

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE GÉNERO:

LA INCLUSIÓN JURÍDICA DE MINORÍAS.

Tesis presentada para cumplir con los requisitos finales para la obtención del título de abogado.

*Autor: ALCAIDE SAENZ, Natalia Gema
Tutores: Dres. Juan Francisco Losa – Carlos Villanueva
Febrero de 2014.*

DEDICATORIA

A Dios, a mis padres por haberme dado la vida, a mis hermanos, abuelos y a los amigos...resumiendo... a todos aquellos que creyeron en mí y a los que no, porque todos ellos en conjunto fueron los que me mostraron el camino, ayudándome a seguir, crecer y a creer en mí.

AGRADECIMIENTOS

A Gabriel, por haber estado siempre en esos momentos donde uno quiere tirar la toalla, para darme una palabra de aliento.

A Paola Martin, Paola Mengual, Carolina y Fernando por enseñarme lo que significa luchar y construir una amistad verdadera.

A María Silvia, por su enorme predisposición y gran ayuda durante toda mi carrera y sobre todo en la etapa final.

A Irupé, por haberme transmitido su valentía y al enseñarme su historia despertó aún más mi sensibilidad para con el sector de personas trans.

A Alejandro, por enseñarme y ayudarme tanto con su sabiduría.

A mi abuelo “Nene” por acompañarme siempre, casi sin notarse, la mayor parte de las veces, desde el silencio.

A la Universidad Siglo 21, gracias a su metodología, predisposición, y constante apoyo para con el alumno, apareció en mi vida en el momento justo, para poder terminar mi carrera que en algún momento veía abandonada.

“El mundo entero se aparta cuando ve pasar a un hombre que sabe adónde va”

(Antoine de Saint Exúpery)

RESUMEN

El presente trabajo ha sido elaborado con el objetivo de analizar si la reciente sanción de la Ley Nacional de Identidad de Género 26743 (24/05/2012) viene a ser el puntapié inicial o la norma definitiva que logra el ejercicio pleno de todos y cada uno de los derechos constitucionales, por parte del sector de personas transexuales, travestis y transgénero.

El sector social amparado bajo la norma mencionada en el párrafo anterior, actualmente posee el derecho a la libertad de elegir su identidad, pero ello no obsta a que en la realidad social sigan produciéndose hechos significativos de discriminación, violencia, desamparo e indignidad, por lo cual deberá estudiarse a fondo cuál es la política y la forma jurídica efectiva de lograr que se ejerzan plenamente cada uno de los derechos consagrados en nuestra Carta Magna (educación, trabajo, salud).

El análisis culmina con la afirmación o no acerca del grado de seguridad jurídica con el que cuenta el sector de personas travestis y/o transexuales, seguridad debida por el solo hecho de ser personas y formar parte de nuestra Sociedad.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze if law number 26743 about gender identity which was passed on May 24th, 2012 can be regarded as the landmark or the definite principle that determines the full exercising of each and all of the constitutional rights on the part of transsexuals, transvestites and transgendered people.

Although the individuals who belong to the social sector previously mentioned have the right to choose their gender identity, it cannot be disregarded the fact that significant acts of violence, lack of protection, discrimination and indignity against them have continuously been taking place in our society. That is why a thorough study on which are the best policies and the most effective legal ways to ensure the full exercise of each and all of the rights established in the Argentinian Constitution (education, employment and health) must be done.

The paper will, therefore, conclude the discussion of gender identity rights showing the result of the analysis about the degree of legal security transsexuals, transvestites and transgendered people are entitled to in our Constitution just by the fact of being human beings who belong to society.

INDICE TEMÁTICO.

PRIMERA PARTE

1. Introducción.....	7
2. Justificación y relevancia de la temática elegida.....	8

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

Marco Teórico Conceptual.....	11
1.Sexualidad Humana.....	11
a) Definiciones. La resistencia social a aceptar la diversidad de tipologías sexuales: diversidad y trato social.....	15
b) Identidad de Género. Problemática.....	26
2. El derecho a la intimidad. Su relación con el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.....	35
a) Concepciones. Esclarecimientos.....	36
3. El nombre.....	44
4. Derecho a la imagen personal.....	47
a) Noticias Históricas.....	48
b) Algunas concepciones actuales sobre derecho a la imagen.....	50

CAPITULO II

1. El marco jurídico en el Derecho Internacional.....	52
---	----

a) AG/RES.2653 (XLI-O/2011) de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.....	54
2. El marco del plexo jurídico nacional.	
a) Ley Nacional 23592 de Penalización de actos discriminatorio.....	59
b) Ley Nacional 25326 de Protección d Datos Personales.....	61
c) Ley Nacional 26618 de Matrimonio Civil.....	70
d) Ley Nacional 26743 de Identidad de Género.....	76
“El derecho a la Identidad de Género en el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial”.....	79
<i>CAPITULO III</i>	
Conclusión.....	83
<i>LISTA DE REFERENCIAS</i>	86

PRIMERA PARTE

1. Introducción.

La Ley de Matrimonio Igualitario y la Ley de Identidad de Género, personifican un giro copernicano en la normativa argentina sobre cuestiones vinculadas al género. Ambas leyes representan de la manera más típica los efectos que produce el cambio de perspectiva de una sociedad sobre este tema. La ley articula la voluntad de una sociedad plural que elige como institucionalizar ciertos contratos. Al paso que desbarata el prejuicio que sigue a una visión de la transexualidad como patología.

La nueva legislación en materia de género crea cambios significativos en materia de Derecho Civil y Derecho Administrativo, desde que legaliza las parejas homosexuales. Posibilita vincular el género con la propia autopercepción y no ya con aquello que se asignó al nacer y donde solo se tuvo en cuenta lo biológico. La norma consigue apartarse del arcaico concepto que sujeta a la persona a un género determinado a partir de su genitalidad, para cambiar ese género que le fuera asignado al nacer ya no deberá pedir autorización judicial, ni sufrir el menoscabo moral y espiritual de someterse a una evaluación medico psiquiátrica. La nueva normativa, rompiendo con el antiguo molde de establecer la identidad a partir de una pericia fundada solo en estereotipos y en datos biográficos, reconoce la identidad autopercebida. De tal suerte, que si la persona lo quiere, solo con solicitarlo, se le proveen de aquellos procedimientos médicos, hormonales o quirúrgicos, tendientes a adecuar su género tal y como esa persona lo percibe.

Esta cuestión incluida en la ley y que versa sobre el acceso a la salud y la posibilidad de asistencia médica en la reasignación de género, es única en el mundo, no existe en el derecho comparado registro de una ley de género que resuma esta última característica tuitiva.

Es indudable que el pensamiento dicotómico propio de la modernidad, que interpreta como elementos antagónicos características propias de un ser humano, es superado aquí con este cambio legislativo. La diversidad se hace presente, no se oculta, ya no funciona como excluyente social, ya no se organiza el espacio público y el privado sobre la base de preconceptos. La ley vence esa carga ideológica, la inspecciona y la adecúa a la realidad, ajusta la ideología a la autopercepción del sujeto para no dañar la persona intentando ajustarlo a la ideología. Se avanza en la autoconciencia y en el fortalecimiento de la propia percepción del género.

Esta investigación intenta analizar los progresos recogidos por la nueva legislación, sobre todo en materia de ciudadanía, para personas transgénero, transexuales, intersexuales, bisexuales, travestis, así como también para lesbianas y gays.

2. Justificación y Relevancia de la Temática Elegida.-

El debate de este asunto involucra un cuestionamiento a la plenitud y vigencia de los principios constitucionales que nutren a la igualdad jurídica y sostienen el derecho a la intimidad y a la identidad. Asimismo implica una indagación sobre la legitimidad moral del diferencial esgrimido durante años para justificar un trato

jurídico desigual. Abarca también la averiguación acerca de cómo reaccionó el derecho en este caso y de qué manera capaz de defender la eterna cuestión de la libertad, vale decir, aquella posibilidad del sujeto de decidir su propio plan de vida.

Los intersexuales no son el problema, la dificultad estriba en nuestra capacidad de comprender la cuestión, ahí está el verdadero problema. En nuestra disposición y en la de nuestras sociedades para percibir otras realidades, que viene por fuera de nuestro pensamiento binario y dicotómico, lógica dualista que apunta lo que es normal o no, lo que es funcional o no. Estamos acostumbrados en el mejor de los casos a tolerar, pero no a respetar. Tenemos la predisposición a conservar la práctica mental de catalogar, conceptuar, encasillar y clasificar todo.

El respeto puede ser un medio para salir de la lógica del concepto binario de la identidad de Género, pero también es el conocimiento, son estas dos herramientas las que nos va abrir la posibilidad de entender y tomar en cuenta que cuando estamos frente a la diferencia estamos primero y antes que nada frente a una subjetividad. De esta manera estaremos cimentando valores éticos diferentes a los existentes, aspirar a no pensar dualmente, respetando la diferencia, es una incesante gimnasia mental, difícil, pero importante para engendrar una imagen de pensamiento diferente que nos posibilite construir una sociedad más equitativa.

Decimos que abordar esta temática implicó reconsiderar y redefinir nuestras categorías mentales, morales y sociales y pensar la realidad de una forma que se ajuste a un compromiso social diferente, que nos permita dejar atrás conceptos, instituciones e ideas, con las que ya no nos es posible ni siquiera construir el presente.

Caminar hacia el futuro fue el desafío iniciado y mantenido a los largo de los años por la comunidad LGTBI (Comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales) y ese sigue siendo el desafío como única forma de alcanzar un nuevo estándar de vínculos sociales.

Poner la mirada sobre estos temas, comprenderlos, estudiarlos, nos permite dar un salto cualitativo hacia el futuro, hacia la construcción de una sociedad nueva sobre la base del reconocimiento de la diversidad y la ética de aceptarla y obrar en consecuencia.

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

Marco teórico conceptual.

La aproximación al tema de la sexualidad, el acercamiento responsable y comprometido de ciertos conceptos y de determinadas características o estándares relacionados con esta temática, nos abre el camino a comprender la relevancia definitiva que tiene el hecho de contar con una ley como la de “Identidad de Género”. Estos conceptos, estas definiciones, estas nociones nos van a permitir comprender, no solo el espíritu de esta ley, sino también su verdadero sentido y alcance.

Es necesario destacar que esta ley reconoce una indiscutible construcción colectiva, producto de años de trabajo, estudio, esfuerzo y sacrificio de los sectores involucrados, quienes tuvieron sobre sus espaldas la fatigosa labor de llevar al conocimiento general de la sociedad esta situación real y efectiva que afectaba a tantas personas y que con la aparición de esta nueva legislación se facilitan las herramientas para romper aquel arcaico molde dogmático de la binariedad sexual.

1. Sexualidad Humana:

Comencemos diciendo que se puede definir la sexualidad del hombre como: “una forma de expresión integral de los seres humanos, vinculada a los procesos biológicos, psicológicos y sociales del sexo” (García de Solavagione Alicia, 2008, p.17).

Esta vida sexual se encuentra íntimamente condicionada por el género al cual pertenece, y es ahí donde aparecen las primeras notas de lo dual, de ese concepto binario que va a marcar toda la cultura desde tiempos inmemoriales.

Esa posición dualista nos dirige rápidamente a una idea de polaridad, polos, extremos (blanco – negro, corto – largo, hombre-mujer). Cuando nos situamos dentro de un nivel tan complejo y tan permeado por dogmatismos arraigados, advertimos enseguida que la dualidad sexual no admite mudanzas, solo acepta, y férreamente, la inmutabilidad del género con el cual se ha nacido.

En esa polaridad los estados intermedios son prácticamente desconocidos o simplemente soslayados, cuando no son concebidos como anormales, antinaturales, desviaciones voluntarias o patológicas de lo normal.

Ese dualismo en materia sexual que es también bipolar, solo entiende que no se puede dudar de la identidad de género, que esta condición es indiscutible, axiomática, que el género no puede ser otro que aquel que la naturaleza ha asignado a la persona durante la concepción. Este pensamiento fuerza a la persona a admitir las concretas características del extremo genérico que le fue asignado biológica y culturalmente en el momento del parto. Para el dualismo no existe la posibilidad de dudar sobre la identidad de género, o se es hombre o se es mujer.

La admisión de la diversidad entre lo femenino y masculino, nos lleva a descartar la idea de una polaridad sexual, para dar nuestra enhorabuena a la diversidad de realidades que integran a la sexualidad humana.

Va a ser la ciencia quien echará más luz sobre este tema, poniéndole un mentís al prejuicio del dualismo, informándonos que existe un sexo biológico y un sexo psíquico social (García de Solavagione Alicia, 2008) y que a este sexo biológico además se puede diferenciar en:

- Sexo cromosómico o genético: es el que aparece al momento de la fecundación determinando así el tipo de cromosoma que corresponde (XX sexualidad femenina, XY sexualidad masculina).
- Sexo cromatínico: alude a la presencia de masa cromatínica sexual en las células femeninas mayormente, siendo de un porcentaje menor en las células masculinas.
- Sexo gonadal: alude a la presencia de ovarios en la mujer y testículos en el hombre.
- Sexo genital: referente a los órganos internos y externos del hombre (próstata, pene, etc.) y de la mujer (útero, vagina, etc.)

- Sexo morfológico: está referido a los rasgos que ostentan los seres humanos según el género que posean, acorde a las diferencias tales como contextura física, tono y timbre de voz, desarrollo de la musculatura, entre otros.

Y también cuando hablamos del sexo psicosocial diferenciamos entre:

- Sexo psíquico: Este está relacionado absolutamente con la tesis de “identidad de género”, por considerarse que ésta clase de sexo indica el verdadero y más puro sentir interno de pertenencia o no al sexo asignado.

- Sexo Social: Concierno a todo lo que se refiere a la educación de un ser humano desde épocas tempranas de su vida, la idiosincrasia del lugar donde habita y la forma de vida en la cual se desarrolla y vive, factores que determinan y le condicionan a futuro, estableciendo así el rol sexual a seguir (García de Solavagione Alicia, 2008).

Todos estos estándares sexuales se forman en un proceso continuo, siempre influenciados por factores hormonales, tales como estrógenos, progesterona, testosterona y psicosociales. Dentro de éste último factor hallamos dos conceptos ligados a la temática elegida:

- El rol sexual: referido a la sexualidad que se considera que una persona tiene desde su nacimiento, y en base a ello se decide el color rosa para las niñas y celeste para el varón (Alegre Marcelo, 2010), tratándose a partir de lo que indica esa situación. Esto se relaciona íntimamente con la polaridad que marca la dualidad sexual.

- La identidad sexual: apunta al sentir de una persona. La identificación definitiva aparece en la etapa precoz, la cual una vez establecida, no se puede cambiar (García de Solavagione Alicia, 2008).

Los cambios de paradigmas acerca de la sexualidad humana, traen aire fresco a esta cuestión del género. Si bien en cada ser humano encontramos la presencia de ambos sexos, el biológico y el psicosocial, cada vez va siendo más claro que existen estados intersexuales, rompiéndose así con el esquema de la polaridad hombre/mujer, bisexualidad/ heterosexualidad, etc.

a) Definiciones. La resistencia social a aceptar la diversidad de tipologías sexuales: Diversidad y trato social.

Para la elaboración de este apartado se han utilizado los contenidos y la nomenclatura de aquel enjundioso estudio, realizado por la “*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*” (en adelante “el estudio”). Comisión que en el año 2012, elaboró este trabajo en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) y que, sin la pretensión de agotar el tema, lo trata con singular precisión y claridad; recordemos que lleva este estudio el sugerente título de “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género; Algunos términos y estándares relevantes*”, acaso encareciendo la importancia de conectar a los derechos humanos tanto al tópico de la sexualidad de la persona, y su consecuente elección, como así también al de la identidad de género. Asuntos estos tres que según nuestra humilde

opinión no pueden dejar de marchar acompañados. Por todo esto, a él se remite al lector para mayor abundamiento sobre esta cuestión.

Así la CIDH a través de su “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género; Algunos términos y estándares relevantes”, nos trae las notas principales, sobre los términos y patrones principales que a continuación se detallan.

- Sexo

Sobre el punto la CIDH nos explica que un sentido muy acotado, cuando intentamos definir sexo nos representamos una idea de división, de segmentación desde la diversidad.

El término sexo estaría relacionado pura y exclusivamente a diferencia, a divergencia biológica entre el hombre y la mujer, haría referencia a características meramente fisiológicas, a una yuxtaposición mecánica de rasgos donde se intenta definir como mujeres y hombres al amplio espectro de seres humanos, dividiendo a las personas sobre la base de una construcción biológica que solo atiende a particularidades genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas, que solo sirve para clasificar en el momento del nacimiento de una persona ya como macho o ya como hembra.

- Personas intersex

El Estudio elaborado por la CIDH viene a reconocer otra calidad dentro del sexo además de mujer y varón. Desde esta certeza habla de las personas intersex y reconoce que tal condición también tuvo acogida en la doctrina, quien define a la

intersexualidad como cada una de esas circunstancias en las que el cuerpo sexuado de un individuo se transforma en relación al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente.

Históricamente la visión de esta identidad biológica concreta se ha indicado a través de la imagen mitológica del hermafrodita, la persona que nace con uno y otro sexo, es decir, literalmente, con pene y vagina.

Explica el Estudio, que tanto el campo de lo jurídico como el de la medicina y los movimientos sociales, encuentran a este término como el más adecuado para referirse a estas personas.

Digamos por nuestra parte que este estado se entiende como intermedio, como un estatus inter, que contradice esa proposición de binariedad sexual, que como construcción cultural fue sostenida, respaldada y nutrida a partir de lo moral, religioso, y científico desde el momento inaugural de la sociedad y el derecho.

Esa binariedad dogmática, de términos absolutos e intransigentes, empieza a ceder frente a la perspectiva de elecciones sexuales diferentes, múltiples, como las que individualizan a las personas travestis, transexuales y aun a la categoría intersexo/transgénero.

Se va a replantear la añeja segmentación masculino / femenina, desbrozando el camino para la confirmación de realidades intermedias, que están y hacen a la realidad

en la cual vivimos. Se produce un cambio a nivel conciencia desde que se reconoce lo humano como condición esencial y previa para pensar estas cuestiones.

La sola existencia del fenómeno de los estados intermedios marca la pauta de responsabilidad que el Estado, la sociedad y cada ser humano deben tener, para convertirnos en un país intercultural donde cada grupo humano se encuentre protegido e incluido (Gerlero Mario Silvio, 2009).

Una persona es intersexual entonces, cuando por causas congénitas no posee la anatomía de un varón o de una mujer, no existiendo además una necesaria correlación entre los factores que componen el sexo biológico y el sexo social. Esa tipología que hace a la composición masculina o femenina a nivel de anatomía no se encuentra desarrollada en su totalidad e integridad, como para que se pueda encuadrar al sujeto en uno de los dos polos (Saldivia Laura y otros, 2010).

Hoy se empieza a emplear con mayor y mejor frecuencia la palabra intersex, cuyo significado para algunos autores es aún más amplio, porque para ellos contiene e incluye casos de hermafroditismo, pseudohermafroditismo, travestismo, transexualismo y homosexualidad (García de Solavagione, Alicia 2008). Lo cierto es, que en todos los casos la idea es una sola y la misma, aniquilar la división perjudicial, enojosa y discriminativa propiciada desde el dualismo de esa binariedad sexual.

- Género

Aquí el Estudio traza una diferencia necesaria entre sexo y género, considerando al primero como un mero dato biológico si demasiadas implicancias, mientras que al género lo estima como una construcción social.

El género está relacionado directamente con la construcción de una identidad determinada, de una función reconocible, es coherente con los atributos que recaen sobre la mujer o el hombre fruto de una asignación de roles producto de la construcción social y a la significación que una sociedad le atribuye a tales diferencias biológicas.

Se precisa en este estudio que no solo socialmente se ha establecido una diferenciación entre sexo y género sino que tal distinción a permeado a la doctrina hasta alcanzar la labor legislativa.

Lamentablemente a nivel internacional y en el ámbito doméstico estas expresiones son usadas de manera intercambiables, de ahí que ciertos instrumentos internacionales y otros plexos legales que al momento de su composición no vislumbraban la categoría género, se explica que la calidad sexo alcanza también la cualidad género, con el fin de certificar la esencia útil del amparo jurídico integral, nos dice oportunamente el estudio.

- La orientación sexual

Para el estudio de CIDH, la orientación sexual de una persona está emancipada de su sexo biológico o de la identidad de género. Este estudio la define como la

eventualidad de que un sujeto pueda sentir, percibir una intensa afinidad emocional, afectiva y sexual por personas de un género desigual al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la aptitud para sostener relaciones íntimas y sexuales con estos individuos.

En este aspecto se sitúan las categorías heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad, a las que sucintamente se las describe de la siguiente forma:

Heterosexualidad: Es la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y al poder mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Homosexualidad Es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y al poder mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Aclara este “estudio” de la CIDH que de la investigación recogida por la Comisión se advierte una preferencia en el movimiento LGTBI (Comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales) a reivindicar el uso de los términos lesbiana, para hacer referencia exclusiva y excluyente a la homosexualidad femenina y gay o gai, para nombrar a la homosexualidad tanto masculina como femenina.

Bisexualidad: Es la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su

mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

- La identidad de género

La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos desarrolló una serie de principios legales denominados Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género que fueron presentados en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra en marzo de 2007 y son estos principios de Yogyakarta, los que van a describir a esa “identidad”, así, se dice que esta es la experiencia íntima y propia del género tal como cada individuo la siente intensamente, la cual podría recaer o no con el sexo establecido al momento del nacimiento, implicando la vivencia personal del cuerpo y otros términos de género, involucrando el atuendo, las cualidades al hablar, los gestos y otras particularidades.

Dentro de la identidad de género se ubica también a la categoría transgenerismo o trans, que es un rotulo debajo del cual se colocan diferentes variantes de la identidad de género, pero que siendo múltiples reconocen un eje central que las une, esto es, la falta de aquiescencia entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido culturalmente estipulada para este.

Del mismo modo podría también definirse como “la discordancia entre el sexo biológico y la identidad de género de una persona” (Alcaraz Rodolfo y Abril, 2008, p.11).

En definitiva la persona transexual es la que nace con un determinado sexo pero siente encajar en el opuesto, sometiéndose así a operaciones y tratamientos físicos (hormonas, cambio de sexo), a fin de lograr la coincidencia entre el sexo biológico y el sexo psicológico que posee (Mizrahi Mauricio Luis, 2006). Esto último es puesto en tela de juicio desde el estudio realizado por CIDH, ya que en el mismo se afirma que un sujeto trans puede montar su identificación de género libre de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

Con su singular maestría, Aída Kemelmajer de Carlucci, enseña que "... el homosexualismo no se identifica de ninguna manera con el transexualismo, determinado por una divergencia del sexo anatómico, explicitado genética y hormonalmente, y el sexo psicológico.

El transexual inviste un sentimiento hondo e inalterable de pertenecer al sexo opuesto al que está inscripto en su acta de nacimiento y que el problema de los transexuales "es más difícil de entender desde el punto de vista psicológico y médico pues no se reduce a una preferencia sexual, sino a toda una metamorfosis" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Derecho y homosexualismo en el Derecho comparado", Revista de Derecho de Familia N° 13, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 186).

Brevitatis causae, digamos que las personas transexuales se sienten y se admiten a sí mismas como pertenecientes al género opuesto al que social y culturalmente se les haya estipulado. Sienten que están encerradas en un cuerpo físico

equivocado, en virtud de un error de la naturaleza que hizo que nacieran con órganos genitales que determinan un sexo que no se corresponde con el que predominantemente habita en su psiquis. Están persuadidas de pertenecer al sexo opuesto, siendo tal cautiverio el que lleva a la lucha y logro de poder unificar su sentir con su anatomía física (Mizrahi Mauricio Luis, 2006).

Es necesario aclarar que intervenciones quirúrgicas que permitan la ablación, disminución, transformación o amputación de órganos genitales y que estén destinadas en exclusividad al cambio de sexo biológico, no están permitidas en la legislación argentina. De ahí que la persona transexual, que quiera acceder a algún tipo de intervención quirúrgica conocida como “cambio de sexo”, se encuentra obligada a poner en marcha los mecanismos procesales a los efectos de solicitarle al Estado la venia correspondiente, que le permita acceder a la intervención quirúrgica que les es indispensable para poder unir su sentir exterior con el interior (Gorali, Vera y otros, 2007).

Por último, y sin agotar el tema, decimos que es la Teoría Genética la que explica la transexualidad en la alteración del sexo genético; es la Teoría Neurohormonal la que encuentra el origen de la transexualidad en una anomalía en las estructuras neuroendocrinas, teoría esta que no ha logrado ser convenientemente demostrada; es la Teoría Psicosocial la que sostiene que la transexualidad puede tener su origen en las influencias que poseen los entornos familiares donde el ser humano se desarrolla; y finalmente es la Teoría Multifactorial la que hace referencia a todos los tipos de cambios a que puede estar sujeto un individuo en momentos en que se

encuentra más vulnerable a la influencia exterior, es decir, distintos factores que pueden originar confusiones en la persona (García de Solavagione Alicia, 2008).

En la realidad de los hechos encontramos otras formas de transexualidad que no forzosamente abarcan cambios a nivel físico, entre estas categorías se hallarían las personas travestis.

Las personas travestis son aquellas que formulan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico.

La identidad de género se edifica aquí desde la apariencia física, el goce personal que genera la vestimenta opuesta al sexo biológico que posee. A diferencia de otro transexual, el travesti no siente incomodidad, ni niega su sexo asignado al momento del nacimiento (Mizrahi Mauricio Luis, 2006).

La construcción de la identidad para el ser transexual se basa en lo exterior, en el bienestar que le genera el cambio de atuendos, actuando así acorde a su sexo psicológico (García de Solavagione Alicia, 2008).

Por todo esto se entiende al travestismo como un género performativo. Porque por el solo hecho de ser, extraen desde ellos mismos lo que son y significan. Se bastan a si mismo poniendo en relieve su naturaleza sin tener que ser encasillados en lo masculino o lo femenino. Vienen a ser una suerte de revolución de los dos sexos biológicos existentes, con características compartidas de ambos, generando una

desconstrucción de la noción “género”, ya que no se encuentra ni en lo varonil, ni en lo fémica, sino que permanentemente adopta y mezcla características de ambas sexualidades (Fernández Josefina, 2004).

En relación a estas categorías existen discusiones legales médico-científicas y sociales, que desde diferentes perspectivas se aproximan a ellas. Sin embargo, existe un cierto consenso para referirse o autoreferirse las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización masculino-femenino.

- La expresión de género

Siguiendo al Estudio realizado por la CIDH, señalamos que la expresión de género ha sido precisada como la expresión exterior de los atributos culturales que consienten identificar a una persona como masculina o femenina con respecto a los modelos reflexionados como propios de cada género por una determinada sociedad en un período histórico determinado.

Esta idea de determinar cuáles son los elementos que componen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido origen de abusos contra los derechos humanos de aquellas personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los

gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género.

Se ha establecido que la expresión de género está referida a los aspectos externos de una persona y de la percepción social que de la identidad de género de esa persona se hace consecuentemente.

La expresión de género es una expresión externa y, aun cuando no se corresponda con la auto-definición de la identidad, puede ser asociada por terceros con una determinada orientación sexual o identidad de género.

En el ámbito jurídico esta distinción tiene relevancia pues permite la protección de una persona con independencia de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género, o es únicamente percibida como tal.

b) Identidad de Género. Problemática.

Sabemos que la sexualidad se patentiza en todas las actividades del ser humano, y que especifica al individuo socialmente, es decir lo define, lo identifica, lo dota de identidad, para ser aceptado, reconocido socialmente en todo cuanto ella implica, que se reverencie su realidad personal, es decir que no se perturben o modifiquen todos y cada uno de sus particularidades y tipologías de lo que compone su propio perfil cultural (Fernández Sessarego Carlos, 1992). Es innegable, por cierto,

que esta singular forma de identificación va a encontrar apoyo entre los principios que nutren al derecho, fundamentalmente en el principio de libertad personal (Bidart Campos, Germán J., “El derecho a la identidad sexual”, ED 104–1024).

Pero más allá de esta perspectiva rudimentaria los nuevos aportes nacidos tanto en el ámbito de las ciencias de la salud, como en el de las ciencias humanas en general, han conseguido que se progrese en la comprensión de la compleja problemática de la sexualidad humana.

Se dice entonces que ahora existe una nueva visión, superadora de tradicionales perspectivas simplistas y reduccionistas, que por su unilateralidad resultaban insuficientes para dar cuenta de todas las connotaciones vinculadas con temas atinentes a la identidad personal en general y con la identidad sexual en particular (Peces Barba Gregorio, 1995).

Es a partir del reconocimiento del derecho a la identidad personal, respecto del cual el derecho a la identidad sexual está en una relación de género a especie, que se ha alcanzado una visión más profunda y de mayor densidad que el elemental concepto anterior vinculado tan solo a una mera identificación social.

La problemática de la Identidad de Género plantea no sólo múltiples aspectos de orden jurídico, sino también otros de índole moral y cultural. Desde lo jurídico, la rigidez del derecho presupone un escollo casi insalvable para el transexual que procura alcanzar su identidad de género. En el momento del alumbramiento el

obstetra se limita a constatar las características de los órganos genitales estableciendo así el sexo, que luego quedará firme en la partida de nacimiento.

Y es este documento jurídico, esta partida, la que jugará un papel de gran importancia en la realidad cotidiana del ser humano, partida donde se fijó el sexo de una persona tan solo desde la simple observación de su genitalidad, desde una apreciación de lo exterior.

De hecho el conflicto aparece en el momento que surgen discordancias entre el sexo determinado en la partida con el sexo "psicológico o psicosocial". Esta circunstancia la mas de las veces ocasiona pesar y sufrimiento en el afectado, llegando incluso a afectar su salud en sentido integral, su vida de relación en los distintos ámbitos sociales, y en última instancia a su propia dignidad como persona.

Tal discrepancia entre el sexo determinado en base a particularidades externas, y el sexo psicológico y psicosocial, genera diversos dilemas, a los que el orden jurídico, en la medida de sus posibilidades, debe ofrecer una solución, a partir de una mirada abarcativa, superadora y multidisciplinaria, arraigada en la Bioética, y necesariamente, íntimamente relacionada con los derechos humanos. Como nos enseñaba Bidart Campos, diciéndonos que la mejor articulación de la Bioética es la que la sujeta a los derechos humanos (Bidart Campos Germán, 1999).

Ahora bien, en esa problemática de la discordancia entre el sexo aportado por la biología y el sexo sentido desde lo psicológico o desde lo psicosocial, existe la posibilidad de adecuar uno a otro, tal solución aportada desde la medicina consiste en

una intervención quirúrgica, que permite adaptar los genitales externos al sexo psíquico del paciente. Hay que dejar en claro que la intervención quirúrgica en el transexual no debe señalarse como cambio de sexo, ya que el cambio existe previamente en el psiquismo del paciente, es tan solo una adecuación de la genitalidad.

Y se adaptan los genitales debido a que la orientación psíquica es prevalente, fatal, ineludible y esto se muestra en el hecho de que la psiquiatría, el psicoanálisis, la psicología y la psicoterapia, son estériles para transformar la inclinación mental y ajustarla a los atributos físicos. Este tratamiento psiquiátrico falla sistemáticamente y, por ende, solo resta la solución inversa que es adaptar el cuerpo a la mente, instalación psíquica que se avizora como irreversible.

Es por ello que, más que una metamorfosis, lo que ocurre es una estabilización y definición necesaria para volver a asociar el conjunto con sus componentes elementales, devolviendo la armonía a todos los caracteres físicos y psíquicos. No hay una mudanza de sexo voluntaria y caprichosa, sino una verdadera terapia para lograr la identidad sexual, pasando de su dislocación a la unidad psicosomática, con provecho de la personalidad humana y sus caracteres. Es cuestión, entonces, propia del derecho a la salud, como destacada prolongación del derecho al cuerpo, de la plenitud del desarrollo del ser humano en una vertiente principalísima que atañe a la identidad personal y a la privacidad o intimidad de la vida (Cifuentes Santos, 1995).

Un transexual, antes de su conversión legal al sexo vivido, que involucra también una afirmación social de su identidad, no tiene estabilidad emocional ni equilibrio psíquico. Vive en una verdadera “angustia existencial” que lo priva de la

paz, la tranquilidad de espíritu y de la serenidad del ánimo. Transcurren sus días en una invariable batalla por lograr ser socialmente admitido en su verdadera identidad sexual, manifestada a través de la comunitaria proyección de su personalidad. De ahí que el estado del transexual se puede definir como privado de aquello en que consiste la salud, entendida como bienestar integral.

Habida cuenta que la Organización Mundial de la Salud, en 1946, declaró que “la salud es un estado de completo bienestar psíquico, mental y social, no consistiendo solamente en la ausencia de enfermedad”, y conforme al artículo 33 de la Constitución Nacional, la transformación sexual o reasignación quirúrgica de sexo y su correspondiente adaptación registral, no sólo no se contradice con el derecho a la salud, sino que por el contrario es uno de sus fundamentos relevantes.

La medicalización de la sexualidad encarna a la bioética preocupada recintos de la sexualidad que la sociedad a partir del derecho ha resuelto regular pero que se abstiene de emitir juicios morales dogmáticos y paralizantes sobre actitudes y actividades sexuales.

Aquí como en casi todos los campos del quehacer humano el derecho tiene un elemental sentido liberador de la persona. Su fin es refrendar a cada ser humano, desde su propia dignidad, su realización personal. El derecho, al regular conductas humanas intersubjetivas según valores, debe conceder a cada sujeto, dentro del respeto al derecho ajeno y enderezado al bien común, la posibilidad de elegir, en cuanto ser libre, su proyecto de vida.

En el caso de los transexuales, sus vivencias contienen un honda tragedia humana en el cual el propio cuerpo, su morfología exterior, le impide vivir de acuerdo con su elección no existe otra alternativa que, agotadas todas las que brinda la ciencia, los ayude a ser como decidieron ser. A diferencia de los homosexuales o los travestis, el transexual es un ser atormentado, que no puede oponerse a una fuerza irresistible, incontrolada, superior a su voluntad.

No existe otra solución posible, ante el fracaso de los tratamientos médicos, psiquiátricos, u hormonales. No cabe exterminarlos, concentrarlos, ni marginarlos. Debemos darles la oportunidad de realizarse, de insertarse en la sociedad tal como son, y no mantenerlos en la prisión de una apariencia, de una mentira, de una falsa moral. Lo moral es vivir honestamente su propia situación, ya sea como hombre o como mujer y no llevar una vida de frustración en la cual se es “aparentemente y formalmente” de un sexo mientras que el comportamiento social, visible y elocuente, corresponde al sexo opuesto. ¿Es honesto permitir este engaño en nombre de la genética, de los cromosomas, de una moral que no se sustenta en la conciencia de la propia persona? (Fernández Sessarego Carlos, 1992).

Bidart Campos considera que figurarse un tercer sexo sería facilitar inmoderadamente las cuestiones, callando racional y abstractamente efectivas tragedias humanas, que solo durar con el axioma del sexo según la pura genitalidad es inaceptable, y que inclusive el magisterio de la iglesia amonesta imaginar al sexo como una expresión reducida a lo genital (Bidart Campos G., “El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados”, Jurisprudencia Argentina, III, pp. 103-110).

Hagamos un alto aquí para recordar aquel ya histórico e importantísimo fallo del 2 de mayo de 1997, donde el entonces Juez José Luis Dreger, le otorgó la identidad femenina al transexual Mariela Muñoz basándose, entre otras cosas, en la Ley 23.592, antidiscriminatoria, en tratados internacionales y en la “irreversibilidad” del hecho, tras una operación que adecuó la morfología externa al sexo psicológico y fallos anteriores como el de hermafroditismo de 1994 (Juzgado C y Com. N° 8, de Quilmes, mayo s/f 997 N° 1438, “Muñoz”, La Ley 1997 pág. 957 y ss.)

La demanda se había iniciado el 15 de noviembre de 1994 en el Juzgado N° 5 de Quilmes – Pcia. de Buenos Aires, la base fáctica de la misma fue que el sexo psicológico de Mariela era femenino desde la infancia y previo a la intervención quirúrgica por adecuación de sexo que se había hecho practicar en Chile en 1981. La demanda fue rechazada por objeto improponible. Hubo una apelación a la Cámara Civil de Quilmes que dio a lugar y la causa se radicó en el Juzgado N° 8, y que finalmente falló a favor el 2 de mayo de 1997.

Este fue un fallo emblemático, sobre el que hubo nutridas opiniones a favor y que abrió la puerta para que por vía del amparo muchos transexuales pudieran acceder a la intervención quirúrgica de adecuación sexual. Respecto del mismo decía el Dr. Eugenio Zaffaroni que se trata de aceptar una realidad de hecho, un derecho a la identidad que está más allá del Código Civil. Ese cuerpo normativo no dice nada al respecto ni a favor ni en contra. Por eso, en contextos así, los jueces están constreñidos a elaborar por leyes análogas como el caso de los tratados internacionales, que además están por encima del Código Civil.

En igual sentido se pronunciaba el Dr. Ricardo Monner Sans diciendo que todo lo que auxilie a concluir con la discriminación se compadece con las más modernas normas constitucionales.

El Dr. Isidoro Goldenberg, profesor titular de Derecho Civil de la UBA, opinaba que no se debe hablar de cambio de sexo sino solo de adecuar la posición social de una persona a su auténtica realidad fisiológica. Juegan en ese caso elementos que hacen a la identidad sexual y a la no discriminación. Todo ello siempre que esté preservado por peritajes clínicos y fisiológicos teniendo en cuenta la irreversibilidad de la situación (Goldenberg.I, Monner Sans R., Zaffaroni E., 1997).

Consideramos pertinente transcribir aunque mas no sea un párrafo de este fallo sin precedente, acaso porque lleva en su seno un análisis impecable de la problemática del transexual y su identidad de género, dice el párrafo:

“...Añade que una posición puramente jurídica del problema resulta parcial si gira en torno de la presunta delictuosidad de la intervención transformadora del sexo morfológico genital. El delito de lesiones mutilantes que prevé el Art. 91 del Código Penal tal vez no nos diga demasiado si es que la perspectiva global no se desembaraza de un reduccionismo dogmático penal.

En primer lugar cabe pensar que en todo caso el delito tendría por autor sólo al cirujano que hizo la operación y no al transexual operado. En segundo lugar, preguntamos a los penalistas si a alguno de ellos se le ocurriría encuadrar en la

criminalidad a la conducta del médico que, para conjurar un cáncer, extirpara los ovarios de una mujer o los testículos a un hombre ¿no queda al menos una fuerte duda si es delictuoso realizar una operación de cambio de sexo para morigerar en algo una anomalía y con ello el drama de la vida? En tercer lugar, si la operación se realizó fuera del país, la territorialidad que es un principio de la ley penal vuelve bastante estéril el análisis del encuadre penal cuando en nuestro país no se trata de juzgar una conducta penal sino la identidad sexual en sede civil. En cuarto lugar no estamos muy seguros de que cuestiones como la propuesta al Tribunal involucren siempre al orden público y a la moral social, porque a lo mejor cupiera reducirla en el orden de la intimidad reservada a la moral autorreferente. Hay algún dato objetivo en la jurisprudencia para al menos pensar si un problema tan íntimo como la identidad sexual admite que el intento médico-quirúrgico se perfilara mejor de lo que genítalmente aparece en la morfología de un ser humano y caiga redondamente y a priori en un reproche penal”.

Con el caso de Mariela Muñoz, la transexualidad se instituyó como tema de debate público, además de convertirse en un paradigma donde el dilema existencial de anudó en torno de una noticia que traía consigo datos inquietantes y desestructurantes, un hombre funcionaba como madre desde incluso la transgresión, era un hombre que decidía ser mujer y así lo exteriorizaba y lo hacía desde una doble trasgresión; el cambio de identidad de las criaturas a su cargo, inscriptas como hijos biológicos, y la intervención quirúrgica destinada a modificar su anatomía (Giberti, E., 1993).

De lo dicho concluimos que los problemas vinculados con la transexualidad, que demandan de una acometida y valoración interdisciplinaria, ponen a su vez de

manifiesto el creciente entrelazamiento entre ética, medicina y derecho en las sociedades actuales.

Antes de finalizar esta cuestión, es bueno aclarar algunos conceptos. Hablamos de transexualidad, porque ese es el ámbito donde se presenta el conflicto entre el sexo biológico que es rechazado, y el psicológico; cuando nos referimos a homosexualidad aludimos a aquella situación donde el individuo no niega su sexo biológico, aunque sienta atracción por personas del mismo sexo; si de travestismo se trata, la situación se relaciona con aquel que sin negar su sexo biológico, siente placer y excitación al vestir indumentaria del sexo opuesto y de hermafroditismo, cuando biológicamente se coloca al individuo entre los dos sexos, compartiendo caracteres externos y/o internos correspondientes a ambos géneros o cuando presentare órganos genitales ambiguos.

Cerramos este apartado citando a Julio C. Rivera, quien nos explica que el transexual "es un sujeto que tiene la convicción absoluta de pertenecer al sexo opuesto a aquel que revela la exterioridad de sus órganos genitales". Está "convencido de ser una mujer apresada en un cuerpo de hombre, y tener por ende los sentimientos, actitudes, deseos e intereses del sexo opuesto" (Rivera, Julio C., "Transexualismo: Europa condena a Francia y la casación cambia su jurisprudencia", en ED 151-915).

2. El derecho a la intimidad. Su relación con el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.

El tema ha promovido numerosos debates tanto en el ámbito de lo jurídico, como en el de la opinión pública. Frecuentes son las discusiones acerca de la línea divisoria entre lo público y lo privado, sobre cuál es su frontera y si efectivamente existen tales límites. El derecho se pregunta si ciertas prácticas atentan o no contra algo tan preciado e inseparable de la condición humana: el derecho a la intimidad.

a) Concepciones. Esclarecimientos.

Ekmekdjian, concibe a la intimidad como la potestad que tiene cada persona de disponer de un espacio, de un ámbito privativo o fortificación inabordable de libertad individual, el cual no puede ser conquistado por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden adjudicarse diversos caracteres (Ekmekdjian Miguel A.,1993).

Con otros fundamentos Quiroga Lavié lo delimita como el respeto a la personalidad humana, de la clausura del hombre, de lo interno de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseadas. En definitiva es un derecho personalísimo que permite despojar a las personas de la divulgación de su vida o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos (Humberto Quiroga Lavié, 1993).

Bidart Campos, diferencia el concepto de intimidad del de privacidad. Así, define la intimidad como la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero, y la privacidad es la contingencia irrestricta de ejecutar

acciones privadas que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos (Bidart Campos Germán, 2001).

Etimológicamente intimidad procede de íntimo y este a su vez de intimus, forma adverbial superlativa que expresa "lo más interior", "lo que está más interiormente". Intimo es entonces todo aquello que está lo más internamente posible. El diccionario de la Real Academia Española en su segunda entrada, en la segunda de sus acepciones para el vocablo intimidad nos dice que es la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia (RAE, 2013)

Desde la pedestre significación del hombre de a pie, la intimidad es aquel círculo que encierra e incumbe al espacio espiritual del hombre, alcanzando su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas. Lo íntimo está más fuera del alcance del interés público que lo privado.

Para Cifuentes el derecho a la intimidad es un derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos (Cifuentes Santos, 2008).

A su vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto al derecho a la intimidad lleva dicho: "el derecho a la privacidad e intimidad, fundado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, protege jurídicamente en relación directa con la libertad individual un ámbito de autonomía personal, así como acciones, hechos y

datos que, conforme a las formas de vida acogidas por la sociedad, están reservadas al individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por extraños implica peligro real o potencial para la misma intimidad” (CSJN, 11-12-84, E. D. 112-239).

“La jurisprudencia argentina elaboró toda una doctrina sobre este particular. En principio se estableció que el derecho a la privacidad e intimidad, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significan un peligro real o potencial a la intimidad” (CSJN, 15-4-93, E. D. 152-569).

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también adoptaba el criterio de los restantes tribunales. Por ejemplo se dijo que el denominado derecho a la intimidad es el que tiene toda persona humana a que sea respetada su vida privada y familiar, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Se trata de hechos de menos gravedad y que solamente afectan a valores morales de la vida doméstica o de la debida cortesía que impone entre los hombres la convivencia en el seno de la sociedad (CNCiv., Sala A, 27-4-78, E. D. 80-728; sala I, 23-5-91, E. D. 149-543).

Se manifestó que la tutela del derecho a la intimidad debe ejercitarse frente a cualquier penetración, intención, astibo u hostigamiento; dicho amparo tiende a resguardar la intangibilidad de la reserva de la vida privada del individuo y su entorno familiar, sustrayéndola del comentario público, de la curiosidad (CACCom. de Morón, Sala II, 2-4-92, E. D. 150-474).

Referido a la normativa en particular se dijo que el artículo 1071 bis del Código Civil contempla, más allá de la revelación de secretos o de intromisiones en lo reservado e íntimo, los ataques u ofensas que mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos perturban de cualquier modo su intimidad. Es decir si superada la mera revelación de lo privado se acentúa la lesión por la molestia que produce, prevalece éste segundo aspecto y la cuestión roza y hasta se confunde con la estima propia - del voto del Dr. Cifuentes - (CNCiv., Sala C, 27-6-89, E. D. 136-236).

Fernández Sessarego manifiesta que el derecho a la identidad sería el conjunto de atributos y características psicosomáticas que individualizan a la persona en sociedad; es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo, y no otro; rasgos de la personalidad que se proyectan hacia afuera y permiten a los demás conocer a cierta persona en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto ser humano. Es la identidad dinámica, fluida, en proceso de cambio y enriquecimiento; o sea, el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos, la posición profesional, religiosa, ética, política y los rasgos psicológicos (Fernández Sessarego, Carlos - “El derecho a la identidad personal”, La Ley, 1990-D-1248).

En nuestra Constitución Nacional el derecho a la intimidad está plasmado en el artículo 19, acaso el más importante de los artículos de nuestra Carta Magna, porque desde él proceden todos los demás derechos, sobre todo de la segunda parte del artículo 19, la parte estrictamente preceptiva.

La lógica de este artículo es férrea, las leyes regulan solo los actos exteriores y públicos, y son públicos aquellos actos donde necesariamente hay intersubjetividad, el mismo artículo lo está diciendo al equiparar a las acciones que ofendan a la moral pública con las acciones que perjudiquen a terceros, como se ve siempre está presente la idea de intersubjetividad, no el hombre aislado y sólo sino siempre frente a terceros, vale decir, la ley solo regula los actos humanos relacionados con el orden de la sociedad. Todos los demás actos o acciones humanas no quedan sujetos a regulación por parte de la ley positiva o la autoridad de los magistrados.

Los actos que sí inciden sobre derechos ajenos y tienen repercusión en la comunidad son públicos porque a él pertenecen los bienes lesionados: el orden, la moral pública y los derechos subjetivos de los terceros. Por lo tanto, entran bajo la autoridad del Estado.

Lo que protege el 19 entonces, son todos aquellos actos privados que por no ofender el orden, y la moral pública ni perjudicar a terceros, no pueden ser reglados por la ley o caer bajo la órbita de la autoridad de los magistrados.

El régimen constitucional de protección a la intimidad se completa con los artículos 18, 43 inc. 3, y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, conteniendo este

último artículo citado los llamados instrumentos internacionales que luego de la reforma de 1994, pasaron a formar parte de nuestra legislación nacional, a saber: el artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 11 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y artículo 1071 bis del Código Civil.

A esta concepción del derecho a la intimidad, podemos visualizarlo desde dos abordajes yuxtapuestos: desde lo objetivo y desde lo subjetivo. El primer enfoque se refiere decididamente a ese ámbito personal, íntimo, indelegable e irrenunciable, en el cual la persona desarrolla su vida, con la perentoria necesidad de prescindir de toda intromisión que pueda perturbar u obstaculizar en normal avance de alguna actividad.

En el segundo enfoque, el derecho a la intimidad apunta al aspecto comunicacional, es decir que es el propio ser humano, titular de éste derecho, quien elige y decide qué es lo que debe darse a conocer a terceros respecto de esa intimidad de la cual goza (Rebollo Delgado Lucrecio, 2005).

Así planteada la cuestión y definido los límites protectorios del llamado derecho a la intimidad, pasemos a relacionar esto con la problemática de la persona transexual. Tanto en doctrina como en jurisprudencia se ha debatido el problema relativo a cómo debería ser la tutela de la intimidad del transexual, cuáles serían sus alcances y la manera de hacerla efectiva. Esto reviste suma importancia porque la esfera de derechos de uno no puede invadir la esfera de derechos de otro menoscabándolos.

Una decisión personal e interna como lo es la elección de género no puede ser considerada como perjudicial para el orden público y la moral, como tampoco tal decisión debe dar lugar a desigualdades. Todos tenemos idénticos derechos.

Citar el artículo 19 de nuestra Carta Magna en primer término significa el inicio de un gran debate como lo es la identidad de género. Vale destacar que el artículo transcrito anteriormente tiene relación directa con el derecho a la intimidad, la cual “responde a la necesidad básica de preservar una libertad espiritual indispensable en el campo vital que circunda al hombre de manera próxima e interior en grado superlativo, eliminando intromisiones, fiscalizaciones e influencias foráneas susceptibles de alterar su tranquilidad” (Zavala de González Matilde M., 1982, p.25).

Así por ejemplo en el caso de la rectificación de la partida de nacimiento no se estaría protegiendo convenientemente la intimidad de la persona, porque éste remedio mantiene la publicidad, no la aniquila. Acaso la solución más eficiente sería la anulación lisa y llana de la partida, en tanto no afecte al orden público, a la moral y a las buenas costumbres, prescriptas en el art. 19 de la Constitución Nacional.

En este sentido falló el Tribunal de Río Tercero “con el asiento marginal se convierte en una forma de exteriorización del problema del sujeto que, aunque con menor intensidad y frecuencia, mantiene latente la afectación de su privacidad”, “corresponde la nulidad de la inscripción registral porque la misma contiene un error sobre un dato esencial de la personalidad en obvia referencia al sexo y nombre, destacando también al mismo tiempo que la rectificación mediante un asiento marginal en la partida exterioriza su situación de transexual a quien acceda a tal

registro, lo cual afecta su privacidad (1º instancia Río Tercero, 25/2/91, Seminario Jurídico, 831 – 1991 – 337, citado por Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, vol. 2-C, Daños a las personas - integridad espiritual y social, Bs.As., 1994, p289).

Asimismo el Juez en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata Dr. Pedro Hooft, en fallo de fecha 6/11/97, dispone ordenar la anulación parcial y absoluta de la partida de nacimiento originaria, por contener la misma un error esencial respecto a la identidad de la persona -sexo y nombre- y dispone la nueva inscripción de nacimiento de la misma persona pero cambiando el nombre y el sexo y emisión de nuevo documento nacional de identidad con los datos ajustados a la nueva partida (Bidart Campos, Germán J., El Derecho a la Identidad Sexual, en El Derecho, 104-1024).

En igual sentido el Dr. Horacio Gianella, titular del Juzgado Civil, Comercial y Minas Nro. 14 de Mendoza en fallo de fecha 24/11/1998, dispuso ordenar la rectificación del acta de nacimiento del peticionante cambiando el nombre y sexo, bajo el argumento de que "...mal podría denegarse lo pretendido so pretexto de lo que pueda hacer la peticionante tras su nueva situación, creando una suerte de "presunción en contra" de quien ha esgrimido su pretensión con seriedad y dignidad, avalada por la prueba técnica y también "humana" incorporada en autos".

Finalizamos con las ideas de la Dra. Zavala de González, que vienen a compendiar esta cuestión de la intimidad y el tratamiento que debe dársele desde una perspectiva de identidad de género, quien dice que la intimidad es un recinto que debe protegerse y respetarse, ya que hay ámbitos donde el derecho no puede ingresar a los

finés ordenatorios, se hace referencia así a la esfera del pensamiento humano y la elección de forma de vida. La libertad del ser humano se refleja en que todo lo que desee llevar a cabo dentro de su intimidad, y que ello no conculque derechos de terceros (Zavala de González Matilde M., 1982).

3. El Nombre

El nombre además de estar consagrado como un atributo de la personalidad, de la persona, es parte inseparable de la identidad personal, toda persona tiene derecho a usar uno y en el caso de la identidad de género envuelve la certeza de que toda persona tiene el derecho a vivir y darse a conocer tal cual es, dentro del sector social donde se desarrolla y convive con sus semejantes (Córdoba Jorge E. – Sánchez Torres Julio C., 1996). La identidad misma está encerrando en su seno un conjunto de características y cualidades con las que una persona se siente definido, de acuerdo a su sentir (Larraín Jorge, 2001).

Más arriba, cuando se trató el tema de la identidad de género, se dijo que la misma había sido definida en un documento del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en forma de una serie de principios normativos denominados “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género” (Ginebra, marzo de 2007). Éste documento precisa que “la identidad de género” se refiere a 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, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Y es el nombre el que va ayudar a construir esa identidad de género, de ahí la importancia de mencionarlo en este trabajo. El nombre es el primer paso hacia la construcción de la identidad personal humana, que se origina con el nacimiento. Es uno de los atributos de la personalidad que constituye la forma de designar a un sujeto para diferenciarlo del resto de sus pares (Gherzi Carlos Alberto, 1993).

El nombre es un derecho innato (pertenece al hombre por su sola condición de tal), vitalicio, necesario, esencial (para la plenitud y completitud del hombre), inherente al ser humano, extrapatrimonial, irrenunciable, absoluto (oponible contra todos), y autónomo (ubicado en el campo de los derechos privados) (Cifuentes Santos, 1995).

En lo relativo a la cuestión de las personas transexuales y su identidad de género, resultaba cardinal garantizar el derecho a que las mismas sean nombradas y registradas con el nombre adoptado libremente, aquel nombre que han elegido para sí, evitando de ésta manera la discriminación y posibilitando la transparencia de tal identidad de género, como una forma de ser y estar en el mundo.

La Ley de Identidad de Género N° 26.743, establece en su artículo 3° que “toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”.

Los requisitos para tal rectificación son sencillos y expeditos, así los organizan los artículos 4° y 5° cuando dicen que los/as interesados/as deberán concurrir al registro civil de su localidad y presentar su solicitud, pidiendo la rectificación de sus datos registrales y la emisión de una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento nacional de identidad. Para hacerlo, deberán informar el nombre de pila elegido y acreditar que son mayores de 18 años. El nuevo documento tendrá el mismo número que el anterior.

Para cambiar de nombre y sexo en los documentos, no es condición la de realizarse ningún tipo de intervención quirúrgica ni hacer terapia o tratamiento médico alguno. La identidad de género, para la nueva ley, es un derecho, no una patología. El artículo 4° deja en claro que “en ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico”.

El trámite es gratuito y personal, como lo aclara el artículo 6°: “Los trámites para la rectificación registral previstos en la presente ley son gratuitos, personales y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado”. No hace falta presentar testigos ni aportar ningún otro tipo de documentación.

Una vez realizado el pedido, para el cual no existe ningún otro requisito además de los ya mencionados, el oficial público deberá notificar, sin necesidad de ningún otro trámite administrativo o judicial, al Registro Civil donde está asentado el nacimiento, para que emita una nueva partida y solicite un nuevo documento nacional

de identidad. Estos nuevos documentos no podrán contener ninguna referencia a la ley de identidad de género, ni a la identidad anterior. Es decir, será una partida de nacimiento y un documento nacional de identidad iguales a los de cualquier otra persona, sin nada que revele la realización de este trámite (conf.: artículo 6°).

En el caso de las personas menores de edad (artículo 5°), la solicitud deberán efectuarla sus representantes legales, con la expresa conformidad del/la interesado/a. Deberá en esos casos intervenir el abogado del niño -Ley 26.061- y, en caso de que los representantes legales se nieguen o por alguna razón no puedan realizar el pedido, el/la menor “podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”.

De ésta manera la Ley 26.743 constituye un trámite simple y rápido, sin intervención de instancias judiciales o administrativas, para el ejercicio del derecho al cambio de nombre, posibilitando de esta forma se acceda a una completa identidad de género.

4. Derecho a la imagen personal.

La afirmación de un derecho “a la imagen” presupone como cuestión previa el reconocimiento de un derecho “sobre las imágenes” personales, esto es, la posibilidad de impedir su uso o alteración no consentida; ello ha de entenderse en un sentido

amplio, más bien vinculado al derecho público que al privado y dentro de éste al derecho constitucional antes que al civil.

En sentido estrictamente jurídico, ese derecho a la propia imagen es la facultad exclusiva de la persona a difundir o publicar su propia imagen y, como contrapartida, su prerrogativa a impedir su reproducción, desde que se trata de un derecho inherente a su personalidad.

a) Noticias históricas.

El vocablo imagen etimológicamente descende del latín y se refiere a *imago*, que era aquella mascarilla de cera que se usaba en las tumbas para representar el rostro de los difuntos, y es el Derecho Romano quien toma el término para designar como *ius imaginum* a un plexo de privilegios que permitían al Patriciado acceder al *cursum honorum*, es decir, a esa suerte de carrera política que, integrada por esos distintos escalones, constituían las magistraturas romanas. Ese *ius imaginum* se completaba con la prerrogativa de los nobles a lucir, en el atrio de sus palacios, los retratos de aquellos, que entre sus antepasados, hubieran desempeñado alguna de las magistraturas.

Así las cosas el *ius imaginum* confería en Roma tanto un derecho a la propia imagen como a la de los antepasados, esto último originaba que por ejemplo las reproducciones de las imágenes de ciertas personas debieran contar, ya con aprobación del representado o ya con la autorización de sus causahabientes si había fallecido.

Ya en la modernidad la primera noticia que se tiene sobre la regulación de la protección de la propia imagen, fue encontrada en Alemania en 1907. Tal antecedente está registrado en una ley votada siguiendo el clamor de reprobación que suscitó las fotografías del canciller Bismark captadas en su lecho de muerte aun contrariando la decisión de sus parientes.

La norma tuvo inmediata acogida doctrinaria, estableciéndose férreamente la idea del derecho a la imagen como la de un derecho absoluto, perteneciendo al conjunto de derechos de la personalidad y diferenciado del derecho al honor.

Esta regulación fue luego receptada en Italia por una Ley del año 1925 que luego sirvió de base para el artículo 10 del Código Civil Italiano.

Lentamente se fue configurando el derecho a la imagen y se podría decir que esto se hizo en dos etapas, la primera a principios del siglo pasado, donde la imagen personal comienza a ser tratada como un bien cardinal de la persona y una segunda etapa, ya a partir de mediados del siglo pasado donde este derecho va ingresando lentamente a la órbita de los derechos humanos con todo lo que significó la adopción de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El gran desafío jurídico llegó a finales de siglo XX y principios de éste debido al desarrollo tecnológico exponencial que vino a gestar una verdadera sociedad de la información. Aquí se dio inicio a la construcción de regímenes tuitivos que eviten perjuicios derivados de la utilización de estas nuevas herramientas para almacenaje,

transmisión y manejo de datos e imágenes, sobre todo a partir de la vulgarización de la internet como medio de comunicación global.

b) Algunas concepciones actuales sobre el derecho a la imagen.

Hoy se concibe a la expresión derecho a la propia imagen, en varios sentidos. Uno de ellos proveniente del derecho a la intimidad, está referido a la imagen que una persona tiene derecho a atesorar en su vida privada, y que envuelve el derecho a que esa imagen no sea difundida sin su autorización, no salga de la esfera de su privacidad. Otra observación se refiere al honor, es decir, a las expresiones que pueden dañar la imagen, concepto social o reputación que se tiene de una persona. Un tercer examen es aquel relacionado con el reconocimiento a toda persona de la facultad de vestirse o arreglarse como le parezca, respetando, naturalmente, a los demás y a la moral pública (Sagüés Néstor, 1993).

Analizando estas tres primeras concepciones sobre el derecho a la imagen, vemos como hay una superposición con conceptos propios de la intimidad, el honor y a la manera que una persona elige para transitar por la vida. Es tan estrecha la vinculación que por lo general son regulados de manera conjunta, ocasionando no pocas confusiones sobre todo ahora que las instituciones atributivas de derechos personalísimos se han extendido a aspectos muchos más dinámicos, como lo sería la imagen pública del sujeto y los propios proyectos de vida de esa persona, quedando alcanzados aspectos tales como la profesión, la reputación, las preferencias sexuales, etc.

Nuestro ordenamiento jurídico, en el caso la Ley 17.132 exhibe una única disposición. Se trata del artículo 19 numeral 4, que luego de detallar las diversas prohibiciones referidas a intervenciones quirúrgicas, menciona específicamente aquellas "que modifiquen el sexo del paciente", salvo "que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial".

Esta situación ha sido modificada definitivamente con la aparición la Ley de Identidad de Género, que posibilita que la cirugía de cambio de sexo, así como la terapia hormonal esté disponible como parte de los planes asistenciales públicos o privados de salud. Además, cualquier adulto en Argentina puede cambiar oficialmente su género, imagen o nombre de nacimiento sin tener que conseguir la aprobación judicial y sin tener que someterse a cambios físicos de antemano. Además, los menores de 18 años que quieran cambiar su género tendrán derecho a hacerlo con la aprobación de sus tutores legales.

CAPITULO II

1. El marco jurídico en el derecho internacional.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con rango constitucional, como consecuencia de la reforma de 1994 artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y cada norma que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativa en el sentido de que deroga en forma automática cualquier norma interna o convencional que se le oponga (Bidart Campos Germán, 2001).

Al tiempo que excluyen la posibilidad de aplicar el derecho extranjero en el aspecto que tutelan, podría caracterizárselas como normas de policía del derecho constitucional en cuanto están contenidas en un tratado con tal jerarquía.

El no cumplimiento por parte de las autoridades estatales de la obligación de respetar y garantizar el derecho humano contenido en ellas puede habilitar, una vez agotados los recursos internos, instancias supranacionales de protección.

Estos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos vienen a proteger un conjunto de derechos con la dignidad humana como anclaje substancial en virtud del reconocimiento y respeto de su identidad personal. Respecto de este régimen tuitivo encontramos:

- La Convención Americana de DDHH, que en su artículo 3º, trae las notas características de lo que significa el reconocimiento de la personalidad

jurídica, también el artículo 5° que viene a implantar los derechos a la integridad personal; asimismo el artículo 11° donde fehacientemente se funda la protección de la honra y la dignidad; y el artículo 24° donde se reconoce igualdad ante la ley a todas las personas.

- El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, mismo que en su artículo 7° habla del derecho a la integridad; el artículo 17° que establece la protección a la honra y la dignidad.
- La Convención de los Derechos del Niño al disponer su artículo 3° que en todas las medidas que se adopten en los Estados parte concernientes a menores, deberá prestarse primordial atención a que se atienda el interés superior del niño; que en el artículo 6° consolida el reconocimiento de su derecho intrínseco a la vida, completado por el 24° que añade el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, el artículo 16° que contempla la no injerencia arbitraria en su vida privada; y el artículo 12° que se compromete a garantizarle al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, como así también el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

Acotemos que invariablemente los distintos instrumentos internacionales, consideran que la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en atributos de la persona que tenga por objeto o por resultado,

anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades.

a) AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.

En el año 2008 la Asamblea General de la OEA adoptó, en el marco del 38º periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, una resolución dedicada a los derechos humanos y su vinculación con la orientación sexual e identidad de género, la [AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)] “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”.

En esta resolución los Estados miembros expresaban su inquietud por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos relacionadas, y cometidos contra individuos a causa de su orientación e identidad de género.

Desde la adopción por la OEA de aquella primera resolución fueron sucediéndose de manera consecutiva otras tantas sobre la misma materia en cada periodo ordinario de la Asamblea General. Así, fueron acuñadas las resoluciones [AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)]; [AG/RES. 2600 (XL-O/10)]; y finalmente, la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) la de los “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, adoptada en el periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, llevado a cabo en San Salvador, El Salvador. Sus puntos resolutivos más relevantes se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género.

- Instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación.

- Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad y de género, e instar a los Estados a prevenirlos, investigarlos y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

- Instar a los Estados para que aseguren una protección adecuada de las y los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

- Solicitar a la CIDH y al Comité Jurídico Interamericano sendos estudios sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a orientación sexual, identidad de género y expresión de género, y encomendar a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su agenda la consideración del resultado de los estudios solicitados, con la participación de las organizaciones de la sociedad civil interesadas, antes del cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

A continuación y dada su importancia y vinculación con la temática abordada se transcriben algunos pasajes del estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) considera por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado -ya sea de jure o de facto- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.

No obstante -en particular dada la ausencia actual de una regulación específica y taxativa de estas categorías dentro de las causales tradicionales de no discriminación- jurídicamente las categorías de no discriminación por orientación sexual y la identidad de género se han subsumido en dos causales de discriminación en el ámbito del derecho internacional, a saber: discriminación por “sexo” y en las cláusulas abiertas de discriminación, como aquellas que se manifiestan por “cualquier otra condición social”.

En relación con la interpretación de estas disposiciones y la aplicación de estos estándares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte” o “Corte Interamericana”) han sostenido que la orientación sexual y la identidad de género se

encuentran comprendidas dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en consecuencia toda diferencia de trato basada en la orientación sexual (y la identidad de género) es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen especialmente estricto que se utiliza para medir la razonabilidad de una diferencia de trato.

En este sentido, la Comisión Interamericana –en un pronunciamiento al que hizo eco la Corte Interamericana en sentencia- indicó que al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención Americana, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

La orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como aspectos del derecho a la vida privada de las personas. En cuanto al contenido específico del derecho a la vida privada, la Comisión ha sostenido que éste “abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares”.

En relación con la orientación sexual y su vinculación con el derecho a la vida privada, la Comisión ha sostenido: La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso y convincentes.

Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo su personalidad y sus relaciones con otros seres humanos. (...) La Comisión reitera que el derecho a la privacidad protege el derecho a determinar la propia identidad y a formar relaciones personales y familiares en base a esa identidad, aunque la misma no sea aceptada o tolerada por la mayoría.

Así, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar.

En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”.

En cuanto a interferencias por las autoridades en base a la orientación sexual de una persona, la CIDH, haciendo eco de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que las mismas afectan una parte íntima de la vida privada de una persona, requiriendo que los Estados presenten razones particularmente convincentes y de mucho peso para ser justificadas.

2. El marco del plexo jurídico nacional.

a) La Ley Nacional 23.592 de penalización de actos discriminatorios.

La Ley 23.592 vigente desde el año 1988 es una norma que castiga cualquier acto discriminatorio y reconoce el derecho de solicitar judicialmente el cese del actuar discriminatorio, la nulidad del acto en sí, y el resarcimiento por los daños morales y económicos sufridos.

Por ser una ley de carácter general la misma es aplicable a todos los casos de discriminación, tanto a los ocurridos en lugares públicos como aquellos suscitados en los sitios de propiedad privada pero de acceso público, confiterías, lugares bailables, transporte público, etc., a la vez que, en instituciones educativas, de salud, policía, entre otras.

La incorporación de la norma prevista en el artículo 1° de la ley mencionada anteriormente permite obtener protección jurisdiccional respecto de actos que impliquen discriminaciones arbitrarias.

El artículo 1° de la ley determina un ilícito civil, que dice lo siguiente: “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán

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

De acuerdo a este mandato y a correlativos fallos jurisprudenciales podemos establecer ciertas reflexiones de orden general que nos posibilitaran definir algunos rasgos típicos de los actos discriminatorios. Estos criterios determinan si existe un trato desigual que por distintas condiciones puede resultar justificado, o si por el contrario, el mismo es estimable en los términos de la ley antidiscriminatoria.

Para que se compruebe un supuesto de tratamiento desigual injustificado, no sólo deberá existir discriminación sino que además ésta debe ser arbitraria. Es ineludible examinar en cada caso si la restricción se basa en la consideración de circunstancias que justifiquen un tratamiento diferente, es decir, si concurren razones objetivas de diferenciación que no puedan ser reprochadas de injustas.

Obviamente que en esta ley , que no se castiga las expresiones de intolerancia aisladas efectuadas fuera de todo contexto, sino que alcanza exclusivamente a acciones de enorme gravedad, perjudiciales al extremo que seriamente pueda suponerse que han sido realizadas con la intención de provocar conductas violentas, contra la integridad de los miembros del sector protegido.

En la misma Ley los artículos 4º, 5º y 6º, requieren se exhiba en el ingreso a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros

de acceso público, en forma clara y visible el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley.

El texto tendrá una longitud como mínimo de 30 centímetros de ancho por 40 de alto y estará dispuesto verticalmente. En el mismo al pie, deberá incluirse un recuadro destacado con la siguiente leyenda: frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia. Ante el incumplimiento de las conductas impuestas se impondrá multa al propietario, organizador o responsable de locales bailables, de recreación, salas de espectáculos u otros de acceso público.

Se entendió que la inserción de estos artículos era de gran valor preventivo y docente. Es decir, que sean exhibidos el artículo 16 de la Constitución Nacional junto con el texto de la ley antidiscriminatoria en el ingreso de locales bailables, salas de espectáculos, confiterías, bares, restaurantes, y todo tipo de locales públicos, fomentaba una mejor educación y sensatez ante todos los ciudadanos que accedían a estos lugares.

b) La Ley Nacional 25.326 de Protección de Datos Personales.

El derecho a la privacidad ha evolucionado para proteger la autonomía personal, la libertad del individuo a realizar su propio plan de vida. La dimensión de la autonomía de la persona en el derecho a la privacidad nació con la Constitución Nacional y lo encontramos consagrado en los artículos 18°, 19° y 43° de la misma: “...el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles

privados...” (Art. 18°). Además “...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...” (Art. 19°). A partir del juego de estos dos artículos se fue desarrollando el régimen de protección de la privacidad de las personas, a partir de la idea que era menester asegurar plenamente la libertad de las personas en el ámbito privado, vale decir, la no intervención de terceros en esa esfera.

De tal suerte que ciertas conductas que violenten el ejercicio de la privacidad fueron sancionados como delitos contra la libertad en el ámbito penal. Dentro de ellos encontramos en nuestro Código Penal, la violación de domicilio (Art. 151), la violación de secretos y de privacidad (Art. 153), y la publicación de correspondencia en forma indebida (Art.155).

En el ámbito del derecho privado, éste tema está tratado por el Código Civil en el artículo 1071 bis, introducido por la Ley 21.173 en el año 1975. Éste aborda la cuestión como un caso de abuso del derecho, englobando los casos que sin ser delitos penales, se produzcan intromisiones en la vida de otro susceptibles de causar algún daño, vale decir, actos lesivos, publicando sus retratos, haciendo pública su correspondencia o molestándolo en sus sentimientos y costumbres. Se agrega luego de esta enumeración “*o de cualquier manera que perturbe su intimidad*”. Con esto se está aclarando que las menciones anteriores son solo ejemplificativas y no se agotan en ellas.

Finalmente se agrega, que si no hubieran cesado ya, finalizar con esas actividades, e imponer una indemnización equitativa apreciada por el Juez según las circunstancias del caso. A pedido del interesado, el Juez podrá ordenar que se publique la sentencia en un diario local si se justificare como reparación.

La reforma constitucional de 1994, incorporó el Habeas Data al artículo 43°. Hábeas Data significa tienes tus datos o eres dueño de tus datos; "tener" los datos es conocerlos. ¿Para qué "tenerlos"? En el hábeas data clásico, podrá ser para corregir, poner al día, exigir la confidencialidad, etc. Siempre parece vislumbrarse la autodeterminación informativa y la privacidad. El término hábeas data es una locución latina que se forma con hábeas que significa tener, exhibir, tomar, traer, al que se agrega data de datos. Vinculada con el hábeas corpus que significa "tienes tu cuerpo ante el juez", el hábeas data expresa "que tengas (o traigas) los datos" o bien "conserva o guarda tus datos (Bidart Campos Germán, 2001).

Este artículo 43° sistematiza con precisión, exigencias particulares y requisitos propios tres procesos constitucionales: la acción de amparo, el hábeas data y el hábeas corpus. El hábeas data está dispuesto como una subespecie de amparo o amparo específico, que se interpone para que toda persona física o jurídica pueda tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en un registro o banco de datos públicos o privados destinados a proveer informes; que se actualicen los datos atrasados; que se rectifiquen o supriman los datos falsos o discriminatorios; que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros; y supresión del registro de la llamada

"información sensible", vale decir, lo relativo a la vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales (Sagüés, Néstor P., 1994 y 1995).

Como se ve la acción de hábeas data tiene como objeto la protección de una parte de los derechos de la personalidad, o como los denomina la doctrina moderna, protege algunos de los derechos personalísimos como lo son el derecho a la imagen o perfil personal, su intimidad y privacidad. Esos derechos son extrapatrimoniales, absolutos y oponibles "erga omnes".

Ahora bien, el derecho a la integridad espiritual debe ser estrictamente respetado, pues las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y moral pública, ni perjudiquen a terceros están exentas de la autoridad de los magistrados (Art. 19° C.N.). Dentro de éste derecho se encuentran el derecho a la imagen: honor y privacidad y su secreto, que tiene como fundamento los atributos de la persona humana (Trigo Represas Félix A., 1995). Trigo Represas, siguiendo a Cifuentes, formula una clasificación de los derechos personalísimos: los que hacen a la integridad física (la vida y la salud) y a la integridad espiritual (comprende el honor, la honra, del derecho a la propia imagen, la privacidad y el secreto y la libertad).

El Hábeas Data, por lo tanto, supone una garantía sobre el apropiado manejo de la información personal que se halla bajo conocimiento de terceros. Esto permite imposibilitar las arbitrariedades y corregir los errores involuntarios en la administración y publicación de los dichos datos.

Se trata de un derecho que todos los ciudadanos amparados en la jurisdicción tienen que conocer, actualizar y modificar la información que se divulgue sobre su persona en los diferentes bancos de datos o los archivos de los organismos públicos o privados.

Completa toda esta red jurídica de protección a la privacidad la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales, que tiene por objeto principal la protección integral de los datos personales recolectados y almacenados en archivos y bases de datos, por cualquier tipo de ente público o privado. La Ley 25.326 es un régimen integral de protección de Datos Personales, que excede la figura procesal de Hábeas Data.

El artículo 1º de la norma establece que la misma tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados, destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

Se entiende por archivos, registros, bases o bancos de datos privados destinados a dar informes, a aquellos que exceden el uso exclusivamente personal y los que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales, independientemente de que la circulación del informe o la información producida sea a título oneroso o gratuito. Todo esto conforme al Decreto 1558/2001, artículo primero.

El órgano de control es la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, que funciona en el ámbito de la Secretaría de Justicia y Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

No todos los datos personales tienen análoga fuerza preservadora, por eso la ley discrimina en datos sensibles, y entiende por los mismos a aquellos datos personales que revelen origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual, y como regla general, sujeta a excepciones, la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele este tipo de datos está prohibida.

La ley reconoce a los ciudadanos los derechos de oposición, información, acceso, rectificación, cancelación, supresión, tutela, impugnación de valoraciones y consulta.

El derecho de oposición es el que permite al titular de los datos personales negarse a facilitar un dato de carácter personal en el caso de que no sea obligatorio hacerlo, especialmente si de datos sensibles se trata.

El derecho de información es el derecho del afectado a ejercer, con ciertas limitaciones, los controles que la ley articula en los diversos momentos del tratamiento de datos. Consiste en la posibilidad que tiene una persona a la que se le solicitan datos de carácter personal a ser previamente informada de modo expreso, preciso e inequívoco de las siguientes circunstancias:

- 1) La finalidad para la que serán tratados sus datos personales y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios;
- 2) La existencia del archivo, registro, banco o base de datos, electrónico o de cualquier otro tipo de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable;
- 3) El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga;
- 4) Las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos;
- 5) La posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos. Esta información deberá aparecer en los todos los formularios que se utilicen para recoger datos de carácter personal.

El derecho de acceso es la posibilidad de comprobar que las informaciones sobre las personas son veraces, actualizadas y delimitadas al fin para el cual fueron registradas. Así, éste derecho es el núcleo de lo que comúnmente se conoce como *habeas data*.

Se complementa con la obligación que tienen los responsables de los archivos, registros, bancos o bases de datos de almacenar la información de modo tal que permita que cualquier persona pueda conocer no sólo si sus datos personales figuran en una base de datos, sino también cuáles son.

Además se cuenta con la garantía de rectificación, cancelación o supresión de datos cuando los mismos sean inexactos o incompletos, sean rectificadas o actualizados, y cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad.

Los titulares de datos podrán reclamar los daños y perjuicios que pudieran haberse ocasionado a raíz de la inobservancia de la ley; y a iniciar la acción de protección de los datos personales, que tiene como fin tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros, bancos o bases de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de su finalidad; y exigir la rectificación, supresión, confidencialidad o actualización de la información cuyo registro se encuentre prohibido o se presuma que sea falsa, inexacta o desactualizada.

También, en virtud de ésta ley, se pueden impugnar todo acto administrativo o decisión privada que implique una apreciación o valoración de su comportamiento fundada únicamente en el tratamiento de datos de carácter personal que permita obtener un determinado perfil de su personalidad.

Además se puede solicitar a la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales información relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables. El registro que debe mantener dicho organismo es de consulta pública y gratuita.

Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que pudieran corresponder en los casos de incumplimiento o violación a la ley, se han establecido dos tipos de sanciones: administrativas y penales. Las primeras que podrán ser

aplicadas por la Dirección Nacional de Protección de Datos, pueden ir desde un simple apercibimiento, hasta una suspensión, o bien la aplicación de multas, la clausura o cancelación del archivo, registro, banco o base de datos.

Las sanciones penales contemplan la inserción dolosa de datos falsos en un archivo, registro, banco o base de datos personales, asimismo para quien proporcione información a un tercero con conocimiento de que se trata de información falsa contenida en un archivo, registro, banco o base de datos personales (ambas figuras se califican si su autor es funcionario público).

También para quien, a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un archivo, registro, banco o base de datos personales, o para quien revelare a otro información registrada en un archivo, registro, banco o base de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley, éstas figuras lo mismo que las anteriores adiciona la inhabilitación especial si el autor fuese funcionario público.

Los decretos sucesivos que reglamentaron ésta ley, establecen también distintos tipos de sanciones, pero esta vez para aquellas conductas tenidas como simples infracciones.

Todo este régimen de protección de la privacidad, constituye una herramienta valiosa para las personas transgénero a la hora de proteger todo lo relativo a su identidad de género, de aquellas imágenes o datos sensibles que puedan afectar su condición. Así, cualquier persona afectada en su privacidad podrá denunciar el hecho

ante la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales y en caso de comprobarse el hecho denunciado, podrán aplicarse las sanciones previstas en el artículo 31° de la Ley 25.326.

Es importante saber que las denuncias que se hagan ante ese Organismo, son al único efecto de revelar deficiencias o incumplimientos a las normas aplicables en el tratamiento de los datos personales que hagan los archivos, registros, bancos o bases de datos.

También existe la vía jurisdiccional a partir del Habeas Data, como se dijo ya, la acción procede para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquellos.

En caso de falsedad o discriminación, solicitará la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos (conf. artículo 33° de la Ley 25.326).

c) La Ley Nacional 26.618 de Matrimonio Civil.

La Ley 26.618, conocida como de matrimonio igualitario, permite a personas de un mismo sexo contraer matrimonio e incluso procrear, siendo la única posibilidad viable en éste caso la fecundación humana asistida, situación esta última que aún no tiene correcta regulación legislativa, concretamente, no está establecido con precisión el status jurídico del embrión que se obtiene de la utilización de alguna técnica de reproducción artificial o adopción, lo que origina no pocas controversias y cuestiones

equívocas, sobre todo en la determinación de su condición de nasciturus y en la particularización de la maternidad o doble maternidad del mismo.

Es claro que aparece, frente a la modificación del Código Civil en esta materia, la necesidad de una nueva regulación de institutos como parentalidad, procreación y filiación, que cooperen a dar un marco jurídico más completo a la norma mencionada, pero ciertamente éstas son cuestiones que exceden la temática propuesta en este trabajo, así que aboquémonos al análisis de la ley citada, desde el punto de vista de la identidad de género.

A partir del año 2010 está vigente la Ley de Matrimonio Igualitario, que garantiza a todas las parejas transexuales los mismos derechos conyugales que a los heterosexuales, incluido el derecho de adopción.

Lo cierto es que ésta ley llega para convertirse en un capítulo significativo en el proceso deconstructivo del paradigma heteronormativo vigente desde la época colonial. Viene a quebrar “la matriz heterosexual jerárquica que privilegiaba a los varones en el orden socio-sexual y excluía a una diversidad de sujetos y prácticas que escapan al binarismo heterosexual” (Martín Aldao y Laura Clérico, 2010, pág. 17).

La sanción del matrimonio para personas del mismo sexo dispone un paso fundamental en el proceso entre identidad de género y control estatal. Implica entender a los derechos sexuales en su faz negativa, en la que el Estado se abstiene de intervenir en el ejercicio de la sexualidad, por ejemplo protegiendo a la población de la violencia

sexual, y en su faz positiva, cuando el Estado interviene para generar las condiciones adecuadas de ejercicio de los derechos sexuales.

La sanción de la Ley de Matrimonio para personas de un mismo sexo es el claro ejemplo del Estado haciéndose cargo de una obligación positiva a través de conciliar las normas inferiores y garantizar de forma suficiente ambos principios en lo que respecta al derecho a unirse en pareja y a recibir la protección estatal.

Ciertamente se produjeron cambios en la disposición del Instituto del Matrimonio Civil, en ese sentido, se ha modificado más de cuarenta artículos del Código Civil y de otras leyes complementarias a los fines de conciliar y ajustar el ordenamiento jurídico al nuevo régimen de Matrimonio Civil.

Por otro lado, algunas normas quedaron tácitamente modificadas desde la vigencia de la ley, ya que toda referencia al matrimonio y los derechos y obligaciones que emergen del mismo, por disposición del artículo 42 se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al constituido por personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el [ejercicio](#) o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.

Así se eliminó la exigencia de la dualidad sexual para contraer matrimonio, establecida por el artículo 172 del Código Civil. La ley sustituyó en el artículo 172, la leyenda “hombre y mujer” por “contrayentes” al referirse al consentimiento como acto constitutivo del matrimonio.

Y agregó que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” permitiendo a toda pareja, cualquiera que sea su orientación sexual, poder casarse y gozar de los derechos y asumir las obligaciones reguladas en la institución del matrimonio civil.

El tema de la adopción suscitó no pocas controversias, a pesar que la adopción por personas transexuales nunca estuvo prohibida en la Argentina desde que nuestro Código Civil reconoce, en el artículo 312, la adopción unipersonal. De ahí que la orientación sexual de las personas no era una exigencia para adoptar.

El artículo 315 del Código Civil establece como requisitos que el adoptante acredite residencia permanente en el país por un periodo mínimo de cinco años anteriores a la petición de la guarda; tener treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados y aún por debajo de este término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos. Lo que sí estaba prohibido era la adopción conjunta por personas unidas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales.

La Ley 26.618 permite que personas del mismo sexo, si desean adoptar, pueden hacerlo en forma conjunta, revirtiendo así realidades injustas que sufren los niños adoptados por una persona homosexual, ante la imposibilidad que sea conjunta. Desde que, por ejemplo, sólo el adoptante quedaba obligado a prestar alimentos al menor, pudiendo generarse situaciones de desamparo, los niños podían quedar sin régimen de visitas del otro integrante pese a haberlo criado juntos; solo podía heredar del adoptante, vale decir, un cúmulo de consecuencias disvaliosas donde el menor resultaba muy afectado. Nunca olvidemos que desde la perspectiva jurídica siempre debe velarse por el interés superior del menor, de acuerdo a lo establecido por el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 206 del Código Civil es una de las normas que expresamente fue modificada en dicha reforma. El artículo en cuestión, establece cuáles de los progenitores tendrá la tenencia de los hijos cuando se produce el divorcio o la separación personal de los cónyuges.

La tenencia sigue siendo unipersonal pero la atribución difiere si se trata de un matrimonio heterosexual o de un matrimonio homosexual. El artículo señala lo siguiente: en caso de separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a

quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos. La idea fue incluir un criterio de atribución para el caso de matrimonios de personas del mismo sexo, sin cuestionar el régimen vigente que quedó inalterado.

La doctrina ha señalado algunas objeciones, porque a la luz de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, la tenencia no debe otorgarse con preeminencia a la madre frente al padre para el ejercicio de la patria potestad, sino que se debe buscar una regla única, vale decir, la pauta “interés superior del niño” se debió establecer tanto en un caso, como en el otro; y en segundo lugar, se debió haber inclinado por la tenencia compartida, esto es, que los contrayentes ejerzan ambos la patria potestad, distribuyéndose los roles entre ambos padres.

Como se lleva dicho la Ley 18.248 regula todo lo atinente al nombre de las personas, y es la Ley 26.6218 la que modifica su articulado, añadiendo al texto vigente los supuestos para conciliar frente a matrimonios de personas de igual sexo.

En éste aspecto, se causó una considerable desigualdad de la mujer en un matrimonio heterosexual, puesto que obligatoriamente rige el apellido del marido, mientras que tratándose de matrimonios homosexuales el apellido se determina por acuerdo de éstos y a falta de acuerdo, se atribuye por orden alfabético. La regulación es defectuosa y se hubiera preferido una única regla, como sí se hizo al modificar el artículo 10 de la referida ley.

En materia de sucesoria, la Ley 26.618 reforma el artículo 3292 del Código Civil. El propósito de la innovación obedece a resguardar a los hijos de parejas homosexuales, al habilitarlos a ser herederos de ambos cónyuges. Un sector de la doctrina resalta que la reforma resultó parcial al omitir modificar el instituto de la nuera viuda.

d) Ley Nacional 26.743 de Identidad de Género.

La Ley de Identidad de Género es un testimonio concluyente de los derechos humanos. Viene a instituir el acceso al cambio de nombre y género a través de un trámite administrativo y el derecho a la salud transicional a través del consentimiento informado. Esto hace que la cirugía de cambio de sexo, así como la terapia hormonal esté disponible como parte de los planes asistenciales públicos o privados de salud.

Se borró la judicialización mediante un trámite administrativo simple, y además se rechazó la patologización, es decir, las personas no deben ser diagnosticadas para quedar habilitadas al cambio de género.

El artículo 3° de la ley establece que “toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”. Los requisitos para hacerlo son muy simples y están establecidos en el artículo 4° y 5° de la ley. Los/as interesados/as deberán concurrir al registro civil de su localidad y solicitar la rectificación de sus datos registrales y la emisión de una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento nacional de identidad. Para hacerlo, deberán informar el nombre de pila

elegido y acreditar que son mayores de 18 años. El nuevo documento nacional de identidad tendrá el mismo número que el anterior.

Conforme a la ley para cambiar de nombre y sexo, no es condición practicarse cirugía alguna o someterse a ningún tipo de terapia o tratamiento médico. Para la ley la identidad de género, para la nueva ley, es un derecho, no una patología.

El artículo 4° garantiza esto diciendo: “en ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico”, siendo el trámite gratuito y personal, como lo aclara el artículo 6°: “los trámites para la rectificación registral previstos en la presente ley son gratuitos, personales y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado”. No hace falta presentar testigos ni aportar ningún otro tipo de documentación.

Una vez realizado el pedido, para el cual no existe ningún otro requisito además de los ya mencionados, el oficial público que atienda a la persona que realizó la solicitud deberá notificar, sin necesidad de ningún otro trámite administrativo o judicial, al Registro Civil donde está asentado el nacimiento, para que emita una nueva partida y solicite un nuevo documento nacional de identidad. Éstos nuevos documentos no podrán contener ninguna referencia a la ley de identidad de género, ni a la identidad anterior. Es decir, serán una partida de nacimiento y un documento nacional de identidad iguales a los de cualquier otra persona, sin nada que revele la realización de este trámite.

En el caso de las personas menores de edad (artículo 5º), la solicitud deberán realizarla sus representantes legales, padres, tutores, etc., con la expresa conformidad del/la interesado/a. Deberá en esos casos intervenir el abogado del niño (Ley 26.061) y, en caso de que los representantes legales se nieguen o por alguna razón no puedan realizar el pedido, el/la menor “podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”.

Y aún cuando los padres o representantes legales del/la menor no estén de acuerdo o no acompañen el pedido, el derecho a solicitar el cambio de nombre, sexo e imagen están garantizados por la ley.

Además de garantizar el derecho al cambio de nombre, sexo e imagen en la documentación personal y en todos los registros públicos, la norma protege el derecho de las personas transexuales a “acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa” (artículo 11º). Los tratamientos deberán ser cubiertos por el sistema público de salud, obras sociales o prepagas, y quedan incorporados al Plan Médico Obligatorio. En el caso de los menores, el procedimiento es el mismo que para el cambio de identidad legal, con una salvedad: para la realización de cirugías (no así para las terapias hormonales), será necesaria la autorización judicial, que no podrá demorar más de 60 días.

Este derecho no condiciona de modo alguno ni está condicionado por el cambio de identidad. Es decir que puede cambiarse de identidad sin realizar ningún tipo de modificación corporal, y viceversa.

“El Derecho a la Identidad de Género en el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial”

Con los casi 2.671 artículos que tendrá el futuro Código unificado, en reemplazo de las más de 4 mil normas que tiene el actual Código Civil, y los 506 artículos que contiene el Código de Comercio, hay que destacar la simplificación que conlleva la reforma.

De manera muy sinóptica digamos que la reforma integral del código no deja campo si hollar, así reformula institutos como el matrimonio donde no se verificarán distinciones de sexo a los efectos de puntualizar quiénes pueden unirse en matrimonio, conservando y protegiendo el progreso logrado con la Ley N° 26.618, de matrimonio igualitario.

También en este sentido, el nuevo Código añade la eventualidad de elegir entre el régimen de comunidad de ganancias y el de separación de bienes, acaso hasta con acuerdo prenupcial.

En ese mismo plan de ideas aparece el Divorcio con trámites para su solicitud sumamente simplificados, teniendo en cuenta la libre petición de uno o ambos

cónyuges, quienes a su vez podrán hacer propuestas y acordar sobre los efectos que tendrá la disolución.

En otro orden de ideas aparece la problemática de la reproducción humana asistida, donde el nuevo código actualiza la legislación mediante el reconocimiento y la agregación de las técnicas de reproducción asistida, mediante las técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro, haciendo prevalecer la voluntad procreacional.

En cuanto a la familia y sus derechos habrá un nuevo régimen de adopción, en este caso se facilita el régimen jurídico y se prioriza el interés del niño por sobre el de los adultos. Conserva la adopción plena y simple y agrega la adopción por integración, en caso de familias conformadas por parejas que tengan hijos de otras relaciones.

Añade la llamada gestación por sustitución, donde se reconoce como central a la voluntad procreacional formulada por consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen. Así, el juez deberá constatar que la gestante no haya recibido retribución de ningún tipo y que al menos uno de los comitentes aportó material genético.

Y también acaso algo que es revelante en lo tocante al tema de la identidad de género y que son los llamados derechos personalísimos, de ésta manera se incorpora este concepto, reconocido por el derecho internacional. Son los derechos personalísimos que reconocen en el individuo los derechos a la dignidad, intimidad, honor e imagen.

En cuanto al nombre de las personas físicas también se produce un cambio sustancial. La reforma viene a superar el antiguo concepto que en el derecho debía primar la inmutabilidad del nombre por encima de la identidad “autopercebida”. Y esto se debe sin dudas a que el Estado ha alcanzado desde la tecnología nuevas formas de identificar a sus ciudadanos, sin necesidad de fijar de manera inamovible sus nombres en los registros.

El nuevo código también reconoce esta situación que ya había quedado plasmada en la ley de identidad de género, en la que se indica que con finalidad de identificación el Estado mantendrá el número de documento de las personas y, a través de este dato numérico, brindará la seguridad jurídica necesaria para garantizar la observancia de los deberes de cada habitante.

Adviértase la importancia que tuvo la ley de identidad de género respecto a éste principio de inmutabilidad que hasta el momento regía el derecho al nombre en el derecho argentino. Esto forjó un modelo superador que por aplicación del principio constitucional de no regresividad de los derechos no puede disminuirse y, por aplicación del principio de progresividad debe extenderse su prerrogativa hacia otros supuestos.

En resumen, podemos afirmar que la reforma propuesta adecua el derecho a los nuevos estándares en materia de derecho privado, la reforma integral que está analizando la Comisión Bicameral es un paso adelante en materia de protección de derechos civiles de los ciudadanos. En particular celebramos la ampliación de derechos y la protección de la diversidad familiar en el capítulo específico de filiación.

En este sentido queremos expresar el reconocimiento de cientos de familias de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, que de aprobarse constituirían cambios fundamentales en el reconocimiento de la igualdad familiar.

De prosperar el proyecto, todos los vínculos filiatorios quedarán plasmados en una Ley de fondo que garantizará los derechos de la diversidad de familiares que actualmente existen y conviven en una realidad de hecho. Así tendría lugar la filiación por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida o por adopción, independientemente del estado civil de las madres o padres.

El proyecto de reforma del capítulo de filiación resulta sin dudas un avance en la afirmación de los derechos y el ejercicio de la ciudadanía de todos los niños y niñas sin distinción por la orientación sexual o identidad de género o estado civil de los padres o madres.

Específicamente se agregan una serie de aportes orientados a equiparar la situación legal de los niños y niñas nacidos por técnicas de reproducción asistida, antes de la reforma del Código Civil y a contemplar los derechos filiatorios de las personas trans masculinas y sean usuarias de técnicas de reproducción asistida.

CAPITULO III

Conclusión.

Recapacitar las relaciones de poder en los términos del paradigma heteronormativo enlaza debatir la presencia de ciudadanías estratificadas que aún hoy, después de la aprobación del matrimonio igualitario, esperan razones y respuestas. En fin, todavía demandan un reconocimiento en situación de paridad. Ello requiere ensamblar las voluntades para cimentar las bases de la igualdad y por tanto de la intensificación de la libertad y el derecho. Esa es la misión del derecho, asegurar el bienestar general, que es la justicia puesta en acto, y garantizar la libertad porque solo en ese ámbito puede desenvolverse. Alguna vez supo decir el maestro Don Arturo Sampay en ocasión de explicar cuál fue el espíritu y la filosofía de la Constitución de 1949: “debe entenderse la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases con las obligaciones individuales moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida que contribuyeron a su realización”.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el mismo sentido ha señalado “que el objetivo de la Constitución es el de lograr el bienestar general lo cual significa la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización” (“Bercaitz” F 289:430) citando posteriormente esta causa en “Sanchez”, “Aquino”.

Nos queda mucho camino por recorrer aun, hay que ensanchar la mirada sobre el género, examinar los estereotipos y las relaciones entre los géneros, como algo relevantes para el derecho.

La Ley de Matrimonio Igualitario legitimó familias homoparentales que ya existían, de dos hombres o dos mujeres con hijos a cargo. Lamentablemente se instaló en la opinión pública el terrible prejuicio que una pareja homosexual tiene más tendencia al abuso o la violencia, concepción fruto de una visión patológica de la homosexualidad, como si se trataría de una perversión. Algo inaceptable en estos tiempos.

La Ley de Matrimonio Igualitario crea cambios administrativos importantes porque legitiman esas parejas homosexuales. La ley pronuncia la voluntad de una sociedad plural que decide las legitimaciones institucionales de contratos, como el matrimonio, con protección del Estado.

La Ley de Identidad de Género consigue vincular el género asignado en el documento con la autopercepción de una persona, no con su cuerpo. Supera la lógica del pensamiento binario donde hasta ahora un cuerpo y sobre todo una genitalidad estaban relacionados con un género. Cuando alguien quería cambiar el género asignado debía pedir autorización judicial, que implicaba una evaluación psiquiátrica y médica, incluso debía presentar testigos, porque se consideraban los datos biográficos de la persona. La verdadera identidad la establecían un médico y un psiquiatra, en base a ciertos estereotipos.

Hoy la persona puede o no modificar su cuerpo de acuerdo a su necesidad de construir su género, y para acceder a la salud integral. Ahora ya no se pide que se cambie la genitalidad para cambiar de género: se acepta la identidad autopercebida y si la persona lo quiere se le proporcionan tratamientos médicos, hormonales o quirúrgicos.

La reciente aprobación de la Ley de Fertilización Asistida permitirá a las parejas trans la posibilidad de concebir un hijo sobre todo para las parejas de lesbianas que pueden recurrir a una inseminación artificial. Pero una pareja de gays tendría que recurrir al alquiler de vientres, que todavía no está regulado, aunque está contemplado en el proyecto de reforma del Código Civil, en el capítulo “Filiación”, que introduce un cambio muy importante en la parte de adopción. Porque hoy la adopción se puede hacer en caso de que una pareja heterosexual adopte un chico o una chica, o que uno de los dos adopte a un hijo o hija de su pareja o de una pareja anterior. El proyecto de reforma amplía la adopción para que parejas homosexuales puedan adoptar en conjunto o de manera individual al hijo o hija de su pareja, y también amplía la filiación a los casos de reproducción asistida. En éste caso, la identidad no es biológica sino que se prioriza la voluntad procreacional de una pareja, que no podría tener hijos de otra manera, a través de una subrogación de útero o donación de óvulos o semen.

Se ha recorrido un largo camino pero aún queda mucho por hacer, depende de nosotros caminar hacia el futuro.

LISTA DE REFERENCIAS

Alcaraz Rodolfo y Abril, “El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género”, Editorial Atril & Excelencia Editorial, Buenos aires, 2008.

Alegre Marcelo, “Derecho y Sexualidades”, Editorial Librería, Buenos Aires, 2010.

Bidart Campos Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo I, Editorial Ediar. S.A., Buenos Aires, 2001.

Cifuentes, Santos; “Derechos personalísimos”, Bs. As., Editorial Astrea, 1995.

Cifuentes Santos, “Elementos del derecho civil”, Bs. As., Editorial Astrea, 1995.

Colautti Carlos E., “Derechos Humanos Constitucionales”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

Córdoba Jorge E. – Sánchez Torres Julio C., “Derechos personalísimos (o de la personalidad o iura in persona ipsa)”, Editorial Alveroni, Ediciones, Buenos Aires, 1996.

Daros W. R., “En búsqueda de la identidad personal”, Editorial UCEL, 2006.

Del Río Josefina Alventosa, “Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español”, Editorial: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

Fernández Sessarego, Carlos, en "Derecho a la identidad personal", Editorial Astrea, 1992.

Fernández Josefina, “Cuerpos desobedientes”, Editorial Edhasa, 2004.

García de Solavagione Alicia, “Transexualismo. Análisis Jurídico y Soluciones Registrales”, Editorial: Advocatus, Córdoba, 2008.

Gerlero Mario S., “Derecho a la Sexualidad”, Editorial David Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires 2009.

Gherzi, Carlos Alberto, “Derecho Civil Parte General”, Editorial Astrea, Buenos Aires 1993.

Giberti, E., “Ese deseo de hijo que la tevé documenta (El caso Mariela)” en Actualidad Psicológica Setiembre 1993, Bs. As.

Gorali Vera y Otros, “Intersexo”, Editorial Gama, Buenos Aires, 2007.

Gregorio Peces Barba, "Ética, poder y derecho", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

Larraín Jorge (2001) “El concepto de identidad”, Editorial Lom, Buenos Aires, 2001.

Mizhari Mauricio Luis, “Homosexualidad y Transexualismo”, Editorial Astrea,
Buenos Aires, 2006.

Pagano Mabel, “El amor es atroz”, Editorial B. Argentina S.A., Buenos Aires, 2009.

Ratices Montero Jorge Horacio, “Un Cuerpo: Mil sexos”, Editorial Topia, 2010.

Rebollo Delgado Lucrecio, “El derecho fundamental a la intimidad”, Editorial
Dykinson SL, Buenos Aires, 2005.

Quiroga Lavié, Humberto; “Derecho a la Intimidad y Objeción de Conciencia”,
Universidad Externado de Colombia, 1993.

Sabsay Leticia, “Fronteras Sexuales”, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2011.

Sagüés Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, Bs. As., 1993.

Saldivia Laura y otros, (Eds.) Derechos y sexualidades (pp. 98-119). Buenos Aires,
Argentina: LIBRARIA. 2010.

Zavalla de González Matilde M, “Derecho a la intimidad”, Editorial Abeledo-Perrot
S.A, Buenos Aires, 1982.

Zelcer Beatriz, “Diversidad Sexual”, Editorial Lugar Editorial S.A, Buenos Aires,
2010.

Artículos publicados en repertorios de doctrina y Jurisprudencia

Bidart Campos, Germán J., “El derecho a la identidad sexual”, ED 104–1024.

Bidart Campos Germán J., Jurisprudencia Argentina, III, pp. 103-110.

Fernández Sessarego, Carlos - “El derecho a la identidad personal”, La Ley, 1990–D–
1248.

Juzgado C y Com. N° 8, de Quilmes, mayo s/f 997 N° 1438, “Muñoz”, La Ley 1997
pág. 957 y ss.

Rivera, Julio C., "Transexualismo: Europa condena a Francia y la casación cambia su
jurisprudencia", en ED 151–915.

Revistas especializadas

Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Derecho y homosexualismo en el Derecho
comparado”, Revista de Derecho de Familia N° 13, Buenos Aires, Abeledo
Perrot, p. 186.

1º instancia Río Tercero, 25/2/91, Seminario Jurídico, 831 – 1991 – 337, citado por

Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, vol. 2-C, Daños a las
personas - integridad espiritual y social, Bs.As., 1994.

Jurisprudencia

CACCom. de Morón, Sala II, 2-4-92, E. D. 150-474

CNCiv., Sala A, 27-4-78, E. D. 80-728; Sala I, 23-5-91, E. D. 149-543

CNCiv., Sala C, 27-6-89, E. D. 136-236

CSJN, 11-12-84, E. D. 112-239

CSJN, 15-4-93, E. D. 152-569

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	ALCAIDE SÁENZ, Natalia Gema
E-mail:	natyas5@hotmailcom
Título de grado que obtiene:	ABOGADA

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Derecho a la Libre elección de Género: La inclusión jurídica de minorías.
Título del TFG en inglés	The righth to choose gender: the legal inclusión of minorities.
Integrantes de la CAE	Dres. Juan Francisco Losa – Carlos Villanueva
Fecha de último coloquio con la CAE	22/10/2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Contiene Trabajo Final de Graduación, Abstract en castellano e inglés y formulario descriptivo, todo en 91 hojas grabado en PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la
versión electrónica de mi tesis:

Publicación electrónica

Después de..... mes(es)

Firma del alumno