

To queer or not to queer

Análisis jurisprudencial sobre reasignación de sexo

Érica Baum (*)

Sumario: I. Resumen.— II. El impacto del feminismo y la perspectiva queer en los derechos humanos.— III. Resumen de los hechos.— IV. Argumentos de los jueces.— V. La tensión entre el cuerpo y la mente: humillación, odio y repugnancia.— VI. Reflexión final.— VI. Bibliografía.

I. Resumen

Existe una tensión fuerte entre el feminismo radical y el movimiento *queer* respecto de las categorías sexo y género, protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos, que contiene discursos de odio que atentan contra el establecimiento de una agenda política proteccionista y socaban el derecho a la no discriminación y a la igualdad de género. Bajo una mirada crítica, este trabajo se propone responder el siguiente interrogante: ¿Cómo el feminismo y la perspectiva queer impactan sobre los estándares de derechos humanos contribuyendo a dar contenido las sentencias judiciales? Analizaré la cuestión a la luz del primer fallo (1) que trató la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires sobre reasignación de género, teniendo en cuenta un marco teórico cognitivista respecto del estudio del odio.

II. El impacto del feminismo y la perspectiva *queer* en los derechos humanos

El feminismo mantiene una lucha histórica en defensa por la igualdad ante la ley y de oportunidades entre hombres y mujeres, sobre la base de una desigualdad estructural en desventaja para las mujeres por razón de su sexo biológico y de la sistemática violencia cometida por los

hombres contra ellas en todo el mundo por ser el solo hecho de ser mujeres. La categoría “sexo” protege a todas las mujeres por igual, sin discriminación de ningún tipo, en todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El movimiento *queer* y las políticas públicas y legislaciones internas de los Estados que lo apoyan, sobre la base de los Principios de Yogyakarta (2), que no forman parte de dichos Tratados ni han sido adoptados internamente por los Estados, conforme al procedimiento del Derecho Internacional de los Tratados, sino que son el resultado intelectual de “un distinguido grupo de expertos en Derechos Humanos” (3), dejan de lado la categoría “sexo” para centrarse en la “orientación sexual” (4) e “identidad de género” (5), “real o percibida”, como categorías

(2) Aquí: Sobre los principios de Yogyakarta - Yogyakartaprinciples.org.

(3) Literalmente proclaman eso.

(4) El Preámbulo de los Principios definen la orientación sexual como: “[L]a capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género”.

(5) Los Principios definen la identidad de género como: “[L]a 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”.

(*) Abogada (1997) y Magíster en Derechos Humanos (2011) por la Universidad Nacional de La Plata. Línea de investigación: emociones y derecho.

(1) Disponible aquí: Causa: 86.197.

que, dentro del derecho a la identidad personal, reclaman su visibilidad social, reconocimiento jurídico y protección contra actos de “vigilancia estatal sobre la orientación sexual” y de discriminación o de abusos o crímenes cometidos con odio por razón del género.

Un sector del feminismo acusa (6) al movimiento *queer* de hacer lobby en los parlamentos de los Estados para borrar de las normas jurídicas internas el término “sexo” y neutralizarlo con los siguientes: género, identidad de género, cuerpos menstruantes, vientres gestantes o fecundantes, cuerpos lactantes y eyaculantes, entre otros neologismos que reducen a la identidad de género a lo fisiológico y confunden, por ejemplo, la identidad femenina con ser mujer situando a la “mujer” en una categoría más de autopercepción. El feminismo sostiene, que la categoría jurídica “sexo” es la base de la protección contra la discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres y que sustituir el sexo por el género autopercebido es un acto de misógina, dado que el género es un sistema de opresión patriarcal, por medio del cual se ha sometido históricamente a la mujer perpetuándola en roles subordinados bajo estereotipos de femineidad. En tal sentido, reafirma que el feminismo no es una teoría de la identidad, ni de la autopercepción, ni de los deseos sino una lucha por la igualdad de derechos.

Contra esta acusación, el movimiento *queer* hace responsable al feminismo radical y de la diferencia de instalar un discurso de odio y transfobia, calificando a las mujeres feministas de TERF, CIS, feminazis u odiosas.

Por su parte, la transexualidad aborda otra dimensión del derecho a la identidad de las personas; cual es, la identificación sexual en oposición al sexo cromosómico asignado al nacer. Resulta una categoría que desde la antigüedad clama por su reconocimiento jurídico y que, pese a haber superado el modelo clínico del sín-

(6) Véanse los Comunicados No Oficiales presentados ante la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas por la Campaña por los Derechos de las Mujeres acá: Cartas de queja de la Comisión de la Mujer - Women's Human Rights Campaign (womensdeclaration.com).

drome (7) —que la ha tratado como un trastorno mental o disforia de género—, ha quedado enredada con las luchas por la identidad de género y al margen de las luchas históricas contra la opresión y la desigualdad de las mujeres.

La decisión judicial que voy a analizar fue dictada el 21 de Marzo de 2007 por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y su valor reside, por una parte, en constituir el primer caso judicializado sobre reasignación de sexo en la partida de nacimiento de una persona transexual y, por otra parte, en que Argentina no contaba en ese momento con un marco jurídico específico; lo que exigió del tribunal un esfuerzo argumentativo y pedagógico en cada uno de los votos que componen la decisión, con remisión a los principios generales del derecho, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y a los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

III. Resumen de los hechos

En enero de 1998, luego de realizarse en Argentina una serie de estudios médicos, sexológicos y psiquiátricos, C. se sometió en Chile a una intervención quirúrgica de genitoplastia feminizante. Luego, interpuso una acción judicial ante el Tribunal de Familia de Morón, competente en razón de su domicilio, solicitando la rectificación de su partida de nacimiento con el fin de obtener la reasignación de su sexo y el cambio de su nombre (8).

La acción fue rechazada por dicho Tribunal, por mayoría, alegando que: los cromosomas sexuales son inalterables; la situación no estaba regulada legalmente; el caso excedía la función jurisdiccional y que, de acceder a ese reclamo, se vería afectado el orden público y el interés general.

(7) Sobre el modelo clínico de la transexualidad léase: "Transsexual. The making of the she-male empire" de Janice RAYMOND, Bacon Press, New York, 1994, ps. 14-17.

(8) En los términos del art. 15 de la ley 18.248, que dice: "Después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos".

Contra esa sentencia, C. interpuso ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires un recurso de extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando la errada aplicación de la entonces, ley nacional 18.248 (9) y la violación de los arts. 5.1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica (10). C. manifestó que de las constancias de la causa surgían los motivos justos de su solicitud y que, además, el Tribunal de Familia omitió considerar un precedente judicial que tramitó ante el Juzgado de Transición N° 1 de Mar del Plata que autorizó una cirugía de readaptación sexual.

En fecha 4 de abril de 2003, la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires aconsejó

(9) La ley 18.248, del 10 de junio de 1969, regulaba el régimen de inscripción del nombre de las personas naturales; categoría "personas naturales" para referirse a las personas humanas en oposición las "personas jurídicas". Dicha ley quedó derogada mediante el art. 3° de la ley 26.994, del 8 de octubre de 2014, que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vigente desde el 1 de agosto de 2015, que dedicó un capítulo para regular el nombre de las personas humanas, estableciendo en la última parte del art. 69: "Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad" (el destacado me pertenece) y en su art. 70, lo siguiente: Todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitarse por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios". La ley 18.248 puede consultarse aquí: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/120325/texact.htm#1> Mientras que el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina puede verse aquí: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#6>.

(10) El art. 5.1 protege el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y el art. 24 establece el derecho de toda persona, sin discriminación, a una igual protección de la ley. Véase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, aquí: [Tratados Multilaterales - Departamento de Derecho Internacional - OEA: \(oas.org\)](http://www.oas.org).

rechazar el recurso por presentar un criterio personal y carecer de evidencias de impugnación que demostrasen que de la estructura argumental de la sentencia recurrida surgiera una errónea aplicación la ley.

IV. Argumentos de los jueces

A continuación, presentaré los principales argumentos de los jueces de la Corte, según el orden del sorteo para votar la sentencia. A medida que los iré citando, incluiré datos teóricos y jurisprudenciales referenciados por los jueces y haré un breve análisis a modo reflexión personal.

Quien primero votó sobre la pretensión de C. fue el juez De Lázzari, quien sostuvo que pese a cierta deficiencia del recurso presentado, consistente en citar un precedente judicial por medio del cual se autorizó una intervención quirúrgica para la reasignación del sexo —supuesto diferente al traído en este caso, en el que C. ya había readaptado su sexo quirúrgicamente—, consideró el juez que, ante una posible vulneración de derechos humanos, el estudio de admisibilidad del recurso debía ser flexible y proceder:

"En casos como el presente se debe actuar con *máxima prudencia* para evitar que las exigencias formales (de suyo atendibles, pero no definitivas) resulten un valladar para la consideración y, en su caso, el amparo de tales derechos, haciendo que prevalezcan los valores y principios que emergen de la Constitución y de los Tratados a ella equiparados (punto 2, voto De Lázzari)" (11).

De Lázzari excluyó del análisis sobre el fondo de la cuestión el debate bioético sobre la juridicidad de la intervención quirúrgica de genitoplastia feminizante puesto que C. ya la había realizado en Chile —bajo otras normas jurídica-

(11) El destacado me pertenece para indicar que el juez aplica el principio de prudencia que, junto con la honestidad y la justicia constituyen los tres pilares de la vida feliz, o libre de perturbaciones, según Epicuro; eso que se denomina ataraxia. De tal modo, para Epicuro, las virtudes se eligen no por sí sino por el deleite que producen en la vida humana. Véase: Diógenes DE LAERCIO, "Vida de los filósofos más ilustres", Ed. Porrúa, México, 1984, p. 277.

cas— y consideró, por ello, que su readaptación sexual ya se había concretado. Dio por acreditado con el estudio genético que C. tenía cuarenta y seis cromosomas con un complemento XY (masculino); con el estudio psicológico, que la configuración psíquica de su sexualidad se correspondía con la de una mujer y, con los testimonios, que siempre fue reconocida socialmente como mujer.

En tal sentido, el juez delimitó el campo del debate a esclarecer el fenómeno de la transexualidad y su vínculo con los derechos humanos relativos a la rectificación de la partida de nacimiento y al cambio de nombre sin discriminación.

Cuestionó críticamente al abordaje sobre la transexualidad que efectuó el Tribunal de Familia de Morón, dado que dicho órgano sostuvo que la misma es una idea conceptual (12) y que, por lo tanto, “el tratamiento recomendable para los transexuales es la psicoterapia, muy por encima de los abordajes quirúrgicos” (punto 4 del voto del juez De Lázari).

Contra dicha postura, que concibe a la transexualidad como una ilusión o representación mental, el juez De Lázari exploró algunas definiciones dadas por organizaciones internacionales y el derecho comparado. En principio, citó la definición del Clasificador Internacional de Enfermedades —CIE10— que, literalmente, en su capítulo cinco define al transexualismo como un “trastorno de la identidad de género”:

“(F64) Transexualismo: Deseo de vivir y de ser aceptado como integrante del sexo opuesto, habitualmente acompañado de un sentimiento de incomodidad o de inadecuación al sexo anatómico propio y del deseo de someterse a cirugía y a tratamiento hormonal para hacer el propio cuerpo tan congruente como sea posible con el sexo preferido por la persona” (13).

(12) Los jueces del Tribunal de Familia de Morón citan la siguiente literatura para sostener su postura sobre la transexualidad como un trastorno psíquico: Catherine MILLOT (1984), “Ensayo sobre el transexualismo”; Patricia MERCADER (1997), “La ilusión transexual” y Henry FRIGNET (2003), “El transexualismo”.

(13) Hay que destacar que hasta el 1º de enero de 2022, fecha de entrada en vigencia del nuevo Clasifica-

Teniendo en cuenta la clasificación de la Organización Mundial de la Salud, De Lázari remarcó cuatro elementos que componen el transexualismo: 1) la identificación “intensa y persistente” con el otro sexo; 2) el malestar permanente con el papel del sexo asignado (disforia de género); 3) la ausencia de intersexualidad (homosexualidad, travestismo, bisexualidad, pseudohermafroditismo, etc.) y 4) la evidencia de un malestar clínico de deterioro social o laboral y la ausencia de alteraciones psíquicas.

A fin de echar luz sobre la transexualidad en el desarrollo jurisprudencial, el juez De Lázari acudió a dos precedentes judiciales del derecho comparado, uno de la Corte de Casación de Francia y otro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que se define a las personas transexuales como aquellas que perteneciendo físicamente a un sexo tienen el sentimiento de pertenecer al sexo opuesto e intentan acceder a ello mediante tratamientos médicos para adaptar su características físicas a su psiquis:

“Acompaña a tal síndrome la necesidad intensa y constante de cambiar de sexo y de estado civil, puesto que el sujeto se siente víctima de un error insoportable de la naturaleza, reclamando tanto una rectificación física como jurídica de tal error, para lograr una coherencia entre su psiquismo y su cuerpo” (14).

dor Internacional de Enfermedades, por su sigla CIE-11, el CIE-10 continúa vigente clasificando al transexualismo como una afección mental. En efecto, el CIE-11 ahora lo clasifica como una “condición” vinculada a la salud sexual y lo describe así: “La discordancia de género en la adolescencia o adultez se caracteriza por una discordancia marcada y persistente entre el género experimentado por la persona y el sexo asignado, lo que a menudo conduce a un deseo de “transición” para vivir y ser aceptada como una persona del género experimentado, ya sea por medio de un tratamiento hormonal, intervención quirúrgica u otros servicios de salud, para que el cuerpo pueda alinearse, tanto como lo desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no se puede hacer antes del inicio de la pubertad. Las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas una base para determinar el diagnóstico”. Contenido del CIE-10, aquí: ICD 10 en línea, Volumen 1, Español (paho.org) mientras que el CIE-11 puede leerse aquí: CIE-11 - CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad (who.int).

(14) Definición de la Academia de Medicina de Francia, en un comentario sobre el “caso B” del Tribunal Eu-

En efecto, en fecha 11 de diciembre de 1992 **(15)** la Corte de Casación Francesa anuló una sentencia del Tribunal de Apelación de Montpellier que rechazó la sustitución en el acta de nacimiento de la mención “sexo masculino” por la de “sexo femenino” por violación del *principio de respeto a la vida privada* **(16)** que justifica que en el registro sobre el estado civil de las personas se indique el sexo que se corresponde con la apariencia **(17)** de la persona, arguyendo que el principio de indisponibilidad del estado civil de las personas no supone un obstáculo para su modificación.

A su vez, mediante sentencia del 25 marzo de 1992 **(18)**, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Francia a indemnizar con treinta y cinco mil francos a B. por infracción al derecho a la vida privada y familiar (art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos), por negar su derecho a la identidad sexual y por rechazar el cambio de su nombre y la rectificación su sexo en los registros oficiales. La Corte consideró que la justicia francesa quebró el justo equilibrio que debía establecerse entre el interés general y los intereses individuales a fin de salvaguardar el “respeto” por la vida privada.

Siguiendo el pensamiento de Harry Benjamín **(19)**, sostuvo De Lázari que la concepción de pensar a las personas transexuales como “se-

ropeo de Derechos del Hombre realizado por Julio César RIVERA en "Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia", Revista El Derecho, ps. 151-195.

(15) Ver sentencia aquí: 3. As. Plen. 11 de diciembre de 1992.rtf (courdecassation.fr).

(16) De conformidad con el art. 8º del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el art. 9º del Código Civil francés. Véase el resumen jurisprudencial sobre la aplicación del art. 8º en relación con el derecho a la identidad aquí: Case-law guide on Article 8 (Spanish) (coe.int).

(17) La idea de apariencia será retomada por de Lázari para justificar su decisión bajo el instituto jurídico de la teoría de la apariencia.

(18) "Caso B. vs. Francia: B. v. France" [Spanish Translation] summary by the Spanish Cortes Generales (coe.int).

(19) Se refiere a la obra de Harry BENJAMÍN, "The transexual phenomenon", The Julian Press, New York, 1996.

res viciosos o pervertidos” que necesitan psicoterapia resulta anacrónica y que, muy por el contrario, se trata de personas en las que “dramáticamente contrastan sus características sexuales exteriores (su fenotipo) con su naturaleza psíquica” (punto 4, voto de De Lázari).

En efecto, Harry Benjamín ya en 1996 había brindado la siguiente definición sobre transexualidad, diferenciándola del travestismo:

“El hombre o mujer transexual son profundamente infelices como miembro del sexo (o género) al que él o ella fueron asignados por la estructura anatómica del cuerpo, particularmente los genitales. Para evitar malentendidos: esto no tiene nada que ver con el hermafroditismo. El transexual es físicamente normal (aunque ocasionalmente subdesarrollado). Estas personas pueden apaciguar un poco su infelicidad vistiéndose con las ropas del sexo opuesto, es decir, por travestismo, y por tanto, también pueden ser travestis. Pero mientras “vestirse” satisfaría al verdadero travesti (que se contenta con su sexo morfológico), esto es solo incidental y no más que una ayuda parcial o temporal para la persona transexual. Las verdaderas personas transexuales sienten que pertenecen al otro sexo, quieren ser y funcionar como miembros del sexo opuesto, no solo para aparecer como tales. Para ellos, sus órganos sexuales, tanto el primario (testículos) como el secundario (pene y otros) son deformidades repugnantes que deben cambiarse por el bisturí del cirujano. Esta actitud parece ser el principal punto de diagnóstico diferencial entre los dos síndromes (conjuntos de síntomas), es decir, los de travestismo y transexualismo” **(20)**.

Benjamín explica que las personas travestis usualmente son heterosexuales, que suelen sentir, vivir y trabajar como cualquier persona, llevando una vida feliz de familia como esposos, esposas, padres o madres. Pero, que las personas transexuales están atravesadas por una dimensión afectiva dramática que las perturba, tornándolas infelices, por el solo hecho de habitar un cuerpo físico que no se condice con su identidad sexual; lo que dicho autor califica como “tragedia”, dado que para ellas sus órganos

(20) Harry BENJAMÍN, ob. cit., p. 11.

sexuales son fuente de repugnancia y odio (21). Y esa es la raíz profunda del deseo de la persona transexual de llevar a cabo la readaptación sexual quirúrgica. En tal sentido, la transexualidad no puede reducirse a la disforia de género.

En el caso bajo examen, el juez De Lázari aplicó el principio del justo equilibrio ponderado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso B. y cuestionó si la cirugía sobre los órganos sexuales externos es una razón suficiente para rectificar en los asientos registrales el cambio de sexo:

“¿Basta argumentar la libertad de decisión para provocar efectos jurídicos sobre relaciones de familia, laborales o comerciales, o sobre cuestiones administrativas, derechos políticos, etc.? ¿No sería esto último como transformar el propio deseo en argumento irresistible o en postulado absoluto? (punto 4, voto de De Lázari)”.

La primera dificultad que encontró el juez fue la ausencia de un marco jurídico que autorice el “cambio de sexo” solicitado por la reclamante. Dicho obstáculo, entendió De Lázari, queda superado con la aplicación del “principio de clausura” que postula que todo lo que no está prohibido, está permitido; que en el derecho argentino encuentra amparo por la Cláusula 19 de la CN que establece que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe. Con este argumento, De Lázari refutó uno de los fundamentos del Tribunal de Familia de Morón. En tal sentido, esgrimió que tanto desde una posición jurídica positivista como desde una iusnaturalista moderna, en caso de ausencia de normas, los jueces pueden tomar decisiones correctas con base en directrices y principios generales:

“Nuestra función es —cumpliéndose la estricta condición de que lo requiera el interesado— considerar su caso aunque no esté previsto en la ley y dar adecuada y justificable respuesta a su pretensión (punto 5, voto de De Lázari)”.

Como segunda dificultad, el juez entendió que existía una confusión entre las categorías “sexo” y “género”; razón por la cual, tomando como re-

ferencia las ideas de Elena Highton (22) aseveró: “el sexo es un dato integral de la persona”, cuyo ejercicio se haya dentro de las libertades fundamentales del ser humano, compuesto por seis elementos: 1) veintidós pares de cromosomas más un par XX o XY que determinan el sexo mujer u hombre, respectivamente; 2) el eje gonadal o células sexuales (ovarios en las mujeres y testículos en los hombres); 3) el eje hormonal dominante (estrógenos en las mujeres y testosteronas en los hombres); 4) los genitales externos (vagina en las mujeres, testículos y pene en los hombres); 5) el fenotipo o anatomía dominante (vellosidad y registro de voz grave en los hombres, ensanchamiento de caderas y registro de voz agudo en las mujeres); y 6) la identificación sexual, que puede estar condicionada o no por los demás componentes; es decir, que puede disociarse según las vivencias o sentimientos de la persona. Según De Lázari, una reducción del sexo a lo cromosómico o a lo biológico, implicaría un cercenamiento del concepto transexualidad que podría acarrear conflictos sobre el derecho a la identidad: “cuando hablamos de la capacidad jurídica de un individuo no atendemos a la salud de sus músculos, sus huesos o sus células, sino a su madurez intelectual y a su desarrollo psíquico (punto 5, c, voto de De Lázari)”.

En tal sentido, De Lázari, aseveró que el género se define por referencia a lo cultural, que impacta en la psiquis, en las relaciones intersubjetivas y en los roles que la sociedad asigna a los individuos y, nuevamente, citando a Highton, afirmó que la tradicional visión binaria, sustentada en que existen géneros opuestos (femenino/masculino), quedó superada por una visión según la cual lo masculino y lo femenino son grados sucesivos de la identidad entre lo físico-biológico y lo cultural-social-religioso e histórico que integran la personalidad individual.

Contra el argumento del Tribunal de Familia de Morón que sostuvo que el ADN es inmutable, como fundamento para rechazar el pedido de rectificación de la partida de C., el juez De Lá-

(22) Véase el punto 9 del artículo: “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona” de Elena HIGHTON en: <http://www.notivida.com.ar/Articulos/Aborto/La%20salud%20a%20vida%20y%20a%20muerte.html>.

zzari arguyó que si bien ello es correcto, porque de todos los componentes enunciados el único que resulta inmodificable es el cromosómico, siendo allí donde reside la tragedia de la persona transexual porque, según sus palabras, “no llega a ser aquello que siente ser” (punto 5, d del voto del juez De Lázari), también sostuvo que el derecho regula las apariencias, como en el supuesto del poseedor de la herencia, y que en el caso de las personas transexuales le corresponde al derecho aliviar su drama existencial. Contra la postura del Tribunal de Familia basada en el determinismo biológico para rechazar el pedido de rectificación de la partida y el cambio de nombre de C., De Lázari formuló la siguiente hipótesis:

“Si una constitución cromosómica sana define terminantemente el sexo, el problema de C. no debiera existir ya que, sus cromosomas lo habrían dirigido hacia comportamientos, actitudes y apetitos propios del varón (punto 5, g, voto de De Lázari)”.

El juez exploró algunas teorías sobre el origen de la transexualidad, como la que sostiene que la identidad sexual podría originarse durante la etapa de desarrollo intrauterino cuando el cerebro es impregnado hormonalmente con una sexualidad distinta a la genital, debido al antígeno H-Y (23) o la que postula que el tamaño del hipotálamo en los hombres triplica al de las mujeres y que en los hombres transexuales tiene el mismo tamaño que el de las mujeres; todo lo cual llevó al juez a afirmar que aunque el dato cromosómico es relevante no es definitivo para determinar el sexo y, por lo tanto, de la alegada inmutabilidad del ADN (plano de realidad biológica) no se deriva la indisponibilidad (plano del deber ser o del hacer), lo que permite hacer lugar al recurso extraordinario, probada la identificación sexual femenina de C., y proceder a la rectificación de los asientos registrales respecto del sexo y del cambio de nombre por aquel que ella ha elegido y con el que es conocida so-

(23) Cita a Héctor SABELLI en "Derecho y Transexualidad", LA LEY, 2002-D, p. 607; a Gustavo BOSSERT en "El transexual. Hechos constitutivos del estado civil de las personas", mesa de debate en agosto de 1993 en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires y a Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO en "Derecho a la identidad personal".

cialmente. Ello, afirmó el juez, sobre la base del derecho de todo ser humano a que sea tratado intrínsecamente con dignidad según sus intereses y posición moral, según su plan de vida y en un pie de igualdad con todas las personas (24):

“No creo que hacer lugar a lo requerido constituya una violación del orden y la moral pública (...) La identidad sexual de C., que pertenece —sin duda— a la esfera de su mayor intimidad (...) no es de las acciones que interesen al orden jurídico. En todo caso, veo más escandaloso que quien vive (...) como mujer, porte un documento que lo identifique como varón, con un nombre que poco tiene que ver con su género, provocando el escarnio, el desempleo, la desprotección social, el auto desprecio, etc. (véase el inc. c del punto 6, voto de De Lázari)”.

En efecto, aplicando el principio del justo equilibrio entre los intereses privados de las personas transexuales y los intereses generales de la sociedad, sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el famoso caso B., el juez ponderó el daño moral, la humillación y el desamparo al que una persona transexual se encuentra sometida por el simple hecho de no reflejar en su documentación personal y los registros oficiales su vivencia social como mujer. Sin embargo, el juez entendió que la rectificación de la partida podría afectar intereses de terceras personas, por lo que propuso que en el margen de esta se anote que en caso de adopción o matrimonio deberá mostrarse a la persona interesada el contenido de la sentencia.

Por su parte, el juez Roncoroni, adhiriendo a lo expuesto por de De Lázari, añadió que el tránsito de un sexo a otro es un “proceso” que se gesta en lo profundo de la conciencia y de la psiquis de quienes tienen la íntima convicción de pertenecer al sexo opuesto al genético, fenotípico y legal y que sus roles, hábitos, gustos, gestos, vestimenta y comportamientos “se corresponden con ese estatus sexual con el que se identifica y cuya apariencia morfológica busca desesperadamente mediante una cirugía demo-

(24) Basa su decisión, principalmente, en las siguientes normas: arts. 16 y 19 de la CN Argentina, Opinión Consultiva 4/84 y Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados por vía del art. 75, inc. 22 de la CN.

ledora, esterilizadora y reconstructiva (punto 2 del voto del Juez Roncoroni)". Y agregó que dicho proceso, que culmina con el reconocimiento judicial y registral del cambio o adecuación del sexo, no rompe por completo el conflicto humano interno entre ambas dimensiones del sexo: biológico y psicológico.

Arguyó Roncoroni que si bien es cierto que la cirugía y los tratamientos hormonales atenúan en la persona transexual la ambigüedad que padecen entre la imagen corporal deseada y el sexo sentido y vivido:

"Lo obtenido, aún en el plano corporal y genital es una imitación superficial, meramente externa, una imitación o simulacro que (a través de la *amputación de lo odiado* y la implantación o reconstrucción de un remedio de atributos queridos) le trae alivio a su yo interno (punto 3, voto Roncoroni)" (25).

En una palabra, lo que el juez analizó es que la transformación por cirugía u hormonas alivia la identidad sexual de la persona pero no produce un cambio *in totum* ya que, persisten en ella datos biológicos y anatómicos, como la próstata y las vesículas seminales en el caso de C.

Llegado a ese punto, Roncoroni se preguntó cuál es la *ratio decidendi* —cuál es la razón de jurídica— por la que los Tribunales Europeos y distintos órganos judiciales en Argentina se habían pronunciado a favor de pretensiones como la de C. Y halló respuesta en la preeminencia que se le brinda a la identidad sexual por sobre el sexo biológico.

Compartiendo la posición de Marina Camps Merlo (26), Roncoroni entendió que la identidad sexual no consiste en algo acabado y determinado sino en un proceso psíquico-social-cultural, dinámico y singular, que atraviesa cada individuo durante toda su vida, que in-

(25) El destacado me pertenece, puesto que el juez Roncoroni incorpora en su argumento la dimensión afectiva dramática; esto es, el odio de la persona transexual respecto de su sexo biológico.

(26) Cita la tesis doctoral Marina CAMPS MERLO (2001) "La trascendencia jurídica de la identidad transexual: estudio interdisciplinario del transexualismo", <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=189023>.

cluye: el sexo corporal, el sexo asignado al nacer, el sexo psicológico, el rol sexual asumido y la experiencia sexual. Todo ello implica en la transexualidad, según el juez, un "sentirse" y un "pertener" al sexo opuesto al biológico que conforma la identidad y se proyecta socialmente como la verdad subjetiva que el derecho debe tutelar.

Convencido de que el "yo" de la persona transexual se encuentra apesadado en una realidad jurídica contrapuesta a la de su identidad sexual, el juez Roncoroni adoptó una perspectiva realista y holística sobre el derecho a la identidad sexual y tajantemente sostuvo: "Quienes se oponen a la admisión de tal cambio quedan anclados en el dato biológico (punto 5, voto Roncoroni)".

"El abordaje del problema, si no se quiere desmayar en reduccionismos, ni dar a luz impensadas incoherencias, ha de hacerse con una mirada realista, totalizadora e integral de todas las dimensiones involucradas en el problema de la identidad sexual del transexual, muy en especial: la corporal y la psicológica-social o cultural (punto 7, voto Roncoroni)".

El juez analizó el derecho a la identidad sexual en el marco del derecho a la identidad personal, el que para su ejercicio necesita de otra u otras personas, y sostuvo:

"La identidad personal —para el derecho— no solo tutela el proyecto personal de cada persona y lo que esta desea ser en lo recóndito de su conciencia, sino también la proyección social de esa persona e, incluso, el derecho de los demás a no ser engañados por la identidad de sus semejantes (punto 9, voto Roncoroni)".

De tal modo, el juez avanzó sobre el derecho de las personas a su identidad sexual, insertándolo dentro del marco constitucional de la autonomía personal para elegir el propio plan de vida y que esta sea respetado. Pero, en miras a proteger el derecho de terceras personas a no resultar engañadas por la apariencia, reflexionó sobre la posibilidad de "igualar en todo lo que es, aunque menos, desigual (punto 11 del voto del juez)" ya que, siguiendo con la teoría de la apariencia esbozada por el juez De Lázzari, la equiparación entre apariencia (femenina) y rea-

lidad (genética masculina) resulta a su juicio cuestionable:

“[C]asi en la totalidad de los supuestos que el derecho da tutela a la apariencia, el sujeto de tal tutela o amparo no es el creador de la apariencia, sino el tercero que de buena fe creyó en ella y ha de sufrir sus efectos en sí... (punto 11, voto Roncoroni)”.

De su análisis se infiere que la rectificación del sexo que los jueces ordenarían anotar en el Registro Civil de las Personas reflejaría la apariencia sobre la identidad sexual y no la realidad sobre la materialidad biológica de C., razón por cual Roncoroni sostuvo que:

“La llamada teoría de la apariencia no es el instrumento jurídico idóneo para dar cobertura a la solución del problema transexual. (...) Más bien, dicha teoría —llegado el caso— ha de dar tutela a los terceros que confiaron en esa apariencia (punto 12, voto Roncoroni)”.

En efecto, según Roncoroni, la mera propuesta del juez De Lázzari de efectuar una nota marginal en los registros solo viene a confirmar que el cambio registral no es radical, ya que, el sexo genético o ADN persiste, ni absoluto, ya que tiene efecto frente a terceros. La cuestión se planteó debido a la manifestación del deseo de C. de casarse y de adoptar hijos; frente al vacío legislativo de ese entonces, en Argentina y ante la infinidad de situaciones que podrían suscitarse en asuntos filiales, parentales y sucesorios. Sin embargo, Roncoroni fue más allá y analizó el reproche penal (27) que le cabe la mujer, categoría basada en el sexo biológico, por fingir preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le corresponden:

“Pensemos en un transexual varón que muda su sexo de acuerdo con su psiquis femenina. (...) ¿Puede escapar al reproche penal que parece previsto para personas en consideración de su sexo biológico o le cabe el mismo por haber fingido preñez o parto? (punto 13.5, voto Roncoroni)”.

(27) Conforme al art. 139, inc. 1º, del Código Penal Argentino, la pena consiste en prisión y varía entre 2 y 6 años.

El juez analizó varios efectos jurídicos imprevistos, incluida la posible desigualdad dada por la anatomía biológica de las personas en las competencias deportivas y en las tareas laborales o militares o la posible discriminación si se le negara a la persona transexual casarse con otra de su mismo sexo cromosómico o de distinto sexo registral o sufragar según su sexo sentido y vivido.

Entendió Roncoroni que dar preeminencia a la identidad sexual en forma absoluta y excluyente por sobre el sexo biológico implicaría “desgajar” los efectos jurídicos que se derivan de ello. Razón por la cual, aunque que podría argumentarse que la identidad sexual opuesta al sexo biológico se consolida en la primera infancia, el juez consideró razonable negarle efectos retroactivos a la rectificación registral del sexo, debiendo mantenerse incólumes los efectos jurídicos de las relaciones familiares y filiales preexistentes.

Asimismo, sostuvo que su función judicial consiste en dar respuesta al caso concreto y que les corresponde a los legisladores dar cobertura a la problemática de las personas transexuales a través de normas generales que estructuren todos los aspectos del fenómeno: médicos, psicológicos, quirúrgicos, jurídicos y registrales. Según Roncoroni, la ausencia de legislación no hace más que “estragos en la salud, el honor, el equilibrio emocional y en todo el tejido de las relaciones interpersonales” de la persona transexual (punto 16, voto Roncoroni).

Reafirmando su postura anti reduccionista sobre la transexualidad, sostuvo el Juez que no podría dar respuesta absoluta y excluyente sobre la base del dato biológico o al psicológico para determinar la identidad sexual sino que deben tener en cuenta ambos planos e incluirse el dato histórico biográfico de C.

Sostuvo, finalmente, que el Estado no puede ordenar la rectificación de la partida y el cambio de nombre con efectos *erga omnes*: “proclamando una total equiparación de aquella con el sexo femenino, con todos los efectos jurídicos que hacia los terceros ello llevaría implícito (punto 18, voto Roncoroni)”.

A su turno, el Juez Hitters resaltó el argumento principal de la jueza Glaniver, del Tribunal de Familia de Morón, quien rechazó la pretensión de C. sobre la siguiente base:

“El sexo genético —por regla— no puede ser alterado, pues está en juego el orden público, y porque resulta imposible modificar el deseo de la naturaleza y con más razón cuando se ha hecho en fraude de la ley, y sin resguardo normativo (voto 12, Hitters)”.

Y, también, reprodujo el voto de la Jueza Recorder de ese Tribunal de Familia, quien en minoría ordenó la rectificación de la partida de nacimiento de C. alegando: “[N]o se trata en verdad de un cambio de sexo sino de aproximar todo lo posible la apariencia y el sexo con que la persona se identifica socialmente (voto 14, Hitters)”.

Queda claro, sostuvo Hitters, que el problema para la persona transexual consiste en una dicotomía entre la naturaleza cromosómica —estática— y la configuración sexual —dinámica— que la persona se representa mentalmente y siente como propia; lo que Hitters calificó como *factio iuris*, siguiendo un precedente jurisprudencial del Tribunal Superior Español que se refirió a la “ficción de hembra” (voto 19, Hitters); añadiendo que la diferencia entre “masculino” y “femenino” no es absolutamente antagónica ni definitiva sino que representa grados de la categoría “sexualidad” (voto 21 Hitters).

El antagonismo, según Hitters, se produce entre lo cromosómico y lo psicosocial, consistiendo para la persona transexual en “un hondo problema existencial (...) que resulta imposible soslayar (votos 22 y 24, Hitters)”, que yace en el deseo “dramático” de que el derecho reconozca la transformación morfológica genital a la que ya ha accedido.

Al igual que el juez de Lazzari, Hitters apeló a un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al caso “K. B. contra Reino Unido” (2004) (28), en el que se solicitó al Tribunal de Justicia que expida una decisión prejudicial sobre aplicación del principio de “igualdad de

retribución entre trabajadores y trabajadoras” (29), en el marco del juicio en el que K. B. reclamaba el reconocimiento de una pensión de viudez para su compañero transexual masculino (30), alegando que la exigencia de matrimonio de la Oficina de Pensiones del Sistema Nacional de Salud constituye una discriminación indirecta contra las personas transexuales por razón del cambio del sexo.

En efecto, en dicho caso, el Tribunal sostuvo que la pensión de supervivencia está amparada por el art. 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y que por definición no se retribuye a la persona trabajadora sino a su superviviente siendo *esa* la razón del beneficio: “[D]e modo que la pensión corresponde a este último por el vínculo de empleo entre el empresario y dicho cónyuge y se le paga en razón del empleo de este” (31). Añadió que la reserva de ventajas para parejas que contrajeron matrimonio obedece a razones del Reino Unido, legislativas o judiciales, sin que ello implique un acto de discriminación por razón del sexo por parte de la Comunidad Europea, dado que para el derecho comunitario el dato empírico de que la persona superviviente sea hombre o mujer resulta indistinto para conceder el beneficio previsional (32), quedando acreditado en el caso una desigualdad en el trato (33) hacia la persona transexual por razón de su identidad sexual (y no por su cambio morfológico de sexo), que operó como un castigo por parte del Reino Unido.

(29) Contenido en los arts. 1º y 2º de Ley de 1975 del Reino Unido de Gran Bretaña, sobre discriminación por razón de sexo que incluye los casos de discriminación por cambio de sexo y en el art. 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, disponible aquí: EUR-Lex - 11997E141 - ES (europa.eu).

(30) Que, según surge del fallo, habiendo nacido mujer y siendo inscrita como tal, a raíz de una operación cambió de sexo, pasó a ser hombre, sin poder modificar su partida de nacimiento para inscribir dicho cambio, ni contraer matrimonio civil con K. B., pese a haber realizado una ceremonia religiosa.

(31) Véase el punto 26 del “caso K. B. contra Reino Unido”, precedentemente citado.

(32) Ver punto 29 de dicho fallo.

(33) Por violación al art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: European Convention on Human Rights (coe.int).

(28) Disponible aquí: EUR-Lex - 62001CJ0117 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

Citando a Aída Kemelmajer (34), Hitters remar­có que mientras la transexualidad se basa en el sentimiento de pertenecer al sexo opuesto al que se está inscripto, la homosexualidad se asienta en la preferencia sexual sin alterarse la identificación sexual. Y, compartiendo las ideas de Mauricio Mizrahi (35), analizó la categoría “género”, basada en los comportamientos y roles mutables, elegidos por las personas con base en sus preferencias sexuales, que se suele emplear desde la doctrina y la jurisprudencia para reemplazar a la categoría “transexual”, como si ambas fueran lo mismo, y enfáticamente dijo:

“Las proyecciones de esta postura son preocupantes ya que, implican la ratificación de una muy actual doctrina posmoderna que aspira a minimizar el sexo, pulverizar el principio de la bipartición sexual humana convirtiendo a todos en ¿iguales?, unificar nuestras conductas y, en fin, como lo ¿ordena' la globalización, se dirige a neutralizar todos los rasgos que hagan a la especificidad de la persona, con lo cual se profundizaría todavía más la declinación de la subjetividad (punto 31, voto Hitters)”.

Efectivamente, el cambio de género o transgénero es una categoría moderna en la que el cambio sobre la identidad de género es constante y nada tiene que ver con la transexualidad, en la que la identificación sexual con el sexo opuesto es permanente y constituye un fenómeno histórico que “tuvo vigencia desde antaño”, manifestó Hitters, agregando que el temor a revelarlo públicamente llevó a muchas personas al suicidio, cuando no eran, por esa razón, “arrestadas y quemadas vivas”; lo que evidencia el “padecimiento y peripecias de quienes han renegado de su sexo” (puntos 33 a 37, voto Hitters).

En los puntos 41 a 59, Hitters revisó la evolución jurisprudencial sobre transexualidad del *Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos*—sede Estrasburgo— que, en el caso “R.

contra Reino Unido” (1986), denegó la modificación del acta de nacimiento a una persona transexual alegando que los Estados tienen discrecionalidad para regular la materia sin que eso implique discriminar. En el caso “C. contra Reino Unido” (1990) y en los casos “S. y H. contra Reino Unido” (1998), ratificó la doctrina del precedente caso “R.”, doctrina que difiere en “B. contra Francia” (1992), por las razones ya señaladas por De Lázari en su voto, y en “G. contra Reino Unido” (2002) en el que se resolvió por unanimidad que las normas que prohíben el cambio de sexo, partidas y nombres vulneran el Convenio de Roma de 1950 dado que ningún interés público se opone al interés del demandante de obtener el reconocimiento jurídico sobre el cambio de sexo. A su vez, en los puntos 60 a 65 de su voto, Hitters examinó la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*—Luxemburgo— revisando el caso “K. B. contra el Reino Unido”, antes citado.

Recordemos que la sentencia que aquí analizo es del año 2007, o sea que los jueces Hitters y De Lázari tuvieron en cuenta los principales argumentos de ambos Tribunales Europeos, hasta ese momento.

En consonancia con el voto de los jueces antecesores, Hitters sostuvo que frente a la ausencia normativa resulta aplicable la Cláusula 19 de la CN y, por vía del art. 75, inc. 22 de esta, que remite a los Tratados sobre Derechos Humanos a los que Argentina adhirió, apeló a la regla del derecho consuetudinario que establece que el Estado debe adecuar su ordenamiento interno en consonancia con los Tratados Internacionales adoptados y, por lo tanto, consideró aplicables al caso los principios de igualdad ante la ley y no discriminación por razón del sexo y los derechos a la vida privada y a contraer matrimonio, que incluyen para las personas transexuales el cambio de sexo, de nombre y de rectificación del sexo en las partidas. Coincidió en todo con sus colegas respecto insertar una nota marginal en la partida de C. y sobre el efecto de la cosa juzgada hacia el futuro para salvaguardar las relaciones jurídicas preexistentes y los intereses de terceras personas.

Finalmente, la sentencia contiene el voto del juez Genoud, quien adhirió a los votos precedentes y realizó un estudio del caso desde el

(34) Cita el ensayo: “Derecho y homosexualidad en el Derecho Comparado” de Aída KEMELMAJER, publicado en la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 13, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 186.

(35) Cita el ensayo “El transexualismo y la bipartición sexual humana. Características y propuestas de Mauricio Luis MIZRAHI, publicado en LA LEY, 21/06/2005.

punto de vista del alcance jurídico de la pretensión de C., iniciando su argumentación en torno al derecho de C. a que se respete su elección sobre el cambio de su sexo y su nombre y al reconocimiento jurídico de su identidad sexual en miras a garantizar el derecho a su salud:

“La conducta dirigida por el actor a obtener la rectificación de sus datos en la partida de nacimiento es un obrar autorreferente, autodeterminado y voluntario que no daña a terceros, no hallándose justificativo alguno que le vede obtenerla (punto II, Genoud)”.

Reconoció Genoud que existen al menos dos posturas: la de quienes admiten una disociación entre el sexo cromosómico y el psicosocial y la de quienes, alegando la inmutabilidad del sexo cromosómico, propician tratamientos de psicoterapia u hormonales para afirmar la identidad en forma previa a una intervención quirúrgica.

Sin embargo, en el caso de autos, reflexionó Genoud, lo último resulta innecesario porque C. reclamó el reconocimiento sobre su identidad sexual luego de haber transitado todo ese proceso, incluida la operación genital; lo que evidenciaba para el Juez que no estaban frente a un “capricho” de C. sino ante una circunstancia en la que estaban comprometidos el respeto de sus derechos humanos. Es el dato ontológico —basado en la libertad— el que marca la diferencia existencial entre los humanos y otros seres vivientes, argumentó Genoud en el punto III de su voto. En consecuencia, sostuvo que la pretensión de C. es la consecuencia de un obrar consciente y reflexivo.

Tanto Genoud como Hitters hicieron referencias a una perspectiva realista del derecho, con citas de Von Ihering (36) que indican que el derecho debe dejar de lado todo tipo de formalismo para alcanzar la verdad y abandonar una visión unidimensional para integrar adecuadamente las realidades subjetivas y sociales (punto 96, Hitters y punto II, Genoud).

Afirmó Genoud que el fallo del Tribunal de Familia de Morón soslayó el derecho a la identidad sexual de C. comprendido dentro del de-

recho a la salud en un sentido amplio, tal como lo define la Organización Mundial de la Salud, que comprende el bienestar psíquico, mental y social:

“¿Goza el transexual de salud? Respondiendo: evidentemente no. Su angustia existencial, producto de su disociación sexual se lo impide. Vive una constante situación en la que no cabe serenidad, equilibrio, sosiego. Carece de estabilidad emocional. Por ello, debe concluirse, aunque resulte obvio y lógico lo que expongo, que C. tiene derecho a la salud”.

Asimismo, Genoud argumentó sobre el derecho al reconocimiento de la dignidad humana de C., sobre una base teórica Kantiana (37), que admite dos dimensiones: la protección contra las ofensas que denigran o desconocen al ser humano —que preserva la moral humana y la igualdad en el trato— y la inviolabilidad del individuo —que preserva a la privacidad y autonomía personal de injerencias de terceros o de coacción estatal, permitiéndole al ser humano desarrollar su propio plan de vida.

Desde el punto de vista del alcance del reconocimiento jurídico, sostuvo Genoud que lo que se reconoce no es el cambio de sexo, que materialmente ya fue realizado por C., sino que el derecho reconoce la asignación de sexo que vive C., con lo que se procedería a la reasignación de sexo de C., con el consecuente cambio de su nombre por B. en los documentos de identidad; reconocimiento que “no borra ni hace desaparecer para el pasado su sexo e identidad histórica (punto IV, Genoud)”, llamando imperativamente al poder político legislativo a “dar respuesta a las cuestiones que hoy se debaten, en particular sobre los efectos jurídicos respecto de la persona transexual y sus relaciones dentro de la familia y la sociedad (ídem)”.

Finalmente, Genoud sostuvo que la sentencia del Tribunal de Familia de Morón incurrió en absurdo por cuanto, conociendo el conflicto existencial en la personalidad de C., lo con-

(37) Sobre dignidad humana, véase “Metaphysical Elements of Justice: Part I of the Metaphysics of Morals” de Immanuel KANT, (Trad.) John LADD, Hackett Publishing Company Inc., Indianápolis, 1999.

denaba a padecerlo el resto de su vida (punto V, Genoud).

De tal modo, por unanimidad, los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires revocaron la sentencia del Tribunal de Familia de Morón y ordenaron la corregir la asignación como varón en la partida de nacimiento de C. y reasignarlo como inscripta en el sexo femenino, con el correspondiente cambio de nombre y emisión de un nuevo documento nacional de identidad, sin publicación de edictos por la índole privada del asunto y por afectar intereses sensibles.

V. La tensión entre el cuerpo y la mente: humillación, odio y repugnancia

Resulta evidente que existe una dimensión afectiva dramática dentro de las sentencias que resuelven reclamos de grupos LGBTQI, más aún en los casos de crímenes cometidos por odio en razón del sexo o del género de la víctima.

Tal como lo expresara Harry Benjamín, las personas transexuales al sentirse identificadas con el sexo opuesto al biológico, asignado al nacer, suelen sentir odio y repugnancia contra sus genitales y *esa* es una razón afectiva fuerte que las impulsa a realizar la cirugía de readaptación sexual, conforme con su identidad sexual, como modo de achicar la brecha existente entre su cuerpo biológico y la imagen del cuerpo deseado y, también, como forma de aliviar la tragedia de vivir y sentirse identificadas con el sexo opuesto al biológico.

Así lo juzgó el juez Roncoroni, al entender que la cirugía de readaptación morfológica sexual constituye un alivio para la persona transexual a la vez que una "amputación de lo odiado", refiriéndose claramente a los órganos genitales sexuales externos con los que la persona transexual no tolera convivir.

A su vez, como lo expresara el juez De Lázari, el simple hecho de vivir como mujer sin que el Estado lo reconozca en los registros públicos, por medio de los documentos de identidad implica para la persona transexual un escarnio público, una humillación.

Existen diferentes enfoques sobre el estudio de las emociones.

El enfoque centrado en la percepción concibe a las emociones como una tensión, entre el deseo y la voluntad, atravesada por el cuerpo. Su principal exponente fue René Descartes (38), para quien las pasiones son las percepciones, fantasías y figuraciones que, por medio de una glándula situada en la corteza cerebral (39), excitan al alma y al cuerpo con fuerza suficiente para determinar la volición.

Desde esta perspectiva, podríamos afirmar que la autopercepción o mirada interna de las personas transexuales sobre su sexo biológico y las representaciones mentales y fantasías sobre su identidad sexual constituyen el motor que determina su voluntad para eliminar de su cuerpo todo rastro genético y fenotípico que se contraponga al de su identidad, dado que el odio es una emoción con un contenido cognitivo consistente en la eliminación de aquello que resulta odiado.

Para Descartes la pasión ocurre al configurar la realidad por medio de la percepción intelectual o de las fantasías e ilusiones que se producen tanto en los sueños como en el estado de vigilia (40). Por su parte, en su "Tratado de la naturaleza humana", Hume afirmó: "[N]ada está jamás presente en la mente excep-

(38) René Descartes nació en 1596 en La Haye en Touraine, Francia y falleció en 1650 en Estocolmo, Suecia. Se licenció en derecho en 1616 por la Universidad de Poitiers y se dedicó al estudio de la física y de la filosofía, siendo reconocido por su "Discurso del Método" publicado en 1637. En 1646 escribió "Pasiones del alma" para la princesa Isabel, hija mayor de Federico, Rey de Bohemia, Conde Palatino y Príncipe Elector del Imperio, publicado por vez primera en Ámsterdam en 1649. Léase la biografía completa en: <http://www.philosophica.info/voces/descartes/Descartes.html>. Fue conocido por la formulación del silogismo abreviado: Je pense, donc je suis —pienso, luego existo— argumento previamente elaborado por Aristóteles en "Ética a Nicómaco" al analizar la prudencia como virtud de la razón correcta EN, Libro VI, 1170.

(39) Se trataría de la glándula pineal, aunque Descartes no lo precisó.

(40) DESCARTES, René, "Pasiones del alma", Ed. Altamira, Buenos Aires, 2007, ps. 21-26.

to sus percepciones" (41), que pueden ser de dos clases: impresiones e ideas. Para él, el objeto de conocimiento de las pasiones es el ego, es decir, aquello a lo que la mente dirige su atención cuando percibe. Según Hume, la razón o juicio, consistente en el hallazgo de la verdad o de la falsedad, solo influye sobre la conducta humana cuando provoca o activa una pasión: "[D]e ahí que la ofensa o desprecio hacia nosotros sea una de las mayores fuentes de odio; y los favores o el aprecio, de amistad..." (42). Es por ello, que, para este autor, la moral proviene de las pasiones y no de la razón, que solo se ve afectada por ellas (43).

Desde este enfoque, la percepción actúa como un reflejo de la mirada externa; el odio, que la persona siente, no proviene tanto de cómo se ve a sí misma sino de cómo la ven los demás, lo que hiere su ego, su orgullo. Es por esta posición pasiva de los afectos que, para Hume, la razón se encuentra doblegada a las pasiones —de odio o de humillación— y que, por lo tanto, no es útil para encontrar la verdad cuando está afectada por dicha dimensión moral.

A su vez, William James centró el estado emocional en las percepciones de hechos, acompañadas de expresiones corporales y de sensaciones sobre esos cambios ocurridos en el cuerpo. James distinguió entre percepción meramente sensorial y percepción puramente intelectual, a la que denominó emoción; reconociendo que en ambos supuestos interviene el sistema nervioso central: "[C]ada percepción conduce a algún resultado nervioso" (44). El enfoque de James fue replanteado, desde la neurobiología actual, por Antonio Damasio (45) y

Jasse Prinz (46), para quienes los estados interoceptivos configuran mentalmente las sensaciones corporales y cumplen un rol en las emociones, pensamientos y decisiones.

Teniendo en cuenta la perspectiva neurobiológica de las emociones, el odio o la humillación que la persona transexual podría llegar a experimentar sería el resultado de una alteración neuronal, que afecta los motores sensitivos cerebrales, que le conduce a realizar cambios y tomar decisiones sobre su realidad. Explican dichos autores que las personas neuralmente afectadas, o desafectadas moralmente, son en consecuencia incapaces de tomar decisiones y conducir su plan de vida. Es por ello, que bien resaltó De Lázzari que la persona transexual carece de patología psíquica o neural. En igual sentido, se manifiesta la OMS en el nuevo clasificador internacional de enfermedades, quitando a la transexualidad como un trastorno mental.

Otro enfoque sobre las emociones es el cognitivista, dentro del cual hay distintas teorías: algunas centradas en las apreciaciones, como la de Lazarus (47); otras en la racionalidad de las creencias en las que se basan, como la de Robert Solomon (48); algunas en las estructuras del pensamiento, como la de Jerome Neu (49); otras en los mecanismos del ego, como la de Jon Elster (50) y otras centradas en los juicios

(46) Uno de los primeros textos de Prinz, en los que replantea la tesis de James, es: "Emotions embodied" en *Thinking about feeling. Contemporary philosophers on emotions* de Robert SOLOMON, Oxford University Press, Oxford, 2004, 44-61.

(47) LAZARUS, R. — AVERILL, J. — OPTON, E. (1970), "Towards a cognitive theory of emotions. The Loyola Symposium", en M. ARNOLD, *Feelings and emotions*, Academic Press, New York, ps. 207-232.

(48) Véase, por ejemplo, el trabajo temprano de SOLOMON, "Emotions and Choice" en *What is an emotion?* de Robert SOLOMON, Oxford University Press, Oxford, 2003, Vol. 27, ps. 224-235.

(49) "Emotions and freedom" de Jerome NEU, en *Thinking about feeling. Contemporary philosophers on emotions* de Robert SOLOMON, Oxford University Press, Oxford, 2004, ps. 163-180.

(50) Elster ha dedicado muchos textos para explicar cómo influyen los mecanismos del ego, desarrollados por Ana Freud, sobre las emociones, profundizando en

(41) HUME, David, "Tratado de la naturaleza humana, Libro III, Acerca de la moral", Ed. Eudeba, Buenos Aires, p. 16.

(42) HUME, David, "Disertación sobre las pasiones", (Trad.) CARMONA, José Luis Tasset, Ed. Gredos, Madrid, 2012, ps. 672.

(43) HUME, D., "Tratado...", ob. cit., ps. 17-18.

(44) JAMES, William, "What is an Emotion?" *Mind*, 34, vol. 9, 1884, ps. 188-205.

(45) Véase el conocido texto de Antonio DAMASIO (1994), "El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano", (Trad.) ROS, Joandoménech, Ed. Crítica, Buenos Aires, 2010, 1ª reed.

de valor, como la de Martha Nussbaum (51). Pero, todas ellas coinciden en que las emociones contienen creencias y juicios de valor sobre dichas creencias, que interactúan con la razón y que dan cuenta de la percepción subjetiva del ser humano sobre sí mismo y sobre el mundo.

Según Lazarus, el problema más importante que encuentran los psicólogos a la hora de estudiar y definir las emociones, desde su óptica científica, es que desde la experiencia subjetiva estas no presentan "síntomas" ni un "locus" fijo en el cuerpo que les permita clasificarlas como enfermedades; es por ello, que las emociones no pueden describir el comportamiento pero sí explicarlo, dependiendo de las circunstancias y de las relaciones sociales involucradas. De tal modo, para Lazarus, un primer rasgo que distingue a las emociones de otros estados mentales es su carácter relacional; lo que excluye la concepción de las emociones como respuestas reactivas o síndromes. Desde este enfoque, las emociones tienen tres dimensiones: biológica (que incluye lo fisiológico y filogenético); cultural (estudiada por las teorías del conflicto) y cognitiva.

En la sentencia los jueces insistieron en la necesidad de no reducir la cuestión transexual a lo estrictamente biológico, remarcando los efectos jurídicos que en las relaciones sociales tiene el fenómeno; ya sea por interferir con la categoría mujer, basada en el sexo biológico, como remarcó Roncoroni respecto del delito de presunción de preñez o de competencias deportivas y del desempeño en actividades militares, donde la fuerza física es determinante para llevar a cabo la actividad; ya sea por los conflictos sobre el derecho a la identidad sexual, que podría implicar por ejemplo la negación al sufragio según el género sentido y vivido.

"Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones", (Trad.) MOSQUERA, Albino Santos, Ed. Paidós, Barcelona, 2002.

(51) Martha Nussbaum ha sido pionera en investigar sobre la relación de las emociones con el derecho, desde una perspectiva que integra la tradición cognitivista aristotélica de las emociones con la perspectiva apreciativa de las emociones de Séneca, desarrollada en profundidad en "La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística" (1994), (Trad.) Miguel CANEL, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2003.

Es decir, los jueces ahondaron en dos de esas dimensiones, que ellos mismos calificaron como tragedia: en la biológica y en la cultural, pero no en la cognitiva, que implica una valoración subjetiva sobre las propias creencias y sobre las evaluaciones que sobre dichas creencias hace el entorno social.

Podríamos afirmar entonces, que la denegación de la rectificación del sexo en el registro, como bien rescató De Lázzari en su voto, podría ser evaluada por C. como un prejuicio social sobre su creencia de ser mujer —su identificación femenina—, lo que además, podría implicar para ella un acto de humillación, por cuanto sus creencias quedarían subordinadas a las creencias y valoraciones sociales. La humillación es una emoción social en la que el objeto de conocimiento es la dignidad humana de la persona humillada, que resulta insultada u ofendida, jerarquizándose socialmente como inferior. Como sostiene Nussbaum, la humillación es: "[L]a cara activa pública de la vergüenza" (52). Ello implica que en el acto de humillar siempre hay un tercero (o sociedad) que atestigua la ofensa.

Por otro lado, la denegación de la reasignación sexual —no es el caso de C., que había llevado a cabo la operación en Chile—, podría reforzar en la persona transexual la idea de contaminación psicológica por contradecir su identificación sexual y llevarla a sentir una mayor repugnancia contra su propio cuerpo. Como afirma Martha Nussbaum, la repugnancia, como rechazo de nuestra condición animal, es una construcción social poderosa que convierte a la atracción en aversión (53).

Finalmente, el odio se encuentra presente en el fenómeno transexual ya que, como lo expresaron los jueces y lo advierten los teóricos expertos, la persona transexual desea mutar su morfología sexual eliminando sus genitales, readaptándolos según su identificación sexual. El odio, como emoción, tiene un objeto de conocimiento al que se dirige con la intención de erradicarlo. La persona que odia algo (sujetos,

(52) NUSSBAUM, M. (2006), "El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley", G. ZADUNAISKY, (Trad.), Ed. Katz, Buenos Aires, ps. 240-243.

(53) NUSSBAUM, M. (2006), ob. cit., ps. 89-147.

objetos o ideas), desea profundamente que ese algo deje de existir. Es por ello, que el odio está incluido como categoría jurídica en los crímenes de lesa humanidad, en los genocidios, en los femicidios y en los delitos cometidos con odio en razón del sexo, del género, de la raza, de la etnia, nacionalidad o cualquier otro factor puesto que la persona odia la igualdad que el otro ser humano le refleja, pese a su diversidad cultural, étnica, sexual, de género, racial, etc. Es por ello, que los jueces bien razonaron sobre la dimensión dramática existencial del fenómeno transexual y pese a resolver en el caso concreto, clamaron por un marco jurídico que dé certeza a la sociedad.

VI. Reflexión final

Seleccioné este fallo porque ha sido el primero en la Provincia de Buenos Aires en debatir la cuestión transexual desde una perspectiva de respeto por los derechos humanos teniendo en cuenta dos valores centrales para la vida democrática: la dignidad humana y la autonomía personal. Se trata de una sentencia con un alto valor intelectual, que ha reflexionado en profundidad sobre el equilibrio de intereses entre el derecho a la vida privada de las personas transexuales y los intereses de la sociedad y de terceras personas que podrían verse afectadas por los cambios físicos y legales.

Independientemente de la ausencia de un marco jurídico sobre la transexualidad, ausencia que persiste porque la legislación actual (54) argentina aborda rectificación registral con base en la identidad de género y no a la identidad sexual, lo que resulta central para la transexualidad; independientemente de ello, los jueces advirtieron y abordaron la dimensión afectiva implicada en las personas transexuales que, por más que muten su cuerpo para adecuarlo a su identidad sexual y obtengan el reconocimiento jurídico y social, no logran alcanzar internamente aquello que manifiestan ser. Por eso estamos ante un fenómeno de dimensión ontológica que los jueces calificaron como "tragedia existencial". En tal sentido, abordé la di-

mensión afectiva implicada teniendo en cuenta las emociones de humillación, repugnancia y odio desde un punto de vista cognitivo.

Dada la cuestión existencial en crisis, titulé este ensayo "To queer or not to queer" parafraseando el razonamiento de Shakespeare: "ser o no ser; he ahí el conflicto" (55) en la tragedia de "Hamlet", un joven príncipe que aspira a la corona, estudiante universitario con formación en método científico que para descubrir al asesino de su padre —Rey de Dinamarca— (o sea, a su tío quien subvierte el orden establecido de acceso al trono matando a su hermano y casándose con cuñada), busca pruebas para evidenciar la transgresión del adulterio que "huele raro en Dinamarca" y construye un personaje bajo la apariencia de un absoluto loco.

Como explica Sheila Jeffreys (56) las teorías y políticas *queer* parten de la hipótesis, con referencia a Foucault, de que el estado vigila la orientación sexual de las personas y que por medio de la simple expresión afirmativa del género, real o aparente, se produce una transgresión sobre el sexo que revoluciona las diferencias sexuales, sin necesidad de adecuación normativa, estableciendo un nuevo orden social sobre la base de las diversidades de género y de las disidencias sexuales. La transgresión constituye así una forma de invertir el poder, donde el dominio de la identidad sexual, que hace al derecho a la identidad de las personas, queda subalternado al dominio de las infinitas identidades de género, entre las que podemos mencionar: no binarios, andróginos, *drag-queen*, *dragking*, reina, rey, marimacho, chica marica, mariquita, transgénero, travesti, ella, ella-el, tercer género, género fluido, hermafrodita, chica poco femenina, chico poco masculino, hembra, macho, etc. La subversión del género sobre el sexo reconfigura políticamente la realidad social y arrasa con el ideal feminista de suprimir el género, por constituir un modo de dominación patriarcal por medio de roles y estereotipos.

(55) Véase el soliloquio del Acto III, escena 1 de "Hamlet" de William Shakespeare.

(56) Véase "Unpacking queers politics. A lesbian feminist perspective" de Sheila JEFFREYS, Blackwell, Cambridge, 2003, ps. 39-63.

VII. Bibliografía

- BENJAMIN, H. (1996), "The transexual phenomenon", The Julian Press, New York.
- DAMASIO, A. (1994), "El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano", J. ROS (Trad.), Ed. Crítica, Buenos Aires, 2010, 1ª ed.
- DESCARTES, R. (2007), "Las pasiones del alma", Ed. Retórica, Altamira, Buenos Aires.
- ELSTER, J. (1999), "Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones", E. ROURE (ed.) — A. S. MOSQUERA (Trad.), Ed. Paidós, Barcelona, 2002.
- HIGHTON, E. (1993), "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1.
- HUME, D. (2000), "Tratado de la naturaleza humana, Libro III, Acerca de la moral", M. COSTA (Trad.), Ed. Eudeba, Buenos Aires.
- HUME, D. (2012), "Disertación sobre las pasiones", J. L. CARMONA (Trad.), Ed. Gredos, Madrid.
- IHERING, R. (1877), "La Lucha por el Derecho", Ed. Araujo, Buenos Aires, 1966, doi:<https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gppn.11>.
- JAMES, W. (1884), "What is an Emotion?", *Mind*, 9[34], 188-205.
- JEFFREYS, S. (2003), "Unpacking queers politics. A lesbian feminist perspective", Blackwell, Cambridge.
- KANT, I. (1999), "Metaphysical Elements of Justice: Part I of the Metaphysics of Morals", J. LADD (Trad.), Hackett Publishing Company Inc., Indianapolis.
- LAERCIO, D. (1984), "Vidas, Opiniones y Sentencias de los Filósofos más Ilustres", J. O. SÁNZ (Trad.), Ed. Porrúa, México, 1991, 2ª ed.
- LAZARUS, R. — AVERILL, J. — OPTON, E. (1970), "Towards a cognitive theory of emotions. The Loyola Symposium", en M. ARNOLD, *Feelings and emotions*, Academic Press, New York, ps. 207-232, doi:10.1016/b978-0-12-063550-4.50023-1.
- NEU, J. (2004), "Emotions and freedom", en R. SOLOMON, *Thinking about feelings. Contemporary philosophers on emotions*, Oxford University Press, Oxford, ps. 163-180.
- NUSSBAUM, M. (1994), "La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística", M. CANDEL (Trad.), Ed. Paidós, Buenos Aires, 2003.
- NUSSBAUM, M. (2006), "El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley", G. ZADUNAISKY (Trad.), Ed. Katz, Buenos Aires.
- PRINZ, J. (2004), "Emotions embodied", en R. SOLOMON, *Thinking about feeling. Contemporary philosophers on emotions*, Oxford University Press, Oxford, ps. 44-61.
- RAYMOND, J. G. (1994), "Transsexual. The making of the she-male empire", Bacon Press, New York.
- SOLOMON, R. (2003), "Emotions and Choice", en R. SOLOMON, *What is an emotion?*, vol. 27, Oxford University Press, Oxford, ps. 224-235. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/20126349>.