

# EL CAMBIO DE SEXO, ¿ESTÁ COMPRENDIDO EN LA ESFERA DE LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS, DE SU MORAL AUTORREFERENTE, O MÁS BIEN ES UN TEMA DE ORDEN PÚBLICO?<sup>1</sup>

Por GASTÓN FEDERICO BLASI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ARGUMENTOS JUDICIALES. III. DESARROLLO DE LAS TEMÁTICAS PRINCIPALES DEL FALLO. A. Noción de Transexualidad. B. Concepto de Sexo y su diferencia con Género. C. Desarrollo y Motivos para Someterse a una Intervención Quirúrgica para la Consecución del Cambio de Sexo. D. Derecho a Decidir sobre el Propio Cuerpo: Autoconstrucción Sexual y Personal. E. Ejercicio del Derecho a la Identidad, como inherente a todo Ser Humano. F. Derecho a la Intimidad como Corolario de la Autoconstrucción Sexual y Personal. IV. PALABRAS DE CIERRE.

## I. INTRODUCCIÓN

En el marco de una acción de amparo, el Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata Secretaría n° 5<sup>2</sup>, mediante el dictado de una sentencia favorable a la pretensión del peticionante, le concedió la posibilidad de someterse a una intervención quirúrgica a los efectos de compatibilizar sus órganos genitales con los del sexo femenino y la consecuente rectificación de los datos consignados en su partida de nacimiento, documento de identidad, títulos de estudios cursados, etcétera; declarando su pertenencia al sexo femenino.

El objeto del proceso se circunscribió en el supuesto de que si no se concediera al peticionante la posibilidad de adecuar su sexo físico al psíquico mediante una cirugía reconstructora, se estarían conculcando los siguientes derechos de raigambre constitucional: a la identidad personal, a la intimidad, al debido respeto de su dignidad y libertad personal, a la salud en sentido integral y a una adecuada calidad de vida, a la no discriminación y al nombre, lo cual le generaría un estigma social equivalente a la muerte civil – la cual subyace a la física pues el individuo la debe sufrir en vida. El peticionante fundó su presentación en las previsiones de los artículos 19, 20, 43, 75 inciso 22 y concordantes de la Constitución Nacional Argentina, así como también en diversos instrumentos de carácter regional y universal, y normativa de carácter nacional y provincial.

## II. LOS ARGUMENTOS JUDICIALES

El Juez que intervino en este caso judicial esbozó una sentencia clara, concisa y definitiva. Consideró, en primer término, que la vía por la cual se realizó el planteo era la correcta: acción de amparo – citando jurisprudencia y doctrina favorable al respecto.

Una vez que agotó las consideraciones en relación a la vía procesal interpuesta, inició el tratamiento de la temática central. A tales fines, estableció como hecho jurídicamente probado en estos últimos años que la transexualidad ha generado en nuestra sociedad, un constante menoscabo a los derechos de raigambre constitucional – a la privacidad, a la

---

<sup>1</sup> Nota al fallo “N. N. s/ Acción de Amparo”, Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición n° 1 del Dpto. Judicial de Mar del Plata Secretaría n° 5, 06/10/2003, publicada en la Revista Jurídica “LA LEY”, en el Suplemento ‘LA LEY BUENOS AIRES’, XII, n° 2, 03/2005, pp. 149-158.

<sup>2</sup> “N. N. s/ ACCIÓN DE AMPARO”, Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata Secretaría n° 5, 6 de octubre de 2003.

salud integral, a la identidad personal, identidad sexual, al nombre, a la igualdad y a la no discriminación, a trabajar, a sufragar, a una adecuada calidad de vida, a la dignidad personal.

Invocó un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el cual, se adujo que, en la actualidad, no hay un elemento biológico único por el cual se pueda determinar el sexo de una persona. Asimismo, tomó en consideración que la transexualidad no es algo aislado, todo lo contrario, constituye un fenómeno complejo, y en consecuencia, requiere de un abordaje interdisciplinario, para así poder arbitrar los medios que permitan adecuar la identidad jurídica a la verdadera identidad psicosocial del peticionante, quien es un ser humano.

El argumento determinante del fallo se encuentra en el punto II de los considerandos, donde se hace alusión a los tres principios de la Bioética – principio de autonomía, principio de no maleficencia y principio de justicia. Para el presente comentario, es relevante el primero de los principios, es decir, el de autonomía, el cual indica el deber de respetar al ser humano como un fin en sí mismo, no vulnerando su ámbito o moral autorreferente. Lo cual nos lleva a deducir de este razonamiento, que en definitiva, la decisión de someterse a una cirugía para conseguir el cambio de sexo, queda en el ámbito de la intimidad, ámbito reconocido y protegido constitucionalmente.

Para finalizar, el pretor dejó en claro que, no obstante la ausencia de normativa en una situación – laguna jurídica -, el poder judicial, igualmente, debe proveer una solución a la misma, de lo cual se infiere que el Derecho es el mecanismo o instrumento que, conjuntamente con otras disciplinas, busca solucionar los conflictos que se suscitan en una comunidad.

### **III. DESARROLLO DE LAS TEMÁTICAS PRINCIPALES DEL FALLO**

Ante la falta de desarrollo, en el fallo bajo análisis, de los tópicos más relevantes que se trata en el mismo, es menester, desde la postura de quien escribe estas líneas, explayarse sobre los mismos. Específicamente hago hincapié sobre cómo fue abordado el tema del cambio de sexo desde la perspectiva del derecho a la intimidad conjuntamente con otros dos derechos de raigambre constitucional: derecho a la identidad y derecho a decidir sobre el propio cuerpo.

En un primer momento analizaré qué se entiende por transexualidad, género y sexo, por cuanto los conceptos dados por el pretor no agotan el tema – no quiero implicar que yo sí lo haré, pues para ello no bastarían estas pocas líneas. Luego, realizaré una exposición más acabada de los fundamentos jurídicos sobre la problemática planteada ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición nº 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata Secretaría nº 5, es decir: ¿el cambio de sexo, está comprendido en la esfera de la intimidad de las personas?, en caso afirmativo, ¿cuáles son las razones de dicho fundamento?

#### **A. Noción de Transexualidad**

Toda temática de índole sexual puede molestar e incomodar pues, aún hoy en día, hay numerosos tabúes que impiden hablar, discutir e incluso escribir con suficiente soltura sobre ella. La transexualidad no es ajena a ello. A lo largo de los últimos cincuenta o sesenta años, se han barajado diversas definiciones sobre este término, rondando todas ellas sobre el mismo punto: el quiebre existente entre la mente y el cuerpo de una persona.

“La palabra transexual es un neologismo introducido a comienzos de la década del cincuenta por el psicoterapeuta norteamericano H. BENJAMIN. El prefijo “trans” da la idea dinámica de desplazamiento, pero no de desplazamiento físico. Todo ocurre en el ámbito del cuerpo de un sujeto, que se desplaza, metafóricamente, entre dos sexos.”<sup>3</sup>

En los años ‘70s el médico J. A. GISBERT CALABUIG se refirió a la transexualidad como “los casos de sujetos que perteneciendo a un sexo determinado, tienen sin embargo la convicción y el deseo de pertenecer al sexo opuesto.”<sup>4</sup> En la década anterior, se arguyó que la transexualidad “consiste en la identificación con el otro sexo, no es únicamente el deseo de obtener las ventajas relacionadas con las costumbres culturales, sino que existe también un malestar, pues en cuanto a su autonomía se considera una mujer atrapada en el cuerpo de un hombre.”<sup>5</sup>

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, un transexual “es una persona que pertenece físicamente a un sexo pero que siente el pertenecer a otro, y para acceder a una identidad más coherente y menos equívoca se somete a tratamientos médicos o a procedimientos quirúrgicos, a fin de adaptar sus caracteres físicos a su psiquismo. Tales intervenciones nunca otorgan todos los caracteres del sexo opuesto al de origen.”<sup>6</sup>

“El transexual muestra una profunda desorientación sexual y de rol de género, así como también un mayor disturbio emocional. Para él, sus órganos sexuales son la fuente de su desgracia y odio. [...]. Vive solo para el día en el cual su “alma femenina” no es más opacada por su cuerpo masculino, es decir cuando puede funcionar como una mujer – social, legal y sexualmente.”<sup>7</sup>

Los transexuales son individuos cuyo modo de ser y sentir es absolutamente opuesto al de su verdadero sexo. Son seres humanos que se consideran un error de la naturaleza por estar atrapados en el cuerpo equivocado, motivo por el cual el único medio que les permite alcanzar la plenitud de su ser como persona humana es la intervención quirúrgica que adapta el sexo físico al psicológico, acompañada por el cambio de identidad civil.<sup>8</sup>

Desde esta perspectiva, se evidencian dos síntomas en el caso del transexual. “El primero es el sentimiento que experimenta, difuso y profundo, de pertenecer al sexo opuesto a aquel que cromosómicamente le corresponde desde la concepción. [...], rechaza el sexo que naturalmente le pertenece, cuyas características biológicas son normales, y bajo el que aparece en los registros del estado civil. El segundo es el poseer una irrefrenable voluntad, un deseo invencible, de adecuar su apariencia genital exterior a la del sexo sentido y vivido.

---

<sup>3</sup> RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Responsabilidad del Médico: Aspectos Civiles, Penales y Procesales*, Buenos Aires, ASTREA, 1999, 950-508-521-4, p. 448.

<sup>4</sup> GISBERT CALABUIG, J. A., *Medicina Legal y Toxicología*, Valencia, SABER, 1977, pp. 332/3.

<sup>5</sup> LANG, Patricia y PORTAS, Adriana, *Abordaje al travestismo y el transexualismo en la Sociedad Actual*, en Revista Argentina de Psiquiatría Forense, Sexología y Praxis, Buenos Aires, 1996, Vol. 3, N° 1, p. 115.

<sup>6</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, 2/1985/88/135, Rees vs. The United Kingdom, párr. 38, 17/10/1986.

<sup>7</sup> BENJAMÍN, Harry, *The Transsexual Phenomenon*, New York, THE JULIAN PRESS, 1966, Capítulo 2.

URL: [http://www.symposion.com/ijt/benjamin/chap\\_02.htm](http://www.symposion.com/ijt/benjamin/chap_02.htm)

<sup>8</sup> Los transexuales, “desde la infancia han experimentado un deseo irresistible de pertenecer al sexo opuesto. Lo que desean es ser considerados socialmente como mujeres u hombres, según el caso, salir a la calle y concurrir a sus trabajos vestidos con ropas de uno u otro sexo, según el caso, por lo tanto se orientan más hacia el endocrinólogo que hacia el psiquiatra pidiendo que se los transforme en mujeres u hombres, según el caso, mediante la supresión de sus órganos sexuales externos y parte de los internos y una terapia hormonal.” BONNET, *Medicina Legal*, López Libros Editores, 2° Edición 1980, pp. 1600-1602.

[...], a fin de obtener su reconocimiento jurídico como del sexo contrario al que le fue asignado por la naturaleza.”<sup>9</sup>

En síntesis, en este trabajo, una noción precisa sobre qué es la transexualidad, es la que la define como “el prototipo de los trastornos de identidad de género, [...] que se caracteriza por una identificación intensa y persistente del paciente con el género sexual distinto al que pertenece biológicamente, acompañado por un malestar persistente y clínicamente significativo por el propio género. Subjetivamente el sujeto siente que es prisionero de su cuerpo, el que pertenece a un género distinto de aquel con el cual está identificado, y desea liberarse de los caracteres sexuales somáticos, convencido de que son un error de la naturaleza.”<sup>10</sup> Ergo, la idea basal de la transexualidad, es que lo equivocado es el cuerpo y no la psiquis, debiendo aquel adaptarse a esta, mediante una cirugía reconstructora que permita el cambio de sexo, y no a la inversa.

## B. Concepto de Sexo y su diferencia con Género

El sexo de los seres humanos es algo complejo, motivo por el cual no es sencillo dar una definición precisa del mismo.<sup>11</sup> El sexo de una persona es determinado de la interacción de sus elementos biológicos con los psicológicos y sociales que todo ser humano encierra en su persona. Científicamente, el sexo cromosómico y el gonádico tienen preeminencia – podría decirse, en sentido restringido, que son los que definen la sexualidad masculina y femenina –, mientras que el morfológico, el psicológico y el jurídico influyen sobre la psiquis y la vida. No obstante, la sexualidad de un individuo es un todo y como tal, influye en el individuo, y por ende lo identifica dentro de la sociedad. Es necesario comprender que la morfología sexual, es decir la apariencia sexual que una persona denota ante los demás, no agota la sexualidad de un ser humano, por el contrario, un individuo puede encontrarse en una situación de intersexualidad, lo cual implica que todas las personas encerramos la posibilidad de entrambos sexos.<sup>12</sup>

Es menester hacer una diferenciación entre los conceptos de sexo y género; mientras el primero “se aplica más a la implicancia de la sexualidad, de lo libido, y de la actividad sexual, por el contrario el término género se lo define como el lado asexuado del sexo. Como alguien alguna vez lo expresó: género está ubicado por encima, y el sexo por debajo

---

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Apuntes sobre el Derecho a la Identidad Sexual*, en JA 1999, Tomo IV, p. 895.

<sup>10</sup> ABBATE, Francisco E., *El Matrimonio en Parafilias, Homosexualidad y Transexualismo*, en Revista de la Asociación Médica Argentina, Buenos Aires, Asociación Médica Argentina, 1997, Vol. 110, N° 2, pp. 16/7.

<sup>11</sup> “El sexo de todo ser humano está compuesto por: 1) sexo genético (integrado por el cromosómico y el cromatínico, ambos se determinan desde la fecundación ovular); 2) sexo endócrino (conformado por el gonadal – constituido por los testículos, ovarios, hipófisis y suprarrenales, la gónada se orienta de acuerdo al sexo cromosómico, pero antes de diferenciarse, existe un tiempo muerto indiferenciado, en el que pueden tener lugar desviaciones del desarrollo normal sexo-gonadal – y el extragonadal – incluye tiroides y epífisis, que intervienen en lo que a masculinidad o femineidad se refiere); 3) sexo morfológico (compuesto por los caracteres genitales – estos son los que indefectible e insustituiblemente intervienen en la realización de la cópula – y extragenitales – cumplen un papel diferencial en cuanto a la persona y en el juego precopulatorio -, y el copulativo o dinámico – integrado por los distintos tiempos de la cópula, que no son exactamente iguales para el hombre y la mujer); 4) sexo psicológico (está dado por el componente endógeno que corresponde a la tríada cromosómico-endócrino-morfológico, y por un componente exógeno constituido por lo socio-ambiental, que tiene su representación en la educación y en el vestir); y, 5) sexo jurídico (queda fijado con la inscripción del individuo en ocasión de su nacimiento, en el Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas).” BONNET, *ob. Cit.*, pp. 1009 y 1011.

<sup>12</sup> Cfr. ZANONI, Eduardo E., *Concepto de Sexo, Factores. Transexualismo*, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1990, N° 4, p. 133/4.

del cinturón.”<sup>13</sup> No obstante, tanto el sexo como el género de todo ser humano son determinados por el sexo cromosómico. Ergo, el sexo verdadero de un individuo puede ser diagnosticado a través de las células cromosómicas. Si bien el aspecto determinante que distingue al hombre de la mujer es el sexo genético, ello no es concluyente ni terminante, sino que por el contrario, parte de la ciencia médica actual reconoce la existencia de otros factores, tales como la composición gonadal, la hormonal, los órganos sexuales externos, la identidad sexual, social y psicosexual. Cuando no existe concordancia entre los distintos factores involucrados en la noción de sexo, se trata de establecer cuál de ellos es el que debe primar para atribuir la sexualidad.<sup>14</sup>

### c. Desarrollo y Motivos para Someterse a una Intervención Quirúrgica para la Consecución del Cambio de Sexo

La temática de la transexualidad “es más difícil de entender desde el punto de vista psicológico y médico pues no se reduce a una preferencia sexual, sino a toda una metamorfosis.”<sup>15</sup> Como se observa, no hay 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. Entonces, es lógico que el cambio de sexo pase por varias etapas: 1) estudio psicológico, para poder establecer con claridad que la persona es transexual, y no otra cosa (trastornos de personalidad, estados intersexuales, etc.); 2) hormonoterapia (en el hombre que cambia a mujer aparecen las mamas y se producen otros cambios menores; en la mujer que cambia a hombre aparece la barba, el bello, y cambia la voz); 3) intervención quirúrgica, que puede ser más o menos completa (amputación de las mamas y creación de un pene a partir de la vagina, y vaginoplastia o reconstrucción de una vagina a partir de la extracción del pene).<sup>16</sup>

Deben distinguirse los cuatro motivos por los cuales los transexuales buscan adecuar su sexo físico al psíquico por medio de la operación de conversión del sexo: 1) motivo sexual (satisfacer sus impulsos y necesidades sexuales en relaciones heterosexuales); 2) motivo de género (la imperiosa necesidad de modificar su género, que tanta desdicha les produce); 3) motivo legal (desean ser reconocidos legalmente de acuerdo a su sexo luego de la intervención quirúrgica, para lo cual requieren el cambio de estatus sexual); y, 4) motivo social (al no ser adecuado su sexo morfológico al psíquico, son estigmatizados y discriminados, por lo cual tienden a esconderse de la sociedad, lo cual cambia a partir de la transformación).<sup>17</sup>

De lo esbozado, se infiere que el sometimiento a una cirugía reconstructora no es baladí para un transexual, todo lo contrario, es el único camino posible que acepta para conciliar su interés supremo de realizarse como persona, autoconstruirse, para lo cual es vital adaptar su identidad sexual a su identidad psicológica, y no a la inversa. Ergo, el cambio de sexo constituye un acto de liberación y realización personal.

### D. Derecho a Decidir sobre el Propio Cuerpo: Autoconstrucción Sexual y Personal

---

<sup>13</sup> BENJAMIN, H., *ob. Cit.*, Capítulo 1.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho a la Identidad Personal*, ASTREA, 1992, 950-508-367-X, p. 338.

<sup>15</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Derecho y Homosexualismo en el Derecho Comparado*, en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1998, N° 13, p. 186.

<sup>16</sup> <http://www.hegoak.com/trans/trans-t1.html>.

<sup>17</sup> BENJAMIN, H., *ob. Cit.*, Capítulo 7.

Un aspecto esencial respecto de la intervención quirúrgica para la consecución del cambio de sexo, es que la decisión sea “tomada por la persona que se quiere operar y no por los profesionales, [...] quienes deben acompañar y aconsejar en este proceso. Pero la decisión debe estar en manos de la persona transexual, [...] por el derecho de las personas de decidir sobre su propio cuerpo, su sexo o su género de manera responsable, con el máximo de información posible y asumiendo las consecuencias de sus decisiones. [...] que la decisión esté en manos de los profesionales implica seguir reforzando que la transexualidad es una enfermedad que debe ser curada bajo prescripción facultativa y no una opción más en el desarrollo de la identidad de género.”<sup>18</sup>

Este derecho, incluso, supone la posibilidad de todo ser humano de realizarse libremente como tal. La vida es un bien, es un proyecto, que cada ser humano debe completar a lo largo de su vida, y lo intenta hacer de la mejor manera posible, atravesando y derribando obstáculos. Este derecho de todos los seres humanos, implica poder hacer todo aquello que está jurídicamente permitido para así, lograr la concreción de su proyecto existencial como persona, ello incluye la autoconstrucción sexual de todo individuo. De lo cual se deriva el derecho de toda persona a disponer libremente de su cuerpo, siempre y cuando ello no atente contra el orden o la moral pública, ni afecte derechos de terceros. Por lo tanto, puede concluirse que este derecho está reconocido por el propio artículo 19 de la Constitución Nacional, siempre que no se ‘ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros’.<sup>19</sup>

La plenitud del ser humano como persona, se confunde con su cuerpo, que debe estar en equilibrio con los impulsos psíquicos, los afectos y la mente. Consecuentemente, una persona humana completa su proyecto existencial en su cuerpo y por medio de este. En efecto, la transexualidad nos exige determinar de qué modo el cuerpo es el medio por el cual una persona se autorealiza. El sexo cromosómico se limita a especificar la determinación genética natural del sujeto, pero ello no es suficiente para brindar una solución a la persona, sino que es necesario integrar ese dato con los elementos psicosociales, consintiendo al individuo vivir en plenitud su propio cuerpo, siendo el mismo.<sup>20</sup>

No respetar esto, implicaría violar la dignidad – otro derecho de raigambre constitucional – de todo ser humano por cuanto el ordenamiento jurídico estaría inmiscuyéndose en este ámbito de libertad, de intimidad perteneciente a cada persona, el cual es infranqueable, quedando reservado a la discrecionalidad de cada uno para la consecución de la realización personal, siempre que ello no afecte ni perjudique a terceros ni la moral pública.<sup>21</sup> Al ser el ser humano corpóreo, es desde y por su cuerpo. En consecuencia el cuerpo “es el fundamento de mis posibilidades, de mis proyecciones, de toda acción de una persona. Representa el aquí, ahora, a partir de los cuales se estructuran el allí, el después, hacia los cuales la persona se proyectó.”<sup>22</sup>

El derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral de todo individuo está consagrado y plasmado en la Carta Fundamental, artículo 75 inciso 22 – más precisamente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 5.1 -, ergo éste debe ser respetado por la sociedad toda, con lo cual las personas no deben, ni pueden - desde una perspectiva jurídica – interferir en las conductas que otro sujeto realice respecto

---

<sup>18</sup> <http://www.hegoak/doc/t-psico.pdf>.

<sup>19</sup> CSJN: 316: 494.

<sup>20</sup> ZANONI, E., *ob. Cit.*, p. 144.

<sup>21</sup> CSJN: 314:1599.

<sup>22</sup> FATONE, en RABINOVICH-BERKMAN, R., *Derecho Civil Parte General*, ASTREA, 1998, 950-508-538-9, p. 244.

de su cuerpo.<sup>23</sup> “Desconocer tal negativa implica la pulverización del contenido mínimo de las decisiones sobre la integridad física y moral, elementos inseparables del derecho a la intimidad, que goza de tutela privilegiada por la disposición normada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.”<sup>24</sup>

#### E. Ejercicio del Derecho a la Identidad, como inherente a todo Ser Humano

El transexual es quien “no está conforme con su sexo anatómico endócrino, pues psicológicamente siente que pertenece al sexo opuesto. Siente extrañeza por su propio cuerpo y asco por los órganos genitales de los que está dotado, e intenta corregir la situación mediante hormonas y una intervención quirúrgica.”<sup>25</sup> Por ende, está en juego su identidad sexual, y por lo tanto su identidad personal, es decir su derecho a la identidad, un derecho existencial de cada ser humano. En esta línea de pensamiento, es estigmatizador inferir que la transexualidad es “una inversión sexual, ergo desde ningún punto de vista, ello justifica el tratamiento quirúrgico destinado a cambiar el sexo, dado que es imposible fabricar órganos genitales del otro signo con funcionalidad y, por encima de todo, el sexo es un complejo estructural inmodificable”<sup>26</sup>, esto implicaría privar a una persona de ejercer su derecho a la identidad, lo cual equivaldría a su muerte civil – condena al ostracismo -, pues ello le acarrearía consecuencias personales, sociales, civiles, políticas, culturales y económicas peyorativas hacia su ser.

Es fundamental en esta temática tener en consideración que la identidad de toda persona – tanto sexual como de género – no es un destino, sino una elección, una cuestión de elecciones personales. En consecuencia, la cuestión radica en la “autodefinición para los transexuales, [...] proceso que implicaría ampliar las posibilidades de desarrollo de su identidad.”<sup>27</sup> Asimismo, de la Constitución Nacional podemos inferir que: “A) todo hombre - debería decir ser humano - es persona, y queda reconocido como sujeto de derecho con libertad y capacidad jurídica; B) hay derechos implícitos entorno de la personalidad jurídica del hombre, como el honor, la vida, la dignidad, el nombre, etc.; C) entre los derechos de la personalidad humana, o bioderechos, hay uno muy importante y casi nada trabajado: el derecho a la identidad sexual, o sea, a ser varón o mujer, a tener un sexo, a vivir conforme a él.”<sup>28</sup> Por ende, si alguien ya al nacer, o al desarrollarse, no goza perfectamente de esa identidad sexual, una serie de ciencias que se ocupan del problema tendrán que darle solución lícita y ética, aunque deba acudir a la vía quirúrgica, y dejar expedito el verdadero sexo de dicha persona.

Desde el momento que un individuo necesita recurrir a una cirugía reconstructora mediante la cual compatibiliza su anatomía física con su sentir psicológico, el Derecho, como ordenamiento jurídico de la sociedad, debe brindarle las herramientas necesarias para que, como miembro de la sociedad, pueda gozar plenamente de los derechos y garantías que le reconoce la Constitución Nacional. Caso contrario, se estaría marginándolo de la comunidad, al no reconocerle legalmente su nuevo estatus, implicando ello una muerte civil, lo cual sería más atroz que la muerte física que todos los seres humanos, en algún

---

<sup>23</sup> Cfr. FERREYRA, Raúl G., *Investigaciones sobre Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 30.

<sup>24</sup> IBIDEM, p. 42.

<sup>25</sup> KIPER, Claudio M., *Derecho de las Minorías ante la Discriminación*, Hammurabi, 1998, 950-741-066-X, pp. 387/8.

<sup>26</sup> BUERES, Alberto J., *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Tomo 2, Hammurabi, 2º Edición 1997, 950-741-040-6, p. 352.

<sup>27</sup> <http://www.hegoak/doc/t-psico.pdf>.

<sup>28</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, José G., *El Derecho a la Identidad Sexual*, en ED 1983, Tomo 104, p. 1024.

momento de nuestras vidas, debemos experimentar, pues implicaría para la persona en cuestión, estar fuera del sistema.<sup>29</sup> En consecuencia, queda en manos del legislador evitarle a los magistrados interpretar y aplicar los principios del derecho en estos casos y proveerles de una norma legal que subsane y contemple esta situación.<sup>30</sup>

#### F. Derecho a la Intimidad como Corolario de la Autoconstrucción Sexual y Personal

La intimidad es la “esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. [...] es el derecho a ser dejado solo – [...] – o el de ejercer autonomía sobre cuestiones personales significativas. [...] El valor de la intimidad es relacionado [...], no con su preservación para las relaciones íntimas, [...], o con la necesidad funcional de contar con oportunidades de distensión, [...], sino con la necesidad de que los demás no adquieran un poder indebido sobre nuestra persona, de que nos sometan a situaciones de murmuración, burla y ridiculización, dada la intolerancia que a veces se tiene sobre otros hábitos de vida o rasgos de la personalidad, y el respeto de la libertad de cada uno de elegir su forma de vida. [...] La intimidad de una persona, [...], se refiere al menos a los siguientes aspectos: rasgos de su cuerpo, su imagen, [...], conductas de la persona que no tengan una dimensión intersubjetiva [...]”<sup>31</sup>

El derecho a la intimidad “protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, [...], la salud mental y física [...] comprende no solo la esfera doméstica [...], sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal [...], y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona [...], sin su consentimiento [...] y sólo por ley podrá justificarse la intromisión siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la Sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen.”<sup>32</sup>

No hay que pasar por alto que una persona sin sexo, no es persona, por consiguiente, la autoconstrucción sexual y personal de todo ser humano es una decisión íntima, con lo cual tutelada y protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina – consagra al derecho a la intimidad como “un derecho personalísimo, innato, vitalicio y extramatrimonial.”<sup>33</sup> Ergo, este derecho “tiene reconocimiento constitucional, [...] dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Se trata de una zona de intimidad jurídica. Todo ciudadano tiene derecho a que se respete su privacidad.”<sup>34</sup> En definitiva, la sociedad posee ningún derecho de inmiscuirse de manera tal que lo prohíba o cercene de tal modo que el individuo no pueda concretar su proyecto de realización personal, el cual en caso contrario, pasaría a ser en este supuesto un proyecto, más bien, de heteroconstrucción.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, José G., *El Cambio de Identidad Civil de los Transexuales Quirúrgicamente Transformados*, en JA 1990, Tomo III, p. 103.

<sup>30</sup> El derecho a la identidad sexual “incluye el de vivir según la moralidad sexual de cada uno, habida cuenta que el sexo de una persona es un fenómeno complejo, integrado con la totalidad de su vida, de su psiquismo y de su genitalidad, motivos por los cuales la comunidad debe respetar [...] comportamientos distintos al socialmente aceptado [...]” LL de Buenos Aires 1998, p. 163.

<sup>31</sup> NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, ASTREA, 1992, 950-508-377-7, pp. 327 a 329.

<sup>32</sup> CSJN: 324:2910.

<sup>33</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *Derecho a la Intimidad*, en LL 1983, Tomo C, p. 1123.

<sup>34</sup> CORBO, Carlos M., *Conflicto de intereses entre los Derechos a la Identidad y a la Intimidad*, en JA 2001, Tomo IV, p. 899.

<sup>35</sup> “[...] el derecho está destinado a asegurar a cada ser humano, fundado en su propia dignidad su realización personal. El derecho, al regular conductas humanas, debe otorgar a cada sujeto la posibilidad de



Entonces cada persona, mientras no cause perjuicio a los demás ni esté en infracción ante la ley, está en condiciones de decidir libremente su modo de vivir, por lo que puede escoger su propia identidad sexual. Ergo, el cambio de sexo constituye un acto de liberación que guarda concordancia con el derecho fundamental a desarrollar libremente la personalidad, obtener equilibrio y bienestar psicológico y con aquel de afirmar su propia identidad.

Consecuentemente la mutación de sexo se conforma con el derecho de cada cual al libre desenvolvimiento de su personalidad. Por lo tanto, la decisión es de cada persona, y sólo ella puede decidir sobre ello. Ergo, de todo lo expuesto se infiere que el sexo de toda persona es una opción existencial, por lo tanto el ser humano puede escoger vivir dentro del sexo que más conviene a su íntima vocación existencial, a su moral autorreferente, a sus tendencias psicológicas.

Considerar que la mutación de sexo es contraria a las buenas costumbres y a la moral, implica hacer una valoración ética, la cual está librada al consenso mayoritario imperante en la sociedad del momento. Creo que nuestra sociedad debe respetar los derechos de las minorías y no simplemente consagrarlos para argüir que la República Argentina intenta ser un país que protege, garantiza y enaltece los derechos humanos, todo lo contrario, debe hacerlo y punto, para lo cual es tarea legislativa estar a la vanguardia de todo aquello que la comunidad necesita, con el fin de proveérselo a través de la correspondiente legislación sobre el tema.

Además, esta decisión de todo ser humano de mutar su sexo físico mediante cirugía reconstructora, junto a la posterior y consecuente adecuación de su identidad personal, debe ser reclusa en el área de la intimidad, reservada a la moral autorreferente, es decir al ámbito de privacidad, a esa esfera de señorío que todos los seres humanos poseemos y que ninguna otra persona puede vulnerar o inmiscuir sin nuestro consentimiento. Este derecho a la intimidad, a la privacidad de nuestros fueros internos, está reconocido y garantizado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Requerir “por razones de orden público, por necesidad de certeza jurídica, que todo cambio de sexo debe ser previamente autorizado por el órgano jurisdiccional del Estado y ser inscripto en los registros del estado civil”<sup>36</sup>, atenta contra la esencia misma de la libertad de toda persona humana de decidir sobre una circunstancia netamente íntima de todo ser humano: identidad sexual y personal, es un derecho cuya construcción y desarrollo le incumbe a cada individuo per se, sin necesidad de autorización de pretor alguno, basta que la persona decida someterse a una operación que modifique su sexo y que exprese su consentimiento ante el galeno que ella decida es el más idóneo y apropiado para la situación. Si se tratara de una persona heterosexual no le preocuparía al juez averiguar qué hace con su sexualidad, a menos que su conducta recayera en el orden o en la moral pública o perjudicara a terceros.<sup>37</sup>

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la existencia de un marco constitucional a los derechos de la personalidad relacionados con la intimidad,

---

elegir su proyecto de vida. Ello así por cuanto el derecho, creado por el hombre, es un instrumento de su liberación, que posibilita encontrar su propia identidad, conforme a su elección.” FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho a...* ob. Cit., p. 338.

<sup>36</sup> IBIDEM, p. 365.

<sup>37</sup> BIDART CAMPOS, José G., *El Cambio...* ob. Cit., p. 109.

la conciencia y el derecho a disponer del propio cuerpo.<sup>38</sup> El derecho a la intimidad le otorga a cada ser humano la facultad de disponer de un espacio privado o reducto inderogable de libertad individual que no puede ser invadido, sin aquiescencia del sujeto particular, por terceros. Implica una forma de manifestación de la libertad de los seres humanos frente a la sociedad, no solo se refiere a los actos íntimos, incluye aquellos que no ofendan al orden público, a la moral pública o a los derechos de terceros.<sup>39</sup>

#### IV. PALABRAS DE CIERRE

A raíz de todo lo expuesto se infiere que la autoconstrucción sexual de cada ser humano, de cada persona, está protegida y garantizada por el derecho constitucional a la intimidad, no dando cabida a injerencias externas. En otros términos, el cambio de sexo y, consecuente rectificación de la identidad personal, quedan fuera del ámbito del orden o moral pública, y no perjudica a terceros, pues está dentro del ámbito de la intimidad sexual y personal de cada ser humano, en consecuencia está garantizado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como también por la diversidad de normas de carácter internacional – las cuales gozan de jerarquía constitucional – incorporadas a nuestra Carta Magna luego de la reforma de 1994: Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo V; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en su artículo 17, incisos 1º y 2º; Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11 inciso 2º.

En definitiva, la intimidad incluye las conductas autorreferentes de cada ser humano, “las exteriorizaciones que hace una persona y que no lesionan el orden, la moral pública, ni dañan a terceros. Que a los demás guste o no les guste, no es cuestión que entre en el área del posible juicio de la autoridad pública.”<sup>40</sup> Por consiguiente, vedar el cambio de sexo, significaría la intromisión ilegítima en una conducta autorreferente, que a nadie daña en el sentido jurídico, y por más que moleste o disguste, ello no implica un perjuicio *per se* que de lugar a acciones judiciales. Por ende, no debe descuidarse el respeto a los comportamientos o actitudes sexuales de los demás, debiendo garantizarse el derecho de las minorías, pues intentar imponer determinada moral sexual es autoritario<sup>41</sup> y escapa del orden público, ya que es íntimo de cada persona, mientras no cause perjuicios a terceros. Esto determina los motivos por los cuales la sociedad debe respetar toda exteriorización de la sexualidad de un ser humano, aunque sea distinta a la socialmente aceptada.

---

<sup>38</sup> Es pertinente tener en consideración que el Alto Tribunal argentino define el derecho a la intimidad como aquel que “protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, [...] En rigor, el derecho a la privacidad comprende [...] a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona [...], sin su consentimiento [...]” CSJN: 306:1907.

“La intimidad no es simplemente el derecho a la soledad sino un conjunto de aspectos de la vida individual [...] de las personas que pertenecen por entero a cada cual y a partir de ese segmento de vida liberada de la mirada y opinión de los demás todo ser humano tiene el dominio de su imagen, su identidad y personalidad. [...] El sistema de creencias y valores sobre los cuales se estructura la conciencia humana se intersecciona con sentimientos de discreción y de pudor amurallados como zona de reserva de la vida personal y familiar.” CSJN: 324:2924.

<sup>39</sup> EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional (Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con la legislación, jurisprudencia y doctrina)*, Tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1994, 950-14-0753-5, pp. 457/8.

<sup>40</sup> BIDART CAMPOS, G., *La Sanción al Travestismo “Inofensivo”*, en LL de Buenos Aires 1998, p. 162.

<sup>41</sup> IBIDEM, p. 163.