

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Tomizawa, Guilherme. (2014). "Conflicto de principios constitucionales a la luz del un caso concreto de transgenitalización en Brasil". *Jurídicas*. No. 1, Vol. 11, pp. 224-236. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 13 de octubre de 2013

Aprobado el 4 de noviembre de 2013

# CONFLICTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES A LA LUZ DE UN CASO CONCRETO DE TRANSGENITALIZACIÓN EN BRASIL\*

GUILHERME TOMIZAWA\*\*

INSTITUTO BRASILEIRO  
DE DERECHO ELECTRÓNICO

## RESUMEN

El presente trabajo académico tiene como objetivo realizar un estudio y análisis de la discusión de los conflictos de los principios constitucionales en casos reales en el derecho de familia brasileño. Inicialmente, se tratará sobre un capítulo dedicado a los derechos mentales. Sin embargo, frente a un capítulo específico sobre la colisión de derechos fundamentales en el derecho brasileño. Finalmente, analizaremos un caso específico de redesignación del estado sexual que trata sobre una colisión de derechos fundamentales sobre el prisma del derecho de familia.

**PALABRAS CLAVE:** derechos fundamentales, colisión de principios fundamentales, redesignación del estado sexual.

---

\* Artículo de reflexión.

\*\* Abogado. Licenciado en Administración y Derecho por la UTP – PR (Brasil). Postgraduado en Derecho de Familia por la PUC – PR. Maestro en Derecho Público por la UGF – RJ. Alumno del curso de Doctorado en Derecho Civil por la UBA. Profesor adjunto en el curso de Derecho de las facultades OPET y postgraduaciones en diversas instituciones. Vicepresidente del IBDE (Instituto Brasileño de Derecho Electrónico). Publicó libros y diversos artículos en revistas jurídicas en Brasil, Argentina, Colombia y Europa. Correo electrónico: [professorguilhermet@yahoo.com.br](mailto:professorguilhermet@yahoo.com.br)

## CONFLICT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN THE LIGHT OF A CASE STUDY OF TRANSGENITALIZATION IN BRAZIL

### ABSTRACT

This academic work aims to conduct a study and analysis of the discussion of constitutional principles conflict in actual cases in family law in Brazil. Initially a chapter dedicated to fundamental rights will be dealt with. However, a specific chapter will be devoted to the collision of fundamental rights under Brazilian law. Finally, a specific case of sexual state reassignment that deals with a collision of fundamental rights on the prism of family law will be analyzed.

**KEY WORDS:** fundamental rights, collision of fundamental rights, sexual state reassignment.

*“La armonización entre los valores no es, por lo tanto,  
alcanzable en abstracto, ‘a priori’,  
es un problema que tiene que ser resuelto en concreto  
y de modo que se respeten,  
en el máximo sentido posible, todos los valores en juego”  
(José Carlos Vieira de Andrade)*

## I. INTRODUCCIÓN

Con la llegada de las grandes y notables conquistas históricas desde la Carta Magna de Juan Sin Tierra en 1215, de la Constitución Norteamericana de 1789, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), resultó en la promulgación de la Constitución Federal de 1988 que maduró e hizo posible el desarrollo de la sociedad brasileña en que atañe la evolución de los derechos humanos fundamentales, ya que diversos conceptos y características se originaron a partir de la positivación de esos institutos a nivel internacional en el desarrollo de los derechos humanos. Existe el objetivo en este ensayo académico, de trabajar los derechos fundamentales como plano de fondo para nortear el trabajo de los iusfilósofos del porte de Robert Alexy y Ronald Dworkin a fin de mostrar la teoría de los derechos fundamentales, siendo aplicada a casos concretos en el ámbito del derecho de familia, a fin de evidenciar la solución a los *hard cases* en que derechos fundamentales, de mismo peso y valor jerárquico, entran en ruta de colisión, contrastando con las antinomias aparentes, que poseen soluciones consagradas por la doctrina clásica.

## 2. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO BRASILEÑO

Para tratarse dicho asunto tan instigante y desafiador al Judicial Brasileño y por qué no decirlo, mundialmente, mister se hace buscar algunas referencias básicas y esenciales para profundizar en el aludido tema.

A entender del constitucionalista portugués José Carlos Vieira de Andrade (2001), la Constitución Portuguesa de 1976 dispone que los derechos fundamentales en ella consagrados no excluyen a otros constantes de las leyes y de las reglas aplicables de derecho internacional. Esto significa que es posible la existencia de otros derechos fundamentales en leyes ordinarias o en normas internacionales, y que puede haber derechos previstos en preceptos constantes en otras partes de la Constitución, que deban ser considerados derechos fundamentales.

Para esto se delimitan las enseñanzas de Robert Alexy como marco teórico observando una necesidad de construcción de una dogmática de los derechos

fundamentales sólidamente calcada en una teoría de principios, cuya base está en la argumentación (1989). En lo que incumbe a la interpretación liberal clásica, Alexy (1993) explica los tipos de intervenciones del Estado, cuando se comentan los 4 estatus de Jellinek al analizar el alcance de las normas que disciplinan a los Derechos Fundamentales:

De acuerdo a la interpretación liberal clásica, “los derechos fundamentales están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al estatus negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el estatus positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio. La cuestión de sí y en qué medida a las disposiciones de derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio, es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales.

Surgen derechos con acciones negativas del Estado, cuando el mismo es omiso (inercia o ausencia de la práctica de una acción), como se exigen acciones prestativas delante del ente público, resultando en acciones o posturas positivas por parte de ese mismo ente, pudiendo tener un sentido amplio, como restricto, dependiendo del caso en análisis. Pero para analizar tales derechos de defensa, acción, omisión y prestación, tenemos que ponderar sobre el concepto del derecho fundamental. El jurista y filósofo español Antonio Enrique Pérez Luño (1984) trae una definición de derecho fundamental que interesa al presente estudio, definiéndolo como: “Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

El concepto supra reposa en el lema clásico de la Revolución Francesa, *Liberté, égalité, fraternité*, dando énfasis a ese marco histórico de la evolución de los derechos fundamentales. Por otro lado, en Brasil, los derechos fundamentales están albergados por la Carta Magna de 1988, específicamente en el artículo 5º, caput y demás incisos. El Ministro Celso de Mello (2000) en una decisión emblemática trae, en otra parte, una definición que resalta mejor la importancia del tema y la real efectividad y lucha de esos derechos consagrados por las leyes máximas de cada país:

Más que la simple positivación de los derechos sociales – que traduce un estado necesario al proceso de su afirmación constitucional y que actúa como presupuesto indispensable para su eficacia jurídica [...] recae sobre el Estado, inseparable vínculo institucional consistente en otorgar real efectividad a tales prerrogativas básicas [...] No basta, por lo tanto, que el Estado meramente proclame el reconocimiento formal de un derecho. Se torna esencial que, para más allá de la simple declaración constitucional de ese derecho, sea este enteramente respetado y plenamente garantizado.

El mismo mecanismo está previsto por la Constitución Brasileña de 1988, que dispone, en el § 2º del Art. 5º: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen a otros decurrentes del régimen y de los principios por ella adoptados, de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil forme parte”. Dicho registro está hecho con el objetivo de enfatizar que los derechos fundamentales no se agotan, necesariamente, en el rol de aquellos derechos garantizados constitucionalmente. Luego de ese breve histórico y narrativa conceptual, trataremos en el próximo tópico la colisión de garantías fundamentales del mismo grado jerárquico.

### 3. COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Por más elemental y notoria que sea la discusión sobre antinomias jurídicas, se torna necesario discutir sobre dichas basilares diferencias, a título pedagógico y relevante para el presente estudio. En la vasta doctrina brasileña, las mismas se dividen en antinomia aparente y la antinomia real.

La antinomia aparente que trabaja con soluciones ya previstas por la doctrina patria (criterios de jerarquía, cronología y especialidad o aun antinomias de 2º grado o metacriterios, o sea, el conflicto entre los propios criterios de soluciones básicas<sup>1</sup>) no interesa al presente estudio, ya que los conflictos que trataremos en el presente estudio tratan al respecto de derechos con el mismo peso y valor jerárquico.

Como ya explicamos en otra obra<sup>2</sup>, el jurista alemán Robert Alexy resalta la necesidad de una construcción dogmática de los derechos fundamentales construida en la teoría de los principios sobre una base argumentativa.

Inténtase, de forma breve, aducir el funcionamiento de la teoría de Alexy (1993: 89):

---

<sup>1</sup> Cf. Diniz (2009).

<sup>2</sup> Cf. Tomizawa (2008: 33-41).

Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, pero esto significa declarar inválido al principio desplazado aunque en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en casos concretos, los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.

Tal como fue explicado por Alexy, no se trata de insertar una cláusula de excepción (incluso porque se entiende que no existe el derecho absoluto), sino privilegiar el principio jerárquico con más peso para la solución del caso concreto en análisis, posponiendo “temporalmente” el otro, y sin descartarlo definitivamente del catálogo de derechos fundamentales. El profesor Luis Roberto Barroso elucida el uso del instrumento de la ponderación como una técnica de decisión jurídica aplicable a los *hard cases*, dándole oportunidad a la aplicación de normas de igual jerarquía con soluciones distintas (2004: 117-118).

Un caso emblemático<sup>3</sup> ocurrió en la ciudad de Morsang-sur-Orge en Francia, de una decisión administrativa del Consejo de Estado en 1995, que prohibió una actividad en una casa de espectáculos en que se lanzaba a un enano (*lancer de nain*) de un lado para otro, alegando *a priori* que era una actividad que denigraba la *dignidad de la persona humana*, como uno de los componentes de orden público que prevalecería sobre el *derecho de ir y venir* o del *libre oficio* (ambas garantías constitucionales) del *handicap*. La discoteca (en el caso, con su *derecho a la propiedad* –también un derecho garantizado constitucionalmente–) en litisconsorte activo enjuició una acción para anular la decisión administrativa en el Tribunal de Versailles, el que tuvo éxito. Empero, en segunda instancia, el *Conseil d’Etat* modificó la decisión administrativa de dicha corte. Lo que llama la atención del presente trabajo es que el Estado de forma coercitiva (a través de su alcalde que canceló el funcionamiento del establecimiento) quiso conservar la humanidad del *deficiente físico*, frente a los demás de aquella sociedad.

En Brasil, 2 casos paradigmáticos que involucraron el *derecho a la vida versus el derecho a la libertad de opción religiosa*, la *libertad de creencias*, *intimidación*, *privacidad* y *dignidad de la persona humana*, involucrando a padres testigos de Jehová resultando en la muerte<sup>4</sup> de una niña de 13 años, luego de la interrupción de una transfusión de sangre (haciendo que dicho caso fuese a Jurado Popular). Otro caso<sup>5</sup>, fue el de una persona mayor en estado grave, en que el Hospital realizó la transfusión bajo autorización judicial, ya que el juez entendió que la *vida*, por ser un bien natural, trasciende los demás derechos. Además, alegó que no se admite

<sup>3</sup> Cf. Mendes (s.f.).

<sup>4</sup> Cf. Sousa (s.f.).

<sup>5</sup> Cf. Conjur (2009).

la eutanasia o auxilio al suicidio en nuestra legislación. Agregó además que la vida es un bien indisponible, cuya protección incumbe al Estado efectivizar tal derecho a través de la transfusión. Sin embargo, ¿sería el caso de colisión de derechos fundamentales o simplemente de derechos que *compiten*, ya que se trataría de la misma persona, que pone su propia vida en riesgo por cuenta de una opción religiosa?

Dichos casos muestran que el bien jurídico *vida*, que por los seres comunes es visto como el bien mayor, tutelado en una sociedad puede ser *relativizado*, dependiendo del caso concreto (en este caso, la libertad de creencias).

Existió además el caso de 4 soldados en Lebach, Alemania<sup>6</sup>, que habían sido asesinados, y el reo, luego de haber cumplido pena y salido de la prisión, vio su historia revelada en un programa de televisión (ZDF) llamado “el asesinato de los soldados de Lebach”, involucrando aquí el *derecho a la reinserción social* de aquel condenado *versus* la *libertad de información* de aquel vehículo periodístico. El Tribunal Constitucional Federal Alemán entendió, para aquel caso concreto, que la protección de la personalidad de aquel condenado y su reinserción social sería más importante que el derecho colectivo al acceso a la información de una colectividad.

Además, por la *libertad* se muestra la historia de las guerras y batallas en que miles y millones de personas ya sucumbieron, luchando por la misma en deterioro de sus propias vidas, dejando en evidencia otro nítido ejemplo de relativización.

De la misma forma, siguiendo la consagrada teoría de Alexy, Ronald Dworkin (1969: 18-19) aborda los principios y la dimensión de su peso o importancia, doctrinando lo siguiente:

Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect [...], one who must resolve the conflict has no take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgement that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is.

Aquí, nuevamente, Ronald Dworkin en su célebre ensayo académico, reafirma la verdadera importancia de la ponderación a la luz del caso concreto, donde cada principio tiene su peso y valor. En suma, Alexy entiende que solo habrá una libertad fundamental cuando esta esté protegida por norma explícita de la Constitución. Es el concepto de libertad protegida, demostrando la importancia de existir una norma positiva que asegure la posición libre del individuo, esto es, una norma que le garantice ejercer o no sus facultades inherentes a un comportamiento. Es

---

<sup>6</sup> Cf. Pimenta (2007).

lo que Robert Alexy (1993) caracteriza como alternativa de acción. Para finalizar, el razonamiento de la relaciones de tensión y de la ponderación de los intereses opuestos, como último caso la solución estampada por el iusfilósofo Alexy (1993), analizando un caso concreto, cuando dice:

El Tribunal constata que en dichos casos existe “una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental”. Esta relación de tensión podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería “prioridad sin más”. Mejor dicho, el “conflicto” debería ser solucionado “a través de una ponderación de los intereses opuestos”. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto [...].

Pasaremos en el próximo capítulo a tratar sobre colisiones de derechos fundamentales relacionados a casos que involucran un caso *sui generis* de derecho de familia en la historia de la jurisprudencia brasileña.

#### 4. CONFLICTOS DE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DEL DERECHO DE FAMILIA EN UN CASO CONCRETO DE TRANSGENITALIZACIÓN

Luego de analizar las diversas tesis académicas acerca de la teoría de los derechos fundamentales y de sus posibles soluciones utilizadas en la doctrina y en la jurisprudencia brasileña, traemos un precedente judicial, que no fue uno de los primeros en Brasil, pero que repercutió a nivel nacional. Se trata de una cuestión que involucra a un transexual que nació hombre, en el seno de una familia tradicional. Hija de un padre militar y una madre ama de casa, desde su más joven edad sintió que el sexo anatómico no se correspondía con su identidad psíquica. De niña comenzó a vestirse como niña, a pesar de la resistencia inicial de la familia, acabaron reconociendo como error de la naturaleza, dicho trastorno de identidad sexual. Con 6 años de edad, se deparó por primera vez con problemas de preconcepto. En la escuela era motivo de bromas y aislamiento. Su calvario ha sido marcado por inmenso sufrimiento, con el apoyo de terapeutas, motivada por sentimientos de soledad y angustia. Ocurre que, según el laudo de la psiquiatra encargada de la misma, fueron identificadas varias situaciones traumáticas y humillantes delante de esa identidad de género desde la infancia hasta la adolescencia. A los 16 años de edad comenzó a hacer uso de hormonas femeninas. A esa edad ya era conocida notoriamente por el nombre social y no por el nombre masculino del registro de nacimiento. Se tornó una activista de los derechos humanos y tan reconocida en Brasil así como mundialmente.



En 2006 pasó por el proceso operatorio de alteración de sus órganos genitales, llamado transgenitalización o redesignación del estado sexual, en el medio jurídico, aunque la misma ya viviese como alguien del género femenino desde su adolescencia. La cirugía fue un éxito, y desde 2006 ella ya presentaba todos los signos externos del sexo femenino, tales como una piel facial fina, ausencia de barba, mamas con prótesis de silicona y presencia de vulva y neovagina modeladas a través de cirugía plástica. La transexual es portadora de Trastorno de Identidad Sexual, reconocido por la Organización Mundial de la Salud (CIE 10F64), o sea, ser declarado como del sexo opuesto, hacerse pasar frecuentemente como alguien del sexo opuesto, vivir o ser tratado como alguien del sexo opuesto, y finalmente, la convicción de tener sentimientos, reacciones típicas del sexo opuesto. La problemática surge justamente con relación a la **cuestión documental**, pues su nombre e identidad de géneros en sus documentos son distintos y opuestos, generando situaciones vergonzosas que atentan contra su persona. Ya sea para votar, o realizar un pago, o utilizar un cheque o tarjeta de crédito, ya sea para presentarse a un concurso público, un examen de admisión en la universidad o conseguir un empleo, generan momentos indescriptibles de constreñimiento y discriminación. En suma, la misma luchó para conseguir obtener el cambio de *nombre y género sexual en los registros civiles* (Partida de nacimiento y por vía de consecuencia otros documentos civiles decurrentes de dicha decisión).

Pero ¿cómo, jurídicamente, ocurriría tal discusión y cuál sería su relevancia académica? Basta tomar las enseñanzas de Robert Alexy, Ronald Dworkin y otros juriconstitucionalistas para verificar que existiría de hecho una colisión de derechos o conflictos de principios constitucionales en el caso en análisis.

Por un lado, tendríamos el *principio de la identidad sexual* (art. 5º, inciso X, de la Constitución Federal Brasileña<sup>7</sup>) ya que se trata de un derecho fundamental de la persona humana, en consonancia con el *libre desarrollo de la personalidad* (art. 16 del CC<sup>8</sup>), en este comprendidos el *nombre y el apellido*.

Y por último, pero no menos importante, el *principio constitucional de la dignidad de la persona humana* (art. 1º, inciso III de la CF<sup>9</sup>), pues la concepción del nombre y de la identidad asumen fundamental importancia individual y social como sea factor determinante de la identificación y de la vinculación a un determinado grupo, otorgando a los transexuales el derecho a la alteración del registro civil<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: [...] X - son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurado el derecho a la indemnización por el daño material o moral decurrente de su violación”.

<sup>8</sup> Art. 16. Toda persona tiene derecho al nombre, en éste comprendidos el prenombre y el apellido”.

<sup>9</sup> Art. 1º La República Federativa del Brasil, formada por la unión insoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos [...] III - la dignidad de la persona humana”.

<sup>10</sup> La dignidad de la persona humana fue insertada en el CC/2002 al disponer sobre el Derecho de la Personalidad –arts. 11 a 21– siendo amparado por la protección internacional de los Derechos Humanos (Corte Internacional de Derechos Humanos - CIDDDH).

Y por otro lado, para ocasionar tal conflicto, ¿qué tendríamos? ¿El *principio de la legalidad*? El art. 58 de la Ley de Registros Públicos (Ley Ordinaria Federal nº 6.015/73) estableció ser definitivo el nombre, no pudiendo ser plausible de alteración. Obviamente en algunos casos podrían abrirse excepciones<sup>11</sup>. ¿Tendríamos aún el *principio de la seguridad jurídica* de las relaciones para apoyar al legalismo jurídico? ¿Debemos ser rigurosos y seguir la ordenanza jurídica *dura lex sed lex*?

En la sentencia que alteró el nombre y la identidad sexual de la solicitante, el magistrado utilizó una citación de Carlos Fernández Sessarego (s.f.: 7) que es muy oportuna para el presente estudio:

El derecho a la identidad personal es uno de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta específica situación jurídica faculta al sujeto a ser socialmente reconocido tal como “él es” y, correlativamente, a imputar a los demás el deber de en él alterar la proyección comunitaria de su personalidad. La identidad personal es la “manera de ser” como la persona se realiza en sociedad, con sus atributos y defectos, con sus características y aspiraciones, con su bagaje cultural e ideológico. Es el derecho que tiene todo sujeto a “ser él mismo”.

La palabra identidad también representa el derecho fundamental de la persona humana, inaugurando los derechos de cuño moral, en el eslabón que une a individuo y sociedad como un todo (Fernández, s.f.: 120-121). Para Euclides de Oliveira el bien jurídico tutelado es la identidad, es considerada como atributo de la personalidad<sup>12</sup> humana (2004: 67-88).

---

<sup>11</sup> Art. 55. cuando el declarante no indique el nombre completo, el oficial otorgará delante del prenombre escogido el nombre del padre, y en la falta, el de la madre, si fueren conocidos y no impiden la condición de ilegitimidad, salvo reconocimiento en el acto.

Párrafo único. Los oficiales del registro civil no registrarán prenombrados susceptibles de exponer al ridículo a sus portadores. Cuando los padres no se conformen con la negativa del oficial, éste someterá por escrito el caso, independiente del cobro de cualquier importe, a la decisión del Juez competente.

Art. 56. El interesado, en el primer año luego de haber alcanzado la mayoría civil, podrá, personalmente o mediante procurador competente, alterar su nombre, siempre que no perjudique los apellidos de familia, registrándose la alteración que será publicada en el diario oficial.

Art. 57. La alteración posterior de nombre, solamente por excepción y motivadamente, con previa audiencia del Ministerio Público, será permitida por sentencia del juez al que estuviere sujeto el registro, archivándose la orden y publicándose la alteración por diario oficial, salvaguardando la hipótesis del art. 110 de esta Ley. [...].

Art. 58. El prenombre será definitivo, admitiéndose su substitución por apellidos públicos notorios”.

<sup>12</sup> Cf. Oliveira (2004: 67-88): “El derecho a la identidad personal pertenece al cuadro de los derechos morales, considerándose atributo ínsito de la personalidad humana, exactamente porque se constituye en el eslabón que une al individuo y a la sociedad en general. El nombre y otros signos identificadores de la persona son los elementos básicos de asociación de los que dispone el público en general para el relacionamiento normal, en los diversos núcleos posibles: familiar, sucesor, comercial, entre otros. Posibilita que la persona sea inmediatamente recordada, aún en su ausencia y a largas distancias”.

El Superior Tribunal de Justicia<sup>13</sup> y los Tribunales brasileños de forma incipiente<sup>14</sup> también se han manifestado favorablemente en ese conflicto cuando la tensión es generada entre la dignidad de la persona humana y la identidad personal *versus* el principio de la legalidad y la seguridad jurídica.

No se puede dejar de mencionar el avance legislativo en la Argentina, si no es el único país de América Latina en adoptar dicho expediente, cuando se refiere a la redesignación del estado sexual o transgenitalización, ya que el(a) postulante no necesita pasar por el procedimiento quirúrgico, bastando el(a) interesado(a) optar por uno de los sexos oralmente, y tendrá su nombre e identidad sexual alterados, administrativamente por el acto del funcionario juramentado, en un simple pedido verbal al Escribano. Obviamente que si este(a) se arrepintiera y quisiera cambiar nuevamente de nombre y género sexual tendrá que pasar por el procedimiento del Judicial, incluso para que no se banalice dicha práctica y no desordene o burocraticen aún más las relaciones con los órganos públicos y sus respectivos documentos.

Siendo así, el principio de la dignidad de la persona humana prevaleció frente al principio de la legalidad, evidenciando las teorías del derecho fundamental de Robert Alexy, con el plano de fondo en Ronald Dworkin, cuando ocurren colisión o choque de principios constitucionales o de derechos fundamentales de mismo valor jerárquico, debe tenerse en mente la ponderación y la examinación del derecho y el peso de los valores a la luz del caso concreto como lo fue resaltado por los insignes iusfilósofos.

---

<sup>13</sup> Cf. STJ: “La medicina podrá aliviar el peso de la irresolución, con técnicas quirúrgicas. El Estado confía que el sistema legal es apto para proveer la salida honrosa y debe asumir una posición que valoriza la conquista de la felicidad (‘soberana es la vida, no la ley’, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* ‘El mejoramiento del Proceso Civil como presupuesto de una justicia mejor’ AJURIS 57/80), cuando libre de la amenaza de crearse excepción al control de la paz social”. La tendencia que se observa en el mundo es la de alterarse el registro, adecuándose el sexo jurídico al sexo aparente.

<sup>14</sup> Cf. TJRS: APELACIÓN CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERACIÓN DEL GÉNERO/SEXO EN EL REGISTRO DE NACIMIENTO. APROBACIÓN. Habiéndose sometido el autor/apelante a cirugía de redesignación sexual, no presentando cualquier vestigio de genitalia masculina en su cuerpo, siendo que su ‘fenotipo es totalmente femenino’, y el papel que desempeña en la sociedad se caracteriza como de sexo femenino, sujeto a alteración no sólo del nombre en su registro de nacimiento sino también del sexo, para que conste como siendo del género femenino. Si el nombre no corresponde al género/sexo de la persona, a la evidencia que esta tendrá su dignidad violada” (Apelación Civil n° 70022952261, Octava Cámara Civil, Tribunal de Justicia del RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Juzgado en 17/04/2008). Y “APELACIÓN CIVIL. ALTERACIÓN DEL NOMBRE Y REGISTRO EN EL REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDAD. CIRUGÍA DE TRANSGENITALIZACIÓN. El hecho de que el apelante aún no haya sido sometido a la cirugía para la alteración de sexo no puede constituir óbice a la aprobación del pedido de alteración del nombre. Como factor determinante de la identificación y de la vinculación de alguien con un determinado grupo familiar, el nombre asume fundamental importancia individual y social. Paralelamente a esa connotación pública, no se puede olvidar que el nombre encierra otros factores, de orden eminentemente personal, en calidad de derecho personalísimo que constituye atributo de la personalidad. Los derechos fundamentales buscan la concreción del principio de la dignidad de la persona humana, el cual, actúa como una cualidad inherente, indisoluble, de todo y cualquier ser humano, relacionándose intrínsecamente con la autonomía, razón y autodeterminación de cada individuo. Cerrar los ojos ante esta realidad, que es reconocida por la propia medicina, implicaría infracción al principio de la dignidad de la persona humana, norma detallada en el inciso III del art. 1° de la Constitución Federal, que debe prevalecer a la regla de inmutabilidad del prenombre” (Apelación Civil n° 70013909874, Séptima Cámara Civil, Tribunal de Justicia del RS, Relator: Maria Berenice Dias, Juzgado en 05/04/2006).

## 5. CONCLUSIÓN

Delante del caso antes comentado, ¿cómo debemos operacionalizar derechos constitucionales o garantías fundamentales de mismo valor y peso?

Es, será, y está siendo una tarea ardua juzgar tales casos donde el interés público prevalecería sobre el privado, ¿o al contrario? ¿O sería del privado sobre el privado? ¿O del discriminado sobre el soberbio?

En lo que le incumbe al caso analizado, el cambio de sexo, cambia efectivamente el sexo de la persona<sup>15</sup>. En consciencia de ello, se vuelve indiscutible que la persona que pasó por la cirugía se habilita a tener una vida social normal, aunque, en tesis y por ahora decurrente de los avances de la ciencia, aún pueda procrear. Evidente es, que podrá constituir familia. Más que eso, esta necesita un nombre condeciente con su género sexual. Sería totalmente ultrajante, inaceptable y ofensivo que una persona se sometiese a una cirugía de dicha magnitud y aún mantener su nombre de bautismo o de nacimiento, definitivamente un verdadero ataque a la dignidad humana, donde el legalismo y el positivismo exacerbado de una norma jurídica y la “seguridad jurídica” no podrían jamás, en ese caso, prevalecer.

Delante de la teoría de Alexy y de los conflictos de derechos fundamentales, se termina este modesto estudio académico con el tenor y fragmentos del Proyecto de Ley nº 70/95 de autoría del diputado José Coimbra, disponiendo sobre intervenciones quirúrgicas que buscan la alteración del sexo, como en el caso comentado que retrata el pensamiento del autor del presente artículo, siendo inclusive recibido en la Comisión de Constitución y Justicia, parecer favorable del Diputado Régis Oliveira (1995) , que comenta lo siguiente:

Hoy en día, el rigor del padrón moral de otrora, cede espacio a las nuevas realidades, a las nuevas costumbres y a la hipocresía, y ya no encuentra eco en la vida y en la ciencia hodiernas. [...] De otro, surge la gran realidad empírica. Las costumbres se alteran, los comportamientos cambian, las conductas se tornan más flexibles, fruto de las informaciones de masa. En consecuencia, las reglas jurídicas no pueden inmovilizarse. Al contrario, deben adaptarse a los nuevos tiempos. Los comandos normativos dirigen a la determinada sociedad, a la determinada comunidad. No son conceptos desapegados de cualquier contenido, como si el mundo jurídico pudiera ser un mundo ajeno a aquel que acontece en la comunidad a la que se dirige. Los comandos tienden a alterarse, a medida que se modifica la realidad.

*“Una eventual relación de prevalencia,  
solamente al ver las circunstancias concretas se podrá determinar”  
(José Joaquim Gomes de Canotilho).*

---

<sup>15</sup> Cf. Planiol y Ripert (1926): “La majorité de la doctrine n’admit que les trois cas suivant: défaut absolu de consentement, identité de sexe, défaut des formes et incompétence du célébrant”.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- \_\_\_\_\_. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barroso, L.R. (2004). "Colisión entre libertad de expresión y derechos de la personalidad. Criterios de ponderación. Interpretación constitucionalmente adecuada del Código Civil y de la Ley de Prensa". *Revista de Derecho Privado*. No. 18. São Paulo: Editora Revista de los Tribunales.
- Conjur. (2009, 28 de febrero). "Direito à vida. Hospital fará transfusão em paciente religioso". En: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-28/liminar-autoriza-transfusao-sangue-paciente-religioso> [Consultado 6 de febrero de 2013].
- Diniz, M.H. (2009). *Conflicto de Normas*. São Paulo: Saraiva.
- Dworkin, R.M. (1969). "The Model of Rules". En: *Law, Reason and Justice, Essays in Legal Philosophy*. New York: New York University Press.
- Fernández Sessarego, C. (s.f.). "El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares". *Revista de Derecho Civil*. No. 56.
- Mendes Berti, S. (s.f.). "Derechos de la Personalidad". *Âmbito Jurídico*. En: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1718](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718) [Consultado el 6 de febrero de 2013].
- Oliveira, E. de. (2004). "Derecho al nombre". En: Delgado, M.L. y Alves, J. F. (coords.). *Nuevo Código Civil. Cuestiones Controvertidas*. Vol. 2. São Paulo: Método.
- Pérez Luño, A.E. (1984). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, D.L.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1926). *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Tomo 2, No. 252. París.
- Pimenta Júdice, M. (2007, 2 de marzo). "Conflitos no direito. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras". *Conjur*. En: desde [http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert\\_alexyn\\_teoria\\_principios\\_regras?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexyn_teoria_principios_regras?pagina=3) [Consultado 6 de febrero de 2013].
- Sousa, D. (2010). "'Jeová não aceita', diz pai que recusou transfusão da filha". *Terra*. En: <http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4799339-EI6594,00-Pai+que+impediu+transfusao+da+filha+diz+que+nao+se+arrepente.html> [Consultado 6 de febrero de 2013].
- Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario nº 271.286-8 – RGS – Rel. MP. Celso de Mello – RJTJERGS 205/33; Agosto 02 de 2000.
- Tomizawa, G. (2008). *La Invasión de Privacidad a través de la Internet*. Curitiba: JM Librería Jurídica.
- Vieira de Andrade, J.C. (2001). *Los derechos fundamentales en la Constitución portuguesa de 1976*. Coímbra: Almedina.