MJ-JU-M-25396-AR | MJJ25396 | MJJ25396

asientos registrales⁸ y, como consecuencia de ello, modificar también el nombre –más específicamente el prenombre- para lograr la coincidencia necesaria.⁹

En estos casos la mayor dificultad radica en desentrañar el grado de disponibilidad sobre la asignación de sexo efectuada al momento del nacimiento. Luego, la forma de instrumentación en caso de ser autorizado el cambio¹⁰.

A esta altura del desarrollo jurisprudencial y doctrinario, puede sostenerse que es unánime la posición respecto a la complejidad del concepto “sexo”, siendo vasto el conjunto de elementos que lo integran (cromosómico, morfológico, psicológico, social); como así la posibilidad de su distinción con la noción de “género” sin que ello implique que se traten de categorías absolutamente independientes e inconexas.

Si embargo, algunas posiciones se inclinan a dar preeminencia registral al sexo genéticamente determinado y por este motivo sostienen su imutabilidad. De la inmodificabilidad de la carga genética respecto al sexo no se sigue necesariamente la inmutabilidad de los datos identificatorios: *“De todas maneras, otra cosa provoca inquietud: según el razonamiento de la sentencia recurrida, partiendo del hecho de que la constitución de un individuo es cromosómicamente inmodificable, debe extraerse que los atributos de su personalidad también lo deben ser. Sin embargo, tal razonamiento implica la exigencia, fustigada por Hume y Bentham, de pasar del ‘ser’ al ‘deber ser’, ya que nos solicita que, de ciertos enunciados sobre la realidad, infiramos preceptos o directivas sobre lo que debe o no hacerse. O, planteado en otros*

⁸ En la sentencia de la SCBA ya citada en nota al pie, el Dr. Hitters precisa respecto a la petición que originara la intervención del máximo Tribunal provincial: *“La temática principal consiste en definir si existe justificación suficiente para proceder a los cambios solicitados en autos, que -como bien fuera señalado por mis colegas- no se limitan a una mera transformación del nombre, sino que incluye la alteración -por vía judicial- del sexo que anatómica y cromosómicamente la naturaleza le ha asignado a H.C..”* Sin embargo, creo que la función de la judicatura no es la de modificar aquello dado por la naturaleza, sino los efectos jurídicos, mutabilidad o disponibilidad de la registración efectuada por el sistema jurídico (la cultura) en función al sexo evidenciado naturalmente al nacer.

⁹ Se trata de dar cumplimiento al art. 3 ley 18.248 en cuanto exige correspondencia entre sexo y nombre.

¹⁰ Cuestión abordada en el interesante artículo de OLMOS Juan Pablo ya citado.

términos, no pueden ser confundidos los planos de análisis, y creer (...) que de la característica de la inmutabilidad puede derivarse la de la indisponibilidad”¹¹. En el fallo en análisis se fija posición, con respaldo en jurisprudencia actual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –además de indicar claramente la incidencia de la jurisprudencia de dicho Tribunal en la jurisprudencia local-: “a) que es criterio del Tribunal que no resulta válido hoy día “seguir admitiendo que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos”, asignando la Corte particular significación tanto al reconocimiento tanto por parte de la comunidad médica como de las autoridades sanitarias de las cuestiones referidas a trastornos de la identidad sexual, la disponibilidad de tratamientos –incluidas las intervenciones quirúrgicas-, remarcando asimismo la importancia de la adopción por parte de la persona transexual del rol social de su nuevo sexo, rol éste que en el caso aquí juzgado ha asumido ya –y reconocido como tal- por la persona solicitante..... c) sostuvo también el Tribunal, que “no es evidente que el elemento cromosómico deba inevitablemente constituir –excluyendo cualquier otro- el criterio determinante a los efectos de la atribución jurídica de una identidad sexual”¹²

De allí entonces que, siendo un concepto complejo, que incluye también datos correspondientes a la vida de relación de la persona, a sus íntimas convicciones y su propia visión de su ser, parecieran no existir demasiados escollos en admitir su modificación.

Se ha sostenido que ante la falta de normativa expresa, ante la inexistencia de una norma específica dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo que autorice el “cambio de sexo” –a diferencia de la legislación respecto al cambio de nombre-, la cuestión no puede ser resuelta en el ámbito judicial. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs.As. ha sido contundente: “Sin embargo, de la no existencia de una norma que contemple la respectiva conducta no puede inferirse la prohibición de la misma, o la imposibilidad de su autorización. El enunciado conocido como “principio de clausura” de los órdenes jurídicos, (que en su variante más conocida postula “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”), puede ser objeto

¹¹ Del voto del Dr. de Lazzari en SCBA, Ac. 86197, 21.3.2007, www.scba.gov.ar

¹² Considerando X de la sentencia en análisis.

de certeras críticas desde el punto de vista de la lógica (el que encierre una tautología, el que resulte contingente, etc.). Tales críticas, sin embargo, se debilitan en nuestro particular caso no bien advertimos que la Constitución nacional, con otras palabras, lo consagra: nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19 de la Carta).¹³

Es que las pretensiones de reasignación de sexo encuentran anclaje en una serie de derechos constitucionalmente protegidos. Entre los más importantes: la identidad personal, la dignidad, la autodeterminación, la salud, a la no discriminación.

Indiscutiblemente, la identidad sexual forma parte de la identidad personal. Como enseña Fernández Sessarego: *“La identidad personal, tanto en su aspecto estático como en el dinámico, es un derecho natural del ser humano. Es nada menos que el “ser uno y no otro”. Es la verdad en que consiste cada cual, su realidad biológica y su compleja personalidad. Cada ser humano es “uno mismo”, tiene una trayectoria de vida diferente de la de los demás, la que se vuelca en una biografía única y singular”¹⁴*

Hace varios años, en un precursor artículo, Elena Highton, precisaba: *“La identidad sexual constituye un importante aspecto de la identidad personal, en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. La identidad sexual aparece, al igual que la identidad personal, en estrecha conexión con una pluralidad de derechos de la persona, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad sicosomática y a la disposición del propio cuerpo”¹⁵*

Aún asumiendo la limitación que implica dividir a las personas en algunas de las dos categorías previstas en un sistema fuertemente heteronormativo¹⁶ (hombre-mujer), la percepción individual sobre quien “uno es y no otro” incluye también a cuál de éstas dos categorías cada uno se siente pertenecer.

¹³ C. 86.197, "C. , H. C. Cambio de nombre", SCBA, 21.3.2007, base JUBA www.scba.gov.ar

¹⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos *“Consolidación jurisprudencial de una justa solución al drama existencial del transexualismo en la Argentina”* SJA 1/10/2008.

¹⁵ HIGHTON Elena I., *“La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona”*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, pág. 206, Rubinzal Culzoni Editores, Bs.As. 1992.

¹⁶ Basta con tener presente el contenido del extenso debate desarrollado en el Senado del Congreso argentino en oportunidad de la votación de la ley 26.618.

Y aquí entra en juego la dignidad personal y la libre elección del plan de vida individual, tal como fue advertido en una sentencia anterior¹⁷ y reafirmado claramente en este fallo: *“Más aún, tratándose de personas plenamente capaces que han recibido suficiente y adecuada información y que han podido también madurar su decisión, la misma dignidad de la persona, unida de manera inescindible al principio de autonomía personal conlleva a la necesidad de respetar tales decisiones autónomas so pena de caer en posturas paternalistas, insostenibles en un sistema constitucional y democrático de derecho...”* (ap. XIII).¹⁸

Entonces, ¿cuál es el límite constitucionalmente válido a las decisiones autónomas respecto al plan de vida individual que involucren la modificación del sexo asignado?¹⁹

Que una persona pretenda adecuar la identificación sexual que le fuera asignada a su actual identidad sexual, no implica daño alguno a terceros, ni atenta a la moral u orden público. Por el contrario, tal adecuación facilita la persecución del plan de vida autónoma, libre e individualmente diseñado y

¹⁷ *“La dignidad humana exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, sus voliciones, sus manifestaciones libres, etc., todo ello en la medida en que no perjudique a terceros”* “L. T. s/ acción de amparo” Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Transición nro. 4 de Mar del Plata, 10.4.2008 Cita: MJ-JU-M-25396-AR | MJJ25396 | MJJ25396

¹⁸ ¿Y si se trata de menores de edad? ¿Son plenamente capaces o el principio de autonomía progresiva tiene incidencia? Al respecto, ver “C.J.A. y ot” 21.09.2007, Juzg Villa Dolores en www.abeledoperrot.com.ar

¹⁹ Como claramente se precisó en una sentencia: *“En este sentido cabe ponderar también que la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés (ver disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi en la causa “Bahamondez”, Fallos: 316:479, considerando 10). Sin embargo, la alegación relativa a la asignación absoluta e inmodificable del sexo en la partida de nacimiento configura un planteo aceptable pero no decisivo a la hora de considerar la situación de (...). Un tribunal que se basa en principios de derechos similares a nuestro régimen como es la Corte de Casación de Francia ha señalado que el principio de respeto a la vida privada justifica que su estado civil indique de ahora en adelante (desormais) el sexo del que tiene la apariencia y que el principio de indisponibilidad del estado de las personas no importa un obstáculo a una tal modificación (conf. su decisión del 11 de diciembre de 1992, caso n° 361 P) originado en la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en la causa “B ... c. Francia” del 25-3-92 y ver también Julio César Rivera: Europa condena a Francia y la casación cambia su jurisprudencia en ED 151-915) Y la restricción legal contemplada en la ley 18.248 puede superarse –mediante la anotación judicial- ante la afectación de derechos constitucionales”* (CNCiv, Sala L, 30.6.09, “S.J.D.” www.laleyonline.com.ar cita online: AR/JUR/51873/2009).

favorece el desarrollo vital en condiciones de dignidad. Máximo beneficio individual sin lograr identificar costos a soportar por terceros.

Por otra parte, la normativa expresa respecto a la protección de los datos personales, además de reconocer la titularidad de las personas sobre aquella información registrada, impone un claro estandar sobre la calidad de dichos datos. En efecto, la ley 25.326 en su art. 4 precisa que las registraciones que se efectúen sobre diversos datos personales de los ciudadanos deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que fueron obtenidos. Respecto a la certeza y adecuación la cuestión se reduce a qué calificación corresponda efectuar al concepto "sexo": si se otorga preeminencia a la carga genética –cuya inmutabilidad no implica por sí misma la inmutabilidad de los datos registrados- o, por el contrario, se incluye la dimensión psico-social, en resguardo de la identidad personal.

Aquí merece destacarse que la mencionada ley impone la obligatoriedad de exactitud y de su modificación como herramienta para arribar a la mayor exactitud (art. 4 inc.4 ley 25.326), reconociendo el derecho del titular de los datos a su actualización (art. 16 misma ley). Sin dudas, la registración de una persona genéticamente como perteneciente a un sexo (por ejemplo masculino), que ha adecuado su cuerpo a las características propias del sexo contrario (femenino), que se comporta socialmente como persona de dicho sexo, pero que porta un documento de identidad de sexo masculino y un nombre claramente identificable con dicho género, implica una inexactitud que legalmente se exige su modificación.

Ahora bien: ¿por qué es necesario garantizar a terceros que la modificación en el sexo registrado no les afectará en sus derechos y/o relaciones jurídicas? Porque la consecuencia lógico-jurídica de la nueva asignación sexual implica la necesidad de modificar el nombre de la persona y ello podría dificultar la correcta identificación de los miembros de una sociedad. Es así que el procedimiento para proceder a la modificación del nombre de los miembros de una sociedad está claramente reglamentado: exige intervención judicial, libramiento de oficios al registro de anotaciones personales y publicación de edictos²⁰.

²⁰ Art. 17 ley 18.248

El fallo en análisis da cuenta del cumplimiento de la primera exigencia. Sin embargo, el magistrado interpreta que existen buenas razones (preservar la intimidad de la persona solicitante, haciendo mención al precedente resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con fecha 21-3-2007) para evitar la publicación de edictos²¹. Evidentemente, realiza una estimación con fundamento constitucional para apartarse del procedimiento expresamente previsto por la ley. Del fallo no surge que en forma explícita que se hubiera declarado la inconstitucionalidad de la exigencia de publicación de edictos en el caso concreto en juzgamiento, pues remite a una resolución dictada durante la tramitación de los autos -previo a la sentencia- pero indudablemente decidir por motivos constitucionales la inaplicabilidad de normativa vigente requiere declaración de inconstitucionalidad.

Hasta aquí, podemos concluir entonces que de los tradicionales atributos de la persona, aquellos de tipo identificatorio (sexo, nombre, estado civil) resultan disponibles en forma restringida, pues exigen intervención judicial y/o administrativa (por ejemplo, el matrimonio)²². Pareciera que, en el estado actual

²¹ *“Finalmente, de conformidad con lo previsto en el art. 17 de la ley 18.248 se libró oficio al Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires a fin de requerir informe respecto de la eventual existencia de medidas precautorias registradas a nombre de la persona solicitante, a fin que en caso de hacerse lugar a lo peticionado se asegure la no afectación de derechos de terceros (arg. art. 19 Constitución Nacional). Consecuentemente, obra a fs. 65/66 informe que certifica que “no constan anotaciones”. Por su parte, se dispuso por auto de fs. 61 que no resulta pertinente la publicación de edictos que prevé la misma norma citada en el párrafo anterior –dadas las particulares circunstancias del caso y la protección de la esfera de privacidad (art. 19 de la Constitución Nacional, art. 12 inc. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y jurisprudencia de la SCBA, sentencia en autos “C.HC. de fecha 21/03/2007)” apartado IV E, últimos párrafos, del considerando IV del fallo en análisis. Resulta interesante tener presente que en un caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se precisa en la sentencia que la persona solicitante de reasignación de sexo y, consecuentemente nombre, “Pidió que, de hacerse lugar a la medida reclamada, no se ordene la inscripción de la sentencia en nota marginal de la partida de nacimiento conforme las previsiones del decreto-ley 8204/63 porque ello resultaría estigmatizante. Reclamó, en consecuencia, que se ordene al Registro Civil que se labre un nuevo asiento originario previa publicación de edictos citando a todo acreedor anterior a la reasignación de sexo para que eventualmente haga valer sus derechos” (“V.M.R.” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 30/06/2008, www.laleyonline.com.ar Cita Online: AR/JUR/30249/2008*

²² En posición contraria: *“El sexo integra la identidad estática de la persona, junto con el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento y la filiación. Estos factores no constituyen propiamente un derecho ni pertenecen a la persona en calidad de un bien que pueda disponer y modificar a su antojo. Se tratan, por el contrario, de datos o atributos que componen el estado de la persona, delimitan al sujeto a los ojos del cuerpo social y, en consecuencia, son elementos que integran el orden público y están sometidos al principio fundamental de indisponibilidad”* MIZRAHI, Mauricio Luis, *“El transexualismo y la bipartición sexual humana. Caracterización y propuestas”*, LL 2005-C, 1476. Sin embargo, el ordenamiento jurídico nacional admite la posibilidad de cambio del nombre, del apellido y de la filiación.

de nuestra legislación, el único límite a la disponibilidad es la exigencia de intervención judicial para proceder a tal cambio de asignación de sexo²³. Intervención al sólo efecto de garantizar a los terceros el mantenimiento de la identidad, pero ello no implica efectuar una valoración del mérito o conveniencia sobre la decisión tomada.

La cuestión de la modificación el sexo asignado no es la arista más compleja de la temática de la disforia de género.

3.b. Las intervenciones quirúrgicas

Respecto a los casos judiciales en los que se requirió autorización para la realización de intervenciones quirúrgicas, debemos tener presente una primera distinción: los casos de hermafroditismo y los de transexualismo. Aquellos del primer grupo (incluyendo al pseudohermafroditismo o ambigüedad sexual) *“han planteado menos tensiones que aquellos referidos a personas transexuales, o cual han traído aparejado conflictos más complejos. A su vez, esta diferencia en el tipo de complejidad jurídica que han presentado ambos temas refleja la mayor o menor aceptación social de cada uno de ellos”*²⁴

El núcleo de derechos involucrados en las peticiones de autorización para la realización de intervenciones quirúrgicas adaptativas al sexo vivenciado o “dinámico” –para diferenciarlo del estático o genético- también tienen base constitucional. Así, el fundamento constitucional es idéntico: aquello que está en juego es la identidad personal, la posibilidad de desarrollar el plan de vida libremente elegido con dignidad, el derecho a la salud. Pero aquí con un plus: el derecho a disponer del propio cuerpo.

²³ Resalto que la intervención judicial es requerida en el estado actual de la legislación nacional porque en otros países existe la posibilidad de la modificación del sexo registrado por vía administrativa, como en España, ante la sanción de la ley 3/2207 del 15.3.2007. Para un análisis pormenorizado, sugiero la lectura de LLOVERAS FERRER, Marc-Roger *“Una ley civil para la transexualidad”* en Indret 1/2008, www.indret.com. Respecto a que no debería ser exigida tal intervención judicial por afectar el derecho a la intimidad ver BLASI Gastón Federico, *“El cambio de sexo, ¿está comprendido en el marco de intimidad de las personas, de su moral autorreferente, o más bien es un tema de orden público?”* LLBA 2005-149. Y con relación a diversos sistemas en el derecho comparado, del voto del Dr. Hitters en sentencia de la SCBA ya citada: *“38. En el derecho comparado, sobre todo en el europeo, se advierte que la mutación subanálisis ha sido debidamente permitida no sólo por la vía legislativa sino también por la práctica administrativa, y por la jurisprudencial. Esto último tanto por los tribunales de locales como por los transnacionales. 39. En Alemania, Grecia, Italia, Holanda y Suecia se ha acudido al método legislativo; mientras que en Austria y Dinamarca el carril ha sido la práctica administrativa; y en Finlandia, España, Bélgica; Francia, Luxemburgo y Portugal la admisión penetró por el sendero jurisprudencial.*

²⁴ GIL DOMINGUEZ, FAMÁ, HERRERA, op cit. pág. 1119

Sin lugar a dudas, el cuerpo es el medio con el que las personas contamos para llevar adelante y realizar el plan existencial que cada uno, con la mayor libertad posible, diseña para su vida. *“La plenitud del ser humano como persona, se confunde con su cuerpo, que debe estar en equilibrio con los impulsos psíquicos, los afectos y la mente. Consecuentemente, una persona humana completa su proyecto existencial en su cuerpo y por medio de éste”*.²⁵

Así, se ha señalado que: *“Nuestro Superior Tribunal Nacional ha sostenido que este respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido: “Que además del señorío sobre las cosas que derivan de la propiedad... está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir lo que configura su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico, tratándose en definitiva de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre”*.²⁶

Si corresponde garantizar a cada persona el respeto a su dignidad, en la libre elección de su plan de vida, determinación autorreferente, y para ello dispone de su cuerpo como medio de realización, ¿qué es lo que está en juego en las operaciones de cambio de sexo al punto de requerir autorización judicial para su concreción?²⁷

Si es la seguridad jurídica – garantizada mediante la correcta identificación de los miembros de una sociedad- ¿por qué una operación de nariz, pómulos, rostro –que pudiera modificar drástica y definitivamente la imagen de una persona y como consecuencia su correcta identificación- no requiere de intervención judicial?

La diferencia esencial con los fallos en los cuales se solicita la modificación de sexo asignado radica en que en aquellos lo peticionado involucra la modificación de un asiento registral, mientras que en este tipo de procesos la pretensión se dirige a obtener una autorización a un tercero para actuar – operación mediante- sobre el cuerpo de otro. Es decir, involucran indefectiblemente al accionar de un tercero –profesionales de la salud-.

²⁵ BLASI, Gastón *“El cambio de sexo.....”* op. cit.

²⁶ FERNÁNDEZ Silvia E. *“Transexualismo y derecho al nombre.....”* op. cit.

²⁷ Conf. art. 19 inc. 4 ley 17.132 citado en el fallo en análisis y todos aquellos en los que se requiere autorización judicial para la realización de intervenciones jurídicas modificatorias del sexo.

Y es en la regulación jurídica de la relación médico-paciente donde se encuentra la prohibición genérica de intervenciones quirúrgicas modificatorias del sexo. Evidentemente, la normativa en cuestión no ha tenido en cuenta la especificidad y complejidad de la transexualidad, que imponen un tratamiento multidisciplinario a la cuestión.

El fallo en análisis, de modo impecable –como en antecedentes del mismo juzgador- advierte la excepción legal a tal prohibición: la necesidad de autorización judicial para su realización. Repetimos: autorización a un tercero a realizar un acto médico sobre el cuerpo de quien intenta de este modo disponer del mismo a los fines de lograr la realización digna de su plan de vida existencial. Justamente es la fundamentación de afectación de derechos constitucionales la que otorga suficiente respaldo y configura la excepcionalidad dispuesta legalmente.

Sin embargo, en el apartado VI del fallo, al desarrollar la argumentación que se viene señalando, advierte el magistrado las posibles connotaciones de tipo penal de la autorización requerida. Expresamente: *“De lo expuesto se infiere que en el derecho argentino vigente el tema bajo tratamiento no está exento inclusive de posibles connotaciones penales, o por cuanto de reconocérsele a la intervención quirúrgica de referencia el carácter de “terapéutica” en sentido amplio, precedido de la requerida autorización judicial, en el entendimiento que tal acto médico coadyuva a la plena operatividad de normas, principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad, ello permite desplazar el eventual encuadramiento en un tipo penal (vgr. Art. 90/91 del Código Penal).”*

Entonces: 1) la operación de modificación de sexo está prohibida en virtud de la ley que regula el ejercicio de la medicina (de aplicabilidad nacional cuestionada en términos técnico-legislativos, pero aceptada jurisprudencialmente); 2) prohibición que no es absoluta, admite autorización judicial. Para otorgar la misma el magistrado debe no sólo encontrar los fundamentos pertinentes al caso concreto, sino sortear la posibilidad de encuadramiento de la conducta del médico en el delito de lesiones (art. 90/91 del Código Penal).

En el fallo, el Dr. Hoofft argumenta que la protección de los derechos constitucionales en juego en la cuestión, justifican el desplazamiento del tipo penal. Sin embargo, tal vez hubiera sido más preciso especificar que en el caso

concreto resultaba inconstitucional el tipo penal “lesiones” para de este modo lograr tal desplazamiento. O la autorización judicial contemplada por la ley 17.132 es suficiente para no tipificar penalmente la conducta “operación de modificación de sexo” como lesiones (arts. 90 y 91 del CP) o dichos artículos se convierten en inconstitucionales cuando la conducta descrita en el tiempo se realiza para modificar el sexo y cuenta con autorización judicial.²⁸

En definitiva, hasta ahora al menos, el transexualismo es considerado por la Organización Mundial de la salud como un trastorno de la identidad sexual. Tampoco surgen dudas sobre la pertenencia de la identidad sexual al ámbito de la identidad personal, que como derecho humano reconocido a todas las personas, goza de protección constitucional. Por lo tanto, si una persona presenta aquellas características que configuran “transexualismo” debe gozar de la protección constitucional brindada al derecho a la identidad, en su condición de titular del mismo. Y tal protección es la que garantiza el fallo en análisis a L., de quien se probó que en su personalidad de advierte *“un trastorno de identidad sexual, adoptando una identidad femenina desde un punto de vista psicológico, transexualismo”* (última parte, ap. B, considerando IV).

4. A modo de cierre

He citado en nota al pie de página algunos conceptos expuestos por Mizrahi, en abierta posición contraria al dictado de fallos como el que estamos comentando. En otro pasaje el referido jurista afirma: *“En efecto, contrariamente a los fundamentos mayoritarios arriba referidos, consideramos que no corresponde en la especie “visión superadora” alguna del problema, ni existe para nuestro concepto “sexo dinámico” ni “pluralidad sexual” en los sujetos. Por eso rechazamos la ideología del “género” y decimos que una persona es hombre o mujer, y no un ser intermedio, como tampoco integra un “tercer” o “cuarto” sexo. Con acierto dice Lebrun que, desde la noche de los tiempos, el individuo está obligado a aceptar su sexo -masculino o femenino- y no tiene otra elección. Los sufrimientos y dificultades de inserción social del transexual no pueden ser un argumento válido para receptar sus*

²⁸ Ante mi vago y escaso conocimiento del ámbito penal, agradezco las explicaciones, comentarios e intercambios de opiniones realizados con el Prof. Alejandro Cantaro

*requerimientos; sobre todo, además, porque la estimación de la demanda no constituye garantía alguna de que desaparecerán los tormentos. En este sentido, estamos persuadidos que obrar como lo quiere la corriente mayoritaria implica sembrar un manto de peligro en la sociedad toda y, al par, más que brindar al transexual la debida asistencia a la salud y bienestar que reclama, se coadyuvaría a cristalizar el delirio que padece”.*²⁹

Sin perjuicio de no terminar de entender en qué consistiría el manto de peligro en la sociedad toda anunciado³⁰, la cuestión en debate es por qué el criterio clasificador de la humanidad en hombres y mujeres resulta relevante a la hora de asignar derechos³¹ y obligaciones. Pues en realidad lo que subyace en el caso de L. es su pretensión de ser incluido en dicho criterio clasificador a los fines de posibilitarle y facilitarle el ejercicio de sus derechos, pero conforme a su identidad libremente elegida.

En su fuero interno y su medio social, L. ya había cruzado de un “casillero” a otro, pero petitionó que tal “cruce” tuviera incidencia en el ejercicio de sus derechos, pues la discordancia entre el sexo que le fuera atribuido legalmente y su identidad –construida en torno a su proyecto existencial- le impedía desarrollar dignamente su vida.

En definitiva, ¿por qué obligar a las personas a ejercer sus derechos de acuerdo al sexo con el cual fueron registradas al nacer? En la medida en que se continúe clasificando jurídicamente a las personas en hombres y mujeres, la afectación de derechos constitucionales requerirá de soluciones justas. Como la brindada por este fallo.

²⁹ MIZRAHI, Mauricio L. op. cit

³⁰ Pues no se trata de una homogeneización *“que aspira a minimizar el sexo, pulverizar el principio de la biparticipación sexual humana convirtiendo a todos en ‘iguales’ unificar nuestras conductas y, en fin, como lo ‘ordena’ la globalización, se dirige a neutralizar todos los rasgos que hagan a la especificidad de la persona, con lo cual se profundizaría todavía más la declinación de la subjetividad”* (MIZRAHI, op.cit) sino que el ejercicio de los derechos no dependa del sexo de las personas, sino de su condición de tales.

³¹ En los votos de los Dres. de Lázari y Genoud en sentencia de la SCBA ya citada, se efectúa una enunciación de derechos asignados en función del sexo (género) de las personas. Muchos de ellos han perdido vigencia (matrimonio, adopción) y casi todos han sido cuestionados en cuanto a su constitucionalidad en virtud del principio de no discriminación (preferencia del hijo primogénito, protección sólo a la nuera viuda sin hijos, preferencia materna en el ejercicio de la tenencia de los hijos matrimoniales, etc.). Se mantienen todavía aquellas consideradas como herramientas de discriminación positiva (cupos electorales femeninos). Otras, relacionadas al ámbito laboral, se asignan en función de la maternidad, siendo tal condición “maternidad” (no es la categoría “mujer” la definitoria sino la de “madre”, pues no todas las mujeres se transforman en madres) la justificante, aunque existen ordenamientos jurídicos que conceden la misma licencia laboral en base también a la “paternidad”.

Comentario jurisprudencial "*Identidad sexual: otro capítulo*", publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas de La Ley, año 2 número 8, septiembre 2010, pág. 257 a 266, ISSN 1852-8708.