

**Voces:** CAMBIO DE SEXO ~ DERECHO A LA IDENTIDAD ~ DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO ~ DERECHOS PERSONALISIMOS ~ PARTIDA DE NACIMIENTO ~ RECTIFICACION DE PARTIDAS

**Tribunal:** Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás(C1aCivyComSanNicolas)

**Fecha:** 11/08/1994

**Partes:** L., J. C.

**Publicado en:** LLBA1994, 871

**Cita Online:** AR/JUR/1040/1994

#### **Sumarios:**

1. El sujeto pretende la determinación de su sexo y no puede sino admitirse que alude, en el ámbito de los derechos de la persona, a un aspecto indudablemente tutelable y no es pertinente desplazar esas razones por otras de diverso ámbito ya que la sociedad no tiene porqué enervar una decisión individual que no interfiere en intereses del común atendibles y además el reconocimiento hacia la debida integración del individuo importa al orden jurídico como valor social tutelable.
2. Corresponde disponer las rectificaciones documentales que sean menester para establecer que el sexo de la peticionante, inscripto como masculino, es femenino y consecuentemente su cambio de nombre por el que es conocida en su medio, no siendo necesaria la nulidad de la inscripción registral del nacimiento porque el motivo no radica en las formas del instrumento o su falta total de concordancia con la realidad.
3. El transexual parte necesariamente de la convicción de un error de la naturaleza consistente en una ubicación sexual suya que juzga errónea, mientras que para el pseudohermafrodita el error está en la indefinición pues vive y siente un sexo que tiene por nítido e indudable, el femenino, por lo que lo sustantivo es la intersexualidad dada por el pseudohermafroditismo congénito que motiva una específica consideración, al margen de aquellos transexuales que, con o sin intervenciones quirúrgicas pretenden escapar de un sexo definido y la meta de identificación tiende a remover ese sexo impropio, mientras que el pseudohermafrodita va en pos de superar la ambigüedad.
4. En el pseudohermafroditismo la persona enfrenta un obstáculo, que ella no puede superar, sintetizado en una lograda frase: está impedida de cumplir con la natural exigencia de responder a un solo sexo.
5. Procede la autorización de la intervención quirúrgica para corregir el dismorfismo genital congénito, que es aconsejable hacer en favor de la superación del pseudohermafroditismo sufrido por la peticionante, ya que el individuo tiene derecho a la reafirmación de su identidad sexual persiguiendo, ante la indefinición de origen, lograr la definición consustancial con su persona.
6. Se nos presenta un ser gestado con un desconcertante amorfismo, que interpretado en el momento del nacimiento y su inscripción llevó a la anotación del sexo como masculino, esa atestación carece de adecuación a la realidad, al menos desde la perspectiva que habrá tenido en cuenta quien estableció el sexo en su origen, porque los atributos no son cabalmente masculinos.
7. No parece que el elemento genético de por sí pueda erigirse como el inexorable determinante para responder -y oponer- a la persona que procura consolidar la identidad sexual comprometida por un padecimiento congénito que, al tener como características lo confuso, conspira decisivamente contra la identidad total del sujeto.
8. Corresponde atender la petición de definir la identidad del actor, más específicamente la identidad sexual para que la asignación documental se asocie con el sexo psicológico social que al par cuenta con la aproximación del pseudohermafroditismo.
9. El sexo obedece a una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales que impiden, cuando existen discordancias entre ellos, una categorización homogénea.

#### **Texto Completo:**

2ª Instancia.- San Nicolás, agosto 11 de 1994.

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 176? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.- El doctor Maggi dijo:

1. La acción intentada por una persona anotada de sexo masculino y con nombre de ese género, tiende a que se anule la partida de nacimiento, se proceda a una nueva inscripción y se autorice la intervención quirúrgica, para adecuar las anotaciones registrales y los genitales al sexo femenino.

La sentencia que debemos examinar fue adversa. En núcleo del razonamiento que llevó a ese resultado se patentiza en lo siguiente: "aun cuando se admita que el sexo involucre una noción compleja -expresa el pronunciamiento no es posible cambiarlo en bloque, más todavía cuando existe un elemento inalterable, que es el sexo genético. Y en el caso, aun cuando el actor presenta una morfología genital anómala, que corresponde más al sexo femenino que el masculino, e incluso que psicológicamente se identifica con el sexo femenino y socialmente se comporta como tal, su sexo jurídico sigue siendo masculino, y el mismo no puede ser alterado por una decisión unilateral, por estar involucrado el orden público y la moral social".

En la expresión de agravios se plasmó la postura opuesta con la consecuente aspiración revocatoria del fallo.

2. El tema no está legislado en nuestro país, pero no por ello podemos extraer de ahí y sin más una respuesta negativa. Se halla en juego el deber de ejercer la jurisdicción ante el servicio que tiene derecho a reclamar el justiciable, no cupiendo el silencio de la ley como pretexto (art. 15, Cód. Civil).

Más allá, situado el juez en la tarea de decidir el conflicto, visualización que obviamente no puede agotarse en los textos preceptivos, la realización del derecho impone acudir a los principios generales pertinentes (igual Código, art. 16).

3. El caso nos ubica frente a una persona de 47 años, soltera, sin familiares salvo la mención aislada de un hermano con el que aparentemente no se trata, que vive sola y accede a este proceso para solucionar un padecimiento personal profundo. Lo explicó a los peritos que la examinaron -médicos y sicólogos y a nosotros en una audiencia de la que puede memorarse el drama por una disfunción tajante entre el rol sentido y aparente y el legalmente adjudicado.

Su aspecto es femenino. Pero de una feminidad natural, sin afectación ni acicalamiento: lejos, muy lejos, de otras situaciones en que la exageración de rasgos, la ostentación, es la nota. Se la ve como una señora que representa algunos años más que los propios.

Las pericias médicas coincidieron en que es una pseudohermafrodita que clínicamente aparenta ser femenina pero con órganos genitales masculinos esbozados. Su sugerencia viril consiste en un pene de aproximadamente un centímetro y medio, bolsa escrotal derecha vacía e izquierda con una masa sólida del tamaño de una arveja (pericia de fs. 26; arts. 384 y 474, Cód. Procesal).

La confusa ocurrencia de genitales externos -más insinuados que presentes como tales hizo que en aquella pericia se aluda a un pseudohermafroditismo femenino-masculiniforme donde la predominancia aparente es de características sexuales femeninas, mientras que en la de fs. 206, más precisamente a fs. 220, la calificación es de pseudohermafroditismo masculiniforme.

De todas maneras, con sus más o sus menos, estamos ante la elocuente indefinición de una genitalidad carente de aptitud copulativa, en función de uno u otro de los sexos; indefinición congénita según las pericias, con el añadido de la sospecha de una operación de muy larga data -llegan a mencionarse treinta años que intentó una definición frustrada.

En la historia personal de la peticionante se registran sus tempranas angustias al descubrir el dismorfismo, y tres intentos de suicidio.

A ese cuadro de notoria confusión se añade que el examen de cromatina dio resultado negativo -por ende, sexo masculino; social y psicológicamente se siente, actúa y es conocida como mujer, y su emplazamiento registral es masculino.

4. No se trata de un transexual, quien parte necesariamente de la convicción de un error de la naturaleza consistente en una ubicación sexual suya que juzga errónea. Estas personas reniegan de esa sexualidad y procura persistentemente el sexo opuesto, es decir, el sentido como propio (Bollús y Buiguez, "Transtornos psicosexuales", p. 1427 en "Medicina Interna" de Ferreras-Rozman, 11ra. ed.; Fernández Sessarego, "Identidad personal", ps. 316/322).

Aquí el sujeto tiene algunos rasgos en común con el transexual -rechazo de la homosexualidad, no queda en el mero travestismo pero cabe puntualizar que el error para él está en la indefinición pues vive y siente un sexo que tiene por nítido e indudable: el femenino.

Lo sustantivo es la intersexualidad dada por el pseudohermafroditismo congénito que motiva una específica consideración, al margen de aquellos transexuales que, con o sin intervenciones quirúrgicas, pretenden escapar de un sexo definido. Precisamente la meta de identificación tiende a remover ese sexo impropio, mientras que el pseudo-hermafrodita va en pos de superar la ambigüedad (Fernández Sessarego, ob. cit. y su comentario del caso "Maud", del Tribunal de Rouen, ps. 399/404).

Se nos presenta un ser gestado con un desconcertante amorfismo, que interpretado en el momento del nacimiento y su inscripción llevó a la anotación del sexo como masculino. Esa atestación, se probó en el proceso, carece de adecuación a la realidad, al menos desde la perspectiva que habrá tenido en cuenta quien estableció el sexo en su origen, porque los atributos no son cabalmente masculinos.

5. Es cierto, como se dice en la sentencia recurrida, que el sexo genético es masculino y también la inalterabilidad de él en el transcurso de la vida. Aunque se hallan en curso investigaciones acerca de procesos biológicos -de suyo ajenos al individuo y su entorno condicionantes de la sexualidad al determinar modificaciones celulares y procesos químicos íntimos, inductores de ubicaciones y conductas diversas a las del sexo cromosómico (Fernández Sessarego, ob. cit., ps. 302/303, 310, 321 y 481; Elizabeth Badinter, "XY, la

identidad masculina". traducción de Ana Roda, ps. 79/80). Y de causas semejantes emergería la discordancia del hermafroditismo con la marcación cromosómica (Alberto J. Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", p. 350).

No parece que el elemento genético de por sí pueda erigirse como el inexorable determinante para responder -y oponer a la persona que procura consolidar la identidad sexual comprometida por un padecimiento congénito que, al tener como características lo confuso conspira decisivamente contra la identidad total del sujeto.

El sexo obedece a una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales que impiden cuando existen discordancias entre ellos, una categorización homogénea.

Es dable insistir en que los genitales esbozados condujeron a un primer diagnóstico -hombre que al cabo del tiempo se evidenció desacertado desde esa visualización. No son infrecuentes las dudas y el error médico en caso de pseudohermafroditismo ya que el sexo se va conformando con el crecimiento (Frank H. Netter, "Sistema reproductor", t. II, p. 267; Badinter, ob. cit., p. 77 y nota 17).

Menciono el error liminar porque durante el desarrollo del sujeto se puso en evidencia no sólo el dimorfismo ambivalente sino también que los órganos bosquejados de la sexualidad masculina, detallados ya en el voto, constituían, con sus atrofas y carencias, la negación anatómica y funcional del ente varón.

6. En el pseudohermafroditismo la persona enfrenta un obstáculo, que ella no puede superar, sintetizado en una lograda frase: está impedida de cumplir con la natural exigencia de responder a un solo sexo (Catalina Eisa Arias de Ronchietto, "Pseudoilicitud de las intervenciones quirúrgicas por pseudohermafroditismo; inexistencia de cuestión de orden público", en ED, t. 104, p. 927).

En Roma la definición del sexo se hacía acudiendo al de mayor aproximación (Bonfante, "Instituciones de Derecho Romano", p. 58, traducción de 8va. edición italiana por Bacci y Larrosa).

En Italia, antes de la ley de 1982, de rectificación de la atribución del sexo, las decisiones judiciales permitían la reasignación cuando el sexo no estaba bien definido al nacer o cuando, estándolo, se comprobaba una evolución posterior modificante. La calificación seguía el criterio del sexo más próximo (Fernández Sessarego, ob. cit., ps. 421/422; Messineo, "Manual de Derecho Civil y Comercial", t. II, p. 93, apart. b y 94, traducción de Santiago Sentís Melendo).

Recientemente la Corte Europea de Derechos Humanos condenó a Francia por no haber accedido al reclamo de un transexual tendiente a la rectificación de su sexo. Aunque no se trate de un intersexual era un transexual operado y los argumentos conciernen al caso que juzgamos. El tribunal, entre otras razones, hizo mención al contraste de la apariencia de la persona con sus datos documentales, y poco después la Corte de Casación francesa, ajustando su criterio al del tribunal europeo, se pronunció en favor de quien "no posee más todos los caracteres de su sexo de origen y ha tomado una apariencia física que lo aproxima al otro sexo, al cual corresponde su comportamiento social: el principio de respeto a la vida privada justifica que su estado civil indique en lo sucesivo el sexo del cual ella tiene la apariencia" (Julio César Rivera, "Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia", en ED, t. 151, p.915).

7. Por supuesto que sería estrecho postular que el conflicto se dirima exclusivamente por una aleatoria proximidad anatómica. No está ahí la fuente y materia de la dramática vivencia que debemos juzgar; en todo caso la indefinida genitalidad no es más que un costado de la realidad que compromete a la persona como tal. Ella nos ha sometido su historia, su permanente crisis en los intentos de ubicarse frente a los rechazos; en fin, su esperanza de solución -tal vez vana para seguir con algún apoyo en esa lucha vital personal, suya, irrepetible y desigual.

También pecaría por defecto, según mi apreciación, decidir por la exclusiva implantación genética cuando el análisis tiene como referente al hombre, más precisamente a un hombre con toda "su verdad", su complejidad de ser; que es él física y síquicamente como lo son sus aspiraciones, su vinculación con los demás: en suma, su propia y compleja existencia.

La propuesta viene de quien, por azar natural y desdichado, porta una constitución confusa, con el añadido de la determinación documental que pudo provenir de una ligera o errónea apreciación de su cuerpo o devino inveraz por la afirmación evolutiva de una sexualidad distinta a la de su inscripción.

La ponderación del problema en todas sus implicancias motiva el convencimiento de que corresponde atender la petición de definir la identidad. Y más específicamente la identidad sexual para que la asignación documental se asocie con el sexo psicológico social que al par cuenta con la aproximación del pseudohermafroditismo. El sujeto pretende la determinación de su sexo y no puede sino admitirse que alude, en el ámbito de los derechos de la persona, a un aspecto indudablemente tutelable (Fernández Sessarego, ob. cit., a partir de la p. 287; Bidart Campos, "Notas de actualidad constitucional", en ED, t. 104, p. 1010, apart. XV).

No es pertinente desplazar esas razones por otras de diverso ámbito. La sociedad no tiene por qué enervar una decisión individual de las características dadas en el caso, que no interfiere en intereses del común atendibles. Es más, el reconocimiento hacia la debida integración del individuo importa al orden jurídico como valor social tutelable (Arias de Ronchietto, artículo citado: Corte Europea de los Derechos Humanos en los pronunciamientos ya referidos).

En dirección semejante Bidart Campos vincula la cuestión con las discriminaciones arbitrarias vedadas por la ley 23.592 ("El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados", JA, 1990-III, p. 103).

8. En el juicio se han recogido las vicisitudes de la peticionante.

La dualidad que sobrelleva constriñe sus aspiraciones laborales o le impone el porqué de su documentación al usarla. Cuando ejerce el derecho de votar en las mesas masculinas debe aclarar que no hay error al estar ahí.

Las dificultades derivadas de la discordancia entre la documentación y la apariencia le impide o dificulta su derecho de trabajar a partir de una actitud discriminatoria por los caracteres físicos e inscripción documental del sexo (Constitución de la Nación, art. 14; provincial, art. 24; ley 23.592, art. 1º; voto del doctor Calatayud en la sentencia de la Cámara Nacional Civil, sala E, publicado en JA, t. 1990-III, p. 98).

Y en cuanto al sufragio la persona se ve complicada, sometida a una sobrecarga gravosa -o mejor, afrentosa, que por su índole tiene contenido lesivo para el individuo, con cierto tono de extrañamiento de la sociedad en general y específicamente de un derecho ciudadano que no puede ejercer simplemente como los demás. El derecho reclama conductas del común de las personas, manda ordinariamente comportamientos no sacrificados -la heroicidad está fuera de sus requerimientos y para todos en una razonable igualdad. Cuando eso es dejado de lado por exigencias menoscabantes para que el sujeto ejerza sus facultades, debe restablecerse la igualdad admitiendo la pretensión de remover la causa generadora. La Corte Europea indica, como sostén de su criterio, que la exhibición de los documentos con sexo y nombre desacordes con la apariencia fisonómica ocasiona a la persona sufrimiento "en razón de la necesidad frecuente de revelar a terceros elementos relativos a la vida privada, perturbaciones demasiado graves como para que el respeto a los derechos de otros pueda justificarlos" (artículo citado del doctor Julio Cesar Rivera, apart. 7, d).

Atañe asimismo el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 23.054, que en art. 5º, apart. 1, contempla el derecho de la persona a que se respete "su integridad física, psíquica y moral". En la elaboración del texto, que superó una redacción más limitada, coadyuvó la propuesta protectora del "derecho a vivir libre de tratos destinados a debilitar o destruir su bienestar físico y mental" (Carlos E. Colautti, "El Pacto de San José de Costa Rica; protección a los derechos humanos", ps. 37 y 38).

Pesa, por fin, en modo concluyente, la firme decisión de la solicitante, producto de una libre elección que busca apuntalar su definición, para sí y en las relaciones con los demás.

9. De resultados de lo expuesto estimo que procede acoger la demanda disponiendo las rectificaciones documentales que sean menester para establecer que el sexo de la peticionante es femenino y su nombre J., como se acreditó mediante los testigos que dieron cuenta de que así es conocida en su medio (arts. 384 y 456, Cód. Procesal).

No es viable ni necesaria la declaración de nulidad de la inscripción registral porque el motivo no radica en las formas del instrumento o su falta total de concordancia con la realidad (Borda, "Parte general", 9ª ed., t. I, p. 409, parág. 445 y nota 587 y p. 410; parág. 446; Llambías, "Parte general", 8va. ed., t. I, p. 374).

10. También procede la autorización de la intervención quirúrgica para corregir el dismorfismo genital congénito, que es aconsejable hacer en favor de la superación del pseudohermafroditismo (Netter, ob. y p. citadas).

Los argumentos desarrollados conducen a esa respuesta. El individuo tiene derecho a la reafirmación de su identidad sexual aquejada por el destino que le tocó. Persigue, ante la indefinición de origen, lograr la definición consustancial con su persona.

En nuestra jurisdicción no tenemos norma que pueda conectarse con el pedido, como sucede con la ley 17.132, que es nacional pero local. De todos modos no se trata de una operación mutilante de variación del sexo, sino de remoción de una mixtura confusa (Arias de Ronchietto, artículo citado), que en definitiva tenderá a quitar sugerencias genitales masculinas no funcionales, según ya expresé, en beneficio de la persona (Bueyes, ob. cit., p.362).

11. En síntesis, opino que debemos acoger la apelación y revocar la sentencia recurrida con el alcance indicado en el voto. Me pronuncio, entonces, por la negativa.

El doctor Vallilengua por iguales fundamentos. votó en el mismo sentido.

2ª cuestión.- El doctor Maggi dijo:

De conformidad con el resultado obtenido al votarse la primera cuestión, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar, es:

Acoger la apelación interpuesta por el actor y en consecuencia revocar la sentencia de fs. 176, disponiéndose se proceda a las rectificaciones documentales que sean menester para establecer que el sexo de la peticionante es femenino y su nombre J., como también la autorización de la intervención quirúrgica para corregir el dismorfismo genital congénito. Así lo voto.

El doctor Vallilengua, por análogos fundamentos, votó en el mismo sentido.

Analizadas y valoradas las constancias de autos cabe concluir que el recurso interpuesto debe ser acogido. Fundamentos y citas legales dados en la primera cuestión.

Por éstas y demás razones que instruye el Acuerdo que antecede, el tribunal resuelve:

Acoger la apelación interpuesta por el actor J. C. L. y en consecuencia revocar la sentencia de fs. 176, disponiéndose se proceda a las rectificaciones documentales que sean menester para establecer que el sexo de la peticionante es femenino y su nombre J., como también la autorización de la intervención quirúrgica para corregir el dismorfismo genital congénito.-Juan C. Maggi.- Carlos A. Vallilengua.