

El campo judicial frente a la construcción corporal *trans*. Debates públicos sobre la tutela y la autonomía (Argentina, 1994-2008)

Judicial decisions regarding medical construction transgender bodies. Public debates on guardianship and autonomy (Argentina, 1994-2008)

Anahí Farji Neer*

Resumen

Hasta 2012 en Argentina era requisito contar con una autorización judicial para acceder al cambio registral de sexo y nombre así como a los tratamientos médicos de construcción corporal. En este artículo se describen y analizan las respuestas judiciales a los pedidos para acceder a las intervenciones quirúrgicas genitales por parte de personas trans en Argentina entre 1994 y 2008. A través del análisis de contenido cualitativo de una selección de fallos se analizan los cambios en los argumentos y los discursos invocados por los/as operadores/as judiciales intervinientes. Sostengo que en un primer momento la corroboración pericial del sufrimiento psíquico asociado a un trastorno de la identidad de género permitió la producción de una serie de fallos favorables a las solicitudes de las personas para acceder a cirugías genitales y otras intervenciones médicas orientadas a construir una imagen corporal acorde a su identidad de género. En un segundo momento, la apelación a los principios de la bioética principialista permitió afirmar la autonomía de las personas que solicitaban autorización, y el acceso a las intervenciones médicas como una elección libre y no ya como el tratamiento indicado para una patología. Sin embargo, afirmo que se trató de un concepto de autonomía opaco y menguado, ya que operadores/as judiciales debían evaluar el carácter plenamente autónomo de los deseos corporales de las personas trans para autorizar el acceso a los tratamientos médicos requeridos.

Palabras clave: discurso jurídico; autonomía; diversidad sexual; cirugías genitales

Abstract

This article presents an analysis of five judicial responses to requests for access to genital surgical interventions by transgender people in Argentina. It analyses the period from 1994 to 2008, prior to the approval of the Argentinean Gender Identity Law. In that period it was mandatory to have a judicial authorization in order to modify the name and sex in official identity documents and to access to medical treatments in order to adapt the body to gender identity. Through the analysis of qualitative content of a selection of judicial decisions, changes

* Doctora en Ciencias Sociales, Licenciada en Sociología y Magíster en Investigación en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Becaria postdoctoral CONICET (2017-2019). Autora de la tesis de doctorado titulada "Sentidos en disputa sobre los cuerpos *trans*: los discursos médicos, legales, activistas y parlamentarios en Argentina (1966-2015)". anahifarji@hotmail.com

Farjii Neer, A. **El campo judicial frente a la construcción corporal *trans* reconstruir para construir. Debates públicos sobre la tutela y la autonomía.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 166-182. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

in arguments and discourses produced by the judicial field are analyzed. The article seeks to contribute to theoretical and empirical studies that address the ways in which the judicial field manages bodily desires of the transgender people and transforms their discourses. I argue that the expert corroboration of the psychological suffering associated with a gender identity disorder allowed the production of a number of judicial decisions favorable to the requests of trans people in order to access genital surgeries and other medical interventions. Later, bioethics principles allowed affirming the autonomy of trans people who requested the access to medical interventions as a free choice and no longer as the indicated treatment for pathology. However, I affirm that it depicted an opaque concept of autonomy, since judicial operators had to evaluate the fully autonomous nature of the bodily and vital desires of trans people in order to authorize the access to the required medical treatments.

Key words: legal discourse; autonomy; sexual diversity; genital surgery

El campo judicial frente a la construcción corporal *trans*. Debates públicos sobre la tutela y la autonomía (Argentina, 1994-2008)

Anahí Farjii Neer

1. Introducción

En Argentina, hasta el 2012 el escenario médico y el estatal se demarcaron mutuamente los límites de acción e intervención sobre los cuerpos *trans*. La Ley Nacional de Ejercicio de la Medicina de 1967 (Ley N° 17.132) prohibía a profesionales de la salud “practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductivos” (Art. 20 inc. 18°). El Código Penal, en su artículo 91°, establecía:

Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano o de un miembro, del uso de un órgano o un miembro, de la palabra o de la capacidad de concebir.

Con estas regulaciones el Estado marcó límites de acción a los/as profesionales de la salud en lo que atañe a la intervención quirúrgica de la genitalidad de las personas, incluso cuando estas lo solicitaban voluntariamente. Hasta la sanción de la Ley de Identidad de Género por parte del Congreso Nacional en el 2012, la autorización judicial era condición necesaria para que las personas pudieran acceder a las transformaciones corporales deseadas de modo legal. Para obtener la autorización debían poner sus cuerpos y deseos a disposición de peritos y jueces, en definitiva constituirse como objeto de los discursos y prácticas del campo judicial.

En el presente artículo describo y analizo las respuestas judiciales a los pedidos para acceder a las intervenciones quirúrgicas genitales por parte de las personas *trans* en Argentina antes de la aprobación de la Ley de Identidad de Género. A través del análisis de contenido cualitativo de una selección de fallos, analizo los cambios en los argumentos y los discursos invocados por los/as operadores/as judiciales al evaluar las solicitudes. Abordo el período comprendido entre 1994 y 2008. En 1994 el campo judicial argentino por primera vez autorizó la realización de una cirugía genital feminizante. Con anterioridad dichas

intervenciones eran realizadas de modo clandestino, o bien en países en los que su acceso era legal aunque debían ser afrontadas económicamente por las propias personas. Se abordan las transformaciones en los argumentos presentes en fallos sucesivos culminando el análisis en el 2008, momento en que se encontraban vigentes en el ámbito del Poder Legislativo Nacional distintos proyectos de Ley de Identidad de Género.

Este artículo forma parte de mi tesis doctoral en la que analicé los discursos públicos en los que se producen y disputan sentidos alrededor de los procesos de construcción corporal trans en Argentina entre 1966 y 2015. En el marco de dicha investigación, entre 2010 y 2012 recolecté un conjunto de fallos judiciales de pedidos de autorización para acceder al cambio de nombre y sexo legal y/o cirugías genitales. Accedí a los fallos a través del Centro de Consultas de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el Centro de Documentación de la Editorial “La Ley” y la base de datos “El Dial”. Para ello me dirigí varias veces a la Facultad de Derecho de la UBA y solicité la orientación de su personal administrativo para desarrollar mi búsqueda jurisprudencial. Hallé 29 fallos producidos entre 1966 y 2011 por tribunales de diferentes niveles y jurisdicciones del país. Luego de una lectura global del material hallado seleccioné aquellos cuyo contenido presentaba un cambio en la forma de evaluar los pedidos solicitados en base al tipo de estrategia argumental construida.

Para el análisis utilicé la técnica del análisis de contenido cualitativo y los lineamientos de la teoría fundamentada -*Grounded Theory*- de Strauss, Corbin, & Zimmerman (2002). Según Abela (2002) el análisis de contenido se basa en la lectura como instrumento de recogida de información que, a diferencia de la lectura común, debe ser sistemática con el fin de obtener indicadores que permitan “la inferencia de conocimientos relativos a las condiciones de producción/recepción (contexto social) de estos mensajes” (Abela, 1998: 3). El término “teoría fundamentada” refiere a una metodología general de análisis vinculada a una recopilación de datos que utiliza la aplicación sistemática de métodos para generar una teoría inductiva. Su objetivo no es producir una representación exhaustiva del fenómeno sino elaborar una teoría pertinente, anclada en los datos, que lo explique (Raymond, 2005).

El artículo se divide en dos apartados, en el primero analizo fallos producidos en 1994 y 1997 en los que el reconocimiento a los pedidos solicitados requirió corroborar el sufrimiento

psíquico originado en una condición ambigua, fruto de la no coincidencia entre genitalidad e identidad. En un segundo apartado abordo tres fallos producidos en 2003, 2007 y 2008 respectivamente. Estos incorporaron argumentos provenientes de la bioética principialista, destacando el principio de autonomía y la discusión en torno al concepto de “competencia”. Posteriormente, discuto los argumentos expuestos en ambos apartados. En las conclusiones recapitulo hallazgos y debates.

2. Un azar natural y desdichado

En 1994, la Cámara 1° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás revocó una sentencia que denegaba la autorización para acceder una intervención quirúrgica con el fin de “adecuar las anotaciones registrales y los genitales al sexo femenino” de una persona registrada como perteneciente al sexo masculino. La sentencia negativa consideraba que el sexo genético era el elemento inmodificable que definía la sexualidad y el que debía ser resguardado por el derecho y la justicia. En este sentido, afirmaba que “el mismo no puede ser alterado por una decisión unilateral, por estar involucrado el orden público y la moral social” (Fallo “L., J. C.”).

La incorporación de los tratados de derechos humanos a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 configuró un marco normativo favorable a decisiones judiciales que reconocen las percepciones de los sujetos sobre sus propios cuerpos¹. Esta sentencia en particular se fundamentó en El Pacto de San José de Costa Rica, que en art. 5° contempla el derecho de las personas al respeto de su integridad física, psíquica y moral. También se basó en un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos de diciembre de 1992 en el que se condenó a Francia por no haber aprobado una solicitud de rectificación de nombre y sexo

¹ Los tratados incluidos en el artículo 75°, inciso 22° incluidos mediante la reforma constitucional de 1994 son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.

legal de una persona *trans*. En la construcción argumental de la segunda instancia se agregó el testimonio de la persona solicitante, registro ausente anteriormente.

La pericias médicas reconfirmaron el diagnóstico de pseudohermafroditismo, esto es, un estado de “indefinición congénita” de la genitalidad. El examen morfológico establecía que dichos órganos eran “carente(s) de aptitud copulativa”. A los ojos de los peritos, ello determinaba la imposibilidad “anatómica y funcional” de comportarse como un varón. Las pericias psicológicas afirmaron que su conducta se correspondía con una típicamente femenina “pero de una feminidad natural, sin afectación ni acicalamiento: lejos, muy lejos, de otras situaciones en que la exageración de rasgos, la ostentación, es la nota” (Fallo “L., J. C.”), estableciendo distinciones respecto al travestismo y la transexualidad. Allí se afirmaba que las personas transexuales buscaban “escapar” del sexo que les vino dado de nacimiento, mientras que el interés de las personas pseudohermafroditas era el de superar la ambigüedad genital que padecen. El sufrimiento asociado a una condición somática no elegida -un “azar natural y desdichado” (Fallo “L., J. C.”)- les permitió a los jueces expresarse favorablemente al pedido. La decisión también reconoció los componentes sociales y psicológicos del sexo por sobre los genéticos y ponderó la identidad autopercebida de la persona.

Los jueces entendieron que la intervención quirúrgica tenía como fin corregir el dimorfismo genital congénito y superar la situación de ambigüedad que le producía dificultades en el ejercicio de derechos constitucionales básicos. La operación en debate fue entendida como correctiva y terapéutica. La misma tenía por objetivo “solucionar un padecimiento personal profundo” (Fallo “L., J. C.”). La exposición del sufrimiento frente a una situación involuntaria -en este caso una dolencia somática hereditaria- permitió dar curso favorable al pedido.

Para el juez no se trató de dar curso favorable a una elección voluntaria, considerada contraria a las leyes morales y naturales, sino a una necesidad clínicamente evaluada. La intervención del derecho permitiría restituir artificialmente una naturaleza errada (Kessler, 1990). A su vez, la evaluación de una predisposición a la feminidad correcta, mesurada y prudente, que la diferenciaría de una expresión “escandalosa”, terminó de inclinar la balanza por la decisión favorable. El fallo instituyó entonces una jerarquía de formas de ambigüedad sexual: aquellas no elegidas podrían aspirar a ciertos derechos, aquellas caprichosas y

escandalosas, no. Sin embargo, ofició de antecedente para el desbloqueo de las decisiones judiciales en torno al reconocimiento legal de la identidad autopercebida de travestis, transexuales y transgéneros y la autorización para la realización de las intervenciones quirúrgicas. También sirvió para que algunos profesionales de la salud comenzaran a capacitarse en las técnicas quirúrgicas.

La primera vez que en Argentina un fallo autorizó el cambio de nombre y sexo legal a una persona asignada al nacer al sexo masculino fue en 1997. El mismo fue producido por el Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 de Quilmes, Provincia de Buenos Aires. La persona solicitante no presentaba ninguna enfermedad genética ni somática que, en base a los criterios vigentes en ese momento, justificara la autorización. La sentencia colocó como antecedente jurisprudencial el fallo recién abordado y un fallo en minoría del Juez Calatayud de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal de 1989. Voto en minoría donde el magistrado se posicionó a favor del pedido de modificación de nombre y sexo registral de masculino a femenino en virtud de una entrevista que tuvo con la persona solicitante. En dicho encuentro el juez se vio impactado por “su apariencia y modales, absolutamente femeninos”. La sentencia final fue negativa ya que el resto de la Cámara se pronunció en contra.

En el caso bajo análisis no fue necesario evaluar la viabilidad de la intervención quirúrgica ya que la misma había sido realizada previamente en Chile. Por ello, en lo que refiere a la modificación de la corporalidad, los jueces decidieron sobre “el hecho consumado”. Intervinieron como peritos un médico legista (quien realizó un examen morfológico en el que se corroboró la operación realizada), dos psicólogos y un psiquiatra. La decisión favorable se encuadró en la doctrina de los derechos humanos, en particular el derecho a la no discriminación. Este *corpus* normativo permitió ponderar la protección de la individualidad frente ciertas formas avasallantes de ejercicio del poder.

La sentencia adoptó una argumentación similar a la del fallo recién abordado. Las consideraciones respecto a la enfermedad genética fueron retomadas y adaptadas para decidir en torno a un “caso de transexualismo”. El juez equiparó las consideraciones jurídicas sobre la enfermedad somática a las de la presunta enfermedad psiquiátrica. Desde esa óptica, el pedido de autorización no fue entendido como resultado de un obrar libre y caprichoso sobre el bien

indisponible del cuerpo, sino de la imperiosa necesidad de intervenir sobre una dolencia psíquica. Lo que permitió equiparar ambas formas de enfermedad (somática y psíquica) fue la presencia de sufrimiento, ya que la decisión autónoma sobre el propio cuerpo no se vislumbraba como argumento habilitante.

El reconocimiento a estos pedidos requirió corroborar el sufrimiento psíquico originado en una condición ambigua, sea anatómica (pseudo hermafroditismo) o fruto de la no coincidencia entre genitalidad e identidad (transexualidad). El rol que ocupa el sufrimiento en la estructura argumental de ambos fallos expresa el peso de lo moral en los discursos públicos sobre el cuerpo. Didier Fassin (2003) analiza una forma de gobierno de los cuerpos en la que no se busca la adaptación de los cuerpos a un modelo de cuerpo sano y normal, sino que el cuerpo enfermo -o que sufre- es el recurso utilizado para reivindicar distintos tipos de derechos². Estos pueden implicar directamente al cuerpo –como el derecho a la salud- o bien, el sufrimiento puede ser invocado para la demanda del derecho al trabajo, a la vivienda o al reconocimiento legal de la propia identidad. El autor la caracteriza como una dinámica de biogitimidad. La herramienta principal de esta modalidad biopolítica es la “argumentación patética” (2003:203), es decir, un relato autobiográfico compuesto por distintos hitos vitales caracterizados por el infortunio³. Este relato, que en los fallos abordados se expone bajo la forma de testimonios o audiencias, tiene por objetivo invocar sentimientos morales que se articulan en una razón humanitaria de Estado.

Siguiendo a Fassin (2011), todo sentimiento moral se compone de razón y emoción. Los sentimientos humanitarios se caracterizan por crear la obligación de prestar asistencia a sujetos o colectivos desfavorecidos. Los atraviesa una tensión entre la dominación y la ayuda, ya que quien “ayuda” es quien tiene el poder de ayudar, mientras que quien es asistido, lo necesita para sobrevivir. Las acciones desencadenadas en virtud de la razón humanitaria tienen la capacidad de influir radicalmente en la vida de aquellos sujetos cuyas trayectorias

² Didier Fassin analiza extractos de solicitudes elevadas a la Dirección Departamental de Asuntos Sanitarios y Sociales de Seine-Saint Denis para solicitar el ingreso al Programa Fondo de Urgencia Social, política destinada a dar respuesta a las demandas del movimiento de desempleados y precarios (Fassin, 2003: 202).

³ El autor identifica cuatro “tópicos de infortunio”: necesidad, compasión, mérito y justicia (Fassin, 2003: 211-212).

están signadas por la precariedad y el único “capital” que detentan es el propio sufrimiento (Fassin, 2011; Butler, 2006).

Con posterioridad a estos fallos, la justicia argentina incorporó el discurso de los derechos del paciente para dar curso a los pedidos de autorización. Ello le permitió redefinir también los límites de la autonomía de decisión sobre el propio cuerpo.

3. La autonomía trans en clave bioética

La paulatina institucionalización al interior del campo judicial de una corriente afín a los derechos humanos permitió que en 2003 se autorizara la realización de una intervención quirúrgica feminizante a una persona asignada al sexo masculino al nacer. El fallo fue producido por el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires. A diferencia de los abordados anteriormente, se trató de una respuesta a una acción de amparo. Siguiendo al constitucionalista Daniel Sabsay (1997), la acción de amparo constituye una “acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales distintos de la libertad física (pues ella está protegida por el hábeas corpus)” (1997: 4). Con la incorporación de distintos tratados de derechos humanos al texto constitucional en 1994, se dio una ampliación de los derechos que en caso de verse vulnerados, pueden dar origen a una acción de amparo. Entre ellos, la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

El fallo marcó un quiebre en los esquemas argumentativos sostenidos anteriormente ya que el juez fundamentó su sentencia con los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Es decir, en la corriente principialista de la bioética⁴. A las voces expertas que aparecían en los fallos anteriores, se sumó el dictamen de un Comité de Bioética Ad Hoc. El mismo establecía que:

⁴ La bioética es una corriente que articula la ética y la aplicación el derecho. Comenzó a consolidarse en la década de 1960 en Estados Unidos en respuesta al avance de la biomedicina (las técnicas de trasplante de órganos, el desarrollo de la genética y las tecnologías de reproducción médicamente asistida, entre otras). Tiene como antecedente el Código de Núremberg de 1947 que estableció normas éticas para la realización de investigaciones médicas con seres humanos, en respuesta al accionar de los médicos al interior del régimen nazi (Digilio, 2004; Irrazábal, 2010). Una de las principales corrientes es la del principialista. Esta retoma el concepto kantiano de ética del deber y la ética utilitarista de John Stuart Mill (Ventura, 2010). Otra de las corrientes es la del personalismo, basada en los preceptos católicos de inicio y finalización de la vida y del ser humano en general (Irrazábal, 2010).

El valor más alto a proteger es el de Autonomía de la Persona, su proyecto de vida, seguido del de Beneficencia, atendiendo al conflicto de género manifestado desde su edad temprana, para que pueda reconstruir su identidad, procediendo al cambio de sexo civil (Fallo “C., A.M.”).

Siguiendo a Ventura (2010), la corriente principialista permite establecer un lenguaje moral sin recurrir a principios absolutos ni trascendentes como la ley divina o la ley natural. Sus principios armonizan con el lenguaje liberal de los derechos ya que presumen la existencia un sujeto jurídico capaz y responsable.

La definición de autonomía sostenida en estos principios se basa en la idea de que las personas tienen el derecho moral y legal de decidir sobre todo lo que refiera a su propia vida, siempre que sus elecciones no afecten directamente la vida de otros. Pero en los fallos analizados se pone de manifiesto que la capacidad de decisión autónoma por parte de las personas trans debía ser previamente reconocida como tal por peritos y jueces. Por experimentar un profundo sufrimiento psíquico, y frente a los presuntos riesgos (somáticos, psicológicos y sociales) asociados a las intervenciones de construcción corporal, las personas trans se constituyeron como sujetos de tutela para el escenario judicial. El sufrimiento y el riesgo fueron argumentos habilitantes para dar curso a los pedidos, pero al mismo tiempo permitieron poner en práctica todo un andamiaje de tecnologías de poder en el que la voluntad expresa de las personas trans para intervenir su propio cuerpo no era argumento suficiente para acceder a las mismas.

El juez recurrió a una audiencia con la solicitante, opción habilitada en el marco legal propio del amparo. En dicha ocasión, el juez tuvo acceso a su “angustiante situación”. La misma elaboró un relato de su historia de vida en el que afirmaba que a partir de los tres ó cuatro años de edad comenzó a identificarse con el género femenino y relató distintos hechos discriminación y hostigamiento que debió experimentar a lo largo de su vida, en particular durante su pasaje por las instituciones educativas. Es decir, un relato que seguía la estructura del infortunio a la que refiere (Fassin, 2003).

En base a estas pruebas documentales y recorrido argumental, el juez dio curso al amparo. Afirmó que la solicitante era “una persona autónoma (competente) y ‘capaz’ desde la óptica jurídica, (que) ha exteriorizado un consentimiento libre y esclarecido” (Fallo “C.A.M.”). La intervención quirúrgica tenía como fin adecuar el cuerpo a la verdadera

identidad. El juez dispuso que solo una vez realizada la intervención pudiera reconocerse legalmente su identidad autopercebida.

En esta misma línea, en 2007 el Juzgado de 1° Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, Provincia de Córdoba, autorizó a que se practique una intervención quirúrgica genital feminizante en una persona menor de edad. En una primera oportunidad el juez rechazó el pedido. Posteriormente, el Tribunal Casatorio revocó esa sentencia inicial y el juez debió reconsiderar su sentencia. La importancia del fallo reside en que el mismo innovó en el contenido del concepto de “competencia” en dos aspectos: en torno a la minoría de edad y al pedido de intervención quirúrgica.

El juez afirmó una idea de “competencia” que objetaba el concepto de tradicional de “capacidad jurídica” de niños, niñas, adolescentes y personas enfermas. Antes de la aprobación de la reforma del Código Civil de 2015, el derecho argentino establecía que la capacidad jurídica se adquiría al cumplirse la mayoría de edad a los dieciocho años de edad⁵. El juez concedió la excepción a dicha definición por tratarse de una persona “enferma”, al abrigo de las nuevas definiciones bioéticas de los derechos de los pacientes. Su argumental se sustentó en el pasaje de un régimen de “tutela” de menores e incapaces a una idea de “competencia” y “autonomía” de índole bioético. Por tratarse de decisiones referidas a la salud física, mental y al propio cuerpo, ponderó el principio bioético de autonomía y el derecho a la salud integral, al que definió como el completo bienestar personal, físico y social. Asimismo, definió a la competencia como:

La capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores (Fallo “C., J. A. y otra - solicitan autorización”).

El juez también recurrió a las pericias médicas, psiquiátricas y psicológicas. A estas miradas se sumaron los informes de un comité consultivo en prácticas médico-sanitarias y

⁵Con la aprobación y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial argentino de 2015 se modificó el régimen de capacidad civil de los y las menores. Quedó definida la minoría de edad hasta los dieciocho años, la mayoría de edad de más de dieciocho años y se estableció una regulación específica de adolescentes entre trece y dieciséis años en lo relativo a las prácticas médicas y los adolescentes de más de dieciséis años en lo relativo a las decisiones referidas al cuidado de su propio cuerpo.

bioéticas del poder judicial y una perito trabajadora social de la oficina de derechos humanos y justicia. Estos informes tenían por objeto determinar si la menor tenía la “capacidad” de brindar un consentimiento informado válido. El fallo también refería a distintos materiales de doctrina jurídica en los que se contemplaba el derecho a la identidad sexual como parte de la corriente de los derechos personalísimos y se ponderaban los daños y beneficios de las médicas en debate.

Las pericias establecieron el estado de necesidad que justificaba la autorización: el diagnóstico de “Trastorno de la identidad de género” según el DSM III y la CIE 10. Dicho diagnóstico requería corroborar el sentimiento de pertenecer al otro género, el uso temprano y persistente de vestimentas del sexo opuesto al asignado al nacer sin un sentido erótico y el desprecio hacia el comportamiento sexual homosexual. Luego, se ponderaron los riesgos en juego. A comparación de decisiones anteriores que contemplaban los riesgos somáticos y psicológicos de la operación, en este caso se incorporó la reflexión sobre los riesgos de no practicar la intervención quirúrgica solicitada. Frente a dos situaciones presuntamente inconvenientes —el sufrimiento psíquico asociado a la transexualidad y someterse a una cirugía genital irreversible- se inclinaron por autorizar aquella cuya negación representaría un mayor costo para el bienestar de la persona.

El último de los elementos probatorio fue el testimonio de la menor, resultado de una audiencia sostenida con el juez. En dicha entrevista se corroboró su capacidad de discernimiento y conocimiento de las características y posibles consecuencias de la intervención médica solicitada. A ello se sumó una minuciosa indagación de su corporalidad, disposición gestual, modales, trayectoria vital y deseos. En palabras del juez:

El joven se presentó a la entrevista correctamente alineado y aseado, con su cabello convenientemente arreglado, vistiendo prendas femeninas, y maquillado (sin exageraciones) como mujer. Su forma de desplazarse, sus movimientos, modales y gestos, se apreciaron delicados y típicamente femeninos. Relató las circunstancias de su vida desde su infancia, las distintas situaciones conflictivas por las que atravesó a medida que fue creciendo, el sufrimiento padecido debido a su permanente falta de adaptación al rol masculino, tanto en los juegos como en sus relaciones sociales (fundamentalmente en la escuela), y familiares (Fallo “C., J. A. y otra - solicitan autorización”).

Las expresiones “correctamente”, “convenientemente”, “típicamente”, “sin exageraciones” ponen de manifiesto que uno de los objetivos de la audiencia con la menor era corroborar que la feminidad que sería *completada* mediante la intervención era previamente encarnada –de modo “correcto”- por la persona. De este modo, el cuerpo se ubicó como requisito para el cambio registral. En la sentencia el juez determinó que le sería otorgado un DNI acorde a la identidad femenina recién luego de realizar la operación.

Innovando en esta línea de decisiones judiciales, en 2008 el mismo juzgado que en 2003 autorizó la realización de la cirugía feminizante, dio curso a un pedido de cambio registral de sexo y nombre. La estructura argumental, elementos probatorios y doctrinarios del fallo fueron similares a los anteriores, pero tuvo un aspecto diferencial respecto a los anteriores: no estableció como requisito para la rectificación legal, la realización de la cirugía.

Para elaborar su sentencia invocó los derechos sociales básicos (la igualdad y derecho a la no discriminación, derecho a trabajar, seguridad social y a la salud integral). También profundizó en la llamada corriente de derechos personalísimos, inherentes a la figura de la persona y la protección de su individualidad. Estos incluyen el derecho a la identidad personal, a la identidad sexual y a la verdad personal, al nombre propio, a la intimidad y a un proyecto personal de vida. Postulan la protección de todo aquello que atañe a la vida privada y la intimidad de las personas, siempre que su reconocimiento no afecte ni perjudique a terceros o al bien público. En torno a estos principios, y a la posibilidad de vincularlos con el pedido de la demandante, el juez afirmaba:

La persona es única e idéntica sólo a sí misma. La libertad permite a cada uno elaborar intransferiblemente su propio proyecto de vida, su existencia. La identidad personal, entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real (Fallo “L., T., acción de amparo”).

Como en los casos abordados anteriormente, la evaluación de la disposición corporal y gestual que la solicitante portaba constituyó un elemento probatorio de peso. Las pericias médicas arrojaron que la persona había alcanzado un estado de castración química como resultado de la ingesta de hormonas sintéticas sostenida en el tiempo. A los ojos del juez, la

imposibilidad de procreación biológica minimizaba los riesgos de que su decisión afectara a terceros.

El fallo fue analizado por (Cabral, 2008). Allí expuso que dicha decisión se sustentó en el hecho de que la solicitante ya “comparecía” como mujer en su cuerpo y gestualidad. Es decir, la decisión judicial se ancló en la evaluación de las características y disposiciones corporales, instituyendo al cuerpo como terreno donde radica y se ancla, en última instancia, la identidad de género. Cabral (2008) plantea interrogantes en los que pone de manifiesto el carácter dual y paradójico que ocupa el cuerpo en estas decisiones:

¿Qué tanto es necesario encarnar un hombre o una mujer standard para que la identidad de género de alguien sea legalmente reconocida? ¿Qué tan disponibles están los medios biotecnológicos capaces de producir esa encarnación? ¿Para quiénes, bajo qué condiciones, en qué circunstancias, con qué consecuencias? ¿De qué modo termina reforzando este orden de encarnación necesaria no sólo estereotipos corporales y biográficos, sino también patrones de dependencia respecto de la biotecnología médica, y condiciones desiguales de acceso a esa biotecnología? (Cabral, 2008, p. 4)

En base a lo expuesto, puede afirmarse que dos problemáticas atraviesan el contenido argumental de estos fallos: el *status* jurídico de la noción de naturaleza y las condiciones impuestas por el campo judicial para dotar de validez el consentimiento de las personas y reconocer su autonomía de decisión. Cierta noción de naturaleza se ubicó como pre-requisito para otorgar las autorizaciones de acceso a las cirugías genitales ya que era una condición natural considerada enfermedad la que configuraba el “estado de necesidad” que permitía otorgar las autorizaciones solicitadas. La corroboración pericial del diagnóstico médico de “Transexualismo” o “Trastorno de la identidad de género” operó como condición necesaria pero no suficiente para obtener la autorización. Los jueces debían constatar, también, una predisposición “natural” hacia el género en el que las personas reclamaban ser reconocidas. Por medio de audiencias y entrevistas, evaluaron el carácter de esas disposiciones corporales, actitudinales y gestuales, que debían acercarse lo más posible a la naturaleza masculina o femenina, aunque a ojos de los jueces, nunca lograban encarnarla plenamente.

La noción de autonomía invocada en los fallos en los que las solicitudes fueron concedidas se correspondía con la concepción que tiene de la misma la bioética principialista. Pero la “autonomía *trans*”, tal como fue definida y gestionada en el escenario judicial poseía

características propias. Según la corriente de la bioética principialista, la autonomía implica que las personas tienen el derecho moral y legal de decidir sobre todo lo que refiera a su propia vida, siempre que sus elecciones no afecten directamente las vidas de otros. En los fallos analizados se expresó que para ser reconocidas como autónomas, las decisiones corporales de las personas *trans* debían ser previamente reconocidas como tales por medio de mecanismos judiciales (pericias, testimonios, audiencias, etc.). Se instituyó judicialmente una autonomía limitada por encontrarse mediada, paradójicamente, por la mirada heterónoma de peritos y jueces.

4. Conclusiones

En el presente artículo abordé las respuestas judiciales a los pedidos para acceder a intervenciones quirúrgicas genitales por parte de personas *trans* en Argentina entre 1994 y 2008. A través del análisis de contenido cualitativo de una selección de fallos analicé los cambios en los argumentos y los discursos invocados por los/as operadores/as judiciales al evaluar las solicitudes. Hasta la sanción de la Ley de Identidad de Género en 2012, la autorización judicial era condición necesaria para que las personas pudieran acceder a las transformaciones corporales deseadas de modo legal. Para obtenerla, debían poner sus cuerpos y vivencias a disposición de peritos y jueces y así constituirlos como objeto de los discursos y prácticas del campo judicial.

En el primer conjunto de fallos analizados el reconocimiento a los pedidos requirió corroborar el sufrimiento psíquico originado en una “condición ambigua”, fruto de la no coincidencia entre genitalidad e identidad. Dicha condición debía adecuarse a los diagnósticos de Transexualismo o Trastorno de la Identidad de Género descrita en los manuales diagnósticos de circulación mundial (el DSM de la *American Psychiatric Association* y la CIE de la Organización Mundial de la Salud). El sufrimiento y el riesgo fueron los argumentos que permitieron autorizar los pedidos. La voluntad expresa de las personas *trans* para intervenir su propio cuerpo no era suficiente argumento para acceder a las mismas. A partir de la década del 2000, la justicia argentina incorporó el discurso de los derechos del paciente para dar curso a los pedidos de autorización. Los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia se solaparon con los discursos del diagnóstico y el sufrimiento. La

definición de autonomía sostenida en estos principios se basaba en la idea de que las personas tendrían el derecho moral y legal de decidir sobre su propia vida, siempre que sus elecciones no afecten directamente la vida de otros. En los fallos analizados la capacidad de decisión autónoma y la competencia para brindar un consentimiento informado válido por parte de las personas *trans* debía ser previamente reconocida como tal por peritos y jueces.

La aprobación de la Ley 26.743 de Identidad de Género en mayo de 2012, elaborada y demandada por el conjunto de organizaciones *trans* de Argentina desarticuló el régimen jurídico de autonomía tutelada de las personas trans al reconocerles su plena competencia para decidir sobre su identidad legal. La Ley legaliza las prestaciones médicas que tengan por objetivo adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida, incluyendo la intervención quirúrgica de la genitalidad. De este modo le quita al campo judicial la potestad para evaluar el acceso a las intervenciones quirúrgicas. Dicha función queda ahora en manos del campo médico con sus propias lógicas, mecanismos y tramas argumentales, en diálogo y tensión con las demandas del activismo *trans* local y global.

Documentos

“C. J. A. y otra - solicitan autorización”: Juzgado de 1º Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores. Sentencia del 21 de septiembre del 2007.

“C.A.M.”: Juzgado de 1º Instancia en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata. Sentencia del 6 de octubre de 2003.

“L. T., acción de amparo”: Juzgado de 1º Instancia en lo Criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata. Sentencia del 10 de abril de 2008.

“L., J. C.”: Cámara 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás. Sentencia del 11 de agosto de 1994.

“M. M.”: Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 de Quilmes. Sentencia del 15 de mayo de 1997.

Ley N° 17.132 de Ejercicio de la Medicina. B. O.: 31/01/1967

Ley N° 26.743 de Identidad de Género. B. O.: 09/05/2012

Farjii Neer, A. **El campo judicial frente a la construcción corporal *trans* reconstruir para construir. Debates públicos sobre la tutela y la autonomía.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 166-182. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Bibliografía

- Abela, J. A. (2002). *Las técnicas de análisis de contenido: una revisión actualizada*. Fundación Centro de Estudios Andaluces.
- Butler, J. (2006). *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*. Barcelona: Paidós.
- Cabral, M. (2008). Comparecer—un comentario. *línea*. [Consulta: 4 /10/2013]. Disponible en: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/artigo_comparecer.pdf.
- Digilio, P. (2004). Los comités hospitalarios de bioética en Argentina y las implicancias de sus funciones para las políticas de Salud. *Buenos Aires: CEDES*.
- Fassin, D. (2003). Gobernar por los cuerpos, políticas de reconocimiento hacia los pobres y los inmigrantes en Francia. *Cuadernos de antropología social*, (17), 49–78.
- Fassin, D. (2011). *Humanitarian reason: a moral history of the present*. Univ of California Press.
- Irrazábal, G. (2010). Bioética y catolicismo: dificultades en torno a la constitución de una identidad colectiva. *Religião & Sociedade*, 30(1), 101–116.
- Raymond, E. (2005). La Teorización Anclada (Grounded Theory) como Método de Investigación en Ciencias Sociales: en la encrucijada de dos paradigmas. *Cinta de Moebio*, (23).
- Sabsay, D. (1997). El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos. *Abregú M, Courtis Ch.(comps.). La aplicación de tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 229–45.
- Strauss, A. L., Corbin, J., & Zimmerman, E. (2002). *Bases de la investigación cualitativa: técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Universidad de Antioquia Medellín.
- Ventura, M. (2010). *A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: EdUERJ.