

*EL SENADO Y CAMARA DE DIPUTADOS
DE LA NACIÓN ARGENTINA, REUNIDOS EN CONGRESO...
SANCIONAN CON FUERZA DE
LEY:*

LEY DE ATENCIÓN SANITARIA PARA LA REASIGNACIÓN DEL SEXO

Artículo 1º - Objeto.

La presente ley tiene por objeto regular el procedimiento a llevar a cabo por los/las médicos/as en los establecimientos asistenciales del Sistema de Salud Público, Privado y Obras Sociales, respecto de la atención sanitaria en casos de reasignación de sexo, para garantizar la salud integral de los/as ciudadanos/as entendida como el completo bienestar físico, psíquico y social.

Artículo 2º - Modalidades.

La reasignación de sexo podrá realizarse a través de una intervención quirúrgica y/o a través de tratamientos hormonales, según lo requiera la salud del/la solicitante.

Artículo 3º - Requisitos.

Podrán solicitar estas prácticas las personas mayores de 18 años edad adjuntando una declaración jurada que acredite la necesidad de efectuar dicho tratamiento.

Con relación a los/as menores de dieciocho años de edad, se requerirá además el consentimiento de sus representantes legales.

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de ellos/as, se recurrirá a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes declaren la irracionalidad del disenso o suplan el consentimiento, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Artículo 4º - Consentimiento Informado.

El/la profesional de la salud tratante está obligado/a a informar a la persona que se somete a la reasignación de sexo, explicándole de manera clara y acorde a su capacidad de comprensión todos los detalles del procedimiento al que se va a someter. Debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, así como también de la confirmación de la persona de haber comprendido la información recibida.

Artículo 5º - Asistencia psicológica.

Los establecimientos asistenciales del Sistema de Salud Público, Privado u Obras Sociales deben ofrecer asistencia psicológica a la persona en cuestión desde el momento en que solicita la reasignación de sexo y hasta la finalización del procedimiento de acuerdo a la modalidad por la que haya optado.

Artículo 6º - Instrucciones.

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, instruirá debidamente a los/las médicos/as y funcionarios/as que se desempeñan en el Sistema de Salud sobre el

procedimiento establecido por esta ley, dentro del plazo de quince (15) días desde su promulgación.

Artículo 7º - Procedimiento.

En ningún caso de reasignación de sexo realizado en concordancia con lo dispuesto en la presente ley se requerirá la intervención o autorización de ninguna autoridad judicial o administrativa para resolver sobre la conveniencia u oportunidad o sobre los métodos a emplear. Cualquier decisión que adopte el/la profesional de la salud deberá basarse exclusivamente en consideraciones fundadas en la situación de la persona en cuestión y en la opinión y decisión de la persona en tratamiento.

Artículo 8º - 11 la salud.

Las prácticas médicas que se lleven a cabo en el marco de lo establecido por esta ley sólo podrán ser realizadas por un/a profesional o equipo de profesionales médicos/as y desarrollarse en servicios o establecimientos Públicos, Privados o de Obras Sociales que dispongan de adecuada estructura física e instrumental y cuenten con el personal calificado necesario.

Artículo 9º - Obligatoriedad del servicio.

El establecimiento asistencial del Sistema de Salud Público, Privado o de Obras Sociales deberá contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que esta ley reconoce.

Inclúyanse las prestaciones a las que hace referencia esta ley en el Plan Médico Obligatorio.

Las maniobras dilatorias, el suministro de información falsa y la reticencia para llevar a cabo el tratamiento por parte de los/las profesionales de la salud constituirán actos sujetos a la responsabilidad administrativa, civil y/o penal correspondiente.

Artículo 10º - Prestaciones estatales.

Los efectores del subsector estatal de salud que brinden la prestación regulada por la presente ley, podrán requerir que se les abonen las prestaciones ofrecidas a adherentes del subsector privado o a beneficiarias de las Obras Sociales; por los mecanismos y en los plazos que establezca la reglamentación. Dicha obligación se extiende a las prestaciones de urgencia.

Artículo 11º - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

BUENOS AIRES,

AL HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN

Tengo el agrado de dirigirme a Vuestra Honorabilidad con el objeto de someter a su consideración el presente proyecto de Ley tendiente a lograr una adecuada y efectiva Atención Sanitaria para la Reasignación del Sexo de las personas travestis, transgéneros y transexuales, por los fundamentos que a continuación se detallan.

Fundamentos:

A través del presente proyecto de ley buscamos garantizar el derecho a la salud integral de las personas transexuales. La salud constituye, según la Organización Mundial de la Salud, "...un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades".

1. Identidad sexual e identidad de género.

Es necesario efectuar algunas precisiones terminológicas con el fin de evitar las posibles confusiones que muchas veces suelen darse en relación con la diversidad que presentan las distintas manifestaciones de la sexualidad humana.

Como cuestión preliminar, es importante aclarar que en el campo del estudio de la sexualidad el término *identidades* ha sido introducido por la llamada *Teoría Queer*¹, la cual rechaza la arbitrariedad de la identidad impuesta y sostiene que el sexo –en cuanto aspecto corporal– no debe ser considerado como elemento decisorio para establecer las pautas identitarias; sino que se deben tener en cuenta otros elementos: sexualidad, género, etnicidad, edad, nacionalidad, destreza y

¹ Corriente filosófica que estudia el fenómeno de la sexualidad humana y que reconoce su nacimiento en la llamada *Teoría de la Performatividad* de la autora feminista Judith Butler.

habilidad personal. Estos componentes se interrelacionan y combinan constantemente². No existe un factor determinante que distinga la sexualidad de las personas, sino que es un complejo de elementos, los cuales están íntimamente relacionados, conforman un todo inescindible.

De todas formas, a los efectos de obtener mayor claridad en el análisis –y sin ánimo de caer en clasificaciones deterministas–, distinguiremos conceptualmente entre personas heterosexuales, homosexuales (gays y lesbianas), bisexuales, travestis, transgéneros, transexuales e intersexuales.

Se utiliza la expresión “diversidad sexual” para caracterizar a todos los grupos sociales cuyas experiencias y valores sexuales no coinciden con los valores dominantes. Entre ellos se pueden distinguir dos colectivos: uno de diversidad respecto de la “orientación sexual” formado por el colectivo de gays, lesbianas y bisexuales; otro respecto de la “identidad o expresión de género” formado por travestis, transgéneros y transexuales. Para comprender el alcance de esta clasificación se debe diferenciar entre sexo y género, y conocer los conceptos de orientación sexual, identidad o expresión de género.

Por "sexo" se entiende la distinción entre varones y mujeres fundada en su genitalidad o sea, la clasificación biológica de los cuerpos en tanto masculinos o femeninos, basada en factores como los órganos sexuales externos, los órganos sexuales internos y los órganos reproductivos, las hormonas y los cromosomas. Se llama "género" al conjunto de códigos sociales y culturales que se utilizan para distinguir lo que una determinada sociedad considera conductas "masculinas" y "femeninas".

Con "orientación sexual" se indica la heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad. Esto es, la dirección que toman los deseos sexuales y emocionales de una persona. Este término establece categorías basándose en el sexo del objeto del

² <http://www.hegoak.com/doc/t-ident.pdf>

deseo, es decir, que describe si una persona se siente atraída principalmente por personas de su mismo sexo, del sexo opuesto o de ambos.

Con "identidad de género" se señala la convicción profunda que tiene una persona en su interior de ser de sexo masculino o femenino, o a veces de ser algo diferente de ambos, o de ser algo que se encontraría en algún punto intermedio entre ambos. La teoría política y sociológica contemporánea está comenzando a hablar de "géneros", es decir, se pluraliza el concepto para incluir otros: el travestismo, la transexualidad, etc. Cuando nos referimos a "expresión de género" aludimos a la exteriorización de la identidad de género de una persona.

No existe una única sexualidad, ni siquiera dos. Las expresiones de la sexualidad son múltiples y cambiantes. Aun así y en el precario estado de conocimiento sobre nuestras sexualidades y más precaria aún de la difusión masiva de dichos conocimientos, resulta un imperativo respetar el fuero más íntimo de las personas, sus sentimientos más personalísimos en relación a la percepción y convicción sobre su propia identidad de género y la necesidad de adecuar a él su aspecto físico. Tal vez si hubiera menos discriminación de lo que resulta diferente a lo hegemónico y si viviéramos en una sociedad que integrara la diversidad, muchas personas no se sentirían impulsivamente necesitadas a ajustar sus cuerpos a la lógica dicotómica de las sexualidades y roles de género femenino y masculino culturalmente impuesta.

El presente proyecto de ley asume la reasignación de sexo como un acto personalísimo que requiere una intervención médica que debe practicarse sin ningún otro debate judicial ni requerimiento administrativo alguno sino por la sola constatación de la voluntad de la persona que lo solicita.

2. Derecho a la Identidad, el marco jurídico

2.1. Leyes, Tratados y Doctrina

“La identidad sexual es uno de los aspectos más importantes de la identidad personal pues se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. “El derecho a la identidad, al que definen como el derecho a ser uno mismo y no otro, lo que se ha denominado -con cita de Fernández Sessarego- “la mismidad de cada ser humano, absolutamente equiparable a la libertad o la vida”.....se fue perfilando con caracteres autónomos, dentro de los derechos personalísimos. En un primer momento se pensó que sólo abarcaba el derecho al nombre, pero con el transcurrir del tiempo se le fueron agregando otros componentes que apuntan cada uno a una parte de la personalidad: la imagen, la filiación, el sexo, el estado civil, entre otros. Lejos de constituir un numerus clausus, estos componentes están en continua evolución.”³

El de la identidad sexual es un derecho integrante del más amplio derecho a la propia identidad, el que forma parte, a su vez, del plexo mayor de derechos humanos sustanciales. *“Dentro de la teoría de la integralidad de los derechos humanos, un claro principio orientador es el de “la norma más favorable a la persona”. Si asumimos que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Toda persona tiene derecho a su propia identidad, a su verdad personal, a ser considerado como realmente es, a ser “el” y no “otro”.”⁴*

El derecho a la identidad tiene una directa e indisoluble vinculación con el derecho a no ser discriminado, a la salud, a la intimidad y al proyecto de vida. Se constituye como un concepto genérico que ensambla otros derechos que tutelan diversos aspectos de la persona y cuya sumatoria nos da como resultado el perfil de la identidad personal.

Estos derechos están protegidos en nuestra Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la misma.

³ Kiper, Claudio Marcelo, Derechos de las minorías ante la discriminación, Ed. Hammurabi, 1998, p.405

⁴ Gil Domínguez, Andrés, "La verdad: un derecho emergente", La Ley, 1999-A, 219.

El derecho a la identidad esta protegido en la Constitución Nacional en los artículos 33 y 75 incisos. 19 que en el párrafo 4 estatuye que el Congreso "debe dictar normas que protejan la identidad y pluralidad cultural", de donde el derecho a la identidad quedaría no sólo entre los implícitos del Art. 33 sino que hay declaración expresa de su existencia y de la necesidad de su protección.

Asimismo la Constitución Nacional expresa en su Art. 19: "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...". Por otra parte *"Si una persona al construir su autobiografía realiza una determinada opción sobre su identidad sexual, esta decisión pertenece a ese ámbito de derecho infranqueable al Estado y a los particulares, que es la libertad de intimidad. Podrá molestar a algunos, escandalizar a otros, pero no existen razones jurídicas que permitan alguna clase de intromisión u obstrucción en el ejercicio del derecho a ser uno mismo sin causar un daño directo e inmediato a terceros."*⁵

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con rango constitucional, protegen un plexo de derechos con el fin de resguardar la dignidad del ser humano en virtud del reconocimiento y respeto de su identidad. Ilustra en este sentido : Convención Americana de DDHH, Art. 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), Art. 5 (derecho a la integridad personal), Art. 11 (protección de la honra y la dignidad) ; Art. 24 (igualdad ante la ley) ; Pacto de Derechos Civiles y Políticos Art. 7 (derecho a la integridad), Art. 17 (protección a la honra y la dignidad) y la Convención de los Derechos del Niño al disponer 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 (Art. 3); el reconocimiento de su derecho intrínseco a la vida (Art. 6), al disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 24), a la no injerencia arbitraria en su vida privada (Art. 16); 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

⁵ Gil Domínguez, Andrés, "El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional", La Ley, 1999, 1104/08

función de su edad y madurez, como así también el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte (Art. 12).

En el reconocimiento de la personería de la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual, el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶ tiene entre sus fundamentos más importantes la tolerancia y la no discriminación como base de sociedades democráticas. Expresa: *“Que esta Corte ya ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los tribunales cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, cual es la coexistencia social pacífica. La preservación de ésta asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función por parte de los tribunales de justicia traería aparejado el gravísimo riesgo de que sólo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (Art. 1 y 33, Constitución Nacional). Que el "bien común" no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere "común" excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc.”*

En referencia a la situación del transexual, ha expresado Bidart Campos (Lexis N° 0029/000135), que *"Para aproximar lo más posible la sexualidad psicológica a la sexualidad física hay que arrancar firmemente de un principio axial: el de que la*

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/11/2006, fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia" que otorgó la personería jurídica a dicha Asociación.

persona humana es un ser con dignidad, también cuando es transexual.- La dignidad personal prevalece sobre la sexualidad: ser persona se antepone a ser varón o a ser mujer; también a ser transexual.- Pero en la dignidad no se agota el problema.- Se le acumula el de saber, el de buscar, y el de definir cuál es la "verdad" personal en su completa identidad.- "Ser el que soy", vivir dignamente en la "mismidad de mi yo", hacer coincidir mi sexualidad genital con mi sexualidad psicosocial.- Algo difícil, entreverado, polémico; pero, al fin, el derecho tiene que dar respuesta, hoy más que nunca, cuando el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos enclavan una raíz profunda en la defensa de los derechos humanos.- ¿Cómo negar que acá se abre un arco en el que ocupan sitio vital el derecho a la identidad personal, el derecho a la diferencia, el derecho a la verdad y, aunque suene a lo mejor un poco raro, el derecho a la salud? Todo encapsulado en un área cuyo contorno alberga a la intimidad y al proyecto personal de vida, en la medida que las conductas personales no ofendan al orden, a la moral pública, y a los derechos de terceros" (Bidart Campos, Germán J., "El sexo, la corporeidad, la psiquis y el derecho: ¿Dónde está y cuál es la verdad?").⁷

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, siendo nuestro país uno de los que auspiciaron el evento. El ex director para Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores argentino, Federico Villegas Beltrán, recordó en declaraciones a la prensa, en aquel momento, que "buena parte del contenido de esos principios están ya incluidos en el plan contra la discriminación que nuestro país aprobó en 2005. De esta manera, se reconoce el derecho de que cada persona viva según la identidad sexual que desea, sin ser discriminado por ello y con el goce pleno de todos los derechos".

⁷ Citado por el Juez R.M. Alvarez de Córdoba en el fallo del 21/09/2007 sobre la causa caratulada "C.J.A. Y OTRA - SOLICITAN AUTORIZACIÓN", que autorizó la intervención quirúrgica de reasignación de sexo a una transexual (Nati).

Esos Principios definen: 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.

Nos interesa destacar, a los efectos del presente proyecto de ley, el Principio 3. "Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género".

Recomienda a los Estados, entre otras medidas: Adoptar "todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para: respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí; asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona - incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros - reflejen la identidad de género que la persona defina para sí; velarán por que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona interesada."

También nos interesa destacar que a nivel regional recientemente, el pasado 7 de agosto de 2007, en el marco de la IX reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos de los países miembros y asociados del MERCOSUR, realizada

en Montevideo, Uruguay, se emitió una declaración firmada por nuestros representantes gubernamentales, reconociendo y promoviendo el fin de toda discriminación contra la diversidad sexual y de género. Esta declaración llama a los gobiernos, entre otras propuestas, a: revocar leyes que discriminan a las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transgénero e intersex; poner fin al acoso y la persecución policial; promover políticas de sensibilización y educación públicas; crear dependencias gubernamentales para apoyar y proveer servicios a las personas LGBT y “sancionar leyes que posibiliten a las personas trans los cambios registrales de nombre y sexo sin requisitos quirúrgicos o médicos de ningún tipo, y que garanticen el acceso público y gratuito a los tratamientos y cirugías de reasignación de sexo para aquellas/os que lo deseen.”

Cabe señalar en el plano de las propuestas que en el Plan Nacional contra la Discriminación⁸ en las medidas de acción inmediata de la Administración Pública, se propone: “Promover la adecuación procesal que posibilite el registro fotográfico en los documentos de identidad según el aspecto físico de personas con diversa orientación sexual e identidad de género y crear en todas las provincias y a nivel nacional programas específicos de capacitación laboral y profesional que promuevan la inserción laboral de personas en situación de prostitución y/o con diversa orientación sexual e identidad de género.”⁹

2.2. Jurisprudencia

En nuestro país el vacío legal para la rectificación registral del sexo y nombre de las personas trans, ha generado abundante jurisprudencia en la materia, siendo auspicioso que en los últimos tiempos dicha jurisprudencia es favorable a la rectificación. En el mismo sentido creemos muy auspicioso que también se hayan logrado en los últimos tiempos autorizaciones judiciales para las intervenciones

⁸ Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación. La Discriminación en Argentina. Diagnóstico y Propuestas. Documento aprobado por Decreto PEN N° 1086/2005, página 219.

⁹ En el diagnóstico, dicho Plan cita: Según el Área Queer de la UBA (Facultad de Filosofía), las estadísticas generales aceptadas en nuestro continente, consideran que por cada 100.000 varones y cada 300.000 mujeres, una persona es respectivamente transexual. Ídem 6, página 107.

quirúrgicas de reasignación sexual y consecuente rectificación registral, impensables poco tiempo atrás.

En Córdoba desde 2004 un caso conmueve a la opinión pública. El padre y la madre de una adolescente nacida varón, de 14 años - Nati-, solicitaron a la justicia una terapia hormonal para preparar su cuerpo para una futura operación de cambio de sexo. "Aunque ella nació biológicamente varón, su sexo psicológico es de mujer", aseguran su papá y su mamá.¹⁰ El juez de primera instancia rechazó la petición afirmando que la potestad de los padres no era suficiente para una intervención "irreversible". En 2005 los padres apelan la medida y meses después, en octubre de ese año, ante un nuevo revés hacen público el caso. El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba ordena hacer lugar a la petición. Así se llega a agosto del presente año con el dictamen del Comité Consultivo y Bioético del Poder Judicial cordobés que recomienda se autorice la realización de la cirugía de adecuación de sexo, el cambio de DNI con el nombre y el género femenino solicitado y se asegure una debida supervisión psicológica postoperatoria que resguarde su integridad psíquica ante la nueva situación psicofísica. El abogado de la familia de Nati, consideró que "el resultado de la pericia es contundente, el Juez tiene ahora la garantía de que hay pruebas periciales, médicas y sobre derechos humanos que afirman que la identidad de Nati es femenina". Finalmente en septiembre de este año, en un fallo ejemplar el Juez Rodolfo Mario Alvarez autorizó la intervención sentando un precedente muy importante por tratarse del primer caso de una joven menor de edad, que solicita y obtiene la autorización para la cirugía de reasignación sexual y cambio de documentos.

Consideramos esclarecedores algunos pasajes del citado fallo que transcribimos: *"Asigno en el caso, particular trascendencia al hecho de que el Comité de Bioética interviniente, haya considerado a la menor como un sujeto "competente" para decidir y autorizar la intervención quirúrgica solicitada...."Tal "competencia", caracterizada como la aptitud necesaria para poder brindar un consentimiento*

¹⁰ Periódico "Clarín", 04/10/2005

informado válido, y que no coincide necesariamente con el concepto jurídico de "capacidad", sobre todo cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, se enlaza también con el principio bioético de "autonomía", que predica el derecho a que se reconozca en el paciente su facultad de decidir libremente y sin coerción, de acuerdo a sus valores, creencias e idiosincrasia, sobre los problemas o la solución de sus problemas de salud." (Confr. Olga Lavalle, "Consentimiento informado en adolescentes", en JA, Esp. Bioética, Pág. 56). Continúa: ... la falta de plena capacidad civil en el menor involucrado, no constituye a mi juicio obstáculo para que su decisión pueda ser considerada como "autónoma", por cuanto tal incapacidad legal en el particular, es suficientemente suplida por su ya comprobada "competencia" para la adopción de la decisión que se trata, vinculada de manera directa con su propio cuerpo y su salud".

En las conclusiones, expresa: *"Desde la perspectiva bioética, otorgando la autorización impetrada, se estará también atendiendo debidamente con los postulados de la materia, impuestos en los principios de no maleficencia, de beneficencia, de autonomía, como así también al principio de justicia, por cuya aplicación no corresponde negar a una persona algún beneficio al que tiene derecho.... Consulta también la decisión a adoptar en el rumbo señalado, el principio "pro minoris", directriz imperativa en todo lo concerniente al derecho de la minoridad, que informa la Convención de los Derechos del Niño. Finalmente, el fallo resuelve: Que se proceda a la rectificación registral de que se trata, y a la expedición de un nuevo DNI, a fin de uniformar o armonizar el sexo registral con su sexo psicosocial, aportando con ello decididamente a paliar la afectada identidad personal del menor, como así también a minimizar cualquier posibilidad de futura discriminación social, derivada de su particular condición".*

Asimismo es necesario destacar que son numerosos los casos de solicitudes de rectificación registral de sexo y nombre que llevan años esperando una resolución y también muchos son rechazados, dando cuenta de la discriminación que padecen estas personas. Pero hay que tener en cuenta que la mayoría de las personas trans no tienen ni posibilidades ni medios para llevar adelante esas

autorizaciones judiciales; situación que pretendemos cambiar fijando un procedimiento administrativo para lograr la rectificación de sexo y nombre en los documentos.

Un ejemplo de esto fue el caso de Marcela Romero, presidenta de ATTTA (Asociación de Travestis, Transgéneros y Transexuales de Argentina) a quien le llevó aproximadamente 10 años de batallas judiciales lograr el cambio de nombre en su documentos. No obstante, el factor temporal es sólo una de las múltiples desventajas que tiene el hecho de tener que depender de una sentencia judicial para materializar el derecho de las personas trans a ser reconocidas por su verdadera identidad de género y respetadas como tales. Comúnmente, los términos del decisorio judicial exigen la realización y otorgamiento de diversas pruebas que acrediten la calidad de “transexual” de la persona en cuestión, así como su estado mental y características físicas externas y también íntimas. Durante el transcurso de la prueba pericial, las personas trans se ven obligadas a afrontar un examen médico realizado por los facultativos del Tribunal, a quienes no conocen y con quienes no las/os une ninguna relación de confianza que se asemeje al menos a un saludable y necesario vínculo médico-paciente. Este examen es en sí mismo, absolutamente vejatorio y violatorio del derecho a la intimidad física y personal desde que obliga a la persona a ser examinada íntimamente por un profesional que no es de su conocimiento y confianza, y a esto debe sumársele la objetivización que del /la examinado/a se hace al limitarse el informe a ser una mera descripción de la morfología genital.

2.3. Legislación comparada

En relación a la legislación comparada, muchos países han avanzado en esta temática. Las razones fundantes de diversas legislaciones como Noruega, Italia, Alemania, Suecia, Austria, Dinamarca, Sudáfrica, Holanda, Panamá, algunos de los Estados de Norteamérica, algunas provincias canadienses, tienen como hebra o hilo que permite enlazar a todas ellas, la preeminencia que brindan al sexo psicológico, (o mejor aún, socio- psicológico) sobre el sexo biológico en la configuración de la

identidad sexual de la persona y, por ende, en la respuesta al problema del transexual.¹¹

En este mismo sentido se inscribe la Ley 3/2007 de España sancionada el 15 de marzo, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género. Para la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de España: *"Esta Ley recoge muchas de las reivindicaciones históricas que mantenemos en el ámbito jurídico y legal. Nos permitirá, a las personas transexuales, cambiar la inscripción relativa al sexo y el nombre registral en el Registro Civil en un procedimiento administrativo, es decir, sin tener que pasar por el penoso y costoso juicio por cambio de nombre y sexo; sin necesidad de haber realizado la cirugía de reasignación sexual, atendiendo por tanto, a las necesidades de aquellas personas transexuales que por motivos de salud no podían someterse a algún tipo de tratamiento y en concreto los quirúrgicos."*

2.4 Avances

Desde otro punto de vista, es alentador que desde distintos ámbitos de gobierno se empiece a tomar conciencia de la necesidad de dar una respuesta y una atención específica a estos grupos de personas transexuales, travestis, transgéneros que padecen diariamente discriminaciones y violaciones a sus derechos humanos.

Destacamos en este sentido, la creación en el ámbito de la Municipalidad de Rosario del Área de la Diversidad Sexual ¹² que cuenta con un consejo consultivo integrado, entre otros, por funcionarios de distintas áreas, colegios profesionales y representantes de organizaciones defensoras de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y trans. En el mismo sentido, los legisladores Juan Cabandié y Gonzalo

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, fallo en causa C.86.197, "Cambio de Nombre" de 21/03/2007. Voto del Juez Dr. De Lázzari

¹² Ordenanza N° 8.045, Concejo Municipal Rosario, 11/10/2006

Ruanova han presentado un proyecto en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para desarrollar un Plan de Diversidad Sexual en la ciudad, que ya cuenta con un dictamen favorable de la Comisión de Derechos Humanos, Garantías y Antidiscriminación y la Comisión de Presupuesto.

También señalamos la Resolución que dictó el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires que indica a los/as trabajadores/as y profesionales de los hospitales de la provincia que designen a las travestis y transexuales que asistan como pacientes, por el nombre que ellas elijan y no por el que figura en el documento. Por lo general, al llamarlas por el nombre legal se generan situaciones que producen no sólo incomodidad, sino también faltas de respeto, bromas, actitudes violentas, transfóbicas y homofóbicas, en definitiva, discriminación. La medida apunta a evitar la exclusión que se genera cuando estas situaciones hacen que las personas trans prefieran no tratar sus problemas de salud para evitarlas.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Coordinación SIDA, cuyo titular en aquel entonces era el Dr. Claudio Bloch, preparó un cuadernillo de capacitación para ayudar a los/as profesionales de la salud a bajar el nivel de prejuicios y aumentar el conocimiento clínico respecto a las personas trans. La iniciativa surge porque se detectó que por falta de capacitación del personal, se perdía la oportunidad de atender a travestis, transgéneros y transexuales cuando éstas se acercaban a los centros de salud a retirar preservativos, con el perjuicio que ello produce. Por ejemplo "un ginecólogo puede recibir personas de sexo biológico masculino en busca de hormonas femeninas. Son travestis que ya se han automedicado con hormonas, por recomendación de amigas, sin saber cómo ni en qué dosis, o junto con otros fármacos, desconociendo las interacciones; otras veces se han hecho implantes con siliconas industriales nocivas", advirtió el titular de Coordinación Sida y anunció "un proyecto para proveerles gratuitamente las hormonas, lo cual, incluso en términos de costo beneficio, resultaría preferible que atender las complicaciones que resultan de la automedicación. Se trata de unas 800 personas".¹³ Al poco tiempo, el Ministro de Salud de la Ciudad de Buenos Aires dictó una resolución que reconoce el derecho de transgéneros, transexuales y travestis a ser llamadas por

¹³ Extractado periódico Página 12, 17/08/2007.

su nombre elegido en los hospitales públicos, en el mismo sentido que la resolución dictada por la Prov. de Buenos Aires.

Todos los avances relacionados con los derechos humanos de las personas trans, ya sea en las políticas públicas o en la legislación, se han realizado por la activa participación, reclamo y movilización de las organizaciones sociales que agrupan a estas personas. En nuestro país, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) viene impulsando marcos legislativos como, por ejemplo, una Ley de Matrimonio, que garantice los derechos de las familias formadas por parejas del mismo sexo en igualdad absoluta de condiciones que las parejas heterosexuales.

Este proyecto fue profundamente debatido y consensuado por todas las organizaciones de la Federación Argentina LGBT y el Foro de Diversidad Sexual del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, que nuclea a muchas de las más representativas organizaciones LGBT del país.

3. Consecuencias: la situación actual

La transexualidad y transgeneridad genera en nuestra sociedad historias de constante menoscabo de derechos de raigambre constitucional, que lleva a la persona que la "padece", a una verdadera "muerte civil", sin ver respetados sus derechos a la identidad personal, identidad sexual, al nombre, a la igualdad y la no discriminación, a trabajar, a la seguridad social, a sufragar, a la privacidad, a la salud integral y una adecuada calidad de vida, a la dignidad personal.¹⁴

Para ilustrar esta situación citamos algunos resultados de una investigación sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros en la Ciudad de Buenos Aires, Mar del Plata y en localidades del Conurbano Bonaerense realizada

¹⁴ Dr. Pedro F. Hooft, Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 de Mar del Plata, Causa n° 3/53.401 "C.A.M. s/ Acción de Amparo", fallo del 06/10/2003

bajo la coordinación de la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual - ALITT- en el curso del año 2005 (15) . “Durante el trabajo se relevaron 420 nombres de amigas fallecidas, siendo el SIDA la principal causa de muerte (62%). Respecto a la edad, el 35% murió cuando tenía entre 22 y 31 años y el 34% entre los 32 y 41 años, lo que muestra la cruda realidad que pone en juego la vida de estas personas. Otros resultados indican que el 87,7% de las travestis consultadas han modificado su cuerpo; entre ellas, el 82% se inyectó siliconas, el 66,3% realizó tratamientos hormonales y el 31,8% se implantó prótesis. Es necesario tener en cuenta los ámbitos en que se realizan estas modificaciones: el 97,7% de las que se inyectaron siliconas y el 92,9% de las que realizaron tratamiento hormonal, hicieron esas prácticas en un domicilio particular y en el caso del implante de prótesis, el 35% concurre a un consultorio particular y el 59,5% a una clínica privada. En todos estos casos con mucha frecuencia, no existen condiciones adecuadas de asepsia, no hay internación ni control posterior a la intervención.”

Otro aspecto importante de señalar es que el 79% de las personas relevadas en la investigación recurren a la prostitución como medio de vida, a pesar que la gran mayoría de ellas si tuvieran opciones reales de trabajo las elegirían, señal clara de discriminación. El Plan Nacional contra la Discriminación citado, en su diagnóstico consigna: “La discriminación y marginación se potencia cuando las personas con diversa orientación sexual o identidad de género son, además pobres, portadoras de alguna enfermedad estigmatizada, miembros de grupos migrantes o pueblos indígenas y/o adscriben a posiciones políticas críticas.” Este es el caso de un gran número de travestis, para quienes -al cerrárseles toda otra opción- la prostitución se convierte en la única salida laboral, aumentando la discriminación y la marginación.

Las pocas personas transexuales, travestis o transgénero que logran terminar su educación o tener un empleo, deben enfrentar un sinfín de dificultades, como se evidenció claramente en un hecho reciente ocurrido en Ushuaia que se conoció a través de los medios de comunicación. Allí una docente transexual que dicta clases en tres colegios secundarios públicos, quedó envuelta en una fuerte polémica cuando el rector de uno de los establecimientos le pidió verbalmente que vistiera ropa masculina para trabajar frente al curso, a lo que la docente se negó. La polémica

habría surgido porque el rector admitió que en la escuela "concorre a dictar clases un hombre vestido de mujer" y ello originó "inquietud" en un grupo de padres, desatando una discusión sobre si esa información debe ser puesta o no en conocimiento de padres, madres y alumnos/as. El director aclaró que esta persona "pide que lo llamen por su nombre femenino", aunque en el listado para participar del concurso en el que ganó tres horas cátedra, figura su identidad masculina y agregó que el postulante "tiene título, puntaje y merituación" que lo habilitaron para acceder al cargo. A su vez el vicerrector de otro colegio donde la joven de 27 años también dicta clase, relató a los medios que "observamos sus clases como lo hacemos con todos los docentes, y es irreprochable, es responsable, cumple con los horarios, respeta a sus alumnos, nada que decir". No existe ninguna norma que impida a un/a transexual desempeñarse como docente, siendo la única condición para acceder a cargos públicos la idoneidad.¹⁵

Sobre el aspecto laboral también se empiezan a producir fallos favorables como el del Juez en lo Laboral de la 5ª Nominación de los Tribunales de Rosario que condenó a una empresaria, dueña de una peluquería, a indemnizar a una ex empleada que fue despedida por su identidad de género travesti. El fallo analiza los orígenes y consecuencias de la discriminación por orientación sexual e identidad de género, y condena a la empresa a abonar un monto no sólo por la indemnización sino también por daño moral.¹⁶

Los padecimientos de las personas trans son múltiples pues se las/los discrimina en todos los ámbitos. Así lo ha descripto en el fallo citado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *"...No sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población,*

¹⁵ Extraído de <http://www.clarin.com>, 23/08/2007 y de <http://www.lanacion.com.ar>, 23/08/2007

¹⁶ Fallo del Juez en lo Laboral de la 5ª Nominación de los Tribunales de Rosario, Dr. Enrique Girardini en los autos caratulados "MC C/DAM y/u Otro s/Cobro de Pesos" Expediente 764/99

con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo.”

Como vemos la cuestión tiene múltiples aspectos a considerar y muestra la necesidad de la investigación, diseño y promoción de políticas públicas transversales que abarquen todos los ámbitos, educativos, de la salud, de la justicia, laboral, etc. para garantizar los derechos humanos de las personas trans.

4. Introducción jurídica a la cuestión específica de la reasignación sexual.

Como parte del *derecho a la identidad*, se encuentra el derecho a la identidad sexual, en virtud de que *la sexualidad se manifiesta en todas las actividades del ser humano e identifica a éste socialmente*¹⁷.

Al amparo de este derecho, entendemos que sería cada persona quien tendría la facultad de determinar no sólo su orientación sexual, sino también a qué sexualidad pertenece. En términos del juez Hooft, el momento de *juridificación* del género de una persona se produce con el nacimiento, en base a la mirada exterior de un/a tercero/a, el/la obstetra¹⁸. Sin embargo, no resultaría irrazonable plantearnos el por qué un/a extraño/a podría determinar inmutablemente **nuestra** pertenencia sexual. Si la certera mirada de este/a tercero/a posee mayor virtualidad jurídica que el derecho a la identidad sexual entonces, este derecho carecería de efectos jurídicos en absoluto.

Si ya no es uno mismo quien posee el derecho de determinar su propio género, entonces una parte relevante de la identidad deviene en invariablemente prefijada por el Derecho y la autonomía personal se observa alterada por terceros/as aún cuando las acciones personales, claramente autorreferentes, no habrían ocasionado un daño a estos/as últimos/as.

¹⁷ HOOFT, ob. cit., p. 285.

¹⁸ HOOFT en, SOROKIN, P., *Bioética: entre utopías y desarraigos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, páginas. 279/280.

De este modo, entendemos que la inmutabilidad de la determinación sexual por parte de un/a extraño/a se presentaría como una injerencia jurídicamente inaceptable en la autonomía personal. En consecuencia, sólo nos restaría reconocer que la determinación sexual autorreferente es consecuencia lógica del principio de autonomía de la persona.

En términos generales, la elección personal de pertenencia a un género no encontrará modificaciones a lo largo de la vida. La mayor parte de las personas decide, consciente o inconscientemente, pertenecer al género culturalmente asignado al sexo que le fuera atribuido al momento de su nacimiento. Es en los casos de transexualidad donde el derecho a la identidad sexual encontraría su ejercicio enervado por disposiciones de índole jurídico.

En la contradicción entre el sexo jurídicamente determinado y el sexo psicosocial, el/la transexual, en ejercicio de sus derechos, opta por abrazar este último rechazando su pertenencia al sexo jurídicamente preestablecido. Como corolario de esta decisión, el/la transexual tiene derecho a que la ley ponga a su disposición todos los medios posibles para garantizar sus derechos.

Ante esta exigencia, existe un derecho concreto reconocido expresamente por instrumentos internacionales con jerarquía constitucional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se presentaría como el mejor instrumento que el derecho provee en defensa de los derechos de las personas transexuales. Nos referimos al derecho a la integridad personal (CADH Art. 5), el cual conlleva la obligación de respetar la integridad física, psíquica y moral de todo ser humano.

Parecería coherente sostener que si el medio para garantizar la protección de la integridad psíquica del/la transexual consiste en una intervención quirúrgica que adecue el sexo genital con su sexo psicosocial, en consecuencia, el/la transexual tendrá derecho a someterse a esta intervención, con el correlativo deber del Estado de permitirla y proporcionarla.

La ley argentina no prohíbe la realización de intervenciones quirúrgicas que tengan por fin la reasignación del sexo genital al sexo psicosocial pero, establece como requisito la previa autorización judicial e indicación terapéutica. Ello surge de la ley 17.132 cuyo artículo 19.4 determina la prohibición para los/as profesionales médicos/as de llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el “sexo del *enfermo*”, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial. Como del artículo 20.18 que les prohíbe practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores.

El doctor Hooft, como doctrinario, entiende que la decisión de requerir judicialmente la intervención de reasignación sexual forma parte de la esfera privada de la persona¹⁹. Como juez, Hooft ha autorizado la práctica de una intervención quirúrgica de reasignación sexual en el caso de una persona transexual²⁰.

En este sentido, como ya hemos expuesto, Bidart Campos sostiene que la determinación de variar el sexo genital para adecuarlo al sexo psicosocial es una conducta autorreferente y –en consecuencia– el Estado debe “...*retraerse de un espacio cuya titularidad le pertenece a la persona, en forma compartida con el o los profesionales de su elección y confianza*”²¹.

Si bien esta postura en mucho se asemeja a la del doctor Hooft, nos atrevemos a diferenciarlos en un punto en especial. El requisito de autorización judicial que la ley establece resultaría inconstitucional en virtud de su clara inconsistencia con el artículo 19 de la Ley Fundamental.

Como sostuvimos, la decisión de someterse a la intervención quirúrgica en cuestión, es una clara conducta autorreferente que en nada afecta el orden, la moral pública o los derechos de terceros/as. En consecuencia, se encuentra exenta de la

¹⁹ En SOROKIN, P., ob. cit. supra, p. 284.

²⁰ Caso “P.J.C.” resuelto el 19 de julio de 2001. JA 2001-IV p. 437.

²¹ BIDART CAMPOS, ob. cit supra.

autoridad de los/as magistrados/as, no pudiendo legítimamente ser autorizada ni prohibida por los/as jueces/zas, so pena de vulnerar la pauta constitucional mencionada.

En otro orden de ideas, a través del presente proyecto de ley buscamos garantizar el **derecho a la salud integral** de las personas transexuales.

Nos referimos al concepto de *salud integral* entendida por la Organización Mundial de la Salud, como “...un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades²²” que el Estado debe garantizar en sus diversas dimensiones.

Con relación al derecho a la salud, la lectura armónica de la legislación nacional e internacional indica que todas las personas tienen derecho “*al disfrute del más alto nivel posible de salud*”²³.

Al mismo tiempo, consideramos que a la luz de la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional no se puede sostener legislación ni reglamentación alguna que desconozca el principio de no discriminación, estableciendo limitaciones en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía por su pertenencia a cierto grupo y/o minoría.

Esto en razón de que el Art. 1 de la Ley N° 23.592 establece que “*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*

²² Organización Panamericana de la Salud, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud en Documentos Básicos*, Documento Oficial N° 240, Washington, 1991, p. 23.

²³ Conforme lo establecido en el artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (adoptado por la República Argentina mediante la Ley 24.658 Fecha de Sanción: 19/06/1996; Fecha de Promulgación: 15/07/1996; Publicado en el B.O. el 17/07/1996 - ADLA 1996 - C, 3369; elevado con rango constitucional luego de la reforma de la Constitución Nacional de 1994).

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.”

La previsión del citado artículo no es más que una derivación de lo prescripto por nuestra Constitución Nacional respecto de la igualdad ante la ley, en sus Art. 16 y 75, incisos 19, 22 y 23. Es precisamente el Art. 75, inciso 22 el que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, los cuales a su vez consagran el mencionado principio de igualdad y no discriminación en más de una oportunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 2, 7, 12, 21 y 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1, 11 y 24; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Art. 2, 3 y 26).

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** tiene dicho que las restricciones al ejercicio de los derechos deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno (Cfr. Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X vs. Argentina" del 15 de octubre de 1996).

En tal sentido, la misma Corte sostuvo que de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (Cfr. Ídem).

En este punto, debe tenerse en cuenta que la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** tiene dicho en relación con la *jerarquía constitucional* de los instrumentos internacionales que *“ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (Art. 75, inciso 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (...)”*²⁴.

Esta doctrina judicial convierte a las manifestaciones de los organismos internacionales de derechos humanos en fuentes de nuestro sistema jurídico a las que debe recurrirse cuando, como es el caso que nos ocupa, se trata de establecer el alcance de un derecho consagrado expresamente en algún instrumento internacional que integra el bloque de constitucionalidad federal.

5. Breve reseña de los aspectos médicos.

Cuando hablamos de medicina encontramos dos aspectos que nunca están ausentes: el diagnóstico y el tratamiento. A continuación, describiremos brevemente estos dos puntos en relación a la temática que nos ocupa.

Si bien la transexualidad fue estudiada desde mucho antes²⁵, recién en 1980 fue incluida la categoría *transexual* en el Manual de Diagnóstico y Estadística de la Asociación Psiquiátrica Americana de Desórdenes Mentales (DSM-III), esto trajo aparejado la afirmación de que la transexualidad era un desorden mental. Esta definición englobaba los siguientes puntos:

- sentido de malestar e inadecuación del sexo anatómico;
- deseo de deshacerse de los propios genitales y vivir como miembro del otro sexo;
- el malestar ha sido continuo durante al menos dos años;

²⁴ Cfr. CSJN, "Giroldi", ver su texto en "La Ley", Tomo 1995-D, Pág. 461

²⁵ Como ya señalamos anteriormente, ya desde 1964, el psiquiatra Stoller estudiaba el tema y había definido la transexualidad como *identidad de género cruzada*. Para él la convicción que un individuo desarrolla respecto de su pertenencia a un sexo determinado era precoz, irreversible y capital. Cfr. <http://www.hegoak.com>.

- ausencia de intersexo físico o anomalías genéticas;
- no sea debido a un trastorno mental coexistente, tal como esquizofrenia.

Posteriormente, en 1989 la definición del DSM-III fue revisada y quedó formulada de la siguiente manera: *“deseo de vivir y de ser aceptado como miembro del sexo opuesto, usualmente acompañado por un sentimiento de disconformidad o de no sentir como propio el sexo anatómico que presentan, siendo necesario el tratamiento hormonal y quirúrgico para hacer al cuerpo lo más congruente posible con el sexo preferido²⁶”*.

Luego, fue modificado nuevamente al lanzarse la cuarta edición del manual (DSM-IV), quedando los criterios de diagnóstico definidos de la siguiente forma:

- fuerte y persistente identificación con el género opuesto;
- incomodidad persistente con el sexo natal asignado y asociado al rol de género;
- ausencia de cualquier condición de intersexualidad;
- angustia clínicamente significativa o deterioro social, laboral o de otra índole²⁷.

La otra guía de clasificaciones internacionales oficiales es la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la Salud (CIE-10), donde se define la transexualidad como *“...el deseo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse por sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio y de deseos de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido²⁸”*. Y se establecen las siguientes pautas de diagnóstico: *La identidad transexual debe haber estado presente constantemente por lo menos durante dos años y no ser un síntoma de otro trastorno mental, como esquizofrenia, o*

²⁶ <http://www.hegoak.com/doc/t-aspec.pdf>

²⁷ Cfr. <http://www.hegoak.com/trans/trans-p1.html>

²⁸ Cfr. Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la Salud, 10ª revisión (CIE-10). Ver: <http://www.psicomed.net>.

acompañar a cualquier anomalía intersexual, genética o de los cromosomas sexuales²⁹”.

Desde nuestro punto de vista, si bien reconocemos que algunos de los criterios anteriormente citados podrían servir como guía a los/as profesionales para poder reconocer si se encuentran ante un caso de transexualidad y obrar en consecuencia de la mejor manera posible basándose en la decisión de la persona en cuestión, consideramos que la transexualidad no debe ser considerada –de ninguna manera- como patológica.

6. Análisis de la cuestión de la reasignación sexual desde una perspectiva bioética.

En este punto, corresponde la aplicación del sistema de análisis principialista, es decir, teniendo en cuenta los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia, los cuales establecen “...*critérios generales que sirven como base para justificar muchos de los preceptos éticos y valoraciones particulares de las acciones humanas³⁰*”, con el objeto de determinar la respuesta a un caso de reasignación sexual desde la perspectiva de la bioética.

6.1. Principio de Autonomía.

El principio de autonomía está íntimamente relacionado con el respeto a las personas. Según el Informe Belmont, “...*una persona autónoma es un individuo que tiene la capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y obrar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía significa dar valor a las consideraciones y opciones autónomas, y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones a no ser que éstas sean claramente perjudiciales para los demás*”.

²⁹ Ídem.

³⁰ Cf. Comisión Nacional para la Protección de Seres Humanos sujetos de Investigaciones Biomédicas y de Conducta, Informe Belmont (1978), punto. “B” sobre *Principios éticos básicos*.

Por su parte, los autores Beachamps y Childress consideran que la autonomía puede ser definida como el autogobierno, esto es, la libertad de poder regularse a uno mismo, libre de interferencias externas y de limitaciones personales que impidan tomar una decisión³¹. Al mismo tiempo, destacan que el respeto por la autonomía de una persona debe ser un principio activo que trae como mínima consecuencia el reconocimiento del derecho de todos los individuos a tener ideas propias y a elegir y obrar de acuerdo con sus propios valores y creencias³².

De estas consideraciones se desprende, que –en principio– la decisión de un individuo que quiere realizarse una operación de reasignación sexual no debe ser contrariada sobre la base del respeto hacia su autonomía.

Beachamps y Childress continúan diciendo que la autonomía esta constituida por tres factores, a saber: competencia, comprensión y voluntariedad.

En relación con la **competencia**, entendida como la habilidad de una persona para decidir por sí misma; este concepto nada tiene que ver con la edad de la persona, ni con su capacidad jurídica; sino que es evaluada en forma independiente.

El caso de la reasignación sexual no debería presentar más inconvenientes que cualquier otra intervención quirúrgica de la misma complejidad, siendo que la condición de transexual no habilita de ningún modo a considerar a una persona como disminuida en este aspecto.

En este orden de ideas, deben mencionarse cuatro posibles motivos por los cuales los/as transexuales buscan modificar su sexo físico por medio de la operación de reasignación sexual, cualquiera de ellos –por separado o combinados– constituye fundamento suficiente para que se respete la decisión competente de someterse a la operación: 1) motivo sexual (satisfacer sus impulsos y necesidades sexuales en relaciones heterosexuales); 2) motivo de género (la imperiosa necesidad de modificar

³¹ BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios de ética biomédica*, Masson S.A., Barcelona, 1998, p. 113.

³² BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., op. cit., p. 117.

su sexo, que tanta infelicidad les produce); 3) motivo legal (desean ser reconocidos/as legalmente de acuerdo a su género para lo cual requieren el cambio de estatus sexual); 4) motivo social (al no ser adecuado su sexo morfológico al psíquico, son estigmatizados/as y discriminados/as, por lo cual tienden a esconderse de la sociedad, lo cual cambia a partir de la operación de reasignación)³³.

En relación a la posibilidad de prescindir de la manifestación de autonomía pura, los únicos casos que admitirían la aplicación del criterio del mejor interés de la persona sustituyendo la manifestación de voluntad de ésta de someterse a la intervención, serían aquellos en los que la persona se encuentre disminuida en su autonomía y que –como consecuencia de ello– no reúna las condiciones psicológicas suficientes como para tomar una decisión de esta importancia, es decir, relativa a una operación irreversible.

Este criterio no puede ser utilizado en el caso inverso, esto es, cuando la persona se encuentra en condiciones psicológicas óptimas, pero rechaza la intervención recomendada por el/a profesional; toda vez que la decisión de someterse a una operación de reasignación sexual debe estar exclusivamente en cabeza de la persona que se va a someter a la misma. De lo contrario, es decir, permitiendo que la decisión esté en manos de los/as profesionales médicos/as, se corre el riesgo de considerar a la transexualidad como una enfermedad que debe ser curada bajo una *prescripción facultativa*. Es por ello que en los casos en los que se presente una disminución en la autonomía del/a individuo, los/as profesionales médicos/as no deberán bajo ningún punto de vista descartar la necesidad de la expresión de voluntad del/a mismo/a y llevar adelante la intervención so pretexto de la aplicación del criterio del mejor interés del/a persona, sino que simplemente deberán abstenerse de llevarla a cabo. Por su parte, la posibilidad de aplicar el criterio del juicio sustituto no podría aplicarse en ningún supuesto.

³³ BENJAMIN, Harry, *The Transsexual Phenomenon*, Capítulo 7, The Julian Press, New York, 1966. Publicado en http://www.symposion.com/ijt/benjamin/chap_07.htm.

Respecto de la **comprensión**, esto es, el manejo de la información sobre los riesgos y beneficios de la práctica médica. El criterio que se utiliza para cerciorarse de la existencia de esta categoría es muy discutido, pero generalmente tiene que ver con las características socio-culturales de la persona. En el caso de la reasignación sexual no existirían diferencias con respecto al resto de las intervenciones quirúrgicas de la misma importancia.

En lo que respecta a la **voluntariedad** del acto, Beachamps y Childress dicen que reside en que la persona lo realice sin estar sometida a ningún control por una influencia externa. Al mismo tiempo, consideran que puede ser viciada de tres formas: por coacción (amenazas), por manipulación (de información) o persuasión (convencimiento a través de argumento y razones)³⁴. Este aspecto se relaciona con el tema bajo estudio en el siguiente punto: como bien dijimos anteriormente, dentro del mundo de la sexualidad humana existe una gran diversidad, es por ello que muchas veces nos encontramos ante casos de travestis o transgéneros, que no desean someterse a una intervención de este tipo. Por ello, es importante asegurarnos de que el/a profesional interviniente no haya influido en la toma de decisión de la persona de modo tal de haber viciado su voluntad y que –en efecto– no estemos ante una persona transexual, sino ante un caso de manipulación o persuasión por parte del/a profesional de la salud.

Así, el ejercicio pleno de la autonomía de una persona se vería reflejado en la manifestación del **consentimiento informado**, el cual se define como un *“proceso de comunicación y diálogo que le permite a la persona tomar decisiones respecto de una práctica médica que tiene repercusión sobre su cuerpo y en su intimidad”*³⁵. Si bien el consentimiento informado es importante a la hora de realizar cualquier práctica médica, dado que en caso contrario no se estaría respetando el principio de autonomía, adquiere especial relevancia en casos como el analizado, toda vez que se trata de un procedimiento irreversible.

³⁴ BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., op. cit., ps. 155 y ss.

³⁵ Ídem, p. 55/6

Entonces, respetar la autonomía de los individuos implica para los/as profesionales de la salud la obligación de informar correctamente, asegurarse de que la información brindada haya sido comprendida, verificar la existencia de la libre voluntad e impulsar la toma de decisiones adecuadas sin excederse.

En conclusión, podemos afirmar que siempre que se cumpla con los requisitos enumerados en el párrafo anterior, la decisión de un/a individuo/a de someterse a la operación y/o tratamiento de reasignación sexual será autónoma.

6.2. Principio de Beneficencia.

La beneficencia está representada por la obligación moral de actuar en beneficio de otros. Pero esta definición plantea un interrogante no menor, a saber, ¿quién define lo que es beneficioso, el sujeto activo o el sujeto pasivo de la acción? En este punto, coincidimos con la postura de Diego Gracia, quien afirma que *“la beneficencia depende siempre del propio sistema de valores y tiene por ello un carácter subjetivo”³⁶*. Entonces, el carácter beneficiante de un tratamiento debe ser ponderado por el sujeto que se somete al mismo, el/a médico/a se limitará a brindar información, dar su opinión como profesional y –en todo caso– podrá negarse a practicarlo oponiendo el principio de no maleficencia o la objeción de conciencia. Sin perjuicio de que, al sostener que determinada práctica es buena o mala para una determinada persona, en muchos casos significa caer en un paternalismo injustificado o en el intento de imponer sus propios principios y valores morales a las personas, lo cual creemos es inaceptable.

Claramente, en el caso de la operación y/o tratamiento de reasignación sexual, la persona que la solicita considera que se trata de una práctica beneficiante, toda vez que representa la solución buscada. Consideramos que el actuar del/a cirujano/a debe considerarse beneficiante ya que determina una mejora en la situación del/a transexual.

³⁶ GRACIA, Diego, *Fundamentación y enseñanza de la bioética*, El Buho, Bogotá, 2000, p. 23.

6.3. Principio de No Maleficencia.

Este principio establece el deber de no causar daño o mal. Según Beauchamp y Childress *daño* significa obstaculizar, impedir o dificultar el cumplimiento de los intereses de una de las partes por causas que incluyen las condiciones autolesivas y los actos (intencionados o no) de la otra³⁷. Como existen muchos tipos de daño, el principio de no maleficencia da lugar a una serie de reglas morales que lo rigen, nos interesa aquella que indica *no incapacitarás a otros*, dado que la operación de reasignación sexual consiste en la ablación de los genitales y trae como consecuencia, en general, la esterilidad, es decir, genera –tanto en las mujeres como en los varones– la incapacidad para procrear.

En principio, esto podría significar para algunos/as un impedimento para la realización de la reasignación sexual desde el punto de vista bioético principialista, ya que la operación iría en contra del principio de no maleficencia. Ello aparecería plasmado en nuestro ordenamiento jurídico en el tipo penal de lesiones gravísimas, contemplado en el artículo 91 del Código Penal, el cual condena severamente la lesión que produzca la pérdida de un órgano.

Sin embargo, si lo analizamos a la luz de la postura de Beauchamp y Childress en relación con los tratamientos ordinarios y extraordinarios³⁸ y su vinculación con los juicios sobre la calidad de vida podemos arribar a una conclusión diferente, lo cual permitiría justificar la excepción legal generada por la ley 17.132, que permite la intervención de reasignación sexual previa existencia de autorización judicial.

En efecto, según estos autores, que un acto sea correcto o incorrecto no depende del acto en sí mismo, sino de su justificación (motivos, exigencias del paciente, consecuencias del acto). Cuando analizamos los riesgos y beneficios de un

³⁷ BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., op. cit., p. 183.

³⁸ Los *tratamientos ordinarios* son aquellos que se presentan como simples, naturales, no invasivos, económicos o rutinarios (y por lo tanto obligatorios para los médicos); por oposición, los *tratamientos extraordinarios* son complejos, artificiales, invasivos, caros o excepcionales (y en consecuencia, optativos).

tratamiento y llegamos a la conclusión de que existen expectativas razonables de conseguir beneficios y los perjuicios (gastos, dolor, inconvenientes) serán excesivos, entonces el/a médico/a –en determinadas situaciones– tiene la obligación de no tratar. Mientras que en caso de que los perjuicios sean insignificantes, o al menos se presenten en menor grado que los beneficios, entonces el tratamiento es optativo. Pero, de todas formas, las personas –en ejercicio de su autonomía– tienen derecho a tomar decisiones sobre el tratamiento en función de sus riesgos y beneficios.

En el caso de la reasignación sexual, podemos decir que los beneficios que reporta la intervención quirúrgica son mayores que los riesgos, toda vez que mejorará ampliamente la calidad de vida de la persona, beneficiando su salud integral y los riesgos que presenta la ablación de los genitales no son lo suficientemente importantes como para tomar una decisión que vaya en desmedro de ese beneficio.

En consecuencia, la operación y/o tratamiento hormonal de reasignación sexual cumple con el principio de no maleficencia.

6.4. Principio de Justicia.

El principio de justicia significa que todas las personas merecen un trato igual, equitativo y apropiado. Beauchamps y Childress nos enseñan que, si bien existen varias teorías con respecto al alcance de este principio, todas incluyen como principio formal la afirmación atribuida a Aristóteles según la cual *los iguales deben ser tratados igualmente y los desiguales deben ser tratados desigualmente*³⁹.

A pesar de que –como indican los mencionados autores– esta declaración nada dice respecto de la definición de igualdad, mirándola bajo su mejor luz se puede concluir que nos indica un tratamiento desigual positivo de las personas que consideramos desiguales; dicho de otro modo, discriminando en forma inversa para lograr que los/as llamados/as *desiguales* se sientan tratados/as de forma adecuada y

³⁹ BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., op. cit., p. 313.

equitativa; también tomando el concepto de desigualdad en forma positiva y equiparándolo a la idea de minoría, en este caso sexual.

A su vez, combinando esta idea con el principio material de “*a cada uno de acuerdo con sus necesidades fundamentales*”⁴⁰, podemos decir que la intervención quirúrgica de reasignación sexual es justa porque no hay distribución desigual de cargas y beneficios. Las cargas, entendidas como las dificultades de pasar por una intervención quirúrgica, serían soportadas exclusivamente por la persona que se somete a la misma; mientras que los beneficios que a ésta le reporta la operación no van en desmedro de ninguna otra persona.

El razonamiento contrario devendría en injusto, toda vez que al no aceptar la reasignación sexual se estaría dificultando su integración⁴¹ y –en consecuencia– imponiendo una distribución desigual de las cargas y los beneficios.

Acceder a la petición formulada por un/a transexual asegura el respeto a la dignidad humana y el proyecto personal de vida de la persona, además de garantizar derechos humanos como el derecho a la identidad y a la salud psicofísica⁴².

Por todo lo expuesto, consideramos que un Comité de Bioética no encontraría impedimento alguno para autorizar la práctica médica relativa a la reasignación sexual, toda vez que se ven respetados todos y cada uno de los requisitos que el modelo de análisis principialista exige, ya sea desde una postura deontológica –como la de Beauchamp y Childress– o desde la perspectiva de la ética de mínimos, propuesta por Diego Gracia.

⁴⁰ Se trata de aquellas necesidades que en caso de no ser satisfechas provocarían un daño que afectaría a la persona de un modo fundamental.

⁴¹ SUTTER, Matilde Josefina, “Transexualismo: o dilema entre os dois sexos. A determinação do sexo”, en AA.VV., *Cuadernos de Bioética*, N. 5 Año 4, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

⁴² Caso “M.M.A. s/ acción de amparo” en HOOFT, ob. cit., p. 281.

7. Conclusión

Como resulta del desarrollo realizado, entendemos que no existirían objeciones jurídicas o bioéticas para permitir el libre, pero meditado, proceso de reasignación sexual.

El presente proyecto de ley asume la intervención quirúrgica y/o tratamiento de reasignación sexual como un acto personalísimo que requiere una intervención médica que debe practicarse sin ningún otro debate judicial ni requerimiento administrativo alguno, por la sola constatación de la voluntad de la persona en función de la salud integral del/la solicitante.

Consideramos que obstaculizar una determinación de la importancia de la analizada no sólo importaría una interferencia injustificada en la esfera privada de las personas, sino que además perpetuaría la situación de discriminación y constituiría una clara violación a los derechos humanos.

Se trata de aplicar –en los términos de Rawls– un *pluralismo razonable* que admita, en el marco de una sociedad democrática, la convivencia armónica de toda la ciudadanía.

Por todos los fundamentos expuestos, solicito la pronta sanción del presente proyecto de ley.