

LA LEY Y EL SEXO.
LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO Y SU POTENCIA
EMANCIPATORIA

Por EMILIANO LITARDO*

A Lohana Berkins, siempre

Resumen:

El presente artículo, parte de mi tesis de maestría, tiene tres partes. La primera indagará en una aproximación genealógica del DIG a partir del señalamiento de distintas escenas de la vida judicial, que fueron escogidas siguiendo un orden cronológico y de acuerdo con el juego de sustracción y adición operado sobre la libre expresión de género. Cada escena será expuesta a una mirada crítica a fin de vislumbrar de qué forma, con qué mecanismos y con cuáles premisas el DIG se configuró como categoría integrativa de la noción de sujeto de derecho. Además, se señalará quiénes eran los autorizados para hablar en los rituales judiciales, y las relaciones que se establecían en la construcción de nuevas subjetividades, siguiendo la hipótesis según la cual el modelo biomédico de diagnóstico psiquiátrico en pacto de poder con la justicia acuñó definiciones normativas de la diferencia sexual; los textos y contextos en que las voces se solapaban con las relaciones saber/poder dentro del entorno disciplinario del derecho. La segunda parte, aportará —desde una mirada del sur global— maneras de interpretar y aplicar la ley con un enfoque de derechos. Por último, se plantearán ciertos desafíos vinculados con la sostenibilidad o no del marcador sexo en los documentos oficiales.

Palabras clave:

Identidad de género, sexo, autonomía, derechos humanos, trans.

* Emiliano Litardo, abogado, docente (UBA-UNTREF), activista legal (Abosex), co-redactor de la ley 26743, Litardo.emiliano@gmail.com.

LAW AND SEX. THE GENDER IDENTITY ACT AND ITS EMANCIPATORY POWER

Abstract:

This article, which is within my master's thesis, comprises three sections. The first section will present a genealogic approach to the Gender Identity Act by underlining various court scenes, which were chosen on a chronological basis and which are subject to an addition and subtraction game that operates on the free expression of. Each scene will be presented through critical lenses, with the purpose of envisaging the form, mechanisms and premises underlying the Gender Identity Act, conceived as a category within the "subject of rights" concept. Additionally, the piece will highlight who were the parties authorized to speak during court rituals, and which relationships were established in the construction of new subjectivities, following the hypothesis according to which the biomedical model of psychiatric-diagnosis—in the context of a power agreement with the judicial branch—coined normative definitions of sexual differences; texts and contexts in which voices overlapped with knowledge-power relationships within the legal discipline. The second part will propose how to interpret and apply the law with a rights-based approach (from a global south perspective). Finally, it will present certain challenges related to the potential sustainability of the sex marker in official documents.

Keywords:

Gender identity, sex, autonomy, human rights, trans.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la identidad de género (DIG) que rige como categoría legal, desde el año 2012 en la República Argentina, fue producto del actuar político del movimiento trans¹ y del impacto de sus acciones judiciales. En efecto, entre los actos de justicia y las incitaciones políticas de las experiencias trans, el DIG se fue construyendo hasta alcanzar el debate legislativo que derivó en la sanción de la Ley de Identidad de Género.

En resumidas líneas, la ley 26.743² reconoce a todas las personas, en todos sus ciclos de vida, la afirmación de su identidad de género en diferentes dimensiones (v.gr. reconocimiento legal o intervenciones trans-específicas); despatologiza los mecanismos para su reconocimiento; promueve un concepto

¹ Se emplea el término trans para referir a todas aquellas personas cuya identidad y expresión de género afirmada difiere de la atribuida al nacer o a la impuesta por las normas sociales modernas occidentales.

² Ley 26.743, del día 9/5/2012. Promulgada el día 23/5/2012. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 24/5/2012.

de identidad abierto y contingente; estables obligaciones específicas al Estado para la tutela del derecho; considera que el DIG es un derecho humano y que el criterio para su interpretación debe ser siempre a favor de su ejercicio. Este derecho se funda, sustancialmente, en el reconocimiento de la capacidad jurídica y de la autonomía decisional de la persona como agente titular. Se sustituye el tradicional modelo biomédico de la transexualidad por un modelo basado en los derechos fundamentales. Aquel primer paradigma suele albergar una idea retributiva del DIG, según la cual las personas que afirman un género distinto al asignado al nacer o expresan una identidad de género que no se corresponde con las expectativas sociales del género binario, son perversxs merecedorxs de la adversidad de su ininteligibilidad cultural.

La ley pone entre paréntesis la estatización biológica de nuestras diferencias sexuales —ficcionalmente montadas sobre un cuerpo sexuado preexistente, estático y neutral—, y vuelve contingente la idea de la identidad de género nuclear³. Entre la ruptura fisiológica y la precariedad de la identidad, el cuerpo sexuado, pues, deviene en un cuerpo material y con posibilidad de emanciparse desde la resistencia individual y colectiva. Ahí donde las operaciones de “cambio de sexo” suponían una terapia rehabilitadora de la persona, los movimientos sociales trans plantearon la batalla por la libertad de expresión de género y la validación de la propia palabra en el marco de las dispersas experiencias corporales para una identidad de género no heterónoma.

La chance emancipatoria, que la ley de identidad posibilita, fue la emergente de un despliegue de narrativas culturales que se debatieron, mayoritariamente, en el terreno de lo legal porque los dispositivos vigentes obligaban a la judicialización. El poder judicial, mediante sus actos en estrategia compartida con el poder biomédico, desplegó su cinismo retórico en atribuirle naturaleza a la idea jurídica del ser varón/mujer mediante complejas redes de razonamientos jurídicos, procedimientos judiciales, ritos y consideraciones procedimentales que recayeron sobre los cuerpos justiciables de la comunidad trans. Es en este fondo de enunciados, entremezclados con las resistencias políticas de posicionamientos éticos del movimiento trans y sus alianzas estratégicas, que el cambio paradigmático se concretó.

³ La identidad de género nuclear integra el paradigma heterocisnormativo mediante el cual la diferencia sexual dual (varón-mujer) se instaura como dato natural irreductible; la relación sexo/género se asienta en el modelo naturaleza/cultura y vuelve tácita la idea de que hay dos sexos para dos géneros opuestos. Así, el paradigma instituye la idea según la cual el género es los atributos culturales asociados al sexo. El cuerpo sexuado se funda en la diferencia sexual naturalizada. Por lo tanto, se arraiga socialmente el sentido de que el sexo es la base material sobre la cual se apoya el género y el deseo; las características genitales otorgan inteligibilidad a las identidades binarias de género (varones-mujeres) solo si tales genitalidades se corresponden con los protocolos contemporáneos de asignación de sexo, allí donde el diagnóstico médico constata que un pene considerado normal, según el paradigma falocéntrico, da como resultado a un hombre; si no lo tiene será una mujer y si presenta una atipicidad será intervenido correctivamente con técnicas quirúrgicas que otorgarán a ese cuerpo un sexo determinado y por ende un género viable. Todo este mecanismo epistémico es violento y se funda en un criterio excluyente de la diferencia.

El presente artículo, parte de mi tesis de maestría, tiene tres partes. La primera indagará en una aproximación genealógica del DIG a partir del señalamiento de distintas escenas de la vida judicial, que fueron escogidas siguiendo un orden cronológico y de acuerdo con el juego de sustracción y adición operado sobre la libre expresión de género. Cada escena será expuesta a una mirada crítica a fin de vislumbrar de qué forma, con qué mecanismos y con cuáles premisas el DIG se configuró como categoría integrativa de la noción de sujeto de derecho. Además, se señalará quiénes eran los autorizados para hablar en los rituales judiciales, y las relaciones que se establecían en la construcción de nuevas subjetividades, siguiendo la hipótesis según la cual el modelo biomédico de diagnóstico psiquiátrico en pacto de poder con la justicia acuñaron definiciones normativas de la diferencia sexual; los textos y contextos en que las voces se solapaban con las relaciones saber/poder dentro del entorno disciplinario del derecho. La segunda parte aportará —desde una mirada del sur global— maneras de interpretar y aplicar la ley con un enfoque de derechos. Por último, se plantearán ciertos desafíos vinculados con la sostenibilidad o no del marcador sexo en los documentos oficiales.

Parto de considerar que el campo judicial fue el marco legitimador del modelo de identidad de género nuclear para contener los desbordes provenientes de las demandas judiciales, y que el sentido judicial impreso a tales reclamos derivó en prácticas violentas y estigmatizantes. Fue la praxis política del activismo trans y la incorporación al sistema judicial de algunas demandas de corte revolucionario⁴, las que permitieron los quiebres epistemológicos y el pasaje

⁴ MILLER, Alice, *Derechos sexuales. Derechos reproductivos. Derechos humanos*, Lima, III Seminario Regional, CLADEM, 2002. Alice Miller plantea tres tipos de formulación de demandas sobre derechos sexuales, que a su entender se han llevado adelante a nivel regional e internacional. Las tendencias de estas formulaciones pueden ser vistas como i) demandas del tipo evolutivas, ii) demandas del tipo devolutivas o iii) demandas del tipo revolucionarias. Las primeras son aquellas que pretenden aplicar derechos ya existentes a nuevos sujetos (mujeres lesbianas, personas transgéneros) o nuevas circunstancias conflictivas (uniones de hecho homosexuales, separación de bienes en familias homolesboparentales), que hasta ese momento no fueron previstas por la legislación o la jurisprudencia. Señala Miller que este tipo de demandas procuran obtener avances en el contenido de derechos sexuales de modo gradual. Un ejemplo: en el año 1994, en el ámbito del sistema de Naciones Unidas se dio el caso “Toonen c. Australia” en el que se ventiló la cuestión de las relaciones homosexuales en perspectiva al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en Tasmania, y en el cual el Comité interpretó que el término “sexo” de los arts. 2º y 26 del Pacto refieren inclusive a la orientación sexual. Este caso marcó una apertura a considerar implícitamente dentro del genérico concepto de “sexo” a la identidad sexual de las personas y, por lo tanto, la diversidad sexual ingresó dentro del espectro de los derechos humanos a nivel de un instrumento internacional preexistente y sobre la extensión del derecho a la privacidad de las personas. Las demandas de carácter devolutivas de derechos sexuales se identifican por reclamar a favor de estos cuestiones que pertenecen a sectores específicos (particularismos propios de los colectivos de mujeres, personas GLBT) y con el impacto que ello produce al ser identificados con aquellos agrupamientos. Miller resalta un ejemplo de esta tipología al indicar que en la vinculación entre derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la mejor forma de plantear una demanda por derechos sexuales apunta a concentrarse sobre el derecho a la salud, o en aquellas demandas que apelan respecto a los derechos sexuales como si éstos sólo hicieran referencia a los derechos del colectivo GLBT. Es decir, la forma devolutiva o de transferencia ubica los planteos

de los derechos personalísimos al lenguaje de los derechos fundamentales y la conversión de la noción de identidad personal hacia la de identidad de género.

1. PRIMERA PARTE

1.1. Fragmentos de una genealogía por escenas

La geografía político racial cartografiada, mundialmente, a través de la idea de “sistema-mundo moderno” es un buen inicio para encauzar el DIG en la trama político-legal argentina. En efecto, si se comprende el modo en que fue planeado, organizado y ejercido, lo que Aníbal Quijano llama el nuevo patrón de poder —constitutivo de la identidad moderna y por consiguiente de una forma de construcción y distribución de sujetos— luego de la conquista de América y del impacto global de la esclavitud africana, entonces, es posible ver con relativa nitidez aquello que la ley de identidad pone en tensión: la dicotomía naturaleza/cultura como eje para una distribución jerarquizada, binaria y antagónica de identidades (corpo-sexo-genéricas), derechos y poder (entendido como acceso a recursos y ejercicio de acciones autónomas). Allí donde el marcador sexo se constituyó en la base material de los cuerpos generizados, la ley 26.743 lo neutraliza.

La violencia de género, expresada en las condiciones institucionales que impiden, restringen o permiten —mediante mecanismos patologizadores⁵— el reconocimiento del DIG, contiene como presupuesto histórico-político la codificación biológica y cultural del dispositivo regulador “sexo” o “género”.

En las escenas siguientes, se visualizan las condiciones en que operaba la transjudicialización en Argentina antes de la entrada en vigencia de la ley

de derechos sexuales respecto a sectores específicos y determinados. Uno de los inconvenientes que plantean este tipo de demandas radica en aquello que no se dice. Es el contexto que queda por fuera de los límites de lo específico lo que resulta preocupante. Es la parte donde el haz de luz no ilumina dejando una zona de incertidumbre por sobre la cual siguen operando las opresiones de lo hegemónico. Por último, las demandas por derechos sexuales de carácter revolucionarias son aquellas formuladas desde una perspectiva que no promueva los estereotipos al que pueden llevar implícitamente los anteriores tipos, sino demandas que sean formuladas en sintonía con las teorías que abordan interdisciplinariamente los derechos sexuales, que sean capaz de revisar conceptos y generar invenciones respecto a nuevos mecanismos para el reconocimiento de los derechos sexuales. Se trata de demandas de contenido activista.

⁵ PÉREZ FERNÁNDEZ-FIGARES, Kim afirma que “Una patologización, en la práctica actual, es una tipificación cuasi jurídica de una enfermedad y la asignación de unos protocolos de tratamiento (...) La despatologización desactiva todos esos legalismos que gravitan sobre nosotros. Como en la cirugía estética, el candidato que la plantea tiene capacidad para decidir”, en “Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género”, en MISSÉ, Miquel - Gerard COLL-PLANAS, Gerard (eds.), *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Madrid, Egales editorial, 2010, pp. 108-109. La patologización constituye una forma de violencia porque obtura la personalidad jurídica del sujeto y lo transforma en un objeto subordinado de las prácticas de normalización o de tutelaje científico con fines terapéuticos por características interpretadas previamente como antinaturales, inmorales, ilegítimas, o anormales, anulando sus capacidades como sujeto activo.

ya citada; era habitual la judicialización y consiguiente patologización de la diferencia de género a los efectos de alcanzar reconocimiento legal de la identidad afirmada. Las prácticas judiciales se caracterizaban por asumir lógicas retóricas, burocráticas y violentas porque los marcos judiciales, en casi todas las jurisdicciones del país, seguían los efectos colonizadores del género normativo, que prescribía que el sexo materializaba el género binario varón-mujer como la forma exclusiva de *ser-estar* en sociedad.

1.1.1. Escena primera: septiembre de 1975. La intocabilidad del cuerpo

La justicia argentina sentó las bases para la desterritorialización de los cuerpos e identidades anti-normativas a través del despliegue biopolítico del derecho sobre el *hacer vivir* del género.

El lenguaje de los derechos no fue ajeno a las batallas culturales que se suscitaban respecto de la biologización no cuestionada de los modelos de identidad de género nuclear. En efecto, siguiendo el criterio de Donna Haraway el ingreso de la naturaleza al dominio de la ciencia, implicó límites racionales a las dispersiones de la diversidad corporal y una serie de enunciados que pretendían explicar desde un soporte científico la idea de un cuerpo sexuado ontologizado, neutral y estático. El cuerpo moderno debía actuar *como si* fuera orgánicamente estable y coherente a sí mismo. Para ello, precisó montarse sobre el discurso racional proveniente, en parte, de la ciencia médica y el derecho.

Es preciso recordar que Magnus Hirschfeld (1868-1935) acuñó los términos “travestidos” (1910) y “transexualismo mental” (1923). Ninguno fue definido por el médico alemán como desviaciones. La institucionalización del diagnóstico clínico sosteniendo la patología médica de las identidades trans fue fundada por Harry Benjamin aproximadamente a mediados del siglo XX y con el fin de reforzar el sistema binario de lectura de la diferencia sexual (varón/mujer). Tal estándar tuvo impacto durante los años 60 y 70, y el diagnóstico de “transexualismo” se tipificó en el año 1980 en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSM III) de la Asociación de Psiquiatría Americana (APA).

He aquí un fragmento de una sentencia judicial que, si bien no se tiene registro de ser la primera en haber rechazado un pedido de autorización de una persona trans para someterse a una intervención feminizante de afirmación de género, puede aseverarse que pre-figuró los criterios que consolidarían las dos posturas en la administración judicial en la disputa planteada de los cuerpos (tran)sexuados:

Las manifestaciones efectuadas por el actor y contenidas en estas actuaciones y las comprobaciones efectuadas por los peritos médicos del cuerpo forense indican que estamos en presencia de un sujeto psíquicamente desequilibrado y de conformación morfológica perfectamente masculina.

Sus angustias —que a veces revisten formas corporalmente dolorosas— y sus inclinaciones por el travestismo y sus peculiaridades de conducta que lo sitúa en el transexualismo tienen origen en desviaciones eminentemente psicológicas⁶.

El primer elemento para extraer del párrafo —representativo por condensar el principal argumento para rechazar el derecho que aún no osa decir su nombre— es la manera de constituir una subjetividad anómala a partir de una racionalización implícita del paradigma funcionalista de la identidad de género nuclear en el que la distinción y asociación naturaleza/cultura - sexo/género mantiene incuestionable el determinismo biológico. En este caso, la masculinidad fisiológicamente escrutada. El transexualismo no se inscribía en el cuerpo sino en la mente como un trastorno de la personalidad. El problema se centraba en la psiquis del yo. Ahí donde el derecho no podía llegar, pero sí el poder psiquiátrico. El sexo morfológico masculino intocable, debidamente certificado, constituía la materia a través de la cual se desplegaba la ceremonia de la identidad generizante.

Para reducir al sujeto a objeto incapaz, el Poder Judicial precisó de relaciones de cooperación con la ciencia psiquiátrica y en hacer lucir afirmaciones normativas como científicas en un intercambio de relaciones de poder/saber que intenta aparentar objetividad.

Así, emerge un segundo aspecto de esta escena: las pericias médico-legales. Sin las pericias, el acto judicial perdía su retórica científica de la transexualidad y debilitaba la serie de argumentos por los cuales se oponía a la autorización solicitada. Estas pericias médicas aparecieron como efectos del poder de normalización e interpelaban al sujeto como fallido. No había identidad de género por fuera del sexo. La ceremonia judicial desarrollaba su arsenal de prácticas y discursos alrededor de la naturaleza como recurso objetivo que explica, clasifica y dirime la clasificación humana.

Las intervenciones quirúrgicas aparecieron en este contexto como técnicas diabólicas sostenidas por fundamentalismos de género que engañan con tesis según las cuales es posible (re) asignar culturalmente uno de los dos géneros posibles.

Se tiene, pues, voces médico-legales autorizadas a definir la vida sexual/genérica corporal de las personas; indisponibilidad del cuerpo sano; reificación del sujeto como objeto de escrutinio pericial; el sexo morfológico/gonádico es el marco de consolidación subjetivo de la normalidad genérica; la transexualidad/travestimos funcionan como vectores de una exclusión operada por la normalidad psíquica; se anulan las experiencias identitarias y se fortalece el criterio biomédico de la patología.

⁶ LA LEY 1975-A-479/490.

1.1.2. Segunda escena. Marzo de 1989. El derecho como disciplina del género

Con la recuperación democrática, Argentina se encauzó en la elaboración y sostenimiento de una serie de políticas públicas orientadas por/hacia los derechos humanos, especialmente en el marco transicional, para lo cual resultaron decisivas las agendas políticas de los movimientos de memoria, verdad y justicia (especialmente Madres y Abuelas de Plaza de Mayo). La identidad, luego de años de terrorismo de estado, adquirió una dimensión política fundante para la reconstrucción de los diagramas sociales que fueron impactados por las violencias practicadas sistemáticamente y la institucionalización democrática. Sin embargo, la recuperación en términos de identidad de género, como lo permite ver el pasaje siguiente, no se correspondía con el contexto democrático y su negación era sostenida por un derecho que se volvió custodio del sexo.

Los argumentos que se exponen son decisivos en la lectura judicial de la transexualidad, dado el énfasis con que el derecho, la ciencia y la moral se articulan para definir los alcances del derecho a la, incipiente, identidad de género. Así, quedó definida cierta práctica judicial de localización, manipulación y verificación de la transexualidad.

“(…) aun cuando se admita que el sexo involucre una noción compleja, de componentes diversos, no es posible cambiarlo en bloque, más aun cuando se dijo —y en esto hay coincidencia— que existe un elemento inalterable, que es el sexo genético, el que más allá de cualquier modificación externa que no logra conferir el aspecto funcional, permanece inmutable. Y en el caso, aun cuando el actor ha modificado el sexo morfológico a través de una intervención quirúrgica, haciéndose extirpar en un país extranjero el pene y sus anexos mediante penectomía y orquidectomía, obteniendo una morfología genital anómala —que obviamente carece de capacidad copulativa—, que corresponde más al sexo femenino que al masculino, e incluso que psicológicamente se identifica con el sexo femenino y socialmente se comporta como tal, lo cierto es que su sexo genético sigue siendo masculino.

...No se discute ahora el comportamiento femenino del actor, pero frente a la pericia médica no puede pensarse que se trata de un supuesto de hermafroditismo y tampoco se ha probado que el tratamiento médico efectuado en Chile era el adecuado para la afección que padecía y que en definitiva tuvo por fin modificar su genitalidad externa para volverla más acorde a su ‘transexualismo’ (...) La sentencia no ignoró la testimonial producida, sino que confirió prevalencia al sexo genético, el que no puede ser alterado por una decisión unilateral, por estar involucrado el orden público y en juego la moral social.

...la libertad que invoca el recurrente no es absoluta sobre sí mismo, pues no puede alterar lo que corresponde a su naturaleza y es función

del derecho limitar la posibilidad de que alguien se desvíe de sus fines fundamentales”⁷.

La usina judicial legitimó la matriz heterosexual (MH) para resolver este tipo de situaciones. La MH fue definida por Judith Butler como el “modelo discursivo/epistémico de inteligibilidad de género, el cual supone que para que los cuerpos sean coherentes y tengan sentido debe haber un sexo expresado mediante un género estable que se define históricamente y por oposición mediante práctica obligatoria de la heterosexualidad”⁸. Los actos de justicia, a partir de aquí, tendrían como trasfondo los estándares del modelo de la identidad de género nuclear.

A su vez, esta sentencia, como tantas otras, dejó en claro la relación entre naturaleza y derecho. Para este tipo de discursos el proceso de feminización/masculinización era un imposible más allá de que tuviera efectivamente lugar. Las cirugías, entonces, aparecieron como “ficciones biopolíticas”⁹, simuladores mediatos, artefactos que son contraproducentes para la idea natural del ser esencialmente mujer y varón. El discurso delimitó la humanidad del sujeto al negarle entidad política. No había sujeto de derecho porque no había un ser humano inteligible.

Los actos de justicia invisibilizaban su poder constituyente. La operación de “cambio de sexo” solo era autorizada para los casos de hermafroditismo porque la indefinición sexual era un problema que debía ser resuelto por el Estado.

Con esta sentencia el “derecho al nombre” para aquellas personas que se había operado se volvía un imposible. La intervención, a su vez, se vio desplazada como expresión de género salvo en casos de indefinición genital. Quedaba enunciada, así, la normalidad del cuerpo por el sexo genético.

1.1.3. Tercera escena. Abril de 2008. La autonomía en la jaula

Desde 1989 el cambio de sexo y nombre fueron administrados por la justicia de manera irregular dado que algunos pronunciamientos se apartaron del criterio autoritario del rechazo. Sin embargo, lo que se mantuvo invariable fueron las reglas impuestas por la MH y el estándar de la identidad de género nuclear como mecanismo de inteligibilidad de los cuerpos sexuados. Las sentencias que avanzaron en esta materia, permitiendo los procesos de hormonización, quirúrgicos y modificación del nombre legal, lo hicieron esgrimiendo argumentos patologizadores.

⁷ ED 135-492/499.

⁸ BUTLER, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the subversión of identity*, New York, Routledge, 1990, p. 138.

⁹ PRECIADO, Beto, *Biopolítica del género*, Buenos Aires, Ediciones Aji de Pollo, 2009, p. 37.

Es el caso emblemático de la siguiente escena que autorizó a la persona peticionante la realización de una intervención quirúrgica y la posterior rectificación de su nombre y sexo, luego de que una serie concatenada de informes y peritajes socioambientales, biomédicos y registrales le sirvieron de apoyatura.

...admitiendo que las decisiones vinculadas a los fenómenos de la transexualidad (en referencia a las operaciones de ‘reasignación sexual’) pueden potencialmente presentarse efectos no deseados, tratándose de un ámbito de reserva, protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional (conductas autorreferentes), la decisión en consciencia, luego de una serena y prolongada reflexión y disponiendo de toda la información interdisciplinaria hoy existente, compete en última instancia a la propia persona transexual.

“La idea basal en material de transexualidad es que lo inadecuado es el cuerpo... porque la problemática que está en la raíz de la transexualidad es la inadecuación que padece el sujeto entre su psiquis y su sexo cuerpo...” (cita a Millot, Catherina, *Ensayo sobre transexualismo*, Buenos Aires, Catálogos, 1984).

Existen en nuestro ordenamiento constitucional derechos implícitos en torno a la personalidad jurídica del ser humano, entre los cuales se halla el derecho a la identidad sexual, a lo que cabe añadir que el reconocimiento del derecho a la identidad sexual constituye una exigencia constitucional... El derecho a la denominada identidad personal, respecto del cual el derecho a la identidad sexual se encuentra en una relación de género a especie, ha significado un ‘descubrimiento’, en la constelación siempre creciente de los derechos de la persona o ‘personalísimos’, que ofrece hoy una visión más rica y más profunda, respecto de perspectivas anteriores centradas en la mera identificación.

La petición de cambio de nombre legal (en realidad prenombre) constituye aquí una consecuencia directa y necesaria de la reasignación de sexo a causa de la disforia de género debidamente comprobada en la causa¹⁰.

Entre 1989 y 2010 se sucedieron una serie de sentencias que autorizaron intervenciones de “cambio de sexo” y nombre sobre la base de considerar que este tipo de reclamos integraban el ámbito de los derechos personalísimos, con la condición de ser validados mediante el régimen biomédico de la disforia de género.

Este tipo de pronunciamientos, si bien se apartaron del precedente de 1989 y reconocieron cierta libertad, suprimieron la experiencia trans (en su faz autónoma) e identificaron a la transexualidad *como si* fuera un problema del cuerpo. A su vez, asociaron el derecho a la identidad sexual con un derecho implícito de la personalidad. Por tales razones, la operación quirúrgica, los tratamientos hormonales y el cambio de nombre constituyeron un conjunto de técnicas de-

¹⁰ Juzgado Correccional N° 4, causa N° 771. Mar del Plata, 10/4/2008.

cidas en bloque, para rehabilitar a la persona transexual de su padecimiento individual.

La personalidad jurídica (vinculada en este caso con la identidad personal) funcionaba en la medida en que el diagnóstico médico de disforia de género era instituyente del sujeto transexual y el cuerpo como el fondo de una dolencia privada. La protección del derecho a la identidad personal a través de los derechos personalísimos sería exitosa solo si el poder médico rehabilitase al sujeto transexual. La diagnosis clínica continuaba siendo el modo de lectura corporal, a pesar del agregado de otros elementos en juego como derechos constitucionales.

Los fallos de este tipo acogían la cuestión de la identidad personal a partir de considerar que la problemática de la transexualidad operaba, ahora sí, a nivel del cuerpo. Santos Cifuentes, uno de los autores más citados como doctrina de autoridad para decisiones de este estilo, lo expuso claramente:

para dar paz y armonía a la disociación, produciendo la identidad sexual de la mujer o el hombre transexual, por ahora el exclusivo método es el quirúrgico-clínico, con el cual se provee a una mente femenina de los atributos femeninos (vagina, mamas y otros caracteres sexuales secundarios), y del otro lado, a la mente masculina los correspondientes atributos (pene, testículos y el resto posible)¹¹.

El marco de los derechos quedaba sujetado por las tecnologías que permitían el paradigma de la identidad de género de la década de los sesenta, según el cual era posible construir uno de los dos géneros binarios a partir de un sexo coherente modificado quirúrgica y hormonalmente.

En esta línea de pensamiento judicial, los derechos personalísimos legitimaban el criterio funcionalista del paradigma de la identidad nuclear. En efecto, al considerar el sexo como atributo personal e indisponible de cada persona, la transexualidad era analizada como una anomalía que afectaba esa atribución personal, por lo que la operación era necesaria para “una estabilización y definición... para volver a asociar el conjunto con sus componentes elementales, devolviendo la armonía a todos los caracteres físicos y psíquicos”¹². El enfoque personalísimo postulaba que las cuestiones de la transexualidad ligadas con la identidad personal pertenecían al campo privado y estaban condicionadas a la proyección de vida de la persona. Para esta visión, no había tal cosa pública en la definición del cuerpo sexuado a partir de la diferencia sexual sino que se trataban de asuntos privados. Esta tesis ocultaba el problema público que ostentaban estas demandas judiciales. Por su parte, el criterio personalísimo de la identidad sexual se inscribía en lo que Preciado denomina régimen postmoneysta de la sexualidad: “no puede funcionar sin la circulación de un enorme flujo de

¹¹ CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 307.

¹² *Ibid.*, p. 307.

hormonas, silicona, textos y representaciones, de técnicas quirúrgicas (...) en definitiva, sin un tráfico constante de biocódigos de los géneros”¹³.

Estos fallos ubicaban por primera vez al cuerpo en el complejo entramado del uso privado de las técnicas de transformación corporal, que el movimiento trans las ha considerado como fundamentales para un libre desarrollo de la identidad-expresión de género y para alcanzar un acceso no patologizante de la salud integral.

La historia judicial registra, durante este período, un *leading case* que tendrá efectos positivos para los planteos subsiguientes en materia de reconocimiento de la identidad: el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “ALITT”¹⁴. Como indica Paula Viturro —abogada feminista que ideó la estrategia judicial junto a Lohana Berkins— “Los fundamentos centrales de la sentencia son muy significativos. En primer lugar porque califica a la denegatoria de derechos denunciada por ALITT como un acto de discriminación. En segundo lugar porque sitúa la violación de derechos de lxs disidentes sexuales, en el contexto histórico político conformado por las múltiples violaciones de derechos humanos, incluido el terrorismo de Estado. Y por último, porque se trata del primer reconocimiento institucional por parte de un órgano del más alto nivel estatal, de la extrema situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el colectivo de personas travestis y transexuales”¹⁵.

1.1.4. Cuarta escena. Diciembre 2010. La identidad de género como derecho humano

...el sometimiento a la intervención quirúrgica como requisito para proceder a la posterior modificación registral resultaría ser solo una interpretación caprichosa de ciertos sectores de la doctrina..., importaría reforzar el discurso mediante el cual el género se deriva del sexo, entendido este último como los caracteres biológicos definitorios de la persona respecto a su femineidad y masculinidad.

...conforme lo establece el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica (...) ‘toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica’. Así resulta indudable que la personalidad jurídica comprende, en-

¹³ PRECIADO, ob. cit., p. 54.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. Inspección General de Justicia. Sentencia del 21/11/2006. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=6115731&cache=1536687340051>, fecha de consulta: 30/4/2018.

¹⁵ VITURRO, Paula, “Ficciones de Hembras”, en MARTYNIUK, Claudio - BERGALI, Roberto (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo, 2003, pp. 44-45.

tre otros elementos, al nombre completo, esto es prenombre y apellido, así como el sexo con el cual se ha registrado a una persona¹⁶.

El fallo, novedoso, autorizó una intervención quirúrgica parcial masculinizante sin acreditar previamente diagnóstico de trastorno de la identidad sexual. Señaló:

...en autos se encontraría acreditada la plena capacidad de la parte actora, así como un acabado conocimiento de los riesgos que una intervención de tales características podría acarrear... debe de remarcarse que si bien es necesaria la autorización judicial para que una persona pueda someterse a una cirugía como la solicitada en autos, lo cierto es que la tarea del magistrado no implica en modo alguno sustituir la voluntad del amparista, sino por el contrario acompañarla para que a través de los mecanismos otorgados por el ordenamiento jurídico logre llevar a cabo la decisión autónoma adoptada, logrando de este modo la efectiva tutela de sus derechos.

Así, el año 2010 introdujo quiebres epistemológicos en el pensamiento judicial. Tales rupturas se formularon en tres niveles: el primero, reconoció que no hay una necesaria, estable y vinculante implicancia entre el sexo fisiológico y el género afirmado. Este aspecto es fundamental porque le permitió a esta sentencia, como a otras que le siguieron, apartarse del orden esencialista del modelo funcionalista de la identidad de género. A su vez, posibilitó el reconocimiento de los derechos reproductivos. El segundo nivel consistió en habilitar expresiones otras de la identidad de género en su ejercicio real. Esto fue, rectificar los datos registrales sin obligar a la persona a someterse a una intervención quirúrgica. El tercer punto de quiebre provino de la autonomía decisional y la personalidad jurídica como principios de actuación, sustraídos del sistema internacional de los derechos humanos¹⁷.

1.2. Pensar la colonización del género y sus violencias

Lo que se ve de las escenas escogidas es una distribución de cuerpos, sus figuraciones, rupturas y continuidades biopolíticas que dejan avizorar lógicas de violencia y resistencias. Lo que se apunta con tales escenas es a una decodificación del estar situado como producto del sistema-mundo moderno. Sistema que transformó las relaciones sociales y sexuales una vez que la colonialidad del

¹⁶ “R. B. c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, expte. 39840, resolución de fecha 27/12/2010 del fuero CAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁷ Cabe aclarar que muchas de estas sentencias fueron pronunciadas en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, específicamente en los tribunales contenciosos administrativos y tributarios. En la mayoría de las provincias, las resoluciones continuaban emitiéndose según el modelo patologizador.

poder operó geopolíticamente y trazó las líneas abismales que binarizan humanidad/subhumanidad, cultura/naturaleza, moderno/colonial, occidente/oriente, género/sexo, racional/irracional, identidad/diferencia, normal/anormal. La patologización de la diferencia (racial, de género, de clase, de corporalidad) es un ejemplo de una práctica política efectiva para excluir, objetualizar, desprestigiar y enclosetar a determinados sujetos subalternizados. El efecto primario de esta práctica es la deshumanización y recurre, no por casualidad, a la retórica de la naturaleza. Por eso ha sido y sigue siendo tan fuerte la discriminación social e institucional hacia las personas trans, incluso en países donde existe legislación antidiscriminatoria.

María Lugones, en un artículo que integra interseccionalmente raza, género y sistema de colonialidad del poder¹⁸, piensa la forma en que la constitución del dimorfismo sexual se enlaza con el sistema-mundo moderno. Apunta que:

“La naturalización de las diferencias sexuales es otro producto del uso moderno de la ciencia que Quijano subraya para el caso de la raza”¹⁹ y expone su noción de sistema moderno/colonial de género:

El sistema de género tiene un lado visible/claro y uno oculto/oscurito. El lado visible/claro construye, hegemonícamente, al género y a las relaciones de género. Solamente organiza, en hecho y derecho, las vidas de hombres y mujeres blancos y burgueses, pero constituye el significado mismo de hombre y mujer en el sentido moderno/colonial (...) el sistema de género es heterosexualista (...) El lado oculto/oscurito del sistema de género fue y es completamente violento²⁰.

Este lado está asociado con la reducción a la animalidad, la explotación sexo-económica de las personas que encarnan géneros no binarizados o cuyas masculinidades o femeneidades no responden al modelo hegemónico moderno. La autora se funda en la historia de colonización operada sobre determinadas tribus y sociedades precolombinas. Lugones presenta, con detalle, una perspectiva colonial del género en los entramados de una colonialidad del poder y saber.

Las personas con sexualidades, identidades de género y diversidades corporales varias fueron caracterizadas por los discursos modernos occidentales, pues, como 1) personas pecadoras-aberrantes por naturaleza-monstruos no humanos; 2) personas enfermas por trastornos psicosexuales; 3) personas anormales o indefinidas; 4) personas criminales; o 5) personas a rehabilitar psiquiátrica o quirúrgicamente.

¹⁸ LUGONES, María, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, N° 9, Colombia, julio-diciembre, 2008, pp. 73-101.

¹⁹ *Ibid.*, p. 86.

²⁰ *Ibid.*, pp. 98-99.

Esta clasificación, presentada de modo general y emergente de las escenas antes aludidas, contiene visiones provenientes de la religión, medicina y del derecho, atravesadas por una perspectiva colonial de la humanidad y de los recursos. En efecto, la no participación, la no-capacidad jurídica y la objetualización de quienes están del lado oculto/oscuras son formas de injusticia. La participación y la autodeterminación están para quienes habitan las zonas civilizadas, la de una existencia normal y regulada. En lo que aquí interesa, las personas que afirman un género distinto al sexo asignado al nacer, o que aparece en los certificados oficiales o que se identifican por fuera del binario compuesto por las categorías mujer-varón, son las que están sometidas a mayores violencias.

Los entornos institucionales que siguen sosteniendo el paradigma nuclear del género, o que consignan el marcador sexo en función de un diagnóstico médico genitalizado (por ejemplo, el certificado de nacimiento registra el sexo a partir de la mirada médica sobre la genitalidad de la persona nacida) o que no permiten la constitución de un género no binario (por fuera de las dicotomías varón-mujer) como tampoco habilitan la constitución de una femeneidad o masculinidad no hegemonzada por las normas sociales, recae restrictivamente en la forma en que la identificación pública tiene lugar en los cuerpos individuales.

La organización internacional Global Action for Trans Equality (GATE)²¹ señala determinadas violencias, clasificadas en cinco ámbitos: 1) Familiar (violencia doméstica, amenazas, acoso, exclusión); 2) Educación, empleo y vivienda (abandono de la escuela y expulsión, estigmatización y discriminación, pérdida de empleo cuando se da a conocer la identidad de género, negación de uso de los sanitarios separados por género); 3) Institucionales (estipulaciones en contra del travestismo, contravenciones, persecución y detención arbitrarias); 4) Salud (acceso limitado o nulo a los servicios generales de salud, alto riesgo de contraer VIH/SIDA, acceso limitado o nulo a los procedimientos de afirmación de género) y 5) Reconocimiento legal (en muchos países los pasaportes y las actas de nacimiento no pueden modificarse, existencia de requisitos de esterilización, diagnósticos psiquiátricos o procedimientos compulsivos para reconocer el género legal escogido).

Una mirada decolonial evidencia que la violencia de género es el efecto de las líneas que señala Lugones, propias de la modernidad occidental. Esto conlleva a pensar que la violencia es una situación de injusticia social que precisa algo más que un reproche moral.

En este sentido, la Ley de Identidad de Género es una herramienta política reparadora para determinados derechos humanos (asociados al reconocimiento de la personalidad jurídica y acceso a la salud integral), aunque no autosuficien-

²¹ Global Action for Trans Equality (GATE). Ver <http://transactivists.org/wp-content/uploads/2012/03/gender-identity-and-hr-backgrounder-with-logo-spanish.pdf>, fecha de consulta: 25/4/2018.

te, dado que por sí sola no alcanza para combatir otras caras de la exclusión social y política a la que están expuestas las personas por su identidad de género.

En el Informe “La Revolución de las Mariposas”²² quedó registrado, por ejemplo, que uno de los impactos positivos posterior a la sanción de la ley 26.743 fue para las personas travestis y mujeres trans el crecimiento de la confianza en sí mismas (75%) y mayor conocimiento de tener derechos (71.9%). Para los varones trans se trató en igual proporción la confianza en uno mismo y el conocimiento de derechos (ambos 84%). El documento arrojó en una de sus conclusiones que “Con relación a la salud, luego de la sanción de la Ley de Identidad de Género se sentaron las bases para un efectivo acceso a la salud. Aun cuando este acceso sigue siendo limitado, sobre todo en materia de prevención y atención de salud general y para mujeres trans/travestis, ha mejorado respecto de 2005 (...) Los hombres trans controlan su salud en menor porcentaje que las mujeres trans/travestis y, además, a diferencia de ellas acuden al sistema de salud por razones de tratamiento hormonal”²³.

2. SEGUNDA PARTE

2.1. *La Ley de Identidad de Género y los Principios de Yogyakarta*

La ley 26.743 instituye un régimen de reconocimiento de la identidad de género sostenido, sustancialmente, en el marco de los derechos humanos. En efecto, el reconocimiento que propicia el art. 1º y los mecanismos destinados a garantizarlos invocan derechos humanos tradicionales tales como el derecho a la identidad, al nombre, a la personalidad jurídica, a la no discriminación e igualdad, a ser oído, o a la salud. Todos ellos se articulan de manera tal que se garantice y respete el criterio de la despatologización.

La constitución del DIG basado en el sistema internacional de los derechos humanos (ya no de los derechos personalísimos de la dogmática civil) implica obligaciones y responsabilidades concretas para el Estado y los agentes no estatales para su cumplimiento efectivo.

El DIG se presenta con una definición de la identidad de género (art. 2º)²⁴ y un modo de interpretarla (art. 13)²⁵ que es inédita en nuestra legislación y de-

²² Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ver https://www.mpdefensa.gob.ar/biblioteca/pdf/la_revolucion_de_las_mariposas.pdf; fecha de consulta: 25/4/2018.

²³ *Ibid.*, p. 171.

²⁴ Art. 2º.— Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

²⁵ Art. 13.— Aplicación. Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o

termina obligaciones específicas que deben cumplirse, tal como la de permitir administrativamente la rectificación del nombre y del sexo a partir de la declaración de la persona respecto de su género. En efecto, el género es una cuestión declarativa. Ello se desprende, como se dijo, del art. 2º que tiene como fuente a *Los Principios sobre la aplicación de legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta*²⁶.

Los Principios fueron elaborados y adoptados por un grupo de personas especialistas en derechos humanos y derechos sexuales, de distintas disciplinas, en el año 2006 en Yogyakarta, Indonesia. Los Principios utilizan el lenguaje universal de los derechos humanos y evitan hacer mención a cualquier especificidad de grupos determinados por orientación sexual o identidad de género. Ello se debe a que se considera que las orientaciones sexuales y las identidades de género son conceptos variables que dependen de cada cultura en particular y se funda en la idea según la cual el patrón común a las violaciones a los derechos humanos basados en ambas variables continúa siendo la “vigilancia en torno a la sexualidad”, de acuerdo con lo expresado en la introducción. Se aclara que en noviembre de 2017 fueron adicionados otros nueve principios y una serie de obligaciones estatales que cubren un rango de derechos emergentes.

Los Principios, son el sustento normativo de la despatologización de la diversidad de género en los planes de vida de cada una de las personas. Su fuerza normativa, a estas alturas, sin lugar a dudas proviene de considerarse una fuente del *soft law* del derecho internacional, tal como se desprende de la sentencia de la Corte IDH para el caso “Duque vs. Colombia”, de fecha 26 de febrero de 2016 y en la citada OC-Corte IDH sobre derecho a la identidad de género.

En lo que aquí importa, merecen destacarse los siguientes principios:

El Principio 3 que indica que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Este principio es importante porque defiende la autonomía de la voluntad de cada sujeto y sostiene que la orientación sexual y la identidad de género son aspectos de la vida que son definidos por cada persona y, según así sea, debe respetarse porque hace a la personalidad y libertad.

El Principio 18 ordena que ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Y continúa afirmando que la

procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

²⁶ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, disponible en <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>, (consultado el 25/4/2018).

orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud. Este aspecto es fundamental porque enfatiza el carácter no patológico de la diversidad sexo genérica y prohíbe cualquier diagnóstico médico destinado a restringir u obstaculizar derechos basados en la orientación sexual o identidad de género diversas.

El novedoso Principio 31 establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento legal sin referencia o requerimiento de asignación al sexo, género, orientación sexual, identidad de género o su expresión o a características sexuales. Toda persona tiene el derecho a obtener documentos de identidad, incluyendo certificados de nacimientos sin importar la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales, y a cambiar la información respecto de su género o sexo en tales documentos cuando se la incluya. Este principio da fundamento a la iniciativa de abolir el marcador sexo de los documentos oficiales que establecen identificaciones.

2.2. Interpretación de los artículos 1 y 2 de la Ley de Identidad de Género

En términos generales, la ley 26.743 ha establecido un cambio de paradigma en la noción de consagrar el derecho a la identidad de género; pasando de un modelo de enjuiciamiento externo y compulsivo de la identidad (patologizador y judicializador) hacia uno fundado en una declaración de la identidad (despatologizador y desjudicializador).

El derecho a la identidad de género se define en el art. 1º de la ley y se compone de tres aspectos: a) el reconocimiento de la identidad de género de la persona; b) el libre desarrollo y c) el ser identificado en los instrumentos que acrediten identidad.

El reconocimiento de la identidad de género implica el deber de respetar y valorar la identidad de género tal como cada persona la exprese o sienta. El reconocimiento impone la obligación de no discriminar, desvalorizar, humillar, o sojuzgar a ninguna manifestación o expresión de identidad de género que no se corresponda con los marcos de referencia que socialmente se instalan como normales. Es decir, aquellos que provienen de considerar el género normal siempre y cuando esté asociado al sexo de asignado al nacer o inscripto en el certificado de nacimiento. Asimismo, este aspecto reconoce plena capacidad jurídica a las personas en relación con demandar prestaciones que la ley permite (por ejemplo, prestaciones médicas). Es la expresión del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica, que comprende el máximo disfrute de tal capacidad en todos los aspectos de la vida en la diversidad de identidades de género y el respeto sustancialmente a la autodeterminación y libertad individual. Una interpretación favorable y respetuosa de la ley dispone —para que exista una efectiva reconocibilidad en la tutela de derechos— que los actos ligados con la identificación registral, el acceso a los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas de afirmación de género no son obligatorios o

condicionantes entre sí. El primer aspecto, entonces, implica que el Estado y los agentes no estatales tienen la obligación de respetar, garantizar y proteger la identidad de género declarada por cada persona (incluido los/as niños/as y adolescentes). Circunstancia que evidencia que la identidad de género es una cuestión declarativa antes que una prescripción médico-legal.

El libre desarrollo personal se corresponde, en primer lugar, con los mecanismos que la ley 26.743 y sus normas complementarias disponen para garantizar el acceso libre, no patologizante, permanente, integral, idóneo, suficiente y actual a las prestaciones que por motivos de salud se precisen de acuerdo con el requerimiento personal para afirmar o expresar un género sentido. El desarrollo personal se basa en un modelo de atención sanitaria anti-patologizador (no se requiere acreditar ningún diagnóstico por trastorno de la identidad sexual, disforia de género o incongruencia de género, para acceder a las prestaciones hormonales o intervenciones de afirmación de género totales o parciales) y de autonomía de la voluntad. La ley jerarquiza la potestad del sujeto por sobre el criterio de medicalización patologizante, heterónimo y compulsivo sustentado en los catálogos de diagnósticos internacionales, tales como el sistema de Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE 10) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) o el DSM V (APA).

El art. 11 de la ley indica que el desarrollo personal consiste en “acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona... Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación”.

Tales prescripciones se complementan con lo dispuesto por el decreto presidencial 903/2015²⁷ que define a las cirugías de reasignación genital y los tratamientos hormonales y detalla una lista —no taxativa— de intervenciones que deben ser cubiertas por los subsistemas de salud²⁸.

²⁷ Dec. 903/2015, del día 20/5/2012. Publicado el día 29/5/2015. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 29/5/2015.

²⁸ Así, el punto 1º del anexo del decreto reglamentario considera que por intervenciones quirúrgicas de afirmación de género debe entenderse a las cirugías que “ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida. Las mismas comprenden: Mastoplastia de aumento, Mastectomía, gluteoplastia de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastia, Clitoroplastia, Vulvoplastia, histerectomía, Vaginectomía, Metoidioplastia, Escrotoplastia y Faloplastia con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo” y por tratamientos hormonales integrales a “aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercebido”.

Se prohíbe la imposición de cualquier tipo de examen psico-psiquiátrico para acceder a las prestaciones de salud. Los informes psicodiagnósticos que se elaboran siguiendo pautas clínicas impuestas por entidades científicas internacionales contradicen el principio de protección contra abusos médicos que prescriben los citados Principios de Yogyakarta²⁹.

El único requerimiento es acreditar la voluntad mediante una declaración suficiente (consentimiento informado)³⁰. El disfrute al más alto nivel de salud obliga al Estado a diseñar políticas públicas que no sean contraintuitivas de los preámbulos de los tratados internacionales del sistema de derechos humanos³¹.

En segundo término, el libre desarrollo involucra otros aspectos asociados con la salud, como por ejemplo la asistencia y monitoreo permanente, el acceso a derechos de alimentación, vivienda y trabajo, el resguardo de los derechos reproductivos y la prohibición del uso no consentido de técnicas de esterilización de acuerdo con pautas eugenésicas. El derecho a la salud, por ende, se extiende a factores socioeconómicos que condicionan una vida vivible. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general N° 14³² interpreta el derecho a la salud “como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro punto a destacar es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”. Esta hermenéutica debe orientar este segundo aspecto del libre desarrollo dado que la transversalidad invocada en la observación remite a as-

²⁹ “...con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas”.

³⁰ Este aspecto debe leerse en correlación con lo estatuido por las leyes 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (21/10/2009); 26.657 del Derecho a la Protección de la Salud Mental (25/11/2010) y 26.742 modificatoria de la ley 26.529 (9/5/2012). Adicionando los decretos y normas complementarias.

³¹ La ley 4238 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, promulgada el día 11 de septiembre de 2012, tiene por objeto garantizar el desarrollo de políticas orientadas a la atención integral de la salud de personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero en el marco de la ley nacional 26.743, la ley 153 y su decreto reglamentario y la ley 418. Señala como una de sus acciones implementar estrategias para promover y facilitar el acceso de las personas trans al sistema de salud en todos los niveles y servicios, adoptando medidas específicas para la remoción de las barreras, en particular en lo que respecta a las prestaciones y servicios vinculados con la adecuación de su cuerpo a la identidad de género autopercebida y con la salud sexual y reproductiva.

³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º periodo de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/8/2000. E/C.12/2000/4 (General Comments).

pectos estructurales de desigualdad que comprometen el ejercicio de derechos, especialmente de la población trans.

El derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten identidad, se desdobra en dos partes: primero, asociado con el buen trato que es una extensión del reconocimiento sin identificación registral o corporal del género. El art. 12 lo expresa así: “deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niños, niñas y adolescentes que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio tanto en los ámbitos públicos como privados (...)”.

En segundo lugar, remite al régimen identificatorio de la identidad de género a partir de la inscripción registral. El art. 3° señala que “toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida”. A los efectos registrales, la ley impone como único requisito la expresión de voluntad de la persona interesada. Los establecimientos registrales deben proporcionar información adecuada de los aspectos de la ley y otorgar un formulario tipo, para que la persona de manera expeditiva, clara y sin intermediarios pueda ejercer los derechos reconocidos legalmente. Están vedadas otras exigencias por fuera del texto legal o a instancias de los registros. Especialmente el art. 4° *in fine* señala “En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

En concordancia con los lineamientos normativos, el decreto reglamentario 1007/2012 subraya en sus fundamentos que el sistema de identificación argentino consta de una parte registral y otra identificatoria nacional. Contemplando ambos segmentos, el art. 1° ordena que “Las Direcciones Generales, Provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas aprobarán en el ámbito de sus competencias: a) el formulario a utilizar para la solicitud de rectificación registral de sexo y el cambio de nombre/s de pila e imagen contemplado en el art. 3° de la ley 26.743, b) las oficinas seccionales, delegaciones y/o lugares habilitados para la recepción de las mismas y/o c) el reconocimiento de solicitudes presentadas ante oficinas de otras jurisdicciones provinciales. En todos los casos, y hasta la efectiva rectificación del sexo, debe contemplarse brindar a la persona solicitante el trato digno y el debido respeto a su identidad de género según lo dispuesto en el art. 12 de la ley 26.743”.

2.3. La resolución 65/2015: entre el CCyC y la Ley de Identidad de Género

En noviembre del año 2015 tuvo lugar una reunión de trabajo entre el Ministerio de Salud de la Nación y organizaciones de la sociedad civil para debatir el impacto de la reforma al Código Civil y Comercial (CCyC) en determinadas leyes especiales ligadas al campo de la salud, entre ellas, la Ley de Identidad de Género.

La resolución 65/2015 del Ministerio de Salud, publicada en el Boletín Oficial del 8/1/2016, aprobó como marco interpretativo el documento de acuerdos al que se arribó en aquellas jornadas. La resolución, en lo que aquí importa, acordó que

1) La Identidad de género no se corresponde con un determinismo biológico o cultural del género/sexo, sino como expresión de una serie de actos que hacen a la vivencia material del género afirmado.

2) Los procedimientos que prevé la ley 26.743 para la afirmación de género, en todas sus posibles dimensiones, hacen al cuidado del propio cuerpo y no son invasivos (art. 26 *in fine* CCyC).

3) Se arribó a un criterio etario para consentir autónomamente prácticas previstas en la ley de identidad asociadas a la afirmación de género corporal: desde los 16 años de edad se es equiparado a una persona adulta y entre los 13 y 16 años de edad se debe descartar la invasividad para asegurar los tratamientos hormonales. Las cirugías de afirmación de género pueden peticionarse hasta los 16 años con la asistencia parental.

4) En todos los casos deben respetarse los derechos reproductivos y no presuponer sus limitaciones, para lo cual el equipo médico debe informar a la persona usuaria de salud de los efectos sobrevinientes al uso de los tratamientos requeridos.

Pues bien, con la recientemente emitida opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-24/17³³, el carácter autónomo y po-

³³ “88. Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona (...)”; “94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (*supra* párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad” y que “115. (...) el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana

tente de la noción de identidad de género, previsto en el art. 2° de la ley local, se revitaliza.

Como se señaló, la ley 26.743 establece que la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (art. 2°).

Así, la identidad se corresponde con una perspectiva situada de la categoría género o sexo. El DIG se organiza alrededor de la idea de un sujeto titular cuya identidad es constitutiva de sus prácticas y sentires situados con un margen de soberanía establecida, principalmente, por la capacidad de disposición, la posibilidad de alteración de la imputación restrictiva del género normativo y la no delimitación por edad o capacidad³⁴. La identidad de género, por tanto, no depende del sexo asignado al nacer o inscripto en el certificado médico de nacimiento. Tampoco de un diagnóstico judicial. Es una declaración autopercebida que se ejerce en el marco de las potestades que toda persona tiene como sujeto de derecho autónomo y libre. Esa identidad está asociada a los actos de género que la persona habitualmente realiza y siente habituada.

Esto último abre un horizonte hacia la abolición del marcador sexo en los documentos de identidad.

3. TERCERA PARTE

3.1. *La posibilidad de no declarar el sexo*

En el ordenamiento registral, el sexo es una categoría que se inscribe en los documentos públicos y expresa el género que cada persona asume en su

a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (arts. 7° y 11.2), el derecho a la privacidad (art. 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3°), y el derecho al nombre (art. 18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional”. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf, fecha de consulta: 20/4/2018.

³⁴ Recordemos que la ley de identidad de género permite que niños, niñas y adolescentes puedan hacer uso del ejercicio del reconocimiento de su identidad afirmada. Especialmente garantizando el llamado y registro, debiéndose respetar el nombre autopercebido y el acceso a la salud integral.

vida cotidiana. No existe norma que defina que el sexo es binario en su constitución (solo varón o mujer). Tampoco norma que defina el sexo. Es la práctica socio-cultural la que ha instalado la idea según la cual el sexo constituye un espectro binario y que su consignación deriva, fatalmente, de la práctica médica o registral que se hace de la persona al momento de su nacimiento, según sean leídos clínicamente los atributos físicos. No obstante, la Ley de Identidad de Género alteró esta mirada restrictiva del género propiciando que el sexo es una variable social que, ligada al género, en realidad se confunde con esta. No hay sexo por fuera de la identidad de género. Esto lo deja en claro la ley al definir que la identidad de género puede o no coincidir con el sexo asignado al nacer y lo que interesa es que tanto el sexo como el género son construcciones sociales declarativas: provienen de la afirmación según el deseo y sentir de cada persona. Es, por ello, que la definición que consagra el art. 2° debe articularse con el Principio 31 y el criterio consultivo de la Corte IDH para promover condiciones institucionales que permitan desligarse del sexo como marcador social en los registros de identificación³⁵.

El mapa actual, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (art. 62 y ss.), permite que una persona —sin judicializar ni patologizar— 1) declare una identidad de género distinta a la consignada en su certificado de nacimiento dentro del espectro binario del sexo mujer-varón; 2) mantenga la identidad de género que se condice con el sexo que figura en dicho certificado; 3) pueda solicitar la consignación de otra variable de identidad dentro del marcador sexo (como, por ejemplo, travesti, transgénero, varón trans o mujer trans) o 4) pueda no declarar ningún sexo y pedir que se le consigne “no declara”.

Así como se declara la identidad de género puede no declararse y lo que se declara puede ser un sexo del espectro mujer-varón como otra identificación que se condiga con el género afirmado. Ninguna de estas posibilidades restringe derechos de otras personas ni pone en vilo a la seguridad jurídica de ningún instituto. El vector de la inclusión es respetar la voluntad de la persona y su afirmación de género.

A los efectos identificatorios lo relevante es el número que se asigna al documento nacional de identidad y las huellas dactilares.

3.2. El desafío de abolir el sexo como categoría registral

La ley 26.413 es la que le imprime al sexo su valor de inscripción. En efecto, el art. 36 manda a que la inscripción de una persona recién nacida debe consignar nombre, apellido y sexo. Y el certificado médico de nacimiento también incluye el sexo como dato a registrar. Para esta ley, a diferencia de lo que sucede con la ley 17.671, el marcador sexo es un dato relevante y sin que se defina, propicia su regulación. La ley en cuestión lo único que hace es ordenar

³⁵ En especial, consignar el sexo en el documento nacional de identidad.

la inscripción del sexo pero nada dice cómo se consigna y en qué términos se debe pensar el sexo de la población a ser inscripto. No obstante, el criterio dominante proviene de la evaluación médica según la cual el sexo refiere a los elementos anatómicos que en sí mismos contienen la diferencia sexual entre varones y mujeres siguiendo una regla de normalización biomédica. Es decir, hay una autoevidencia en los términos en que se formula la idea de sexo. Si bien este aspecto es problemático porque presupone que hay una naturaleza de los cuerpos sexuados normales y anormales (los que no invocan ese orden médico), da un marco de posibilidad para interpretar de otro modo. Como señala Paula Viturro “En un mundo como el jurídico, tan saturado de legitimaciones cuyo único sustento es la obviedad, muchas preguntas parecen no tener lugar ni sentido: ‘¿qué es una hembra?’ (...) Claro está que la base de dicha presunción legal no es otra que la tranquilizadora anatomía y sus dogmas biologicistas, por la que tradicionalmente expresaron infinita fascinación los hombres de leyes”³⁶.

La ley de identidad modifica la manera de comprender la conformación de las identidades de género al quitarle al marcador sexo —médicamente asignado— valor de inalterable. En efecto, el sexo registral puede modificarse a raíz de la declaración de la persona en función de su afirmación de género. A su vez, la binariedad del sexo siempre fue y es una presunción sustentada en la práctica cotidiana.

Los marcadores sexo o género constituyen categorías políticas porque se fundan mediante relaciones sociales y sirven para fijar la diferencia sexual como criterio de clasificación universal de las personas. En efecto, la idea de sexo solo tiene sentido para dominar a la población en una distribución binariamente impuesta (varones y mujeres) y clasificada médicamente según las representaciones que de la genitalidad los discursos dominantes han instituido. La pertenencia a un sexo determinado fue obra de la medicina y del derecho moderno occidental para darle rigor de coherencia y estabilidad al sujeto-ciudadano.

Este sexo en los documentos oficiales sirvió, en Argentina, para sustentar el matrimonio entre personas de distinto sexo como forma exclusiva para el parentesco y las relaciones de familia. También para distinguir las edades para contraer nupcias. Este sexo, además, fue necesario para establecer distinciones en el ejercicio de los bienes de familia. Incluso para establecer que la mujer no podía estar en juicio por sí o celebrar contrato alguno sin licencia especial del marido. Este sexo fue utilizado para fijar la determinación de la maternidad. Este sexo sirvió para establecer el ingreso al servicio militar obligatorio. Este sexo fue fundamento del sexismo escolar en establecimientos educativos de élite. Este sexo resultó pieza clave para trazar las distinciones entre género y sexo cuando era obligatorio judicializar la *transsexualidad* para lograr cambiar el

³⁶ VITURRO, Paula, “Ficciones de Hembras”, en MARTYNIUK, Claudio - BERGALI, Roberto (comps.), *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Mari*, Buenos Aires, Prometeo, 2003, pp. 269-280.

nombre de los documentos de identidad o acceder a determinadas operaciones de afirmación de género y consolidar el sexo verdadero.

En definitiva, el sexo estaba implicado en las prácticas ideológicas destinadas a sustentar un orden determinado de cuerpos y de acceso a derechos. Orden que se remonta a la dominación colonial e instauración del capitalismo, toda vez que el patrón de poder gestado a partir de la colonización de América precisó profundizar la diferencia binaria y naturalizar los cuerpos sexuados para hacerlos instrumentos de la dominación (hay un sexo —masculino— fuerte y otro —femenino— débil). El sentido político de presentar el sexo como algo natural y binario es afianzar el patrón normativo de la distinción jerárquica y colonizadora.

A seis años de la ley de identidad, no hay correlato entre el sexo atribuido al nacer y el género elegido, porque la diferencia sexual dejó de operar sobre la narrativa ontológica del sexo y pasó a ser tensionada por la elección de cada persona. Tampoco hay una prescripción de las normas del sexo según las cuales el “cambio de sexo” resulta ser indispensable para asignar inteligibilidad al cuerpo. De la misma manera, se desarticulaban los prototipos de una sexualidad atribuida a las experiencias trans que anulaba la diversidad política y determinados derechos reproductivos.

La potencia es pensar, en este entramado, al sexo como un dato sensible cuyo tratamiento tiene especial rango de protección a instancia de la persona titular y de las condiciones institucionales³⁷.

La identidad de género como derecho emergente de la intersección entre lo jurídico y lo político ha variado el “marco de inteligibilidad” del Estado en tanto se hacen reconocibles determinadas vidas como humanas, que hasta ese entonces estaban desconsideradas o al menos, puestas en duda. El DIG y su inscripción en la cultura política y legal redistribuye de un modo ético los cuerpos de la ciudadanía, traza nuevos horizontes políticos de acceso a la justicia, impugna clasificaciones y criterios sustentados en lógicas eugenésicas, suscribe el sentir personal del género y se atreve a poner en contingencia los procesos de identificación.

Se asiste hacia otros umbrales del *hacer vivir* en el que deviene potente la pregunta ¿cuál es el sentido de mantener en los documentos oficiales el marcador sexo?

BIBLIOGRAFÍA

BERGALI (comps.), *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo, 2003.

³⁷ En este punto, la Ley de Protección de los Datos Personales, 25.326, es un buen instrumento para sostener el criterio de resguardo en el uso y tratamiento del sexo como dato para la formación de archivos, registro o almacenamiento.

- BUTLER, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the subversión of identity*, New York, Routledge, 1990.
- LUGONES, María, “Colonialidad y género”, en *Tabula Rasa*, N° 9, Colombia, julio-diciembre, 2008.
- MILLER, Alice, *Derechos sexuales. Derechos reproductivos. Derechos humanos*, Lima, III Seminario Regional, CLADEM, 2002.
- PÉREZ FERNÁNDEZ-FIGARES, Kim, “Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género”, en Miquel Missé y Gerard Coll-Planas (editores), *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Madrid, Egales, 2010.
- PRECIADO, Beto, *Biopolítica del género*, Buenos Aires, Ediciones Ají de Pollo, 2009.
- VITURRO, Paula, “Ficciones de Hembras”, en MARTYNIUK, Claudio - SANTOS CIFUENTES, Roberto, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

Recepción: 14/7/2018

Aceptación: 14/11/2018