

El Derecho a la identidad: la ley de identidad de género y sus proyecciones

*Paula Siverino Bavio

1. Introducción

La Argentina, a partir de las reformas legislativas encaradas entre los años 2009-2012 (Ley de Salud Mental, Matrimonio Igualitario y Ley de Identidad de Género), se transformó en el primer país en romper de manera total con el modelo heteronormativo, adoptando, en el caso de la transexualidad, una tesis opuesta a la línea jurisprudencial desarrollada desde inicios de los años noventa del siglo veinte que la consideraba una enfermedad mental. Sin embargo, al menos uno de los procesos que subyace a este abrupto cambio de posición, la “desmedicalización” de la transexualidad, no ha sido prácticamente tratada desde el Derecho, si bien tiene importantísimas consecuencias para el reconocimiento de los derechos de las personas trans.

El modelo argentino puede aportar elementos muy positivos a la discusión sobre los derechos de las personas sexualmente diversas en la Región, precisamente porque requiere romper con la inercia de aceptar sin más la visión dominante de la medicina sobre la definición de las enfermedades mentales. Aun cuando quede camino por recorrer, particularmente en relación al tratamiento de los bebés intersex, se ha logrado un sistema respetuoso de los derechos humanos de las personas transgénero, el cual sin embargo está muy lejos de extenderse en una Región en la que conviven situaciones muy dispares en cuanto a la tutela y reconocimiento de los derechos de las personas sexualmente “diversas” en general y transgénero en particular.

2. ¿Transexualidad o transgeneridad?

La jurisprudencia argentina hasta los años 2010-2011 referirá al fenómeno de la “transexualidad”, mientras que las normas posteriores prefieren hablar de “transgeneridad”. Y ello no se limita a un mero cambio lingüístico o taxonómico sino que implicará quitar a las personas trans de la esfera de la medicalización y la patología para reubicarlas en un espacio identitario propio e igualmente válido.

Tradicionalmente, el análisis “jurídico” de la transexualidad ha tomado como un hecho cierto e indisputado las apreciaciones de la comunidad médica sobre la misma por ello, y pese a lo paradójico que pueda resultar, el avance paulatino del reconocimiento de derechos a las personas trans ha ido de la mano de la consideración de la transexualidad como una enfermedad mental incurable. Nos preguntamos si esta perspectiva, que ha sido defendida incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es compatible con el pleno respeto de los derechos humanos de las personas transgénero, y/o resulta adecuada para dar cuenta de los diversos procesos y mecanismos que subyacen a la legitimación de la conformación

y expresión de la identidad sexual de los individuos en una sociedad democrática. Entendemos que no, y la ley argentina se inscribe en esta línea, de allí su carácter profundamente innovador que luego será seguida a nivel global por Dinamarca (2014) y Malta (2015).

Que el Derecho acepte sin mayores cuestionamientos las calificaciones del discurso médico en relación a conductas o condiciones humanas, especialmente cuando estas han sido tildadas de “desviadas” es algo que sucede desde antiguo. De hecho, la historia registra un sinnúmero de ejemplos que dan cuenta de la dinámica entre el Derecho, la Medicina y la Religión/Moral, y en este sentido, de la transición de las conductas de ser consideradas “pecado”, a ser reguladas como “delitos” para luego ser tratadas como “enfermedades. Ello se vuelve patente cuando dichas conductas expresan o involucran la expresión de la sexualidad.

El término “transexualidad” se ha utilizado para describir a las personas que han cambiado, o buscan cambiar, sus caracteres sexuales primarios y /o características sexuales secundarias a través de intervenciones médicas (hormonales y/o quirúrgicas) para feminizarse o masculinizarse. Estas intervenciones, por lo general, son acompañadas por un cambio permanente en el rol de género¹. La transexualidad (también llamada disforia de género) ha sido considerada por una significativa parte de la comunidad médica y legal durante las últimas décadas como una patología psiquiátrica (DSM-ICD), discutiéndose también una serie de descubrimientos en el campo de la neurología que permitirían, según algunos, abonar la hipótesis de que podría tratarse de una condición genética-neurológica, y por lo tanto, configurar un estadio intersexual. Conviven hasta tres tipos de definiciones o explicaciones sobre la transexualidad:

- a) las que la consideran dentro de los trastornos de desarrollo sexual, de origen “biológico²” -un tipo en la especie intersexualidad- y “escudadas” por ende en el principio de necesidad terapéutica para lograr la definición de la identidad sexual;
- b) las que la consideran un trastorno de conducta o enfermedad mental severa e incurable; con dos variables: los que entienden que ello no puede servir de plataforma a ningún derecho salvo el derecho a la salud como posibilidad de curar o tratar la transexualidad; y los que consideran que le asiste el derecho a la salud en sentido integral de adecuar su cuerpo a su psiquis y que se debe respetar su derecho a la identidad;
- c) las que la consideran una discordancia entre el sexo vivido -autopercepción de género- y la identificación legal. El optar o no por una intervención de reasignación sexual es una conducta autorreferente protegida por el derecho a la intimidad y la exigencia de modificar el asiento registral, que ocasiona el sufrimiento y la lesión de derechos, deriva del derecho a la identidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y la autonomía. Esta es la opción de la ley argentina, que inscribe a las identidades trans en el conjunto de aquellas socialmente validadas

El uso de los términos para referirse a las personas transgénero (dentro de las cuales se consideran a las personas transexuales) difiere y ha evolucionado durante el transcurso de los años como un indicador de los cambios que actualmente se registran en las concepciones culturales. Seguimos a Giberti cuando expresa que

[la] aparición del término *transgender* proporcionó un lugar para quienes se sienten en otra dimensión diferente de la que abarca el binomio hombre-mujer. Describe a quienes, al expresar su sentido de identidad, entran en conflicto con las normas de género según las convenciones contemporáneas que regulan los comportamientos de cada sociedad. No obstante, quienes forman parte de los grupos constituidos por personas que se consideran transgénero, advierten que el hecho de formar parte de dicha categoría no define a una persona como tal, dado que la riqueza constitutiva de cada ser humano trasciende mucho más allá de tal condición³

El término “transgénero” incluye para algunos autores a gays, lesbianas, transexuales, travestis, andróginos, intersexuales, hermafroditas, cross-dressers, drag queen, queers y a una multiplicidad de rasgos, modalidades, estilos, conductas y todo aquello que signifique rechazo de ordenamientos sexuales que se consideran inamovibles y establecidos. Se incluye la existencia de personas que reconociéndose transgénicas no desean ser identificados como hombres o mujeres.⁴

Si bien en Argentina las identidades travestis, transexuales y transgéneros –entre otras menos visibilizadas como cross-dressers, drag-queens, drag-kings, sin género y genderqueer– conviven bajo la expresión trans como síntesis, cada una responde a distintas estrategias conceptuales, vivenciales y políticas. Así, las identidades trans abarcan diferentes experiencias culturales de identificación, expresión y corporización desde las coordenadas sexo-genéricas. La expresión trans comúnmente engloba a quienes se identifican con, expresan y/o corporizan un género distinto al asignado al nacer y a quienes desafían, con la apariencia y/o la auto-denominación, aquellas expectativas asociadas con el género impuesto socialmente desde el nacimiento⁵.

Lo cierto es que la comunidad transgénero es muy diversa aunque muchos marcos legales parecen referirse exclusivamente a las personas transexuales, y en particular transexuales post quirúrgicos, dejando fuera una parte decisiva de la comunidad⁶. El término “Diversidad Sexual” encierra y celebra todas las formas de expresión que muestran las diferentes orientaciones sexuales y la identidad de género⁷. La expresión LGBTI comprende a las personas “lesbianas, gay, bisexual, trans e intersexuales”; en este trabajo, sin embargo, usaremos el término “transgénero” para referirnos exclusivamente a personas transexuales, travestis e intersexuales, cross-dressers o demás inconformistas de género, excluyendo cuestiones de hetero, bi, pan u homosexualidad.

3. Síntesis del trayecto jurisprudencial

En una investigación realizada entre los años 2010 y 2015 relevamos y analizamos treinta y dos sentencias de todo el país sobre pedidos de adecuación registral de personas trans. De estas, catorce tratan de mujeres transgénero operadas⁸; diez de mujeres transgénero no operadas⁹, de las cuales dos se definen como travestis y no desean operarse¹⁰; dos de varones transgénero operados¹¹ y una de un varón transgénero no operado¹², cinco de personas denominadas intersexuales¹³, una de ellas un infante¹⁴. De los treinta y dos casos analizados, once han tenido sentencia de un órgano colegiado¹⁵. De los resueltos en primera instancia seis casos han sido resueltos por tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; nueve por tribunales de la provincia de Buenos Aires (San Isidro, uno; Mar del Plata, cinco; Quilmes, dos; La Matanza, uno); dos en la ciudad de Rosario, Santa Fe; uno en Córdoba y uno en Mendoza. Una de las sentencias reseñadas es un juicio penal por lesiones, once casos han tramitado mediante proceso de amparo¹⁶ y el resto como por procesos de información sumaria o sus variables.

De los casos vistos, cinco han denegado la petición de cambio de nombre y sexo mediante la rectificación de la partida de nacimiento (incluyendo el caso San Martín que es un proceso penal por lesiones, el pedido en el fuero civil fue desestimado) y/o bien la autorización para someterse a una intervención de adecuación sexual. Las otras veintisiete han hecho lugar a la pretensión de cambio de nombre y sexo en la partida de documento y catorce han autorizado también la intervención de reasignación sexual. En tres casos se ordenó la nulidad de la partida de nacimiento y en dos el libramiento de una nueva partida de nacimiento con indicación de la existencia de una anterior; en los casos restantes se dispuso la rectificación marginal de los datos de nombre y sexo.

En el análisis se distinguen cuatro “momentos jurisprudenciales” con características bien definidas:

- a) una primera instancia de prohibición que inicia con una sentencia penal que tuvo gran repercusión en 1966 (primera etapa: prohibición y negativa);
- b) una segunda que reconoce el derecho a la salud e identidad de personas transgénero-“intersexuales” diagnosticadas con algún tipo de desorden de desarrollo sexual (segunda etapa: vía libre a la opción terapéutica);
- c) una tercera de reconocimiento de la identidad sexual basada en el diagnóstico “insuperable” de disforia de género y el carácter paliativo de la intervención de reasignación sexual (La opción terapéutica versión 2: el reconocimiento de la transexualidad como disforia de género en personas transexuales); y
- d) una cuarta etapa de reconocimiento de la identidad sexual transgénero no asociada a ninguna patología (cuarta etapa: reconocimiento del derecho a la identidad trans).

Las etapas 2 y 3 conforman lo que hemos dado en llamar “el modelo médico o terapéutico” y la etapa 4 ilustra “el modelo de derechos”, que será el que finalmente siga la ley argentina.

3.1 El modelo terapéutico o médico

Este modelo es el primero - y en algunos casos el único- en irrumpir en escena en defensa de los derechos de las personas transgénero, pudiendo reflejarse en la normativa o bien ser de construcción jurisprudencial. El modelo responde a un esquema fuertemente medicalizado y medicalizante y podría considerarse el heredero directo de la instancia en que la homosexualidad - de la cual la transexualidad era entendida como su expresión más extrema- era considerada un delito. Desde la perspectiva positivista, el paso al campo de la enfermedad permitió “cambiar” la regulación religioso/moral (las razones por las que era – y sigue siendo- condenada la práctica homosexual entre adultos consintientes son de orden religioso incluso en la actualidad) por otra donde fuera la medicina, y los médicos -considerados garantes y guardianes de la moral pública-, quienes tuvieran el control sobre los cuerpos sexuados, con lo cual, lejos de abandonar la argumentación de la moral sexual, se aunaron ambos discursos. Ello irá cediendo recién a finales del siglo XX .

El modelo médico construido por la jurisprudencia en razón de la intersexualidad¹⁷ (etapa 2) se caracteriza entonces por los siguientes elementos:

- a) Parte de la base de un esquema binario heteronormativo donde los cuerpos de varones y mujeres están claramente definidos y delimitados. Considera a la intersexualidad un estado disfuncional capaz de causar un daño grave en el infante, aun sin existir un riesgo para su vida o salud. Se trataría de un estado patológico social, cultural y legal, aunque no fisiológico.
- b) La intersexualidad se diagnostica; se realizan pruebas genéticas, endocrinas, clínicas, y/o aquellas que se consideren pertinentes. Siendo la intersexualidad un estado “anormal”, se aplica el principio de necesidad terapéutica que justifica la intervención quirúrgica.
- c) Existe la necesidad de definir el sexo de la persona intersexual y ello se hará conforme el sexo que resulte más funcional -aunque sea contrario al sexo genético- o bien, si es un adulto, en el de su identidad sexual. La identidad sexual de la persona “intersex” no es cuestionada.
- d) La intersexualidad no demanda un “cambio” sino una “definición” o “corrección” de sexo. Se asume que es una condición “ajena” e “insuperable”, que “viene dada” y de no corregirse lesionará gravemente los derechos del sujeto.
- e) La intersexualidad tendría una “base biológica” a diferencia de la transexualidad que sería un problema a nivel mental.
- f) Se contradice con lo dicho respecto de la inmutabilidad del sexo genético, no lo considerará decisivo y se inclina por la identidad del sujeto.
- g) En esta etapa se marca una clara diferencia con las personas transexuales, a las que no puede tratar de igual manera.

Sin embargo, cuando se comienzan a aceptar las solicitudes de personas definidas como transexuales, se adaptará este esquema para justificar la procedencia de la pretensión. El elemento clave del modelo es la necesidad terapéutica (etapa 3).

El modelo terapéutico o médico, respecto de la transexualidad:

- a) Parte de la base de un esquema médico - legal binario heteronormativo donde los cuerpos de varones y mujeres están claramente definidos y delimitados. Considera a la transexualidad un estado patológico que consiste en la discordancia entre el “sexo biológico” y el “sexo psicológico”; es un trastorno mental severo y prácticamente incurable.
- b) La transexualidad se diagnostica; por ende, deben realizarse pruebas genéticas, endocrinas, clínicas, psiquiátricas socioambientales y/o aquellas que se consideren pertinentes. El juez pedirá todo tipo de pericias. Entre ellas se deberá descartar la presencia de enfermedades mentales.
- c) La transexualidad es un estado anormal y patológico de origen incierto que viene dado, es insuperable para el individuo y genera gran sufrimiento. Es un “drama existencial”. De no ser efectivas otras terapias, debe darse curso al reclamo legal de la persona transexual y admitir el adecuar su morfología sexual a su sexo psicológico. La interpretación integral del concepto de salud (física y psíquica) justificará la intervención quirúrgica y la modificación registral merced los principios de necesidad terapéutica y de “no dañar”.
- d) La “imposición” de la transexualidad, su no-voluntariedad, es crucial para admitir el reclamo y la afección a la salud¹⁸. Al no poder “superarla” se debe admitir que ella forma parte de la realidad del sujeto, y constituye por ende, su identidad, que debe ser reconocida.
- e) Es importante la existencia de consentimiento informado sobre las prácticas médicas a realizar. La autonomía se entiende como consentimiento informado y autodeterminación para haberse realizado o realizarse intervenciones de modificación corporal.
- f) Se admite la inmutabilidad del sexo genético pero no lo considerará decisivo y se inclina por el sexo psicológico del sujeto.
- g) El sujeto transexual deberá ubicarse bajo los esquemas de varón o mujer (presumiblemente heterosexual).
- h) El sexo legal concedido es una adenda o arreglo, es “ficticio” y debe poder advertirse de su artificiosidad a personas que puedan involucrarse con la persona transexual, así la partida se rectifica no se anula, las anotaciones serán marginales e incluirán nota específica al juez del matrimonio u adopción y salvo excepciones, el cambio registral se anuncia vía edicto judicial.
- i) La protección del derecho a la salud es el elemento clave, al cual se ordenan los demás, incluido el derecho a la identidad.

3.2 El modelo de derechos o reconocimiento identitario

Este modelo se caracteriza por descartar la matriz binaria y heteronormativa y admitir la gran riqueza de la diversidad de cuerpos, psiquis, historias, percepciones. Las construcciones sobre los cuerpos y sexos es cultural y contingente, no fundante.

Cada ser humano solo debe ser idéntico a sí mismo. No habiendo un estereotipo contra el cual comparar un cuerpo transgénero este se da a sí mismo sus propias reglas, resultando visible y legitimado en sus particularidades y características. Ante ello el derecho solo puede reconocerlo y eliminar los obstáculos culturales y legales que impidan el pleno goce de los derechos. Las personas transgénero son reconocidas en su identidad sexual trans (hombre trans, mujer trans, mujer travesti, varón travesti, cross-dresser, etcétera) sin necesidad de amoldarse a las pautas binarias que eluden y niegan las particularidades y riquezas de la subjetividad trans.

En el modelo de derechos:

- a) Se descarta el modelo binario heteronormativo.
- b) Las construcciones sobre los cuerpos y la sexualidad se consideran culturales, no “naturales” o determinantes.
- c) Cada individuo se da a sí mismo una identidad, parte esencial de la cual es la identidad sexual. Es un proceso de auto y heteroconstrucción que se da en el espacio de las conductas autorreferentes.
- d) La transexualidad es una condición sobre la cual no sería relevante precisar su origen en la medida en que es una condición identitaria que define al sujeto. La identidad sexual del sujeto es una condición jurídicamente protegida.
- e) Solicitar informes periciales implicaría una violación del derecho a la intimidad del sujeto, por tratarse entre otras cosas, de una condición protegida. La identidad no debe probarse, la identidad es.
- f) El sufrimiento que se puede generar en la persona trans deriva de la incongruencia entre su identidad y el sexo legal; no deriva de una supuesta discordancia psiquis/soma.
- g) Los documentos deben modificarse y si la persona lo desea, la intervención llegarse a cabo, como parte del deber del estado de remover obstáculos en el goce de los derechos de una minoría históricamente vulnerable.
- h) La autodeterminación del sujeto y la protección del derecho a la identidad sexual son los elementos clave. Autodeterminación para conformar su propia identidad, una identidad trans, y respeto de su autonomía si decide optar por una intervención de reasignación sexual.

Este será el modelo, que teniendo como antecedente necesario la Ley de Salud Mental del año 2009 que despatologiza la identidad trans, construya la Ley de Identidad de Género. Tendremos un ejemplo en las sentencias resueltas en el fuero Contencioso de la CABA.

4. Las leyes de Salud Mental e Identidad de Género

Impulsada por un intenso trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, el 9 de mayo del año 2012 se sancionaron las Leyes 26.742 (“Muerte Digna”¹⁹) y 26.734 (Ley de Identidad de Género o LIG²⁰). Curiosamente, y pese a ser la primera ley a nivel mundial en despatologizar las identidades trans, no tuvo mayor impacto en la opinión pública como sí la tuvo la llamada Ley de Muerte Digna (modificación de la Ley de Derechos de los Pacientes, ley 26.529) que aunque se limitaba a explicitar una situación ya permitida por la ley en su formulación inicial fue abonada por dos sonoros y sensibles casos profusamente tratados por los medios de comunicación. Igualmente desapercibida, aun para los colectivos militantes, pasará la sanción de la Ley 26.657 de Salud Mental que en su artículo 3 establecerá que:

artículo 3° - En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de:

- a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso;
- b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona;
- c) Elección o identidad sexual;
- d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.

El inciso c) despatologiza las identidades trans y sienta la base fundamental para la Ley de Identidad de Género, pero además equipara la elección y la identidad sexual al status político, pertenencia a grupo cultural, racial o religioso, etcétera, a las demás condiciones protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, tal como dirá la Corte Interamericana en *Atala Riffo y Niñas vs Chile* en noviembre del 2012, dos años después de la sanción de la ley argentina de Salud Mental²¹, hecho trascendental que pasó inexplicablemente desapercibido.

La Ley de Identidad de Género es pionera en el mundo, calcada, como decíamos, por la ley de Dinamarca²² de mediados del año 2014 y la ley de Malta de abril del 2015. Estas legislaciones logran cumplir los estándares de derechos humanos relativos a las personas sexualmente diversas.

Comentaremos brevemente, entonces, la ley 26.734 argentina de Identidad de Género. Ella consta de quince artículos. Su nota determinante está dada por la posibilidad de lograr un cambio registral de nombre y/o sexo de la partida de nacimiento a simple requerimiento ante la autoridad administrativa, así como el derecho a ser llamado/a por el nombre conforme la identidad autopercebida más allá de haber realizado o no el cambio registral (artículos 3°, 4°, 6° y 12).

Otro elemento esencial es la gratuidad de los procedimientos médicos (artículo 11) que puedan ser requeridos, quirúrgicos, hormonales, etcétera, si bien en la realidad la barrera está dada por cuestiones de orden práctico no instrumentadas aún, hay si al momento de sanción de la ley solo habían dos servicios en condiciones de realizar

intervenciones de reasignación genital y no resultan suficientes para dar respuesta a las personas que desean operarse, habiendo una demora estimada superior a los dos años. Este artículo se reglamentó mediante el decreto 903 del 20 de mayo del 2015. Conforme la norma, se labrará una nueva partida de nacimiento y solo tendrá acceso al acta original el titular de la misma o bien una persona con orden judicial escrita y fundada (artículo 9º) y que está vedada la publicidad de la rectificación registral (artículo 9º), lo cual fue materia de diferentes posiciones a nivel jurisprudencial, como veremos. Los menores de edad están contemplados (artículo 5º), debiendo el trámite ser efectuado por sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, quien deberá contar con un abogado del niño o niña previsto por la Ley 26.061. Si los representantes legales se negaran o no fuera posible obtener su consentimiento la ley permite recurrir a un mecanismo judicial sumarísimo.

La ley establece en su artículo 1º que

Toda persona tiene derecho: a) al reconocimiento de su identidad de género, b) al libre desarrollo de su persona conforme su identidad de género, c) a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y en particular a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada

Y define a la identidad de género como

la vivencia interna e individual de género tal como la persona lo 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 (artículo 2).

La norma argentina representa un cambio radical respecto de las existentes en su momento en el Derecho Comparado al conjugar:

- reconocimiento y legitimación de las identidades no heteronormativas, particularmente las identidades trans (despatologización);
- una clara distinción entre identidad e identificación, simplificando una cuestión meramente identificatoria al no poner en tela de juicio el valor de las identidades no heteronormativas más allá de las expectativas sociales sobre el género y/o el sexo;
- no exigencia de requisitos de orden médico, ambiental, testigos, tiempos de espera, acreditación de prueba de vida, ser soltero/a, divorciado/a o viudo/a; consentimiento del cónyuge en caso de ser casada/o, tal como es propio de otras legislaciones; para la ley argentina basta la simple manifestación de la persona mayor de edad que desea cambiar los datos identificatorios de su partida de nacimiento;
- el proceso es administrativo, gratuito y no requiere asesoramiento letrado;

- confidencialidad del proceso, del cambio de los datos identificatorios y limitaciones al acceso a la partida de nacimiento original;
- inclusión de las intervenciones médicas o de otro tipo requeridas por la persona transgénero en el Plan Médico Obligatorio y gratuidad de los procedimientos en los efectores públicos de salud;
- la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes petitionen, con representación legal, por el cambio de los datos identificatorios y la inclusión del/la abogado/a del /la niño/a;
- la opción de modificar nuevamente los datos identificatorios, en ese caso mediando proceso judicial.

5. La reglamentación de la LIG

Como mencionamos, la sanción de la Ley de Identidad de Género (LIG), que reconoce las identidades trans en pie de igualdad con otras, completa el proceso iniciado con la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario²³ y logra la ruptura total con el esquema heteronormativo históricamente vigente. Es preciso señalar, sin embargo, que el Nuevo Código Civil aprobado en el año 2014 y que entró en vigor el 1º de agosto del 2015 es disonante al respecto al eliminar la figura de la maternidad subrogada, originalmente contemplada en el Anteproyecto de ley, dificultando conformación de una familia a personas trans y parejas de varones.

La LIG fue reglamentada por el Decreto 1007 del 2 de julio del año 2012. El decreto explicita que el régimen de identificación argentino se basa en dos sistemas interdependientes: el registral y el identificatorio nacional, estimando

el sistema registral sería el responsable de la registración de los actos o hechos, que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas: nacimientos, matrimonio, incapacidades, defunciones, entre otras, emitiendo las respectivas partidas; y su organización corresponde a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estando regido actualmente por la Ley N° 26.413 y en diversos cuerpos constitucionales, legales y reglamentarios de naturaleza local.

Mientras que, por su parte

el sistema identificatorio nacional emite el Documento Nacional de Identidad sobre la base de una matrícula única (número de D.N.I.) y el uso de técnicas de identificación dactiloscópica creadas por el croata-argentino Juan Vucetich (artículo 2, inciso c, de la Ley N° 17.671 y sus modificatorias) (...) es de carácter exclusivo y excluyentemente federal, regido por la Ley N° 17.671 y sus modificatorias y la Ley N° 24.540 y sus modificatorias.

El Decreto establece algo que hemos sostenido en diversas ocasiones, que” el género o sexo de las personas no resulta normativamente un campo obligatorio en materia de identificación documentaria para la Ley N° 17.671, pero sí resulta un dato esencial en materia registral”. De hecho, la Ley N° 26.413 en su artículo 36, inciso a) dispone que la inscripción del nacimiento deberá contener el nombre, apellido y sexo

del recién nacido y que la prueba del nacimiento a través del “Certificado Médico de Nacimiento” contemplado en el artículo 33 de la Ley N° 26.413, incluye entre los datos esenciales el sexo del recién nacido.

Como señalamos, la identificación a efectos registrales se realiza según un criterio morfológico- genital de los infantes, lo cual puede, con el correr del tiempo, disentir de la identidad de género desarrollada por el individuo – situación que la LIG viene a reparar- sin embargo y aun existiendo la ley, de no modificarse la cultura médica y legal, esta exigencia puede ser una circunstancia trágica en el caso de los bebés llamados “intersex” o con genitales atípicos.

La norma determina entonces cual es el procedimiento que debe habilitarse conforme la LIG para poder modificar el acta de nacimiento de las personas que deseen cambiar la asignación registral de su sexo, independientemente de someterse o no a una cirugía de adecuación sexual. El decreto 1007/11 reconoce que corresponde establecer los criterios generales que deben seguirse para que en cada ámbito provincial, y/o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se dé cumplimiento a lo previsto en los artículos 4°, 6°, 9°, 10 y concordantes de la LIG. Asimismo, las Direcciones Generales, Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Registro Nacional de las Personas, a través del Consejo Federal de Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la República Argentina establezcan un formulario único de solicitud simplificado y los requisitos para el reconocimiento de solicitudes presentadas ante oficinas de otras jurisdicciones provinciales a los efectos de facilitar a la persona solicitante el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley de Identidad de Género.

Por otra parte, el decreto aborda la situación de aquellas personas extranjeras residentes en la Argentina, respecto de las cuales es imposible modificar el asiento registral original, al no constar dicho asiento en un Registro Civil del país. En ese orden de ideas, las partidas de extraña jurisdicción inscriptas en los libros especiales a tal efecto, no pueden ser modificadas si no se modifica el original en su jurisdicción de origen. Pese a ello y considerando el principio de igualdad y no discriminación, la norma contempla dos situaciones diferenciando aquellos ciudadanos que hayan obtenido la rectificación del sexo en sus respectivos países de origen, de aquéllos en que dicho reconocimiento no existe en su país de origen con el alcance otorgado por la LIG.

Aquellas personas que hayan obtenido la rectificación de los datos “nombre” y/o “sexo” en sus países de origen solo deberán cumplir con la sola presentación de su documento de identidad, la partida de nacimiento, pasaporte, sentencia judicial o cualquier otra documentación donde se disponga o conste la rectificación del sexo y/o cambio de nombre según la legislación de su país de origen y ello será suficiente para proceder a la rectificación del sexo consignado en la residencia, en el documento nacional para extranjeros emitido por la República Argentina y en toda otra documentación que se expida a dicha persona.

Para las personas del segundo grupo, el decreto marca la necesidad de contemplar un procedimiento especial que respete plenamente su derecho a la identidad de género aún frente a la imposibilidad legal y práctica de la rectificación registral contemplada en la LIG. En ese tenor, se dicta la Resolución Conjunta Nros. 1/2012 y 2/2012 del 14 de diciembre del 2012²⁴, mediante la cual se aprueba el procedimiento

para el reconocimiento del Derecho de Identidad de Género de extranjeros (residentes permanentes, refugiados o apátridas) conforme la LIG. Aquí se indican varias cuestiones, a saber:

- a) El asiento en el Registro de Aptitud Migratoria, donde consten el sexo y nombre de origen y aquellos rectificadas, será de acceso restringido.
- b) En caso de realizarse un trámite de residencia o rectificación de residencia en el que se registre una identidad diferente en cuanto al género que figure en la documentación del país de origen, se cursen sendas notas al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Interpol y al Consulado del país de origen del extranjero haciendo saber tal situación. El extranjero deberá ser instruido por la Dirección de Radicaciones de la Dirección General de Inmigración de la Dirección Nacional de Migraciones respecto que, de encontrarse en esta situación, no podrá usar este documento para egresar o ingresar al país, si bien deberán ser tratados conforme su identidad autopercibida.
- c) Se aprueba el Formulario de Rectificación de Género.

Según el Anexo I de la citada Resolución, un extranjero que acredite residencia legal permanente en el país, documento de identidad para extranjeros o denuncia policial de extravío y Nota consular en la que se indique que no resulta posible la rectificación de sexo en su país de origen, puede elevar, ante la Dirección General de Migraciones, una solicitud de rectificación registral de sexo, y el cambio de nombre/s de pila e imagen. Tanto la rectificación, como la expedición del nuevo D.N.I. estarán exentos del pago de las tasas pertinentes, de conformidad con lo normado por el artículo 2° del decreto n° 1007/12 y resolución n° 1795/12 de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas. Verificado el cumplimiento de los recaudos pertinentes, se emitirá el acto administrativo que haga lugar a la solicitud de rectificación.

Además de los requisitos establecidos para la obtención de la residencia, los extranjeros que requieran residencia permanente, en los términos del artículo 22 de la Ley N° 25.871, y los que acrediten su condición de refugiados o resulten ser apátridas y requieran el beneficio de residencia temporaria, podrán ejercer el derecho contemplado por la resolución comentada, debiendo comunicar dicha opción al momento de iniciar el trámite de regularización.

Muy importante y reclamada resultó la reglamentación del artículo 11 sobre las intervenciones quirúrgicas mediante el decreto 903/2015. En esta norma se definió que

las intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida. Las mismas comprenden: Mastoplastia de aumento, Mastectomía, gluteoplastia de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastia, Clitoroplastia, Vulvoplastia, Anexohisterectomía, Vaginectomía, Metoidioplastia, Escrotoplastia y Faloplastia con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo. Se entiende 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 autopercibido.

Asimismo, se exige que todos los productos utilizados estén previamente aprobados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica

(ANMAT) algo que si bien resulta bastante evidente, se explica por el abuso de sustancias ilegales en las intervenciones de orden estético a las que se han visto expuestas numerosas personas trans.

En cuanto a la cobertura, recordemos que el artículo 11 de la LIG estableció que

los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. 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.

A su vez, el decreto dispone que el Ministerio de Salud correrá con los gastos que demande la puesta en marcha de la norma. Entendemos que se refiere a las previsiones de la reglamentación referidas a las acciones de capacitación, sensibilización y concientización, campañas de información y coordinaciones entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en favor de las personas trans. En ese orden de ideas el artículo 3 del Anexo de la Reglamentación del artículo 11 LIG enumera como funciones del Ministerio de Salud las siguientes, sin perjuicio de las que puedan surgir de normativas complementarias:

- a) Coordinar con las autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la preparación de los servicios en establecimientos sanitarios públicos de cada jurisdicción o a nivel regional, que cumplan con los objetivos del artículo que por esta medida se reglamenta.
- b) Coordinar e implementar un programa de capacitación, actualización y sensibilización para los profesionales de la salud del sub sector público, a fin de poder dar respuesta al abordaje integral de la salud y a las intervenciones y tratamientos, dispuestos por el artículo 11 generando recomendaciones que propicien la implicación de las universidades formadores en ciencias de la salud.
- c) Realizar campañas de información a fin de promover la salud integral, intervenciones y/o tratamientos disponibles, en el marco de lo estipulado por el presente artículo, vehiculizado a través del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable, dependiente de la subsecretaría de medicina comunitaria, maternidad e infancia en la órbita de la secretaria de salud comunitaria.

Conforme este decreto, la Secretaría de Salud Comunitaria y la Superintendencia de Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud serán las autoridad de aplicación en todas las materias de su competencia; resta ver si con las modificaciones ministeriales esto sufrirá alguna modificación o adecuación. .

Debe tenerse en cuenta que, en julio del año 2015 el Ministerio de Salud presentó la Guía para el equipo sanitario de “Atención Integral de Salud de las Personas Trans.”²⁵ La Guía, de carácter instructivo, tiene cinco capítulos: “El derecho a la identidad de género y a la atención de la salud integral de personas trans: nuevo marco legal” (Capítulo 1); “Expresiones e identidades de género” (Capítulo 2);

“Población trans: mapa de la situación sociosanitaria en Argentina” (Capítulo 3); “Salud integral de las personas trans: abordaje desde el equipo de salud” (Capítulo 4) y “Atención de la salud en relación con procesos de modificación corporal” (Capítulo 5). La Guía constituye un importante y completo instrumento en la educación y promoción de los derechos de las personas trans.

En cuanto a las acciones afirmativas a favor de las personas trans vale destacar la sanción de la Ley de Cupo Laboral en la Administración Pública para personas trans de la Provincia de Buenos Aires.²⁶

6. Colofón

Sin duda la LIG ha sido una ley pionera que, rechazando la patologización de las identidades trans y quebrando finalmente el modelo heteronormativo, abrió sendero y marcó el camino a nivel internacional. Pese a ello, creemos que es posible pensar un marco más tutelar de los infantes nacidos con genitales atípicos, situación no contemplada por la LIG.

La reciente ley maltesa *Gender Expression, Gender Identity and Sex Characteristics Act*²⁷ del 14 de abril del año 2015, contempla - además de previsiones muy similares a la norma argentina- que el someterse a una cirugía de reasignación de género es una razón válida para obtener licencia por enfermedad, amplía la definición de crímenes de odio para incluir a las personas de género indeterminado, personas intersexuales y trans. La norma contiene una previsión muy importante: impide, salvo autorización judicial por motivos fundados, intervenir a l*s niñ*s intersex sin su consentimiento expreso, permitiendo el no declarar el género/sexo en el documento de identidad. Esto representa un concreto y decisivo avance en la visibilización y defensa de los derechos de l*s infantes nacidos con genitales ambiguos.

Consideramos que sería muy importante avanzar en este sentido, dado las severísimas violaciones de derechos que pueden padecer los infantes intersex al ser sometidos a intervenciones quirúrgicas cosméticas y de regulación social que en nada aportan a su salud integral y pueden privarlos de vivir una identidad, corporeidad y sexualidad sana e integral a medida que crezcan y expresen su identidad de género.

Referencias

* Abogada Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora en Bioética y Derechos Humanos.

SIVERINO BAVIO, Paula (2015) “El derecho a la identidad: la ley de identidad de género y sus proyecciones”. Artículo publicado en **Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3 Personas Humanas o Físicas** ALEGRÍA e ITURRAPSE (Dir) 173 y ss

¹ “Protocolo de Atención y derivación de personas trans” del servicio de salud de la Región de Talcahuano” (Chile), disponible en http://www.sstalcahuano.cl/file/diversidad/Resolucion_y_Protocolo_Trans.pdf (consultada el 15 de diciembre 2015)

² Se propone una raíz genética - neurológica de la disforia de género, llamado por algunos “Síndrome de Harry Benjamin” (SHB). Se trataría, según la teoría más aceptada, de una alteración neuroquímica de la memoria

cerebral profunda GABA. El desarrollo y disformismo cerebral podría estar influenciado por factores genéticos y por los niveles de hormonas en los primeros estadios de desarrollo embrionario.

3. Giberti, E. "Travestis, transgender y bioética". Documento facilitado por la autora.

⁴ Ib.

⁵ *Atención de la Salud Integral de las Personas Trans* disponible en <http://www.msaj.gob.ar/images/stories/bes/graficos/000000696cnt-guia-equipos-atencion-Salud%20integral-personas-trans.pdf> p.27. (consultada el 14 de diciembre 2015)

⁶ COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, (2009) Estrasburgo, 29 de Julio de 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2 , Versión original en inglés. "Derechos Humanos e Identidad de Género", Issue Paper de Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1621709&Site=COE> (consultada el 5 de noviembre 2013)

⁷ Nota del Presidente del Comité Jurídico Interamericano al Presidente del Consejo Permanente transmitiendo el Informe Preliminar sobre "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género" 17 de abril de 2013 http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_actual_Orientacion_Sexual.pdf

⁸ Casos San Martín (1966), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Correccional, sentencia del 29 de julio del año 1966, CABA; "P.F.N." (1989) Cámara Nacional de Apelaciones, sala E, con sentencia del 31 de marzo de 1989; "N.N." (1997) Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 8 de Quilmes, sentencia del 15 de mayo del año 1997; "A.D.D." (1998) Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 14 de la provincia de Mendoza, y se dictó sentencia el 24 de noviembre del año 1998; "N.N." (1999) Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4ª Nominación de Rosario, sentencia el 21 de mayo del año 1999; "A.D.M.S." (1999) Cámara 2ª en lo Civil, Comercial y de Minas de La Rioja resolvió el 16 de junio del año 1999, La Rioja; "S.S.E.A." (2006) Juzgado Nacional en lo Civil, N° 9, dictándose sentencia el 20 de noviembre del año 2006; "S.G.G." (2006) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 102 y tuvo sentencia el 01 de marzo del año 2006; "D.D.A." (2005) el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 11 de Mar del Plata obteniendo sentencia el 12 de diciembre del año 2005, Mar del Plata; "D.J.F." (2007) Juzgado Nacional en lo Civil, N° 9., el cual dictó el 31 de octubre del año 2007, "D.S.B.B." (2007) el Juzgado Civil y Comercial de Rosario, Nro. 4, con sentencia del 5 de marzo del año 2007; "C.H.C." (2007) Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires el 21 de marzo del año 2007; "R.O.F." (2007) la Cámara Civil y Comercial, Sala 1ª de la Provincia de Jujuy, mediante sentencia del 17 de agosto del año 2007, Jujuy.

⁹ Casos "N.N." (1974) Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 14, sentencia del 24 de septiembre de 1974; "J.P.C." (2001) Mar del Plata; "C.A.M." (2003) Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, sentencia el 6 de octubre del año 2003, "R.F.F." (2005) Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata siendo resuelto el 9 de diciembre del año 2005; "L.A.C." (2006) Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sentencia el 11 de julio del año 2006; "C.J.A." (2007) Juzgado Civil Comercial, Conciliatorio y de Familia de Villa Dolores, N° 2 el 21 de septiembre del año 2007, Córdoba; "L.R.P." (2008) Juzgado Correccional Mar del Plata, N° 4. Tramitando como proceso de amparo, tuvo sentencia el 10 de abril del año 2008; "A.E.A." (2011) Sala A de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sentencia del 16 de junio del año 2011, CABA; "S.D.A." (2010), Juzgado de 1ª Instancia N° 13 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2010), "C.R.F." (2011) Juzgado de 1ª Instancia N° 13 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁰ Casos "S.D.A." (2010) y "C.R.F." (2011).

¹¹ Casos "G.M.L." y "K.F.B." (2007).

¹² Caso "M.P." (2010) La sentencia, del 24 de agosto del año 2010 fue dictada por el Juzgado de Familia N° 8 del departamento judicial de La Matanza.

¹³ Casos "L.F.A." (1986) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8ª Nominación de Córdoba el 31 de marzo de 1986, Córdoba, "L.J.C." (1994) Cámara Primera Civil y Comercial de San Nicolás el 11 de agosto del año 1994. Santa Fé; "M.M.A." (1997) Juzgado Criminal y Correccional Nro. 3 Secretaría Nro. 5 de Mar del Plata siendo resuelto el 6 de noviembre del año 1997, Mar del Plata; "J.M.C." (1998) el Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 9 de San Isidro resolvió el 12 de noviembre de 1998; "R.J.D." (2008) amparo resuelto el 30 de diciembre de 2008, por el Juzgado Correccional N° 4 de Mar del Plata.

¹⁴ Caso "L.F.A." (1986)

¹⁵ Casos “San Martín”, “P.F.N.”, “L.A.C.”, “L.F.A.”, “L.J.C.”, “A.D.M.S.”, “R.F.B.”, “C.H.C.”, “R.O.F.”, “M.S.E.” Sala IV de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, sentencia del 15 de febrero del año 2008 y “A.E.A.”.

¹⁶ Casos “LAC”, “M.M.A.”, “R.J.D.”, “C.A.M.”, “D.A.A.”, “S.G.G.” “L.R.P.”, “P.J.C.”, “R.F.F.”, “D.S.A.”, “C.R.F.”.

¹⁷ Considerando, por supuesto, las excepciones que en el acápite correspondiente señalamos.

¹⁸ Recordemos que en varias sentencias, por ejemplo en alguna de las reseñadas del TEDH se alega que la transexualidad ha sido CAUSADA por el sujeto mediante la ingesta de hormonas y /o la reasignación genital.

¹⁹ Ley 26.742, la cual modifica la Ley N° 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud.

²⁰ Ley de Identidad de Género N°26.734, promulgada el 23 de mayo de 2012.

²¹ Ley 26.657 de Salud Mental sancionada el 25 de noviembre de 2010 y promulgada el 2 de diciembre de 2010.

²² Amnestía Internacional “El mundo debe seguir el ejemplo de Dinamarca y su histórica ley de identidad de género disponible en <https://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/el-mundo-debe-seguir-el-ejemplo-de-dinamarca-y-su-historica-ley-sobre-personas-transgenero/> (consultada el 15 de enero de 2015) y en La.trans.tienda.es “Dinamarca sigue los pasos de Argentina. Andalucía se queda con tres palmos de narices en <http://www.transtienda.com/blog/noticias/dinamarca-sigue-los-pasos-de-argentina-andalucia-se-queda-con-tres-palmos-de-narices/> (consultada el 15 de enero de 2015)

²³ http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/1650_00-169999/169608/norma.htm

²⁴ Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas Y Dirección Nacional de Migraciones. IDENTIDAD DE GENERO Resolución Conjunta 1/2012 y 2/2012 disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/206766/norma.htm>

²⁵ *Atención de la Salud Integral de las Personas Trans* disponible en <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000696cnt-guia-equipos-atencion-Salud%20integral-personas-trans.pdf>

²⁶ “Es ley la ley de cupo laboral para personas trans”. Diario El Día, noticia del 11 de septiembre de 2015 disponible en <http://www.eldia.com/la-provincia/es-ley-el-cupo-laboral-para-trans-y-travestis-en-administracion-publica-bonaerense-83856> (consultada el 15 de diciembre de 2015)

²⁷ *Gender Expression, Gender Identity and Sex Characteristics Act* del 14 de abril del año 2015 disponible en http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf