

Voces: CAMBIO DE SEXO ~ DERECHO A LA IDENTIDAD ~ DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO ~ DERECHOS PERSONALISIMOS

Tribunal: Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 9 de San Isidro(JCivyComSanIsidro)(Nro9)

Fecha: 12/11/1998

Partes: M., J. C.

Publicado en: LLBA 1999 , 1106, con nota de Andrés Gil Domínguez;

Cita Online: AR/JUR/2549/1998

Sumarios:

1. Existe una desarmonía de los distintos elementos sexuales tanto biológicos como físicos y psicosociales, que afectan la personalidad del actor y dentro de esa desarmonía lo femenino prima por sobre mínimos rasgos físicos del otro sexo, por lo que resulta atendible su reclamo para que jurídicamente se reconozca su verdadera y sentida identidad, y consecuentemente debe hacerse lugar a la autorización para la intervención quirúrgica y la rectificación de la partida de nacimiento.

2. Teniendo en cuenta el menoscabo que sufren los transexuales en lo atinente a sus posibilidades laborales, problema también denunciado en la demanda, no atender el reclamo judicial del actor a que se le reconozca su identidad sexual verdadera en virtud de sufrir "síndrome de Klinefelter por mosaicismo", o sea pseudohermafroditismo, reflejado en la antinomia entre su aspecto exterior -femenino- y lo que indica el documento de identidad -masculino- conculcaría el derecho al reconocimiento de la personalidad, la garantías constitucionales de igualdad ante la ley y el derecho a trabajar (arts. 6º, Declaración Universal de la O.N.U., 3º, Convención Americana sobre Derechos Humanos -Adla, XLIV-B, 1250-, 14 y 16, Constitución Nacional).

3. La ley provincial 4534 (Adla, XX-B, 1844) que regula el ejercicio de la medicina no contiene previsión alguna sobre la realización de intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo de paciente, no obstante dado que, en el caso, no se pretende la "modificación" del sexo sino la mejor definición del sexo que aparece como incierto o mixto, ya que el actor sufre de pseudohermafroditismo, tal intervención resulta intrínsecamente lícita en tanto un profesional médico la considera adecuada, por lo que debe otorgarse la autorización para que se practique la intervención quirúrgica solicitada.

4. Debe reconocérsele a la parte peticionante el derecho a vivir en plenitud su identidad personal integral que, en su caso, incluye admitir la adscripción al sexo femenino y a portar un nombre acorde con ese sexo, en ese sentido corresponde la rectificación de la partida de nacimiento -en cuanto al sexo y al nombre-, y congruentemente con ello debe autorizarse la operación quirúrgica necesaria para corregir el dismorfismo genital del peticionante, para adecuarlo en la medida de lo posible, al sexo femenino que se le atribuye.

5. El enfoque jurídico del derecho a la identidad debe entenderse en su aspecto integral: tanto estático -la identidad biológica, registral, la del momento de nacer- cuanto dinámico -la idiosincrasia, la ideología, la "forma de ser"- que a través del tiempo vivido va conformando la "mismidad" única e irrepetible de cada cual, es decir que la identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro".

Texto Completo:

1ª Instancia.- San Isidro, noviembre 12 de 1998.

Considerando: 1. El peticionante pide que se adecue la inscripción registral de nacimiento, a la que considera su verdadera identidad sexual y se la rectifique en consecuencia con la modificación del nombre de pila y el sexo, así como que se autorice la intervención quirúrgica acorde a la adecuación pedida.

2. De las pruebas producidas en autos surge que el causante actúa, vive y luce socialmente como persona del sexo femenino, circunstancia que esta sentenciadora pudo comprobar en la audiencia de reconocimiento de la que informa el acta de fs. 188 y que confirman las fotografías de fs. 415, 185/186 y la del documento de identidad cuya copia agregada a fs. 187 fue extraída el mismo día de esa audiencia, a requerimiento de esta juzgadora.

De la gran cantidad de material probatorio aportado, estimo importantes, en orden cronológico de incorporación al expediente, el informe de fs. 6/9 en el que la lic. I. Boschi informa el perfil psicológico del peticionante, a solicitud del Patrocinio Gratuito del Colegio de Abogados de San Isidro. Esta profesional dictamina que "según su identidad de rol genérico, B. -el causante es una mujer".

El Instituto Nacional de Genética Médica, en el dictamen de fs. 24/39 llega a la conclusión de que el diagnóstico que corresponde a este caso es "síndrome de Klinefelter por mosaicismo" y describe las características que presentan estas personas: talla alta, hipogonadismo, ginecomastia, esterilidad y desarrollo incompleto de caracteres secundarios. Denuncia riesgo de transformación neoplásica del tejido testicular por lo que se indica interconsulta con cirugía; incluye el estudio cromosómico que denuncia la existencia de un cromosoma "X extra.

La historia clínica remitida por el Hospital Ramos Mejía da cuenta de la atención del causante por una lesión prepuccial; allí se constata pene de escasa longitud y semioculto en estrato.

El Hospital Municipal de Vicente López remire estudios hormonales practicados al causante y que arrojaron resultados anormales para un hombre: v.g. "estradiol: 320 pg/ml (V.N. hasta 50)".

En el estudio ordenado por el Hospital Durand agregado a fs. 96/99 (tomografía computada de abdomen y pelvis) se informa sobre formaciones redondeadas a nivel de la pared abdominal que podrían corresponder a testículos no descendidos. Próstata, vesículas seminales y pene pequeño, lo cual configura un cuadro de hipogonadismo.

A fs. 169/175 la Asesoría Pericial Departamental, luego de distinguir tres aspectos del sexo (biológico, psicológico y social), llega a la conclusión de que en el aspecto biológico el sexo del actor es preponderantemente masculino y psicológica y socialmente femenino. Estima el experto que por el porcentaje de cromosomas alterados que presenta., debe encuadrárselo bajo el patrón genético denominada "mosaico" debido a que no todas sus células reconocen el mismo número de cromosomas. Lo define como "síndrome de Klinefelter, Reifenstein y Albright", como se lo describe a fs. 135 de la literatura médica agregada a estos autos.

Con buen criterio la oficina pericial hizo cuatro tomas fotográficas de M. que ilustran elocuentemente sobre su conformación física global, de marcados rasgos femeninos, especialmente en la que está de frente y sin ropas. La desnudez del causante, sin afeites ni aditamento alguno, muestra la imagen de una mujer adulta ("cincuentona"), con caderas redondeadas, sin musculatura ni pilosidades, con senos algo caídos. Sólo exhibe como elemento contradictorio y discordante dentro del contexto femenino descripto, un pequeño apéndice en el bajo vientre como un minúsculo pene. Estimo necesaria la fría descripción precedente en todo su patetismo, porque sólo así puede inferirse aunque sea aproximadamente, el desfase social, espiritual, vital en fin, a que se ha visto sometida la parte peticionante por un inexplicable desequilibrio entre su persona, su físico y algunos de sus rasgos sexuales.

Finalmente las declaraciones testimoniales producidas en autos coinciden en que M. siempre actuó y fue tratada como mujer, bajo el nombre de B., V. o "V".

3. De todo lo expuesto resultan a mi entender dos conclusiones: una es que existe una desarmonía de los distintos elementos sexuales tanto biológicos como físicos y psicosociales que afecta la personalidad del actor. La otra conclusión es que, dentro de esa desarmonía no quedan dudas de que lo femenino prima por sobre mínimos rasgos físicos del otro sexo.

Frente a esta situación el interrogante es si el ordenamiento jurídico puede dar respuesta a la problemática del peticionante: su reclamo a que jurídicamente se reconozca la que considera su verdadera y sentida identidad.

4. El tema no es nuevo para la biología. Tampoco lo ha sido para el arte: en un importante museo romano es dable apreciar una magnífica escultura que representa a un ser con caracteres externos masculinos y femeninos y que el artista tituló por eso "Hermafrodita" (Hermes y Afrodita en un solo ser), obra helénica no precisamente contemporánea.

Sí es relativamente nuevo el enfoque jurídico del derecho a la identidad entendida ésta en su aspecto integral: tanto estático -la identidad biológica, registral, la del momento de nacercuanto dinámico-la idiosincrasia, la ideología, la "forma de ser", etc., que a través del tiempo vivido va conformando la "mismidad" única e irrepetible de cada cual. Con palabras del jurista peruano Fernández Sessarego, la identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro" (en "Derecho a la Identidad Personal", p. 113, Ed. Astrea, 1992).

Esta juzgadora suscribe decididamente el concepto y así lo expuso, en colaboración con el doctor Luis M. Codeglia en el capítulo "Responsabilidad por violación del derecho a la identidad", integrante de la obra dirigida por los doctores Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana en homenaje al profesor Isidoro Goldenberg, "La Responsabilidad", p. 115, Ed. Abeledo Perrot, 1995.

Más aún, frente al avance de los descubrimientos sobre clonación, puede afirmarse que sólo la faz dinámica de la identidad personal posibilitará salvar las individualidades: podrá llegar a repetirse lo biológico pero no lo vivido y sentido por cada cual.

La identidad personal fue tema de una de las muy prestigiosas "mesas redondas" que organiza el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UBA y se desarrollan en el Colegio de Escribanos de Buenos Aires, institución que además las publica; me refiero a la realizada el día 16 de abril de 1996, en la que actuaron como relatores los doctores Santos Cifuentes, Isidoro Goldenberg y Julio C. Rivera (publicada en "Temas de Derecho Privado", IX, separada de la Revista del Notariado, ps. 11 a 28, Ed. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1997). Estos destacados juristas expusieron conceptos fundamentales que estimo útil citar para la mejor solución de este caso. Se dijo allí que el derecho a la identidad es un derecho subjetivo personalísimo lo que importa reconocer que sobre ese bien el sujeto tiene verdaderas facultades. En cuanto a lo conceptual, se expresó que la "identidad personal es todo lo que socioculturalmente arma o crea la persona en el tiempo. Y es dinámica porque ella puede cambiar, porque la construye. ¿Cuándo hay invasión o

atentado a la identidad personal? Cuando se la difunde equivocadamente, cuando hay un error sobre esa identidad,...contratación o adulteración de la identidad. Ahí es cuando aparece el derecho a defender la identidad" (doctor Cifuentes).

Se precisó también que la idea del derecho a la identidad "es la posibilidad de que cada uno sea reconocido como una persona distinta de los demás, y la finalidad que persigue es la de preservar las facultades que tiene el sujeto sobre la proyección exterior...En definitiva se trata...de la asimilación de la verdad de cada cual, es decir, que los terceros puedan asimilar esa verdad personal". Así, "afecta el derecho a la identidad todo aquello que pretenda (acoto: o que pretendiera obligar a...) mostrar frente a terceros, al mundo exterior, una realidad distinta de la verdadera" (doctor Rivera).

En cuanto al doctor Goldenberg con referencia al decisivo aporte de la doctrina italiana (De Cupis, Messineo), enfatizó que es después de la Segunda Guerra Mundial cuando se toma a la persona "como un centro de reflexión, una dimensión existencial de la libertad, una implanta de trascendencia" y agrega "¿Qué es la libertad? Es la relación entre el Sujeto y su Futuro; es elegir, entre un marco existencial de probabilidades, el rumbo a seguir".

5. Dentro de la nueva disciplina que se ha concretado en este siglo como Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Gros Espiell, "Derechos Humanos", Perú 1991, citado en reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia de esta Provincia, Ac. 68.053, 7/7/1998, DJBA del 24/91 1998), entre los logros alcanzados debe contarse el principio consagrado en la Declaración Universal de la O.N.U. que en el art. 6º dispone que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. En igual sentido se pronunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el art. 3º concepto que se completa con lo establecido en el art. 5º, inc. 1º que consagra el derecho de cada persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Ambos tratados tienen vigencia y jerarquía constitucional (CN, arts. 31 y 75 inc. 22).

En este marco constitucional, bien que como necesaria disgregación, no por conocido y notorio, puede olvidarse el menoscabo que sufren los transexuales en lo atinente a sus posibilidades laborales, problema también denunciado en la demanda, con lo que la falta de respuesta judicial a esa minusvalía, conculcaría la garantía de igualdad ante la ley y el derecho a trabajar, ambos reconocidos por la Constitución Nacional (arts. 14 y 16).

6. En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la UBA y en la UCA, la Comisión Nº 1 que trató el tema "Identidad Personal", ratificó en las conclusiones generales, el enfoque actual y omnímodo del concepto así como su trascendencia. Como conclusiones más ilustrativas de lo expuesto, rescatamos las siguientes:

- La identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano.
- La identidad personal es un derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica.
- La identidad personal, de raigambre internacional, tiene sustento normativo en nuestro orden constitucional y legal.
- El derecho personalísimo a la identidad personal comprende la faz estática y la faz dinámica.

Entre las conclusiones particulares, en lo concerniente al tema de autos, destacamos las siguientes:

- La identidad sexual es un aspecto de la identidad personal.
- Debe reconocerse el derecho de la persona a adecuar su identidad sexual de acuerdo a su conformación psicósomática (despacho de mayoría; el de minoría lo admitió sólo para los casos de pseudo-hermafroditismo).

Con referencia expresa al mismo tema, en las XV Jornadas de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995) se dijo que lo importante de la intervención quirúrgica para el afectado, es que ayudará a "liberarlo del tormento que supone el dramático y cotidiano conflicto entre una apariencia sexual, que se rechaza con vehemencia, y el sexo psicosocial que es realmente sentido y vivido, intenso y raigalmente, por el transexual" (así citado y comentado por extensa en "El derecho a la identidad sexual" por los doctores Molina Quiroga y Viggliola en la Rev. "Plenario" de la Asociación de Abogados de Buenos Aires., p. 5 y sigtes, Año 3 Nº 23, septiembre de 1996).

7. De lleno ya en la temática de la identidad sexual, en otra de las ya citadas "mesas redondas" del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho (UBA), la realizada el día 23 de agosto de 1993 (tema: "El transexual. Hechos constitutivos del estado civil de las personas"), el doctor Gustavo Bossert, notorio integrante de la Corte Suprema de la Nación y respetado jurista, se refirió al transexualismo que según me parece es un estadio menos grave que el hermafroditismo pues no hay malformaciones o dismorfismos en el transexual y de manera tan erudita como sensible llegó a la conclusión de que hay que regular jurídicamente la adecuación de sexo psicosocial al "status" jurídico. Luego de referir importantes y novedosos estudios que

desde la investigación han comprobado diferencias genéticas y biológicas entre transexuales y heterosexuales (v.g. en determinado segmento del ADN, el XQ23, hay uno o dos genes que aparecen diferentes en el caso de los transexuales) y que aún se está tratando de establecer cuál es el proceso biológico que influye sobre la determinación del transexual (también se ha encontrado diferencias en la región anterior del hipotálamo), enfatiza el deber de preservar el derecho a la intimidad de estas personas que se sienten encerradas en un cuerpo que les resulta ajeno desde su psiquismo, desde su visión del mundo, desde la que sienten su verdadera identidad (publicado en "Temas de Derecho Privado, VI, p.13 y sigtes., Ed. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 1995).

He aquí los dos trascendentales derechos personalísimos afectados si no se da solución jurídica a estos casos de desarmonía entre el sexo determinado por los caracteres genitales o cromosómicos y el sexo psicosocial: el sujeto afectado debe exponer su intimidad cada vez que tiene que exhibir un documento de identidad (mejor, de identificación) que no responde a su imagen personal, y debe sobrellevar la disgregación de su identidad sacrificando buena parte de su personalidad a algunos rasgos genitales o cromosómicos que no vive como propios ni le sirven para su realización como persona.

En una ya famosa sentencia, dictada a petición de una persona transexual a quien los tribunales de su país (Francia) le habían negado el cambio de nombre y sexo en las documentos, la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo, 25 de marzo de 1992) determinó que la parte requirente "sufra, en razón de la necesidad frecuente de revelar a terceros elementos relativos a su vida privada, perturbaciones demasiado graves como para que el respeto a los derechos de otros pueda justificarlas". La Corte llega así a concluir que ella -la parte se encuentra cotidianamente emplazada en una situación global incompatible con el respeto a su vida privada. En consecuencia, aún en relación al margen nacional de apreciación, hay ruptura del justo equilibrio a cuidar entre el interés general y los intereses del individuo, con infracción al art. 8° (de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra el respeto a la vida privada y familiar).

La pretensión -a la postre, admitida había recabado del tribunal Internacional, que juzgase que un Estado contratante viola el art. 8° de la Convención si niega de manera general, la realidad del sexo psicosocial de los transexuales. En definitiva, Francia debió adecuar su jurisprudencia por la autoridad moral del fallo supranacional (cf. Rivera, Julio C., "Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia", ED, 151-916).

8. Párrafo aparte merece importantísimo precedente de la jurisprudencia de nuestro país publicado en ED, 159-464 con nota laudatoria del doctor Germán J. Bidart Campos. Con un magnífico voto del doctor Maggi, la Cámara de Apelaciones de San Nicolás, en caso similar al presente, y revocando la sentencia de la instancia anterior, acogió la pretensión con los alcances con que aquí se intenta. (C1ªCC San Nicolás, agosto 11-1994, ED 159-444, fallo N° 45.974 -LLBA, 1994-871). Esta sentenciadora no puede menos que compartir íntegramente esa jurisprudencia y podría transcribir a la letra lo allí resuelto y por los mismos fundamentos, con la seguridad de fallar en justicia. Por un elemental pudor intelectual ello no es posible, pero estimo insoslayable la cita para avalar mi decisión, ya que ésta coincidirá con tan respetable antecedente.

9. Resta agregar que la ley provincial 4534 que regula el ejercicio de la medicina y demás ramas del arte de curar, no contiene previsión alguna sobre el tema en examen. A modo de acotación, ya que no es de aplicación en esta Provincia, la ley nacional N° 17.132 prescribe: "No llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial". Entiendo que en casos como el de autos, no se pretende en rigor la "modificación" del sexo; lo que se procura es favorecer la mejor definición del sexo que aparece como incierto o mixto, por lo que tal intervención resultaría intrínsecamente lícita en tanto un profesional médico la considerara adecuada (cf. Arias de Ronchietto, Catalina E., "Pseudo-ilicitud de las intervenciones quirúrgicas por pseudohermafroditismo", ED, 104-927). Siendo ello así, no advierto impedimento para otorgar la autorización pedida, la que, en el contexto precedente, podría considerarse redundante.

10. En síntesis y con fundamento en las normas, jurisprudencia y doctrina citadas, estimo que a la parte peticionante debe reconocérsele el derecho a vivir en plenitud su identidad personal integral que, en su caso, incluye admitir la adscripción al sexo femenino y a portar un nombre acorde con ese sexo.

Por ello también y en el sentido indicado, se admitirá la rectificación de la partida de nacimiento como se pide, esto es, el sexo pasará a ser "femenino" y se cambiará el nombre por el que se propone: "B. V." (dec.-ley 8204/63 y leyes modificatorias, Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, arts. 1°; 16, 32, 66, 71 y conscs.).

Congruentemente, debe autorizarse la operación quirúrgica para que se adecue en la medida de lo posible la genitalidad de M. al sexo femenino establecido como predominante.

11. Esta juzgadora estima prudente, dada la trascendencia de las medidas que se dispondrán, que la parte peticionante recabe apoyo profesional psicológico para acompañar el proceso de cambio y adecuación admitido en esta sentencia.

Por todo lo expuesto y llamada a sentenciar, resuelvo: I. Hacer lugar a la demanda y en consecuencia, ordenar la rectificación del acta N° 4771 de fecha 30 de octubre de 1945, folio 571 del libro respectivo de la Sección 2ª del Registro del Estado Civil de la Ciudad de Buenos Aires correspondiente al nacimiento de J. C. M., en lo atinente al nombre y sexo del nacido, que pasará a quedar asentado como B. M., de sexo femenino. En sentido coincidente se modificarán todos los documentos de identidad y asientos registrales referidos a la peticionante. II. Autorizar la intervención quirúrgica necesaria para corregir el dismorfismo genital denunciado, para adecuarlo en cuanto sea posible, al sexo femenino que se atribuye a la causante. III. Instar a la peticionante a requerir apoyo psicológico profesional para acompañar las medidas ordenadas. Imponer las costas a la peticionante.- Delma B. Cabrera.