

“‘Derecho’ a la identidad de género”: Análisis normativo y perspectiva iusfilosófica.¹

Anaía G. Pastore²

Sinopsis: I.- Panorama normativo actual: Ley 26.743 y Decreto 1.007/2012. A) **Análisis descriptivo.** B) **Análisis crítico.** 1) Sentimiento individual: ¿fundamento de un pretendido “derecho subjetivo”? 2) Sexo – género: ni intercambiables ni independientes. 3) Contradicción lógica insuperable: “derecho al libre desarrollo de la personalidad” a cargo del sistema de salud. 4) Particular estado de vulneración del niño en el seno de las familias afectadas. a) Desorden de identidad sexual en la infancia. b) ¿Mamá varón – Papá mujer? Algunas consideraciones ineludibles para dilucidar el interés superior del menor. II.- **Trasfondo iusfilosófico: identificación de tópicos pertinentes.** A) **Origen y significado del término “autodeterminación”.** B) **Autodeterminación, autonomía y libertad: incidencia en la relación moral-derecho y en la fundamentación del derecho subjetivo.** C) **Incoherente generación de nuevos derechos derivados de la despenalización.** D) **Consecuencias de la imposición de una perspectiva iusfilosófica desconectada de la realidad en la génesis de los derechos subjetivos.** Epílogo.

I.- Panorama normativo actual: Ley 26.743 y Decreto 1.007/2012.

A) **Análisis descriptivo.**

La ley 26.743 instituye un “derecho subjetivo”, con entidad de derecho humano fundamental³, a la “identidad de género” -comprensivo del reconocimiento de esa identidad, el libre desarrollo de la personalidad consecuente y la identificación registral y trato acordes- (art. 1) expresado en un sentimiento referencial de “la vivencia interna e individual del género” que no necesariamente debe ser contraria al sexo asignado al momento del nacimiento. El estándar normativo incluye la autopercepción corporal, la vestimenta, el modo de hablar y los modales, sin condicionamiento alguno a la modificación de la apariencia o función corporal por medios farmacológicos o quirúrgicos (art. 2).

¹ Publicado en El Derecho, 28/08/2012, Nro. 13.067, pp. 1-5.

² Abogada, Profesora Adjunta de Filosofía del Derecho, Profesora Asistente de Derecho de Familia y de Derecho Sucesorio, Facultad de Derecho, UCA. analia_pastore@yahoo.com.

³ Cualidad ésta expresamente atribuida por la Ley 26.743 en su art. 13 y referida en tres ocasiones en los considerandos del Decreto 1.007/2012, y en la norma del art. 5 en cuanto alude al mencionado art. 13.

Su ejercicio se circunscribe a la posibilidad de solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre e imagen (art. 3).

Para ello se requiere la mayoría de edad o, en su defecto, la intervención de los representantes legales del menor con su expresa conformidad y asistencia del abogado del niño (art. 5), y la presentación –gratuita y personal (art. 6)- de una solicitud en el Registro Nacional de las Personas u oficina seccional que corresponda, manifestando encontrarse amparado por esta ley e indicando el nombre de pila elegido (art. 4). Para el supuesto que el o los representantes legales del menor se negaran o no pudieran prestar consentimiento, éste podría ser suplido por autorización judicial otorgada en trámite sumarísimo (art. 5).

En cuanto al modo de formalizar la solicitud, a través del Consejo Federal de Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas, se invita a las jurisdicciones locales a establecer un formulario único de solicitud simplificado así como los requisitos de reconocimiento de solicitudes presentadas en otra jurisdicción (art. 2, Dec. 1.007/2012).

Cumplidos tales recaudos se dispone que el oficial público notifique de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que emita una nueva partida y expida el correspondiente documento nacional de identidad, en ninguno de los cuales podrá hacerse referencia alguna a la ley (art. 6) ni a normas de carácter local que permitan inferir el cambio de género efectuado (art. 4, Dec. 1.007/2012).

La rectificación del sexo y el cambio de nombre son oponibles desde su inscripción registral advirtiéndose sobre la inalterabilidad de la titularidad de derechos y obligaciones que pudieran corresponderle al sujeto con anterioridad a aquella, y destacando que las relaciones propias del derecho de familia se mantendrán inmodificables (art. 7).

Se atribuye relevancia al número del documento nacional de identidad por sobre la apariencia morfológica o el nombre de pila (art. 7). Sin embargo, cuando el solicitante poseyera una matrícula documentaria determinada por la combinación número-sexo femenino/masculino, se prevé la asignación de una nueva matrícula identificatoria por parte de la Dirección Nacional del Registro de las Personas (art. 8, Dec. 1.007/2012).

La posibilidad de solicitar nuevamente la rectificación registral no encuentra otro límite que la exigencia de contar con autorización judicial previa (art. 8).

Se impone un manto de confidencialidad sobre el acta de nacimiento originaria y la propia rectificación registral de sexo y cambio de nombre que sólo puede ser corrido por su titular o, exclusivamente en el primer caso, por orden judicial escrita y fundada (art. 9). La reglamentación hace extensible el secreto a los legajos de identificación del Registro Nacional de las Personas (art. 10, Dec. 1.007/2012).

La expedición del nuevo documento nacional de identidad debe ser informada por el Registro Nacional de las Personas al Registro Nacional de Reincidencia, a la Secretaría del Registro Electoral correspondiente (art. 10), a la Inspección General de Justicia y al Banco Central de la República Argentina (art. 11, Dec. 1.007/2.012).

Bajo el título “Derecho al libre desarrollo personal”, con el fin de garantizar el goce de la salud integral, se incluyen en el Programa Médico Obligatorio los tratamientos hormonales y quirúrgicos, totales o parciales, tendientes a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida imponiendo su financiamiento al sistema de salud público y privado (art. 11). Cuando se tratare de menores de edad, se deberá contar con autorización judicial concediéndose a tales efectos un plazo de sesenta días contados desde la presentación de la solicitud (art. 11).

Cuando las personas utilicen un nombre de pila distinto al consignado en el documento nacional de identidad, si así lo requirieran, deberá respetarse el nombre elegido no pudiendo reproducirse el del documento ni ser públicamente nombrada por este último (art. 12).

El decreto reglamentario extiende de modo cuestionable los alcances de la ley al prever la posibilidad de que los extranjeros que no tengan sus partidas de nacimiento rectificadas en el país de origen obtengan, de todos modos, un nuevo documento nacional de identidad con el cambio de nombre y sexo preferido por el solicitante. Para ello sólo se requiere que cuenten con residencia legal permanente en el país, Documento Nacional de Identidad para extranjeros y expliquen los motivos por los cuales no pudieron obtener la rectificación de sexo en su país de origen. Entonces, el Registro Nacional de las Personas debe comunicar la opción de cambio de nombre y sexo a la Dirección Nacional de Migraciones para que, una vez formalizadas las modificaciones requeridas, aquél organismo proceda a la emisión de la nueva documentación que sólo tendrá validez en nuestro país (art. 8, Dec. 1.007/2012).

El “derecho” a la “identidad de género” resulta, finalmente, entronizado con categoría de supra derecho al decretarse que ninguna norma o procedimiento podrá afectarlo, siquiera limitando o restringiendo su ejercicio (art. 13).

B) Análisis crítico.

1) Sentimiento individual: ¿fundamento de un pretendido “derecho subjetivo”?

La normativa en estudio instituye una facultad subjetiva con categoría de derecho humano fundamental en base a un sentimiento cuya exteriorización, formalizada mediante la presentación de una solicitud ante la autoridad competente, se reconoce con entidad suficiente para lograr el inmediato efecto de modificar su sexo y nombre registral. La instauración jurídica de un determinado sentir individual como causa eficiente de un “derecho subjetivo” resulta inédita.

Se trata de una facultad subjetiva puesta por el ordenamiento jurídico con carácter de cualidad inherente al individuo en virtud de la cual puede exigir de los demás que no interfieran en su propia autonomía o autodeterminación personal así como que soporten de modo solidario su costo social y económico. Consecuencia de ello es que su existencia dependa exclusivamente de la norma que la instituye, que no resulte posible relacionar su fundamento con el derecho objetivo ni con el bien de la sociedad y que su finalidad se agote en la satisfacción de un interés claramente individual que no parece reconocer límites.

Este “derecho” a la identidad de género aparece así puesto por el Estado con entidad de derecho subjetivo imponiendo a quienes corresponda sus correlativos deberes y reconociendo un fundamento exclusivamente normativo (positivismo normativista) aunque con una clara y evidente pretensión de ligar su validez a exigencias derivadas de derechos fundamentales.

2) Sexo – género: *ni intercambiables ni independientes.*

Se confunden las nociones de “género” y “sexo” plasmándolas como intercambiables e independientes. A la autopercepción de una cierta identidad de género se le reconoce jerarquía suficiente para habilitar la rectificación del sexo.

Los términos “sexo” y “género” significan realidades diferentes aunque interrelacionadas. Veamos.

La noción de sexo expresa una realidad compleja que se presenta como un hecho integrado por distintos elementos estrechamente vinculados: cromosómico, gonadal, hormonal, genitales internos, genitales externos, cerebral, psicológico, caracteres secundarios, y social o jurídico. Su armoniosa conjunción y concordancia es presupuesto del sano equilibrio sexual que depende, a la vez, de una constante y normal convergencia de tales factores constitutivos del sexo.⁴

El término género, en cambio, proveniente del campo de la literatura, se aplicó a partir de los años sesenta a la psicología y a la antropología. Mientras el sexo es biológico, el género es una construcción cultural correspondiente a los roles o estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos. Se ha mostrado una palabra adecuada para discernir entre los aspectos biológicos -"lo dado"-, y los factores culturales -"lo construido"-.⁵

De este modo, representa la expresión humana libre basada en la identidad sexual biológica, masculina y femenina, de uso apropiado para describir los aspectos

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992, p. 304.

⁵ MARCUELLO, Ana Carmen y ELÓSEGUI, María, “Sexo, género, identidad sexual y sus patologías”, *Cuadernos de Bioética*, Nro. 39, pp. 459-477.

culturales que rodean la construcción de las funciones del varón y de la mujer en un contexto social determinado. Esto no significa que las funciones se construyan a voluntad sino que, además de no ser impuestas arbitrariamente, son válidas en la medida que se hallen arraigadas a lo biológico resultando una cierta diversidad de roles como expresión de lo específicamente masculino o femenino.

Como venimos sosteniendo, podría concederse que la perspectiva de género es adecuada para describir los aspectos culturales que rodean la construcción de las funciones masculinas y femeninas en el contexto social. En tanto los sexos son necesariamente varón o mujer, las funciones atribuidas culturalmente a cada sexo pueden ser, en algunos aspectos, indiferentes y en tal medida intercambiables. Si bien el género en alguna de sus dimensiones se fundamenta en el sexo biológico, en otras muchas depende de los estereotipos formados por el grupo social, las costumbres o la educación.

Sin embargo, no todos los estereotipos sociales atribuidos a los dos sexos son siempre indiferentes sino que algunos de ellos tienen una mayor raigambre o base biológica, de manera que no son una mera construcción cultural cambiante, sino que están inexorablemente unidos a la diferenciación sexual. Así, no es lo mismo ser padre que madre a la hora de educar a los hijos, ambos son insustituibles, complementarios y no intercambiables; por tanto, tan perjudicial sería la desaparición de la figura de la madre, como la carencia de la figura del padre.⁶

Desde esta interpretación, podemos encontrar en la teoría del género una cierta utilidad al momento de delimitar el alcance del determinante biológico, del cual no es posible desentenderse, y establecer dónde empieza lo cultural, que sí es cambiante. Lo que no es admisible es sustituir la idea de sexo por la de género con la finalidad de diluir la determinación biológica dual y suplirla por una más conveniente y moldeable construcción individual y social de la masculinidad y feminidad pero extraña a la naturaleza propiamente humana.

3) Contradicción lógica insuperable: “derecho al libre desarrollo de la personalidad” a cargo del sistema de salud.

La delimitación e identificación de los sujetos legitimados al ejercicio de este “derecho” no reconoce fronteras claras. Parece tan evidente la inclusión de quienes padecen trastornos de la identidad sexual como que no se agota ni limita a ellos.

La norma refleja una ideología despatologizadora de los trastornos de identidad sexual que desconoce las categorizaciones diagnósticas propuestas en el ámbito

⁶ Más adelante veremos de qué modo perjudicial incide en el desarrollo del niño la ausencia de un padre o de una madre.

científico.⁷ La voluntad del solicitante es asumida como mera exteriorización de un sentimiento individual que se muestra inmune a cualquier test de voluntariedad. La autonomía de este particular estado emotivo, esencialmente etéreo y mudable, aparece sustituyendo la intervención de galenos competentes en la comprobación del trastorno –del que la norma no habla-.

Ello viene de la mano de la reversibilidad de la rectificación de sexo y cambio de nombre que sólo deberá sortear la obtención de autorización judicial sin que podamos imaginarnos, en este contexto, bajo qué circunstancias y con qué fundamentos podría un juez denegarla.

La cuestión se torna bien sombría cuando como “derecho al libre desarrollo de la personalidad” se impone el financiamiento de los tratamientos quirúrgicos y hormonales al sistema de salud, a través de sus efectores públicos y privados. La inclusión forzada de este derecho como subespecie del derecho a la salud incorporando aquellos tratamientos al Programa Médico Obligatorio genera una injustificada carga económica en la sociedad que denota la edificación de un “derecho subjetivo” absoluto e ilimitado que no reconoce fronteras en el otro, individual ni social.

Cómo se justifica la inclusión de estos “tratamientos”, en tanto realización del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el Programa Médico Obligatorio sin que medie constatación de enfermedad alguna, ni reconocimiento legal de la calidad de paciente, ni intervención médica apropiada que los recomiende o prescriba como la mejor terapéutica. En otras palabras, por qué el costo económico de este particular modo de hacer lo que se me venga en gana sin que nadie pueda intervenir para impedirlo será imputado a cuenta de toda la sociedad. De qué manera se estaría contribuyendo a la consecución del bien común es la pregunta ineludible que, sin embargo, no encuentra respuesta.

4) Particular estado de vulneración del niño en el seno de las familias afectadas.

La afectación de derechos de terceros, aunque se digan resguardados, es una lógica consecuencia, con especial repercusión y gravedad en las relaciones de familia cuya existencia debería condicionar el despliegue de la propia libertad, máxime cuando lo que está en juego es el bienestar de los niños.

Piénsese tan sólo que la norma no exige que el solicitante no esté casado, ni que sea estéril o incapaz de procrear, ni que carezca de descendencia; al tiempo que el control judicial ha quedado remotamente reducido a los supuestos en que los representantes legales no puedan o no quieran prestar consentimiento para la

⁷ *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales) cuya cuarta edición (DSM-IV) corresponde al año 1994 con texto revisado en el año 2000, Asociación Americana de Psiquiatría; y *Internacional Classification of Diseases* (Clasificación Internacional de Enfermedades), ICD-10.

rectificación sexual y cambio de nombre del menor –en cuyo caso vendrá a suplirlo- o se solicite su intervención quirúrgica de “cambio de sexo” –no resultando claro en qué circunstancias podría denegar la conformidad requerida por la ley-, además del caso de rectificación antecedente.

Se advierte, entonces, que los niños podrían ser pasibles de una doble afectación de derechos fundamentales hallándose comprometidos sus intereses primordiales: cuando fueran llevados por sus representantes legales al ejercicio de estos derechos a la identidad de género y al libre desarrollo de la personalidad, y cuando fueran hijos de quienes requieran la rectificación de nombre y sexo o los tratamientos hormonales y quirúrgicos de “cambio de sexo”.

En uno y otro caso, como veremos enseguida, el niño se encontraría expuesto a un estado de extrema vulnerabilidad en el seno de su propia familia, ámbito en el que normalmente debería encontrar resguardo, contención, seguridad y estabilidad física, afectiva y espiritual.

a) Desorden de identidad sexual en la infancia.

El efecto más atemorizante de la aplicación de esta ley es que la sexualidad de los niños se haya convertido en un bien disponible para sus representantes legales y la autoridad judicial, al extremo de poder someterlo a tratamientos hormonales y quirúrgicos de “cambio de sexo” sin que la norma prevea condicionamiento alguno, ni siquiera el cumplimiento de determinados recaudos médicos, todo lo cual adquiere una gravedad espeluznante apenas ahondamos en la génesis de los trastornos de identidad sexual.

No puede obviarse en este punto la probada influencia que el entorno familiar en la crianza de los niños tiene en la etiología del trastorno psicosexual. Parecería entonces inadmisibles que los mismos actores que en el ámbito intrafamiliar influyeron en la génesis del trastorno sean quienes se hallen facultados para disponer sobre la maltrecha sexualidad del niño.

Se ha comprobado que ciertas variables familiares inciden en el grado de trastorno de la identidad sexual, enfocándose en una primera etapa del análisis en los padres⁸, la figura paternal sustituta y los modelos masculinos disponibles a los niños

⁸ BILLER, H.B., *Paternal Deprivation*, Lexington, Mass: D.C. Heath, 1974; HAMILTON, M.L., *Father's Influence on Children*, Chicago: Nelson- Hall, 1977; LAMB, M.E. (Editor), *The Role of the Father in Child Development*, New York: Wiley, 1976; MEAD, S.L. y REKERS, G.A., “The role of the father in normal psycho-sexual development”, *Psychological Reports*, 1979, 45, pp. 923-931; REKERS, G.A., “Fathers at home: Why the intact family is important to children and the Nation”, *Persuasion at Work*, C.V. Mosby Publishing Company, 1986, 9(4), pp. 1-7; REKERS, G.A., “Development of problems in puberty and sex roles in adolescence”, Invited chapter in C.E. Walker & M.C. Roberts (Eds.), *Handbook of clinical child psychology: Second edition*, New York: John Wiley and Sons, 1992, pp. 606-622.

que demuestran un desarrollo de rol masculino inadecuado.⁹ La literatura sobre el desarrollo psicosexual en los niños revela que el padre es la figura parental que más incidencia tiene en la generación de comportamientos sexuales apropiados en la familia.¹⁰

También se ha constatado que el deseo del semejante que se hace cargo de asistir al niño en su desamparo inicial resulta ser muchas veces más poderoso que la realidad tangible del cuerpo. Como nacemos en una red vincular, nuestro ser es de algún modo el efecto de nuestra particular respuesta a las expectativas, deseos y proyectos identificatorios de nuestros cuidadores. Respondemos a los mensajes cifrados que ellos transmiten sin advertirlo y construimos nuestra subjetividad de acuerdo o en desacuerdo con ellos, o sea, mediante identificaciones amorosas u hostiles.¹¹

En este entramado es posible conjeturar que la claudicación materna en su función remite nuevamente al duelo temprano experimentado por el niño, como un factor eficaz en el origen de los trastornos de identidad sexual. El dolor psíquico ante las pérdidas irreparables en ocasiones enloquece a quien lo sufre y los niños criados en ese contexto buscan, de algún modo, ser semejantes a lo que su otro primordial desea, o devenir ellos mismos en ese otro, cuando el objeto del apego primario ha resultado inaccesible.¹²

Los trastornos de identidad sexual se presentan, en ocasiones, como la mejor respuesta que el sujeto ha podido elaborar ante condiciones intersubjetivas adversas. En los casos de transexualismo es posible identificar también como una de las circunstancias determinantes la eficacia de los duelos no elaborados. En los casos de transexuales nacidos varón, se ha descrito la identificación melancólica con una madre severamente deprimida.¹³ Esta identificación tiene un efecto feminizante en el

⁹ REKERS, George A. (Ph.D.), "Gender Identity Disorder", *The Journal of Family and Culture*, Vol. II, No. 3, 1986. Disponible en *LeadershipU website*, en versión actualizada por el autor el 12/07/2002.

¹⁰ MEAD, S. L. y REKERS, G. A., "The role of the father in normal psycho-sexual development", en *Psychological Reports*, 1979, 45, pp. 923-931.

¹¹ MELER, Irene, "Acerca del transexualismo: el deseo del otro en la construcción del sujeto", Documento Ciudadanía Sexual, Junio 2004, disponible en <http://www.ciudadaniasexual.org/publicaciones/DOC.%20ACERCA%20DEL%20TRANSEXUALISMO.pdf>. (16/05/2012).

¹² MELER, Irene, "Acerca del transexualismo: el deseo del otro en la construcción del sujeto", Documento Ciudadanía Sexual, Junio 2004, disponible en <http://www.ciudadaniasexual.org/publicaciones/DOC.%20ACERCA%20DEL%20TRANSEXUALISMO.pdf>. (16/05/2012).

¹³ GRAÑA, Roberto, *Além do Desvio Sexual - Teoria, clínica, cultura*, Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. ROIPHE, H. y GALENSON, E., "Infantile origins of disturbances in sexual identity", *Frontiers of Infant Psychiatry*, vol. II, 1984. Ambos citados en MELER, Irene, "Acerca del transexualismo: el deseo del otro en la construcción del sujeto", Documento Ciudadanía Sexual, Junio 2004, disponible en <http://www.ciudadaniasexual.org/publicaciones/DOC.%20ACERCA%20DEL%20TRANSEXUALISMO.pdf>. (16/05/2012).

niño que se transforma de modo imaginario en su propia madre ante la claudicación psíquica de ésta.¹⁴

En la misma línea, expertos en el tratamiento del desorden de identidad sexual en niños señalan que la ambivalencia parental es, en la mayoría de los casos, parte del problema cuando los padres ignoran o excusan problemas obvios.¹⁵ Se han constatado altos niveles de psicopatologías entre los padres de niños con GID¹⁶ a quienes se los describe como niños problemáticos provenientes de hogares con serios problemas.¹⁷

Finalmente, no puede dejar de destacarse que, según lo señalan los especialistas, el desorden de identidad sexual en la niñez es una condición tratable resultando importante la intervención temprana no sólo para evitar el posterior deseo de “cambio de sexo” sino para prevenir el sufrimiento, la infelicidad y el aislamiento que experimentan los niños que atraviesan esta experiencia.¹⁸

Las intervenciones preadolescentes para el tratamiento y reversión del trastorno de identidad sexual en la niñez se han reportado muy positivas describiéndose una considerable cantidad de niños que con ayuda de sus familias logran grandes cambios llegando a resolver completamente el trastorno. Desafortunadamente, también se ha evidenciado que los padres son bastante reacios a participar del proceso y que si el trastorno no es tratado en la niñez es mucho más difícil su tratamiento durante la adolescencia, particularmente si el adolescente cree que la reasignación sexual es la solución.¹⁹

b) ¿Mamá varón – Papá mujer?. Algunas consideraciones ineludibles para dilucidar el interés superior del menor.

En este punto hay dos cuestiones primordiales a considerar. En primer lugar, si mamá y papá contribuyen en la crianza y desarrollo de los niños de modo

¹⁴ MELER, Irene, “Acerca del transexualismo: el deseo del otro en la construcción del sujeto”, Documento Ciudadanía Sexual, Junio 2004, disponible en <http://www.ciudadaniasexual.org/publicaciones/DOC.%20ACERCA%20DEL%20TRANSEXUALISMO.pdf>. (16/05/2012).

¹⁵ ZUCKER, Kenneth y BRADLEY, Susan, *Gender Identity Disorder and Psychosexual Problems in Children and Adolescents*, New York: Guilford Publications, 1995, p. 73, citado en FITZGIBBONS, Richard P., “The Desire for a sex change”, *Ethics & Medics*, October 2005, Volume 30, p. 10.

¹⁶ BRADLEY, Susan y ZUCKER, Kenneth J., “Drs. Bradley and Zucker Reply,” *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 37.3 1998, pp. 244–245.

¹⁷ ZUCKER, Kenneth J. et al., “Psychopathology in the Parents of Boys with Gender Identity Disorder,” *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 42.1, January 2003, pp. 2–4.

¹⁸ FITZGIBBONS, Richard P., “The Desire for a sex change”, *Ethics & Medics*, October 2005, Volume 30, p. 10.

¹⁹ ZUCKER, Kenneth J. y BRADLEY, Susan J., *Gender Identity Disorder and Psychosexual Problems in Children and Adolescents*, New York: Guilford Press, 1995, p. 282, citado en FITZGIBBONS, Richard P., SUTTON, Philip M. y O’LEARY, Dale, “The Psychopathology of ‘Sex Reassignment’ Surgery”, *The National Catholic Bioethics Quarterly*, Spring 2009, pp. 97-125.

específicamente insustituible e intercambiable; y en segundo lugar, si el proceso de “cambio de sexo” parental afecta negativamente la vida de los hijos. En ambos casos, las respuestas se tornarán en directrices ineludibles al momento de contextualizar para luego dilucidar el contenido que haga particularmente operativo el principio del interés superior del menor.

Madres y padres desempeñan roles diferentes pero igual de necesarios en la vida de los niños. Los aspectos complementarios que la parentalidad aporta en la crianza de los niños, fundados en la diferencia sexual innata, no pueden ser arbitrariamente sustituidos sin afectar el bienestar de los menores.

A partir del modelo parental los niños aprenden acerca de las diferencias entre lo masculino y femenino.²⁰ Al mismo tiempo, la complementariedad derivada de la dualidad sexual constitutiva de la parentalidad es observable por los niños en la diferencia de estilos parentales. Así, las madres se muestran usualmente más flexibles, cálidas y comprensivas, en tanto que los padres suelen ser más directivos, consistentes y predecibles; la forma en que se produce el contacto físico con los niños, asociado con la maternidad y la paternidad, también muestra estilos diferentes. Las madres usan el contacto físico para calmar, tranquilizar y brindar confort a los niños, en tanto que en los padres suele estar más frecuentemente vinculado con el juego y la estimulación.²¹ La contribución específicamente paterna hace su impronta en el modo de jugar con los niños²², en el grado de resistencia al estrés²³ así como en la forma de impartir disciplina²⁴.

²⁰ BAUMRIND, D., “Are androgynous individuals more effective persons and parents?”, *Child Development*, 53, 1982, pp. 44-75; BAUMRIND, D., “The influence of parenting style on adolescent competence and substance use”, *Journal of Adolescence*, 11, 1991, pp. 59-95; GREENBERGER, E., “Defining psychosocial maturity in adolescence”, en KAROLY, P. y STEFFANS, J. J. (Eds.), *Adolescent behavior disorders: foundations and temporary concerns*, Lexington, MA: Lexington Books, 1984. Todos citados en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

²¹ ROSSI, A. S., “Parenthood in transition: From lineage to child to self-orientation”, en LANCASTER, J. B., ALTMAN, J., ROSSI, A. S. y SHERROD, L. R., eds., *Parenting across the life span: Biosocial dimensions*, New York: Aldene de Gruyter, 31-81; YOGMAN, M. W., “Development of the father-infant relationship”, en FITZGERALD, H. E., LESTER, B. M. Y YOGMAN, M. W., eds., *Theory and research in behavioral pediatrics*, New York: Plenum Press, 1982; SHAPIRO, J. L., “Letting dads be dads”, *Parents*, June, 1994, pp. 165-168. Todos citados en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

²² CLARK-STEWART, K. A., “The father’s contribution to children’s cognitive and social development in early childhood”, en PEDERSE, F. A., ed., *The father-infant relationship: observational studies in the family setting*, New York: Praeger, 1980, citado en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

²³ DIENER, M. L., MANGELSDORF, S. C., MCHALE, J. L. y FROSCH, C. A., *Infancy*, 3 (2), 2002, pp. 153-174, citado en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

²⁴ GILLIGAN, C., *In a different voice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1994, citado en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

De allí que madres y padres no resulten intercambiables. La presencia de ambos es claramente importante no sólo por la especialidad de las contribuciones maternas y paternas sino, además, por la naturaleza complementaria de esos aportes.²⁵ En la dimensión afectiva, la interrelación paterno-filial se edifica sobre el amor cualitativamente diferente que la madre y el padre brindan al niño, resultando para él necesario el balance complementario de ambos tipos de amor parental.²⁶

Se han podido comprobar, también, las consecuencias dañosas de la ausencia del padre vinculándolas con embarazo adolescente, abuso infantil, violencia doméstica²⁷, y autopercepción de inferioridad en competencias cognitivas y físicas²⁸. De igual modo, se ha reunido evidencia sobre los efectos negativos de la carencia de madre, llegando a constatarse la necesidad de los niños de construir una figura materna con quien representar la relación materno-filial.²⁹

Así dilucidada la primera cuestión, aún queda por evaluar de qué modo impacta sobre los niños el hecho de que su madre o padre se someta a un proceso de “cambio de sexo”. Si bien no abundan estudios empíricos que hayan analizado el bienestar de los hijos de personas transexuales, se han hecho algunas teorizaciones sobre el desarrollo de hijos de transexuales nacidos antes del proceso de “cambio de sexo” describiéndose la presencia de problemas relacionados con la ruptura familiar o el proceso mismo del progenitor. Algunos estudios han mostrado que la adaptación al cambio de los padres se agrava en conflictividad cuanto mayor es la edad del hijo y que empeora proporcionalmente al nivel de conflicto familiar suscitado por el “cambio de sexo” parental.³⁰

²⁵ BILLER, H., *Fathers and families: Paternal factors in child development*, Westport, CT: Auburn House, 1993, citado en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

²⁶ HANSEN, Trayce, Ph. D., “Love Isn’t Enough: 5 Reasons Why Same-Sex Marriage Will Harm Children”, disponible en www.drtraycehansen.com.

²⁷ BLANKENHORN, D., *Fatherless America: Confronting our most urgent social problem*, New York: Basic, 1995; MASSER, A., “Boys’ father hunger: The missing father syndrome”, *Medical Aspects of Human Sexuality*, 23(1), 1989, pp. 44-50. Ambos citados en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

²⁸ GOLOMBOK, S., TASKER, F. y MURRAY, C., “Children raised in fatherless families from infancy: Family relationships and the socioeconomic development of children of lesbian and single heterosexual mothers”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 38, 1997, pp. 783-791, citado en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

²⁹ EISOLD, B., “Recreating mother: The consolidation of heterosexual gender identification in the young son of homosexual men”, *American Journal of Orthopsychiatry* 68:3, 1998, pp. 433-442, citado en BYRD, A. Dean, Testimony in English Court Case Regarding Same-Sex Adoption, January 2007, Sheffield Employment Tribunal, www.narth.com/docs/byrdtestimony.pdf.

³⁰ FREEDMAN D., TASKER F. y DI CEGLIE D., “Children and adolescents with transsexual parents referred to a specialist gender identity development service: A brief report of key developmental features”, *Clinical Child Psychology & Psychiatry*, 2002, pp. 423-432; WHITE T. y ETTNER R., “Disclosure, risks and protective factors for children whose parents are undergoing a gender transition”, *J Gay & Lesbian Psychother*, 2004, 8, pp. 129-145; WHITE T. y ETTNER R., “Adaptation and adjustment in children of transsexual parents”, *Eur Child Adolesc Psychiatry*, 2007, 16, pp. 215-221; DU ROCHER SCHUDLICH T.

Hemos podido constatar, entonces, que los aportes diferentes y complementarios de madres y padres, así como el tránsito por un proceso de “cambio de sexo” parental no son para nada indiferentes al bienestar de los niños quienes, muy por el contrario, resultan afectados negativamente en su desarrollo psicoafectivo cuando son privados de los primeros o compelidos a participar en el proceso de “cambio sexual” de alguno de sus progenitores. Este dato es sumamente valioso e ineludible para elucidar el mejor interés del niño, estándar jurídico rector en la materia.

II.- Trasfondo iusfilosófico: identificación de tópicos pertinentes.

Como no hay concepción de la justicia –ni del derecho- que no responda a una determinada antropología, y a diversas concepciones antropológicas corresponden distintas valoraciones y entendimientos de los derechos³¹, intentaremos ahora desentrañar críticamente el trasfondo iusfilosófico que ilumina la ley a partir de la identificación de aquellos tópicos que resulten pertinentes para la tarea propuesta.

A poco que iniciamos la lectura de la norma advertimos sin mayor dificultad que yace en ella una perspectiva individualista según la cual tener un derecho equivale a disfrutar de un coto de aprovechamiento exclusivo y excluyente que los otros, incluido el Estado, no deben perturbar y están compelidos a garantizar, también, contribuyendo solidariamente a su financiamiento.

Al focalizar luego el análisis en el fundamento de la facultad jurídica que la norma pretende instituir, nos enfrentamos con la “juridización” de un sentimiento individual a cuya exteriorización se le atribuye entidad de manifestación de voluntad como expresión de una cierta autodeterminación personal con rango superlativo en tanto se construye como derecho subjetivo absoluto e ilimitado. Nada ni nadie puede interponerse a su ejercicio.

Se advierte, entonces, la generación de un nuevo derecho vinculado con la despenalización de una conducta (en el caso, esto se trasluce en la derogación del inc. 4 del art. 19 de la ley 17.132, en el art. 14), desligado de la naturaleza propiamente humana (en franca contradicción con tal realidad) y carente de finalidad que trascienda la propia individualidad.

Proponemos, entonces, intentar dilucidar cómo y en qué contexto se desarrollan las nociones de autodeterminación, autonomía y libertad que la norma en estudio comprende y cómo incide su conceptualización en la relación moral-derecho y en la

S. y CUMMINGS E. M., “Parental dysphoria and children’s adjustment: marital conflict styles, children’s emotional security, and parenting as mediators of risk”, *J Abnorm Child Psychol*, 2007, 35, pp. 627-639. Todos citados en ÁLVAREZ-DÍAZ, Jorge Alberto, “¿La maternidad de un padre o ... la paternidad de una madre? Transexualidad, reproducción asistida y bioética”, *Gaceta Médica*, México, Vol. 146, Nro. 2, 2009, pp. 151-157.

³¹ OLLERO TASSARA, Andrés, “¿Son jurídicos los derechos humanos?”, *RIFD Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 649.

fundamentación del derecho subjetivo que se insta para valorar, finalmente, los riesgos que la imposición de esta perspectiva iusfilosófica irroga a la sociedad.

A) Origen y significado del término “autodeterminación”.

El término “autodeterminación” tiene dos acepciones principales que refieren, respectivamente, a las dimensiones personal y comunitaria o política, comprendiendo tanto cuestiones de causalidad y control personal en la conducta y acción humana, como los derechos de grupos de personas a determinar su propio estado político y autogobierno. En ambos casos subyace la idea de autogobierno, entendido como el ejercicio de un control o dominio sobre uno mismo o poder de autonomía.³² Sus raíces históricas se encuentran en la ciencia política y en la filosofía del s. XVII.

La dimensión personal tiene que ver con el surgimiento y desarrollo en la Psicología de la Teoría de la Autodeterminación³³, dentro de la psicología de la personalidad, en la década de 1930 a 1940 con un candente debate acerca del determinismo y la libertad en la conducta humana.³⁴ Posteriormente, se extiende al campo de la psicología motivacional^{35 36} donde en un primer momento se conoció como Teoría de la Evaluación Cognitiva.

³² WEHMEYER, M. L., “Autodeterminación: Una visión de conjunto”, pp. 113-133, en VERDUGO, M. A. y JORDÁN DE URRÍES, F. B. (Coords.), *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*, Salamanca: Amarú, 1999, pp. 114.

³³ WEHMEYER, M.L., “Autodeterminación: Una visión de conjunto”, p. 115, en VERDUGO, M. A. y JORDÁN DE URRÍES, F. B. (Coords.) (1999), *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*, Salamanca: Amarú, 1.999, pp. 113–133.

³⁴ En España, FIERRO ha hecho una reflexión de interés sobre el concepto de autodeterminación relacionándolo no sólo con los comportamientos autorreguladores y autodirectivos sino también con el concepto de libertad. FIERRO, A., *Para una ciencia del sujeto. Investigación de la persona (lidad)*, Barcelona: Anthropos, 1993, citado en VERDUGO, M. A., “Autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad. Propuestas de actuación”, INICO, Universidad de Salamanca, <http://mediateca.rimed.cu/media/document/1244.pdf>.

³⁵ DECI, E. L. y CHANDLER, C. L., “The importance of motivation for the future of the LD field”, *Journal of Learning Disabilities*, 1986, 23 (1), pp. 587-594; RYAN, R. M. y DECI, E. L., (Eds.), *Handbook of self-determination research*, Rochester: University of Rochester Express, 2001. Ambos citados en PERALTA, Feli y GONZÁLEZ TORRES, María Carmen, “El movimiento hacia la autodeterminación personal: antecedentes y estado actual”, p. 182, en BERRUEZO ALBÉNIZ, María Reyes y CONEJERO LÓPEZ, Susana (Coord.), *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días*, XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea: Universidad Pública de Navarra, 2009.

³⁶ DECI, E. L. y RYAN, R., *Intrinsic motivation and self-determination in human Behavior*, New York: Plenum, 1985; RYAN, R. M. y DECI, E. L., “Self-determination theory and the facilitation of intrinsic motivation, social development, and well-being”, *American Psychologist*, 2000, 55 (1), pp. 68-78; RYAN, R. M., “Psychological needs and the facilitation of integrative processes”, *Journal of Personality*, 1995, 63, PP. 397-427. Todos citados en VERDUGO, M. A., “Autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad. Propuestas de actuación”, INICO, Universidad de Salamanca, <http://mediateca.rimed.cu/media/document/1244.pdf>.

Se destaca la conexión originaria del concepto con el desarrollo del principio de “normalización” advirtiéndose que la identificación de sus principales características en aquel entonces representan la misma amplitud y alcance en la actualidad, comprendiendo las ideas de realizar elecciones, reafirmarse, autogestión, autoconocimiento, toma de decisiones, defensa propia, autoeficacia, autorregulación, autonomía e independencia.³⁷

La definición de “autodeterminación” de WEHMEYER es una de las más aceptada y difundida por científicos y profesionales: “actuar como el principal agente causal de su vida y hacer elecciones y tomar decisiones respecto a la calidad de vida propia, sin influencias o interferencias externas innecesarias.”³⁸

El significado de ‘determinación’ en “autodeterminación” alude a una “condición antecedente que causa de cierta forma un suceso”³⁹, y surge del concepto filosófico de determinismo, existiendo un permanente debate histórico en el campo de la psicología de la personalidad sobre si esos determinantes son externos o internos.⁴⁰

Hoy se entiende la conducta autodeterminada como una cualidad disposicional de la persona, como atributo personal o disposición a tener control sobre la propia vida y destino, es decir, a ser agente causal en la propia vida.⁴¹ En la medida que las personas adquieran los elementos componentes de la autodeterminación⁴² surgirán las

³⁷ NIRJE, B., The right to self-determination, en WOLFENBERGER, W. (Ed.), *Normalization: The principle of normalization*, pp. 176-200, Toronto: National Institute on Mental Retardation, 1972, pp. 176-200. Citado en VERDUGO, M. A., “Autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad. Propuestas de actuación”, INICO, Universidad de Salamanca, <http://mediateca.rimed.cu/media/document/1244.pdf>.

³⁸ WEHMEYER, M. L., “Self-determination as an educational outcome: Why is it important to children, youth and adults with disabilities?”, en SANDS, D. J. y WEHMEYER M. L. (Eds.), *Self-determination across the life span: Independence and choice for people with disabilities*, Baltimore, MD: Paul H. Brookes, 1996, pp. 15-34. Citado en VERDUGO, M. A., “Autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad. Propuestas de actuación”, INICO, Universidad de Salamanca, <http://mediateca.rimed.cu/media/document/1244.pdf>.

³⁹ WOLMAN, B. B., *Dictionary of behavioral science*, New York: Van Nostrand Reinhold Co., 1973, p. 97, citado en VERDUGO, M. A., “Autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad. Propuestas de actuación”, INICO, Universidad de Salamanca, <http://mediateca.rimed.cu/media/document/1244.pdf>.

⁴⁰ WEHMEYER, M. L. y BOLDING, N., “Enhanced self-determination of adults with intellectual disability as an outcome of moving to community-based work or living environments”, *Journal of Intellectual Disability Research*, 2001, 45, pp. 371-383.

⁴¹ PERALTA, Feli y GONZÁLEZ TORRES, María Carmen, “El movimiento hacia la autodeterminación personal: antecedentes y estado actual”, p. 182, en BERRUEZO ALBÉNIZ, María Reyes y CONEJERO LÓPEZ, Susana (Coord.), *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días*, XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea: Universidad Pública de Navarra, 2009.

⁴² Entre ellas se incluyen: elección y toma de decisiones, resolución de problemas, establecimiento de metas y objetivos, adquisición de habilidades, lugar de control interno, atribuciones positivas de eficacia, expectativas de resultado, aptitudes de liderazgo y autogestión, autoconocimiento y autoconciencia. Vid. WEHMEYER, M. L., KELCHNER, K. y RICHARDS, S., “Essential characteristics of self determined behavior of individuals with mental retardation”, *American Journal of Mental Retardation*, 1996, 100, pp. 632-642; WEHMEYER, M. L., “Self-determination as an educational outcome: Why is it important to

cuatro características que se señalan como principales e indispensables de las acciones autodeterminadas, esto es, autonomía, autorregulación, fortalecimiento/capacitación psicológica y autorrealización.⁴³

B) Autodeterminación, autonomía y libertad: incidencia en la relación moral-derecho y en la fundamentación del derecho subjetivo.

Desde fines del siglo XX, congruente con la proliferación de derechos subjetivos, la libertad del hombre ha sido objeto de un reconocimiento único en la historia que se ha desplegado tanto en el orden material como moral.⁴⁴ El ser libre para ordenarse de acuerdo con los propios principios dio lugar a la libertad moral individualista, es decir, aquella que busca la protección de la conciencia y la responsabilidad por la decisión propia, sin intervención de terceros, ni siquiera de quienes esgriman como argumentos la protección y salvaguarda de la comunidad. De esta forma, cada uno es libre de actuar de acuerdo con sus propios principios e interpretaciones sobre la realidad, y tiene derecho a ser respetado y protegido en esa manera de vivir y de proceder.

Como la ética que cada ciudadano suscribe privadamente remite al concepto de autonomía⁴⁵ esto se vincula de inmediato con el gran desarrollo del principio de autonomía, según el cual, desde la bioética principalista⁴⁶, es el propio afectado quien debe autónomamente decidir sobre la conveniencia y oportunidad de actos que atañen principalmente a sus intereses, al tiempo que le corresponde también evaluar si la omisión o la negativa de ejecutar un acto tiene consecuencias tolerables o un riesgo sustentable.

Vemos cómo crece cada vez más la exigencia de no intervención de la comunidad en el campo de la ética individual o privada, quedando limitada la ética pública a una noción meramente procedimental que no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar, pues la búsqueda de la verdad y del bien, fuera de los aspectos formales, se entiende como una tarea estrictamente individual.

children, youth and adults with disabilities?”, en SANDS, D.J. y WEHMEYER, M.L. (Eds.), *Self-determination across the life span: Independence and choice for people with disabilities*, Baltimore, MD: Paul H. Brookes, 1996, pp. 15-34. Ambos citados en VERDUGO, M. A., “Autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad. Propuestas de actuación”, INICO, Universidad de Salamanca, <http://mediateca.rimed.cu/media/document/1244.pdf>.

⁴³ VERDUGO, M. A., “Autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad. Propuestas de actuación”, INICO, Universidad de Salamanca, disponible en <http://mediateca.rimed.cu/media/document/1244.pdf>.

⁴⁴ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: la solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty”, *Acta Bioethica*, 2002; Año VIII, Nro. 2, p. 306.

⁴⁵ OLLERO TASSARA, Andrés, “Derecho y moral entre lo público y lo privado”, en AAVV, *En defensa de la libertad. Homenaje a Víctor Mendoza Oliván*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1997, Tomo I, p. 446.

⁴⁶ De raigambre anglosajona, esta corriente promueve la aplicación de cuatro principios fundamentales en la búsqueda de soluciones bioéticas: beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.

Paradigma de esta posición es la postura de ENGELHARDT para quien la autoridad moral secular se justifica en el individuo.⁴⁷ Se trata de interpretaciones éticas subjetivistas y relativistas que hacen depender los valores del sentimiento del sujeto.

La libertad del hombre aparece desvinculada así de la naturaleza humana y sin direccionamiento a fin último alguno. La ausencia de un fin que dirija la conducta transforma a cada individuo en su propio legislador circunscribiéndose el fundamento del derecho a la autonomía y libertad individual que sólo pueden atender a un mínimo de moral pública, habitualmente identificada con la moral predominante en un lugar y tiempo determinados, pues es el propio individuo quien construye su moralidad.⁴⁸

En este contexto, los derechos subjetivos se fundan exclusivamente en la libertad individual que encuentra entre sus modos de expresión la invocada autodeterminación personal, manifestación de la mismísima autonomía de la voluntad. El derecho deja de ser la proporción que a cada uno corresponda en el todo social, para convertirse en poder y libertad para hacer o exigir todo aquello que a uno le plazca.⁴⁹

Esto supone desechar la existencia de valores objetivos, universales e inmutables, que fundados sobre la realidad como tal van más allá de las personas individuales, de los diversos lugares y de los diferentes tiempos.⁵⁰ Los derechos subjetivos aparecen entonces desarraigados de aquello propiamente humano, separándose su fundamentación de la naturaleza del hombre.

C) Incoherente generación de nuevos derechos derivados de la despenalización.

Coetáneamente, se ha podido constatar una marcada tendencia mundial que considera como prerrogativas jurídicas garantizadas -en la perspectiva de nuevos derechos o derechos de tercera generación- aquellas conductas antijurídicas que han sido tradicionalmente tipificadas como delitos penales, tales como la interrupción del embarazo (derecho al aborto), la eutanasia (derecho a morir), las intervenciones quirúrgicas de “cambio de sexo” (derecho a la identidad de género), entre otras. El debate ya no se centra en su reprobación moral sino en su despenalización y posterior elevación a rango de derecho subjetivo.

En su génesis estos nuevos derechos que la ley en estudio delinea en torno a la identidad de género y al libre desarrollo de la personalidad, aparecen como subespecies de los derechos a la identidad personal y a la libertad de elegir

⁴⁷ ENGELHARDT, H. T., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona: Paidós, 1995, p. 21.

⁴⁸ GROSSO, Claudio P., “Fundamento iusfilosófico de la privacidad y del derecho subjetivo de protección de datos personales”, *Prudentia Iuris*, Año 2010, Nro. 68-69, p. 323.

⁴⁹ GROSSO, Claudio P., “Fundamento iusfilosófico de la privacidad y del derecho subjetivo de protección de datos personales”, *Prudentia Iuris*, Año 2010, Nro. 68-69, p. 323.

⁵⁰ BASSO, Domingo F. P., “Bioética personalista y familia”, *Vida y Ética*, Año 11, Nro. 1, Buenos Aires, (junio, 2010), p. 25.

planteados, al mismo tiempo, como fragmentaciones y maximizaciones de los derechos de origen, al extremo de atribuirles carácter absoluto, permitiéndoles superponerse a todo otro derecho.

La libertad de elegir se traduce en una constante de opciones que la persona aborda con un hegemónico poder de decisión sin que norma jurídica o moral lo condicione, pues sólo se halla sometido a su propia ética individual creándose estos nuevos derechos sobre la base de transformar en derechos subjetivos garantizados todo aquello que la ciencia posibilite, aunque se trate de una mera ficción (v.gr. tratamientos hormonales y quirúrgicos de “cambio de sexo”). Entonces, resulta que todo aquello, al menos aparentemente factible, en tanto querido o sentido por el individuo, da lugar al nacimiento de una facultad jurídica dotada de exigibilidad.

Se advierte, entonces, una equivocada identificación entre derecho y actuar lícito además de asumir, también erróneamente, que la conducta despenalizada se convierte por ello en lícita. Pero ocurre que cuando tener derecho a algo implica la posibilidad de recurrir a los poderes públicos para eliminar todo obstáculo que se oponga a su ejercicio, el hecho de que cada cual sea “libre” para vivir como quiera, no genera por sí mismo en los demás un deber (v.gr. a rectificar el sexo y cambiar el nombre, a financiar el costo de los tratamientos hormonales y quirúrgicos de “cambio de sexo”), sino cuando es posible constatar un justo título como fundamento del derecho que se relacione, a su vez, con la finalidad perseguida por la acción lícita.

Lo mismo cabría decir cuando la tolerancia se esgrime como fundamento de los derechos. Tolerar el “libre desarrollo de la personalidad” deja de ser, incluso, un deber moral cuando se pretende amparar y justificar conductas que se contraponen a la persona en tanto realización individual y existencial de la humanidad.

D) Consecuencias de la imposición de una perspectiva iusfilosófica desconectada de la realidad en la génesis de los derechos subjetivos.

La generación de “derechos” carentes de todo fundamento objetivo, en el marco de una concepción relativista, individualista y subjetivista, es responsable de provocar confusión y acostumbramiento en una sociedad con conciencias adormecidas.

Cuando los derechos se construyen ilimitadamente, la prohibición de prohibir cualquier conducta que pueda restringir o limitar su ejercicio, aun en pos de un balance de intereses, aparece como una condición de subsistencia. Esto supone una total despreocupación por el costo social que la imprevisión de posibles efectos adversos podría acarrear, lo cual se evidencia en la exigencia de contribución económica solidaria para el financiamiento de un cierto “proyecto de vida individual”, en la ausencia total de ponderación de bienes y males cuando se opta por tornar la sexualidad de los niños en un bien disponible por los mayores, y en la imposición del reconocimiento socio jurídico de una situación meramente aparente –si es que vale en

el caso hablar de apariencia- que atenta contra una estructura familiar socialmente valiosa basada en la dualidad y complementariedad sexual natural.

Se recurre así al derecho con la esperanza de lograr que la sociedad acepte determinadas conductas o situaciones para, de tal modo, moldear y modificar la moral pública según resulte más conveniente, echando mano, muchas veces, no sin cierta hipocresía, al conocido eslogan “no cabe imponer nuestras convicciones a los demás”, aunque en definitiva se terminen imponiendo las de quienes nos prohíben imponer las nuestras. Esta finalidad se encuentra, a su vez, facilitada por una generalizada actitud indiferente, la ignorancia de que todo derecho, por el deber que genera, siempre es gravoso para otro, y el convencimiento de su gratuidad.

Si bien es común que los ciudadanos no advirtamos que los fondos que gasta el Estado son nuestros y sea usual que adoptemos una actitud despreocupada por controlar qué se hace con el dinero que aportamos a sus arcas, no debe perderse de vista que los recursos que se administran son siempre limitados correspondiendo exigir su prudente y justa distribución.⁵¹

Cómo asegurar, entonces, la inmunización de la sociedad. La solución no podrá encontrarse sin una adecuada fundamentación del orden jurídico anclada en la realidad y la posibilidad de descubrir sus principios constitutivos en esa misma realidad, esto es, sin que partamos del reconocimiento del fundamento ontológico del derecho en la naturaleza humana.

Epílogo.

Ciertamente, el derecho no es tal por haber sido puesto por el Estado sino por su referencia a la justicia. La historia es vasta en ejemplos que avalan la veracidad de esta afirmación.

La imposición normativa de un derecho subjetivo con rango de fundamental cuyo contenido se contrapone a la esencia humana –reconocedora de la dualidad y complementariedad sexual como rasgo constitutivamente humano-, y que se nutre exclusivamente de la exteriorización de un sentimiento individual, efímero y mudable, que, además, se halla científicamente asumido como rasgo sintomático de un trastorno, encuentra en este contexto una lógica oposición en la valoración de justicia. Sin referencia a la justicia no habrá derecho alguno por más formalismo que lo maquille.

Qué justas razones se nos podrían argüir para exigirnos obrar en contraposición a una nuestra propia naturaleza. No puede ser suficiente tildar de derechos humanos aquello que no sólo no es derecho sino que tampoco es humano.

⁵¹ OLLERO TASSARA, Andrés, “El derecho a lo torcido”, *Revista de Derecho*, Vol. 7, Universidad de Piura, 2006, pp. 215-220.