

SEXUALIDAD Y BIOÉTICA

LA PROBLEMÁTICA DEL TRANSEXUALISMO

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Honorario de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos, San Luis Gonzaga de Ica, San Agustín de Arequipa, Nacional de Buenos Aires y Externado de Colombia. Miembro Correspondiente de las Academias de Derecho de Madrid, Buenos Aires, Córdoba y Lima.

SUMARIO: 1. Identidad personal 2. Identidad estática e identidad dinámica 3. Identidad sexual 4. Sexo estático y sexo dinámico 5. La sexualidad 6. Elementos que integran el sexo 7. Delimitación conceptual de la adecuación sexual 8. Causa u origen del problema de la transexualidad 9. La transexualidad como una realidad social 10. La transexualidad en el tiempo 11. Transexualidad, isosexualismo y estados intersexuales 12. El transexual 13. Drama existencial del transexual 14. Búsqueda de una correspondencia entre la apariencia física y la sexualidad sentida y vivida 15. Indispensable comprobación de la transexualidad 16. La liberadora intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva 17. Resultados de la intervención quirúrgica 18. Argumentos que se aducen a favor y en contra de la adecuación morfológica sexual. 19. Fundamentos que sustentan la adecuación morfológica sexual. 20. Solución jurídica del problema de la «*transexualidad*» 21. La doctrina jurídica 22. Doctrina y jurisprudencia italianas 23. La doctrina latinoamericana 24. La doctrina argentina 25. La doctrina española 26. La doctrina peruana 27. La legislación comparada 28. La jurisprudencia española y francesa 29. La jurisprudencia argentina 30. Bibliografía.

1. Identidad Personal

El ser humano, como lo tenemos dicho en otra sede, es un ser libertad «y, precisamente por serlo, es idéntico a sí mismo. Todos los seres humanos son iguales pero, como está científicamente comprobado, no hay dos seres humanos idénticos. A lo más, pueden ser muy parecidos, como es el caso de los gemelos»¹. No hay dos proyectos de vida idénticos.

La identidad se sustenta en la libertad, la que constituye el ser del hombre. Ésta permite que cada ser humano realice, de acuerdo con su decisión, su único, singular e irrepetible «*proyecto de vida*», dentro de los condicionamientos y determinismos provenientes de la naturaleza que lo limitan y lo constriñen. La libertad, como certeramente apunta Mounier, «no se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos.»²

La libertad se hace presente en el mundo exterior y se manifiesta configurando la singular personalidad de cada cual, su personal «*manera de ser*». Desde la vertiente biológica la identidad se sustenta en

el hecho de que cada ser humano posee un singular código genético. Un código que, como el «*proyecto de vida*», es también único, irrepetible, invariable. Todo ser humano, al poseer, de un lado, la inherente capacidad de convertir su libertad ontológica en actos, comportamientos o conductas y simultáneamente, del otro, al poseer un único código genético, tiene derecho a ser reconocido y considerado como realmente es. Cada cual posee su «*verdad personal*». Cada ser humano tiene derecho a ser «*él*» y no «*otro*». Es decir, a ser idéntico a sí mismo.

La identidad del ser humano, en tanto éste es una «*unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*», presupone una compleja trama de diferentes elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente psicosomáticos mientras que otros son de índole inmaterial, espiritual. Entre estos últimos encontramos elementos culturales, religiosos, profesionales, ideológicos, políticos, entre otros. Hallamos así, en cada persona humana, singulares características somáticas y psicológicas que determinan su personalidad, su singular «*manera de ser*», su característica presencia en el mundo exterior.

El enjambre de aquellos múltiples elementos es el que, «*en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el «ser uno mismo», el ser diferente a los «otros», no obstante que todos son iguales en cuanto pertenecen a una misma especie animal*»³. Como alguna vez lo hemos apuntado, éste es el gran misterio de la Creación, pues siendo todos los seres humanos iguales no son idénticos, no existen dos que compartan la misma biografía. En esta extraordinaria y admirable singularidad reside la dignidad personal. Se posee dignidad en cuanto cada ser humano, por ser ontológicamente libre, es necesariamente idéntico a sí mismo, se constituye como un universo personal. El que

¹ En este como en los siguientes párrafos se sigue, en lo fundamental, lo expuesto en nuestros trabajos **Derecho a la identidad personal**, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992; «*Nuevas reflexiones sobre la adecuación sexual y el consiguiente cambio de nombre*», en autores varios **Derecho Civil de nuestro tiempo**, Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995; «*Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual*», en **Jurisprudencia Argentina**, N° 6166, Buenos Aires, noviembre de 1999 y en Gaceta Jurídica, Tomo 78-B, Lima, octubre de 1999; «*Acción de amparo en un caso de intersexualidad*», en **Jurisprudencia Argentina**, N° 6106, Buenos Aires, 23 de septiembre de 1998, en **Diálogo con la Jurisprudencia**, Lima, Año IV, N° 9, Lima, 1998 y en **Revista Peruana de Jurisprudencia**, Año IV, N° 12, Trujillo, febrero del 2002 y en *Una excelente sentencia dictada en un caso de intersexualidad*, en «*Jurisprudencia Argentina*», III, 1998.

² MOUNIER, Emmanuel. **El personalismo**. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 1962, p. 36.

³ FERNÁNDEZ SESSAREGO. Carlos. **Derecho a la identidad personal**. P. 15.

cada ser humano sea único, singular, irreplicable, idéntico a sí mismo, hace que posea dignidad. Dignidad que fundamenta los derechos humanos básicos.

2. Identidad estática e identidad dinámica

La identidad, no obstante ser unitaria, presenta dos vertientes. Una estática, inmodificable o con tendencia a no variar, y otra dinámica, mutable en el tiempo. La identidad estática está dada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, imagen, estado civil, su edad y fecha de nacimiento, entre otros datos⁴.

La identidad dinámica, recientemente puesta de manifiesto, es la que se refiere, en cambio, al despliegue temporal y fluido de la personalidad. Ella está constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales. Es la manera como cada ser humano se presenta ante los demás en la vida social. Ella no permanece estática, va cambiando, en cierta medida, con el correr de los años. Ello, desde que la persona es un «*ser libertad*».

La «*identidad*» del ser humano se constituye, en cuanto ser existencialmente libre, a través de un continuo e ininterrumpido proceso autocreativo, mediante una sucesión de haceres y quehaceres en que consiste la existencia humana. La identidad se forja a través del tiempo, dentro de una relación intersubjetiva. La personalidad que cada ser humano se proyecta, se enriquece, se perfila y se moldea con el transcurrir del tiempo existencial inserto dentro del tiempo cósmico.

3. Identidad sexual

La identidad sexual es considerada como uno de los aspectos más importantes, delicados, discutidos y complejos de la identidad personal. La identidad sexual constituye un elemento de la identidad personal en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. Es por ello que no puede prescindirse de su tratamiento cuando se hace referencia a la identidad personal.

La identidad sexual, hasta no hace mucho, no ha sido generalmente tratada dentro de la perspectiva antes anotada sino, más bien, como un asunto vinculado con la protección de la integridad corporal de la persona así como con los actos de disposición del propio cuerpo. En los últimos tiempos se le viene considerando, acertadamente, como una dimensión del ejercicio de la libertad personal, de la protección de la salud, entendida ésta dentro del amplio concepto de bienestar integral, y de la afirmación de la identidad personal.

4. Sexo estático y sexo dinámico

El sexo, al integrar el genérico concepto de identidad personal, presenta también dos vertientes que, si bien normalmente guardan armonía, algunas veces entran en conflicto, creando situaciones existencialmente angustiosas. De un lado, es posible referirse al sexo

desde un punto de vista estático, como un elemento inmutable. Nos referimos, en este caso, al sexo cromosómico. El sexo de las personas se identifica, salvo rarísimas excepciones, por sus caracteres anatómicos y fisiológicos y por su morfología externa. El sexo estático es aquel con el que cada persona nace y muere, bajo el cual el sujeto es inscrito en los registros del estado civil. Este sexo es inmodificable. Por ello, en rigor de verdad, no puede hacerse referencia a un «*cambio de sexo*» sino más bien a una adecuación de la morfología genital y a un consiguiente cambio de prenombre⁵.

De otro lado, cabe aludir a un sexo dinámico, referido a la personalidad misma del sujeto, a su actitud y comportamiento psicosocial, a sus hábitos y modales, a su manera de sentir y de vivir. Estos caracteres son generalmente coincidentes con el sexo biológico. Sin embargo, existen excepciones como son los casos de intersexualidad (hermafroditismo o pseudohermafroditismo) y aquellos en los que se advierte una elocuente disociación entre las dos vertientes de la sexualidad, es decir, entre la cromosómica o biológica y la psicosocial. Esta última situación es aquella en la que se ubica el denominado «*transexual*».

5. La sexualidad

Hasta no hace mucho tiempo, la clasificación de los sexos constituía un absoluto que no reconocía matices ni admitía incertidumbres. Frente a nuevas evidencias surgidas de la realidad, la ciencia somete a un sistemático análisis las antiguas certezas sobre el concepto, la naturaleza y las cualidades del sexo.

Una precisión útil, cuando se aborda la cuestión relativa al sexo, es la distinción que se suele hacer entre el significado estricto que se otorga al concepto «*sexo*» y el que concierne a la noción «*sexualidad*». Esta diversa connotación se sitúa dentro de una perspectiva que considera todo lo referente al tema del sexo -latamente considerado- como un hecho complejo, en el que se integran, confluyen e interactúan diversos componentes. Se mencionan, así, sintéticamente, tanto aquellos factores de orden biológico como los psicológicos o de naturaleza jurídico-social.

Dentro de esta visión, en la cual dichos elementos se hallan estrechamente interconectados, se suele reservar la expresión «*sexo*» para referirse a los elementos anatómicos y fisiológicos que lo constituyen. En cambio, se atribuye al concepto «*sexualidad*» un contenido más amplio dentro del cual se comprenden las diversas expresiones y tendencias, normales o patológicas, del instinto sexual y a todas las normas jurídicas, sociales y religiosas que la regulan.

La sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad. Existe un comportamiento generalmente masculino y otro propio de la feminidad. La sexualidad compromete e impregna todas las actividades del ser humano y lo identifica socialmente.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Ob. cit., p. 114.

⁵ Preferimos utilizar el término «*prenombre*» en vez de la expresión «*nombre*» pues somos del parecer que este último es un concepto genérico que incluye tanto el prenombre o prenombrados y los apellidos. Por ello, cuando se alude a un cambio de nombre registral lo que se expresa es una decisión de modificar solamente el prenombre. No obstante, en el resto del texto emplearemos el concepto «*nombre*» para no crear confusión entre los no iniciados.

6. Elementos que integran el sexo

Los especialistas, dada la complejidad del sexo, suelen discurrir en torno a los siguientes elementos:

- a) El dato cromosómico, constituido por el patrimonio celular heredado en el instante de la concepción y que, como es sabido, consiste en 23 pares de cromosomas, de los cuales 22 son comunes a ambos sexos.
- b) Los caracteres sexuales gonádicos, condicionados por los cromosómicos, que están representados por los ovarios y los testículos, según el sexo de la persona, los que contribuyen a determinar los caracteres sexuales hormonales y genitales.
- c) Los caracteres hormonales, condicionados por la actividad endocrina de específicos órganos -como la hipófisis, las glándulas corticoadrenales, las gonádicas- que presentan efectos prevalecientemente femeninos (estrógenos) o masculinos (testosterona).
- d) Los elementos genitales, representados por los caracteres externos que permiten una primera diferenciación sexual que hace posible determinar el sexo del recién nacido para los efectos registrales.
- e) Los elementos anatómicos, definidos secundarios, individualizables exteriormente como es el caso, entre otros, del desarrollo pélvico y la distribución de la velloidad, los que pueden ser modificados a través de específicos productos hormonales.
- f) El elemento psicológico, cuya importancia ha sido puesta de manifiesto en tiempos recientes. Éste, aunque condicionado por factores hormonales y genitales, puede disociarse de los anteriores elementos en tanto es el resultado de vivencias, de sentimientos profundos que determinan manifestaciones típicas atribuibles tanto a uno como a otro sexo. Tales son los casos del instinto maternal, el de agresividad, el interés por los hijos, inclinaciones, gustos y preferencias, maneras, modales y hábitos de vida.

Cabe remarcar que, dentro de la multiplicidad de variables antes referidas, el dato cromosómico es el único elemento de certeza para determinar desde un punto de vista biológico el sexo del sujeto, el cual es inmutable desde el instante de la concepción. En esta área somática no existen dudas ni ambigüedades en cuanto al sexo de la persona.

7. Delimitación conceptual de la adecuación sexual

El denominado «cambio de sexo» comprende, de una parte, una adecuación morfológica de los genitales del transexual para superar una disociación entre el sexo biológico (cromosómico) y el sexo psicológico y, de la otra, una modificación de carácter jurídico que tiene que ver con la inscripción del sexo y del prenombre en los registros del estado civil y con el otorgamiento de un nuevo Documento Nacional de Identidad. A menudo, ello implica también una autorización judicial para cambiar el o los prenombrados en la documentación del transexual.

La indebida utilización de la expresión «cambio de sexo», sobre todo en los tiempos iniciales en cuanto a su tratamiento, ha dado lugar a una confusión, la que lleva a decir, con razón, que ello es un imposi-

ble. Sin embargo, lo que se alude con dicho concepto no es un auténtico «cambio» de sexo sino, únicamente, una modificación de la morfología genital destinada a resolver el drama existencial de aquellos sujetos, tanto varones como mujeres, que desde sus primeros años de vida, sienten, viven y se comportan como si fueran del sexo opuesto al originario. A través de esta adecuación genital se trata de resolver o aliviar la terrible tensión en que viven los transexuales.

8. Causa u origen del problema de la transexualidad

El problema de la transexualidad, de suyo delicado y complejo, no ha sido suficientemente estudiado por la ciencia médica. Existen aún, en cuanto al tema, zonas de penumbra, hipótesis, vacilaciones, preguntas, que no hallan todavía una categórica respuesta. Para unos, la transexualidad es una patología, para otros es un dato congénito. No obstante esta situación, después de una época, no lejana en la que los tribunales no admitían las demandas dirigidas a obtener la «adecuación de sexo» o «reasignación de sexo», se advierte en la actualidad una evolución, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada, tendente a admitir tal posibilidad y el consiguiente cambio de prenombre en los registros del estado civil.

La mayoría de los autores atribuyen el fenómeno de la transexualidad a razones ambientales, de educación, familiares. No nos parece que estas u otras análogas o parecidas situaciones, provenientes del exterior del sujeto humano sean la causa u origen de la transexualidad. Imaginamos más bien, que es un problema arraigado en la subjetividad. Este barrunto se fundamentaría, entre otros argumentos, en el hecho que el fenómeno de la transexualidad aparece en la persona en los primeros tiempos de la infancia, aproximadamente entre los dos y los cuatro años de edad.

En la actualidad se llevan a cabo investigaciones dirigidas a demostrar que la transexualidad tiene un origen biológico⁶. No resulta difícil sospechar, dado el prodigioso avance científico de nuestros días, que se trate de un problema genético, es decir, no adquirido en el transcurso de la vida sino más bien congénito. Esperamos que en un futuro próximo se pueda descifrar el enigma de la transexualidad.

9. La transexualidad como una realidad social

Al margen de toda discusión teórica sobre el origen o sus causas, encontramos en la realidad social el fenómeno designado con la expresión «transexualismo» o «transexualidad»⁷. Esta situación, que se presenta en la experiencia del cotidiano vivir, es descrita como aquella en la cual se produce en la persona una honda, elocuente y dramática disociación, un angustioso e insuperable contraste, entre el sexo cromosómico y el sexo psicológico. Es decir, por un lado, entre el sexo con el cual la persona es concebida y con el cual se encuentra inscrita en los registros públicos del estado civil y, por el otro, con el sexo que se manifiesta y se refleja en las vivencias y actitudes del sujeto, que se trasunta en su entera personalidad, el cual es opuesto al sexo biológico originario.

⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Ob. cit., p. 302.

⁷ Utilizamos indistintamente estos términos para referirnos al problema de la identidad sexual del transexual.

10. La transexualidad en el tiempo

El término «*transexualismo*» ha sido recientemente acuñado a nivel científico, aunque el síndrome es conocido desde antiguo. Existen en este sentido testimonios que se remontan a la época clásica, por lo que no es una expresión de nuestra cultura ni de los tiempos que corren. El fenómeno alcanzó notoriedad mundial a partir del famoso caso del soldado «*Christine*» Jorgensen, el que alcanzó una amplia difusión en el ámbito mundial. El hecho fue divulgado de un modo inusual a través de los medios de comunicación del mundo entero. Ello fue explicable en su momento porque se trató de la primera intervención quirúrgica de «*conversión*» sexual llevada a cabo a comienzos de la década de los años cincuenta del siglo XX. Esta operación, de adecuación morfológica de los genitales o caracteres externos, fue minuciosamente descrita en las revistas científicas de la época.

11. Transexualidad, isosexualidad y estados intersexuales

Es preciso distinguir la transexualidad de los estados «*intersexuales*», es decir, de situaciones intermedias entre dos extremos teóricamente definidos. El más elocuente de entre ellos, pero al mismo tiempo el menos frecuente, es el del llamado hermafroditismo. Este consiste en un síndrome que se caracteriza por la presencia simultánea, en el mismo individuo, de testículos y ovarios, cuya coexistencia «*influye, de modo variable, sobre la conformación de los genitales externos, el aspecto somático y el comportamiento psíquico*»⁸.

No obstante, como apunta Patti, la ciencia médica moderna admite sólo casos de hermafroditismo imperfecto o pseudohermafroditismo, el que consiste en la carencia, en un mismo sujeto, de homogeneidad entre los órganos genitales externos y el sexo genético, a pesar de lo cual predominan las características correspondientes a uno de los dos sexos⁹.

Es necesario también distinguir entre transexualismo y el isosexualismo¹⁰. En el transexual el deseo de pertenecer al sexo opuesto es obsesivo, por lo que está dispuesto a someterse a una intervención quirúrgica de adecuación de sus genitales. El homosexual o la lesbiana, en cambio, no sienten repugnancia por sus genitales externos sino que, por el contrario, experimentan por ellos atracción y complacencia. De ahí que no estén dispuestos a una adecuación morfológica sexual para pertenecer al sexo opuesto.

Cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas admiten también, sin problemas, la adecuación morfológica de los genitales en los casos de pseudohermafroditismo.

12. El transexual

El transexual es aquella persona que mediante una intervención quirúrgica logra la modificación de sus caracteres genitales externos para aproximarse, lo más que sea posible, a los del sexo opuesto al que cromosómicamente pertenece desde su nacimiento.

La transexualidad, como apuntamos en precedencia, no se adquiere en el transcurso de la vida, sino que ella se hace patente desde temprana edad. Los científicos que estudian el problema de la transexualidad aseveran que el niño, entre los dos y los cuatro años, manifiesta abiertamente su transexualidad. Desde esta edad el niño, siendo varón, gusta vestir como mujer, jugar con muñecas, compartir sus juegos con niñas, sus gestos y ademanes son definitivamente femeninos. Y, al revés, siendo niña prefiere la compañía de varoncitos y comparte con ellos los juegos propios de su sexo. El problema se agudiza al llegar a la pubertad, momento en el cual el adolescente adquiere mayor conciencia de su situación. El joven se siente sumido en un doble conflicto, de los cuales el primero tiene como ámbito el propio mundo interior de la persona. El segundo se despliega en el mundo de la intersubjetividad y se objetiva en el enfrentamiento del transexual con la curiosidad o la abierta hostilidad proveniente del ambiente en el cual desenvuelve sus actividades.¹¹

Existen dos claros síntomas de la transexualidad. El primero es un sentimiento profundo de pertenecer al sexo opuesto a aquel que desde la concepción «*le asignó la naturaleza y cuyas características biológicas son evidentes y normales*». El segundo síntoma es el poseer un «*invencible deseo de cambiar de sexo dentro de las posibilidades de la ciencia y para los efectos de que se le reconozca jurídicamente un «nuevo estado*»¹².

Las características que acompañan al «*síndrome de la transexualidad*», como apunta Vidal Martínez recogiendo los aportes doctrinarios hispánicos sobre la materia y la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 1987, se definen como aquellas que, «*partiendo de una dotación cromosómica y de una morfología determinadas, las que corresponden al varón o a la mujer, la persona presenta, sin embargo, unos caracteres psicológicos netamente opuestos a los que corresponden a su sexo*»¹³.

El sexo, en la transexualidad, no es sólo una expresión biológica, fundada en una cierta morfología genital, es decir, en una apariencia exterior, sino que comprende también una dimensión psicosocial, un cierto definido comportamiento, una profunda vivencia de la persona que consiste en «*sentirse*», actuar y estar «*convencida*» de pertenecer a un sexo diverso, opuesto a aquel que la naturaleza «*erróneamente*» le asignó.

El transexual es, por consiguiente, aquel sujeto en el que se aprecia el manifiesto contraste entre el sexo cromosómico, que es invariable, y el sexo psicosocial, por lo que perteneciendo la persona biológicamente a un sexo determinado, siente y vive intensamente el sexo opuesto. El transexual se halla sumido en una intolerable situación existencial que compromete de manera radical su «*manera de ser*», la que se hace patente en todo su comportamiento, sensibilidad, reflejos, actitudes, actividades, pensamientos, preferencias, gestos, modales, modo de vestir y hablar. El transexual vive plenamente a la

⁸ STANZIONE, Pasquale. «*Premessa ad uno studio giuridico del transsexualismo*», en D'Addino, Perlingieri, Stanzone, en: **Problemi giuridici del transsexualismo**. Napoli: ESI, 1981, p. 18.

⁹ PATTI, Salvatore, «*Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*», en: **Rivista Critica di Diritto Privato**, junio de 1984, p. 342.

¹⁰ Utilizamos la expresión «*isosexualismo*» para comprender en él los casos de homosexualismo y lesbianismo.

¹¹ STANZIONE, Pasquale. «*Premessa ad uno studio giuridico del transsexualismo*». **Ob. cit.**, p. 24.

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho a la identidad personal**. **Ob. cit.**, p. 318.

¹³ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. «*Se incluye el «cambio de sexo» (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española?*», en: **Revista General de Derecho**, N° 534, Madrid, marzo de 1989, p. 989.

manera del sexo opuesto al suyo y ésta es la percepción social que de él se tiene. Es una raigal vivencia propia del sexo que realmente «*siente*» y según el cual «*vive*» su cotidianidad.

Tal como lo sintetiza Stanzione, en el estado actual de las investigaciones científicas en la materia, existen dos claros síntomas que denotan la presencia de un transexual. El primero de ellos es el sentimiento, difuso y profundo, de pertenecer al sexo opuesto a aquel que, desde su concepción en el seno materno, le asignó la naturaleza. El segundo síntoma es el poseer un invencible deseo de cambiar de sexo, dentro de las posibilidades de la ciencia, para que se le reconozca su «*nuevo estado*» jurídico¹⁴.

13. Drama existencial del transexual

El transcurrir vital del transexual constituye un drama existencial de enorme magnitud, que supone una frustración de su proyecto de vida sexual y que tiene hondas repercusiones en su estado psíquico, en su equilibrio emocional, en su salud, en su bienestar integral.

El transexual, aparte de su frustración personal, siente el rechazo de los demás, lo que lo conduce a la situación de constituirse en un marginado social. Se trata de un drama que no puede pasar desapercibido para los juristas dotados de sensibilidad. Es un problema de la vida cotidiana que es necesario resolver, en términos jurídicos, en beneficio de la salud, la identidad y la libertad del transexual.

El transexual es un incomprendido por la sociedad, en la que se le suele confundir con el homosexual o la lesbiana o con el escandaloso travesti. Se le tiene como un depravado, un enfermo, un vicioso. De ahí que se le arrincone y se le persiga. Por ello es un sujeto indeseable, un ejemplo peligroso, dañino, que debe ser excluido de hecho de la convivencia social. Esta equivocada percepción comunitaria se basa en la ignorancia sobre su genuino y dramático problema existencial, el que carece de las connotaciones negativas que, por lo general, se le atribuye. Es un caso humano digno de atención.

La fuerte tensión en la que vive el transexual, producto de la dramática disociación entre su sexo cromosómico y su sexo psicológico, lo angustia y desespera, le hace imposible el convivir normalmente en sociedad. Vive en un estado de ansiedad permanente, sin tregua ni reposo, que desconoce lo que es la tranquilidad, la serenidad. Su estado psicológico se halla constantemente alterado, en mayor o menor medida, como inevitable consecuencia de su drama existencial. Ha perdido, en síntesis, su estado de bienestar integral, si es que alguna vez lo tuvo.

14. Búsqueda de una correspondencia entre la apariencia física y la sexualidad sentida y vivida

La profunda vivencia sexual que compromete toda la personalidad del transexual lo sume en una angustiosa, permanente y afanosa búsqueda de una correspondencia entre su apariencia física, que responde a su sexo cromosómico, y su comportamiento, que corresponde a su sexualidad sentida, querida y vivida, de raíz psicológica.

Es así que el transexual, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica, tiene una radical e incontrolada aspiración a pertenecer al sexo opuesto al de su nacimiento o sexo cromosómico. La presencia de sus genitales se le presenta como un hecho intolerable, desagradable, por lo que rechaza su morfología sexual. El transexual aborrece y le repugnan sus atributos genitales. Es tal la intensidad y persistencia de su vivencia como perteneciente al sexo opuesto al que biológicamente le asignó la naturaleza que pretende, obsesivamente, su modificación quirúrgica a fin de «*sustituir*» sus genitales por los que corresponden a su estado psicológico, a su identidad dinámica, a su «*manera de ser*».

15. Indispensable comprobación de la transexualidad

Cabe reiterar que en el estado actual del conocimiento científico no es posible modificar el sexo cromosómico de la persona, el que se mantiene invariable cualquiera sea el tipo de terapia o de intervención quirúrgica al que ella se someta. Esta situación se presenta, por consiguiente, en el caso que, a través de intervenciones quirúrgicas, se modifiquen los caracteres de los genitales a fin de cambiar la apariencia sexual exterior de la persona, adecuándola, en lo posible, al sexo deseado, sentido y vivido.

Antes que el transexual se someta a una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva es indispensable tener la certeza de que se trata de una aspiración que responde a la de una persona que verdaderamente vive el drama de su transexualidad. Para ello, antes de autorizar cualquier intervención quirúrgica, es ineludible someter al transexual a exigentes y detenidos peritajes psiquiátricos y psicológicos, a manos de reconocidos expertos, cuyos resultados permitan tener la certidumbre buscada. Además, es necesario que la autoridad judicial se entreviste personalmente con el aspirante a la intervención quirúrgica para comprobar a la persona y tener la seguridad de que se trata de un auténtico transexual. De esta forma, el juez podrá corroborar, por sí mismo, lo que se desprende de los peritajes practicados para determinar y tener la seguridad de que se está frente a un caso real de transexualidad.

Cabe remarcar que, en nuestro concepto y por todo lo expresado, es indispensable que toda intervención quirúrgica de reasignación genital de sexo emane de una autorización judicial, luego de un proceso en el que se cumplan con todas las exigencias a las que nos hemos referido en este trabajo para comprobar, a plenitud, que se trata de un caso de transexualidad que no ha podido resolverse mediante otra clase de terapias. Es, por ello, deber ético-jurídico de los médicos no proceder a efectuar dicho tipo de intervenciones sin contar para el efecto con una autorización judicial. Su incumplimiento dará lugar a una grave responsabilidad del médico.

16. La liberadora intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva

Por lo anteriormente expuesto, el transexual está firmemente decidido, tiene la indeclinable voluntad de someterse, lo más rápido posible, a una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva que modifique su apariencia exterior, su morfología genital, con la finalidad que ella se aproxime, al máximo posible, a la del sexo vivido y sentido, que es el que sintoniza con su peculiar personalidad.

La intervención quirúrgica es asumida por el transexual como un acto liberador de un estado de opresión en el que se encuentra inmer-

¹⁴ STANZIONE, Pasquale. «*Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*». Ob. cit., p. 24.

so. Es una decisión extrema y radical, ya que no encuentra otra salida médica para su drama, desde que ha experimentado que cualquier terapia es insuficiente para lograr su objetivo. El transexual estima que la intervención quirúrgica le permitirá vivir de acuerdo con sus raigales inclinaciones sexuales, con una apariencia exterior que corresponde a su personalidad, a su «manera de ser» sexual. De ahí que no le arredran los riesgos y los sufrimientos físicos que ella genera ni tampoco lo irreversible de ella.

El transexual se siente prisionero dentro del cuerpo con el cual nació y considera, por consiguiente, que los atributos genitales que posee son, como está dicho, un trágico error de la naturaleza. Por ello es que su íntima e indeclinable decisión es la de adquirir un aspecto genital que guarde correspondencia con su particular manera de vivir su sexualidad. Alguna vez leímos en el diario italiano «*La Repubblica*» las ilustrativas declaraciones de Angelo Salvini, un conocido cirujano del Hospital San Donato Milanese.

En tales declaraciones el mencionado médico, recurriendo a su experiencia profesional, manifestaba que había podido apreciar que el transexual se delataba por su decidida voluntad de someterse a una intervención quirúrgica de adecuación genital. Según el profesor Salvini, el acto volitivo del transexual podía calificarlo de «*profundo, irreversible, que nada puede detenerlo*»¹⁵. El referido cirujano, para graficar su manifestación, refería el sorprendente caso de un sujeto de 65 años de edad que deseaba «*a toda costa ser operado porque quería morir siendo mujer*».

La Corte Constitucional italiana, en su sentencia 161 del 6 de mayo de 1985, al declarar que no era inconstitucional la ley de reasignación de sexo de 1982, opinó que la intervención quirúrgica a que se somete el transexual logra «*recomponer el equilibrio entre soma y psiquis, permitiéndole al transexual gozar de una situación de relativo bienestar, estableciendo las condiciones para una vida sexual y de relación lo más normal posible*».

Debe reiterarse lo antes dicho en el sentido que, para autorizar judicialmente una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva de la morfología genital del transexual, deben haber fracasado todas las terapias a las que fue sometido, e igualmente luego de exhaustivos y detenidos peritajes psiquiátricos y psicológicos ejecutados por expertos en la materia que acrediten la calidad de transexual del recurrente, así como comprueben el fracaso de las terapias en uso. Por lo demás, el juez debe entrevistar cuidadosamente al transexual para conocer su historia y comprobar, personalmente, los rasgos de su personalidad, su convicción de someterse a una intervención quirúrgica así como para informarle de la irreversibilidad de la operación que solicita para superar o aliviar su dramática situación.

17. Resultados de la intervención quirúrgica

La cirugía demoledora-reconstructiva es radical y compleja, pese a lo cual, y como está dicho, no se logra cambiar el sexo cromosómico. En el varón, como lo describen los cirujanos que han practicado este tipo de intervenciones quirúrgicas, la operación consiste «*en la remoción de los testículos, la amputación del pene y la formación de una*

vagina artificial valiéndose de partes del pene». A esta intervención se agrega la disminución de la llamada manzana de Adán y el aumento del volumen de los senos a través de implantes de silicona. En el caso de la cirugía de mujer a hombre es más complicada. En ella «*se suprimen los ovarios y el útero, los senos se reducen de tamaño y se fabrica un pene artificial*». Esta última operación va acompañada de otros recursos destinados a imitar una erección de pene artificial»¹⁶.

18. Argumentos que se aducen a favor y en contra de la adecuación morfológica sexual

No todos los científicos o juristas admiten la intervención quirúrgica, demoledora-reconstructiva, para la adecuación de los genitales del transexual a los del sexo opuesto, hondamente vivido. Los que no están conformes con ella aducen que el sexo es inmutable, por lo que privilegian el elemento biológico sobre el psicológico. Alegan, además, razones de seguridad y de certeza jurídica. Por ello, en el caso de los transexuales recomiendan terapias de otro tipo, como las hormonales o las psiquiátricas, con la finalidad de reafirmar el sexo cromosómico.

De otro lado, sostienen que las intervenciones quirúrgicas atentan contra la integridad psicosomática por tratarse de una ilícita disposición del propio cuerpo, la que se traduce en una mutilación legalmente penada.

En cuanto al primer argumento, cabe señalar que se ignora que lo más importante en el ser humano es actuar de acuerdo con su «*proyecto de vida*», mientras que él no sea contrario a la moral ni al orden público ni agreda a terceros, así como vivir en un estado de bienestar, de salud integral. Es decir, vivir auténticamente, de conformidad con su identidad psicosocial. Para ello, al transexual nada o poco le importa cuáles sean sus cromosomas.

En lo que respecta al segundo argumento, cabe advertir que una intervención quirúrgica sustentada en los argumentos axiológicos y jurídicos antes referidos no constituye una «*mutilación*»¹⁷ sino, más bien, una necesaria operación destinada a restablecer o aliviar la salud perdida y, en ciertos casos, a salvar la vida. Así se comprendió en España, donde la Ley Orgánica 3 del 25 de junio de 1983 reformó el artículo 428° del Código Penal con la finalidad de excluir del delito de lesiones las intervenciones quirúrgicas tendientes a la alteración somática del sexo.

Los que sostienen la inmutabilidad del sexo, confundiendo lo cromosómico con lo psicosocial, ignoran que de lo que se trata no es lograr un real cambio de sexo - lo que es un imposible -, sino el de curar o aliviar a un ser humano que, por razones probablemente genéticas, siente y vive su sexualidad de manera diferente de su sexo originario.

¿Qué hacer humana, médica y jurídicamente con esta persona a cuyo drama nos hemos referido en precedencia? Sabemos que las terapias aconsejables en estas circunstancias no han logrado resolver el dramático y hondo problema del transexual. No obstante, no se le puede abandonar. Es necesario atender su problema y adoptar medi-

¹⁵ Edición del diario «*La Repubblica*» de Roma correspondiente al 22 de julio de 1983.

¹⁶ VARGA, Andrew C. *Bioética. Principales problemas*. Bogotá: Paulinas, 1990.

¹⁷ Como tampoco es una «*mutilación*», por ejemplo, extirpar un órgano del cuerpo humano para evitar la propagación de un cáncer, o la ablación de una pierna para impedir una gangrena. El derecho a la salud justifica dichas medidas, las que adopta el propio interesado en cuanto ser libre.

das excepcionales para restituirle la salud y el bienestar perdidos y lograr la afirmación de su identidad sexual. Es un ser humano, como cualquier otro, dotado de dignidad.

Otro sector de la doctrina, al considerar que la transexualidad es una patología que implica una paranoia u otro tipo de grave trastorno psíquico, concluye que ello obnubila la capacidad de decidir del transexual, es decir, su libertad¹⁸. Consideramos, por nuestra parte, que ninguno de los padecimientos que pueda sufrir el transexual bloquean su libertad. En cualquier situación, la intervención quirúrgica le devolverá el bienestar perdido o aliviará sus dramáticas tensiones al superar, de ser el caso, el estado paranoico antes referido.

Como sostiene Santos Cifuentes, el padecimiento «no suprime el principio de libertad y de autonomía del sujeto, ya que como individuo que sufre una dolencia, puede o no someterse a su cura a través de la cirugía, dado que nadie podría imponerle que se abstuviera de operarse, medicamentarse o tratarse de algún otro modo, como tampoco exigirle imperativamente que se someta a alguna de esas posibles curaciones».¹⁹ Por lo demás, antes de autorizarse judicialmente una intervención quirúrgica, el recurrente, como lo hemos recalado, debe ser sometido a una exhaustiva y exigente investigación psiquiátrica y psicológica para determinar su personalidad y su estado de salud.

Existen otros autores - entre los que nos encontramos - que consideran que la sexualidad no es inmutable sino dinámica, ya que el sexo no se reduce tan sólo a una configuración somática. Al privilegiar el sexo psicológico sobre el biológico, se respeta lo más importante en el ser humano que es la libertad de vivir su sexualidad tal como intensa y auténticamente la «siente» el transexual. De ahí que los partidarios de ayudar al transexual se muestren favorables a las intervenciones quirúrgicas de adecuación sexual, siempre que hayan fracasado - y esto hay que subrayarlo - todas las terapias que científicamente puedan intentarse para reafirmar el sexo de origen del transexual. La intervención quirúrgica es sólo aplicable en un caso límite.

Los sostenedores de esta última posición sustentan su actitud en el respeto a la libertad del sujeto a vivir de acuerdo con su propio proyecto existencial, al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no se lesione el derecho o el interés de los demás. De otro lado, el transexual tiene derecho tanto a su propia identidad, a su «verdad personal», como también al fundamental derecho a la salud. El desequilibrio emocional, la perenne angustia y el drama que íntima y socialmente vive el transexual, suponen la ausencia de salud, de bienestar integral al que toda persona tiene derecho.

De otro lado, dichos autores sostienen, tal como se ha apuntado, que la intervención quirúrgica no es un atentado contra la integridad psicósomática, sino una terapia sustentada en razones médicas, de tutela de la salud. La operación, por ello, se justifica en cuanto tiene el significado de restablecer el bienestar del transexual. Vidal Martínez señala al respecto que se debe centrar la atención «en el grave conflicto psico-somático padecido por el transexual», por lo que «entre las

ideas que apuntan recientemente en nuestra doctrina, en relación con la temática de la transexualidad, merece destacarse la que contempla que la rectificación de sexo como eventualmente comprendida en un amplio derecho a la salud»²⁰.

19. Fundamentos que sustentan la adecuación morfológica sexual

En síntesis, y como conclusión de lo expresado en precedencia, la adecuación morfológica genital tiene como fundamento el respeto a la libertad de la persona del transexual, dotado de dignidad, así como al derecho fundamental que le asiste a vivir en un estado de salud integral, de bienestar.

A dichos fundamentos se une, precisamente, el derecho del transexual al reconocimiento de su identidad personal. El transexual, en el aspecto de su sexualidad, se identifica con el sexo opuesto al cromosómico de su nacimiento. Esa es «su» identidad y no otra. Al transexual no le interesa el respeto de su sexo cromosómico sino vivir de acuerdo con lo que es su «verdad personal» en el aspecto de su sexualidad. En esta situación predomina en el transexual la identidad dinámica, con la que se desenvuelve en el diario convivir, que la identidad estática, a las que nos hemos referido en su lugar y que, para él, carece de «sentido».

El transexual tiene derecho, además, a vivir su intimidad y a no ser discriminado socialmente al existir dentro de una dramática ambigüedad sexual.

20. Solución jurídica del problema de la «transexualidad»

Los juristas esperan conocer, en un futuro que imaginamos cercano, el origen del dramático fenómeno de la «transexualidad». Sospechamos que la respuesta se debería hallar en el ámbito de la genética, pues no encontramos, dentro de nuestros limitados alcances intelectuales, otra razón que lo podría explicar a la altura de los conocimientos científicos de nuestro tiempo. Una razón muy importante para esta sospecha es que dicho fenómeno no se presenta en el curso de la vida de una persona - como podría ser el caso de la isosexualidad - sino que se manifiesta a muy temprana edad, en la niñez, aproximadamente y tal como se ha señalado, entre los dos y los cuatro años de edad. En estas circunstancias resulta difícil atribuir la transexualidad a una decisiva influencia del medio ambiente en que crece el niño a tan tierna edad.

Mientras aguardamos un esclarecimiento científico del problema de la transexualidad, advertimos que en la actualidad la doctrina se encuentra en un proceso de profundización de la temática atinente a la identidad sexual, mientras que la jurisprudencia comparada está también experimentando un notorio cambio, pues si no hace mucho tiempo se negaba la opción a lograr la adecuación morfológica sexual - y el consiguiente cambio de prenombre - en los casos límite, su criterio ha variado en nuestros días y adopta una actitud favorable a dicha adecuación morfológica genital, fundándose para ello en los derechos a la libertad, a la salud y a la identidad del transexual, dentro del derecho a la intimidad y a la no discriminación de que goza toda persona.

¹⁸ Entre los autores que sostienen esta posición puede consultarse el trabajo de Mauricio Luis Mizrahi, publicado en *La Ley*, Actualidad, de los días 16 y 21 de junio del 2005, citado por Santos Cifuentes en el artículo referido en la nota 19 siguiente.

¹⁹ CIFUENTES, Santos. «Sobre el tema de la transexualidad», en: *La Ley*, Buenos Aires, 20 de septiembre del 2005.

²⁰ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. ¿Se incluye el «cambio de sexo» (transexualidad) en el «libre desarrollo de la personalidad» al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española? *Ob. cit.*, p. 1013.

Se ha comprendido, por un sector mayoritario de juristas y operadores del derecho, que el problema de la transexualidad no es principalmente de técnica jurídica sino, más bien, uno profundamente humano, de raíz axiológica. Se trata de una realidad de la vida humana social que el jurista debe conocer con la finalidad de solucionar el problema, haciendo uso para ello del vivenciamiento de valores y la aplicación de principios y normas jurídicas.

No puede perderse de vista que el transexual tiene derecho a «proyectar su vida» de acuerdo con las arraigadas e inmodificables tendencias de su sexualidad, las que se presentan desde cuando era niño, más allá de su voluntad. Tiene derecho a vivir en una situación de bienestar, dotado de salud integral, la que ha perdido y sólo recuperará cuando pueda vivir de acuerdo con su «verdad» personal, a su auténtica identidad. El transexual tiene derecho a ser «él mismo», a que se le reconozca su auténtica identidad sexual, más allá de los cromosomas que la naturaleza le otorgó y que, como está dicho, carecen de «sentido» para su vida.

Al hacerse cargo de esta realidad de la vida social, los juristas y los operadores del derecho están obligados a resolver, en términos axiológicos, el inocultable problema de la transexualidad, debiendo encontrar para ello las soluciones formales o normativas adecuadas. Es así que algunos países ya cuentan con legislación específica que regula la materia, mientras otros han resuelto el problema a niveles judiciales y hasta administrativos. Finalmente, más allá de la existencia o no de normas reguladoras o de antecedentes jurisprudenciales aplicables al fenómeno humano y social de la transexualidad, el juez es creador de derecho, por lo cual, aun en ausencia de normas jurídicas positivas, debe resolver el problema humano dentro de los valores y los principios jurídicos con los que cuenta. Así lo comprendió en su momento el magistrado doctor Mario Calatayud cuando emitió su voto particular en la causa resuelta mediante ejecutoria de la Sala «E» de la Cámara Nacional en lo Civil del 31 de marzo de 1989.

21. La doctrina jurídica

La doctrina jurídica, inicialmente contraria a todo tipo de adecuación sexual, ha evolucionado en la últimas décadas al punto que podemos decir que, en la actualidad, son cada vez más numerosos los autores que se inclinan por resolver el drama existencial de los transexuales o de los intersexuales admitiendo la realización de una intervención quirúrgica de adecuación morfológica genital o reasignación de sexo cuando ha quedado plenamente demostrado que cualquier otra terapia es ineficaz para resolver el problema del transexual. Ello ha de ocurrir mediante autorización judicial luego de procederse a un exhaustivo, exigente y detenido examen de las características somáticas así como de la personalidad del demandante, efectuado por peritos y por el propio juez, a fin que no quepa duda de que se trata de un transexual.

Un tema que aún se discute a nivel de la doctrina es si el cambio de sexo y de prenombre se debe hacer a través de una anotación marginal en la partida de nacimiento del transexual o si, por el contrario, se debe sentar una nueva acta²¹. El problema se centra en la pro-

tección de la intimidad del transexual, por un lado y, por el otro, en el de poseer certidumbre en cuanto al cambio de identidad de una persona en casos de transexualidad. Advertimos que un sector mayoritario de la doctrina se pronuncia en el sentido que la sentencia que admite la reasignación sexual no conlleva la anulación de la partida de nacimiento del transexual, en el que consta su sexo original, sino tan sólo el de efectuar una anotación marginal en dicha partida²².

Otro asunto que ha despertado opiniones controvertidas es el de la posibilidad que los transexuales contraigan matrimonio. Así, para la doctrina y la jurisprudencia italianas ello es legalmente posible²³, mientras que no lo es – o, mejor, no lo era – para la jurisprudencia española. En efecto, no obstante la posición asumida por el Tribunal Supremo español, la Dirección General de los Registros y el Notariado, en Resolución del 31 de enero del 2001, autorizó el matrimonio entre un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico.

Es a partir de la expedición del mencionado dispositivo que empezó a registrarse en España el matrimonio de los transexuales²⁴. Cabe señalar, sin embargo, que el Tribunal Supremo no ha conocido específicamente el caso de matrimonio de un transexual. Su opinión ha trascendido sólo en el caso de conceder el cambio de la mención registral de modificación de sexo, oportunidad en la que se ha pronunciado sobre la nulidad del eventual matrimonio que pudiera contraer el transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico. De otro lado, el registro del matrimonio de los transexuales tiene en la actualidad el respaldo del pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 11 de julio del 2002, el cual considera que, conforme al artículo 12° del Convenio de Roma, debe reconocerse el derecho de los transexuales a contraer matrimonio. Finalmente, se ha dictado recientemente en España la ley 13 del 1° de julio del 2005, la que modifica el Código Civil para el efecto de posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta ley está recurrida ante el Tribunal Constitucional.

En los párrafos siguientes presentamos un apretado resumen de la evolución y estado actual de la doctrina imperante en algunos países tales como Argentina, España, Italia y Perú.

22. Doctrina y jurisprudencia italianas

Es en Italia donde, quizá, se ha estudiado con mayor amplitud el derecho a la identidad personal y a su componente como lo es la espe-

²¹ El artículo 5° de la ley italiana 164 de cambio de sexo del 14 de abril de 1982 establece que las partidas que se expidan, por el organismo competente, referidas a la persona del transexual sometido a un procedimiento de reasignación de sexo deben contener tan sólo la indicación de su nuevo sexo y nombre.

²² Graciela Medina sostiene al respecto que no constituye una violación al derecho a la intimidad del transexual la no modificación de su sexo de origen en el acta de nacimiento. Ello, porque las actas registran los datos existentes en el momento del nacimiento y no los adquiridos con posterioridad así como en razón de que el transexual nunca adquiere totalmente el sexo al cual aspira. No se puede suprimir el sexo de origen en los Registros del Estado Civil en cuanto existen fundados motivos que hacen necesario su conocimiento en algunos casos, como, por ejemplo, los policiales, las relaciones de familia, la seguridad social, la jubilación, entre otros (MEDINA, Graciela. «Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica», en: Autores Varios. *Daños*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2000).

²³ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Ob. cit., p. 432 y ss. y PERTICONE, Giacomo. «Il transessualismo nelle leggi e nella giurisprudenza», en: *Quaderni della Giustizia*, 1986-II- 78.

²⁴ VERDA Y BEAMONT, José Ramón. «Algunas reflexiones sobre la reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 31 de enero del 2001, que autoriza el matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico», en: *Folio Real*, año II, N° 5, Lima, junio del 2001.

cífica identidad sexual. Corresponde a la jurisprudencia, como lo reconocen entre otros Francesco Macioce²⁵ y Massimo Dogliotti²⁶, la paulatina y controvertida inicial elaboración jurídica del derecho a la identidad. En este sentido, la histórica sentencia emitida por un juez de Roma, con fecha 6 de mayo de 1974, a la que siguieron algunas otras aisladas sentencias, plantea el problema de la identidad. No obstante, como señala Alpa²⁷, tales fallos, hasta la década de los años 80 del siglo pasado, no estaban aún organizados o vertebrados en una única orientación jurisprudencial. En este sentido, la Corte Suprema emite, el 22 de junio de 1985, un meditado y lúcido pronunciamiento en el que encontramos un maduro aunque incompleto diseño sobre el derecho a la identidad personal²⁸.

Dentro de una primera etapa en cuanto a la elaboración del derecho a la identidad, que se inicia con el fallo del pretor de Roma del 6 de mayo de 1974 y se cierra con la mencionada sentencia de la Corte Suprema de 1985, se celebran en Italia tres Congresos en los que se debate arduamente el tema, con argumentos a favor y en contra, con dudas y muchas preguntas por responder. Dichos certámenes se llevaron a cabo en Génova y Roma y, en 1982, en Messina. En ellos estuvo presente un selecto grupo de tratadistas como es el caso de De Cupis, Falzea, Rescigno, Giacobbe, Auletta, Dogliotti, Patti, Alpa, Zatti, entre otros.

Una segunda etapa se inicia a partir de la expedición de la ley 164 del 14 de abril de 1982. Este dispositivo se dicta ante la «presión de un sector de la opinión pública y de cierta prensa». Este hecho motivó que la norma se dictara con apresuramiento, «evidente precipitación y consiguiente superficialidad»²⁹. Se trata de un dispositivo breve, escueto, que presenta algunos notorios vacíos. No obstante esta justificada crítica, más allá de sus imprecisiones la ley, en términos generales, puede calificarse de muy liberal. Ella autoriza la reasignación de sexo³⁰. Es, a partir de esta ley, que la jurisprudencia encuentra una base positiva concreta para acoger las demandas de transexuales y de intersexuales que solicitan una adecuación morfológica de sus genitales.

23. La doctrina latinoamericana

A nivel latinoamericano cabe señalar que, a nuestra iniciativa, en una reunión que organizara el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima, del cual era Director, que se realizó en Lima en el marco de las «Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil» en 1991, se designó un grupo de trabajo integrado por Santos Cifuentes,

Eduardo Zannoni, Gustavo Bossert y el que esto escribe, para que elaborara, sobre la propuesta que presentáramos en esa oportunidad, las que podrían ser las «Bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre». Podríamos decir que, con modificación de matices, el contenido de las «Bases» resumiría la posición doctrinaria mayoritaria en nuestros días sobre transexualidad³¹.

El mencionado trabajo incluía doce proposiciones, la primera de las cuales expresa que: «La identidad sexual constituye uno de los caracteres primarios de la identidad personal». Se recomienda, dada la complejidad de la materia, un estudio multi e interdisciplinario de ella. Se señala que los factores determinantes del sexo pueden agruparse en dos categorías, «aquellos biológicos, con los que se nace y se registra el sujeto, y los psicosociales que conforman la personalidad».

En las mencionadas «Bases» se describe que: «En casos de transexualismo se presenta una disociación entre los factores determinantes biológicos y el sexo psicosocial», agregándose que «se trata de hombres que, desde los primeros años de su vida, sienten y viven como mujeres, o viceversa, constituyendo un drama existencial que repercute raigalmente en el mundo interior del sujeto y en sus relaciones sociales». Se afirma que, teniendo como base los derechos de la persona a su libertad, a su identidad y a su salud, «deben permitirse normativamente los procesos de adecuación de sexo en casos de transexualismo». Se sostiene, en consecuencia, que: «Son admisibles las intervenciones quirúrgicas tendentes a superar la disociación soma-psi que, que presenta el transexual, a favor de esta última». La operación, se dice, tiene como finalidad «adecuar los genitales al sexo vivido». Esta intervención operaría en casos «en los que no sean eficaces otros tipos de terapias».

En las «Bases» se deja sentado que la autorización para la adecuación morfológica genital «debe ser el resultado de un procedimiento judicial reservado, en el cual los jueces tendrán que evaluar, especialmente, los peritajes de los expertos en la materia, entrevistarse con el recurrente para apreciar, personalmente, la dimensión del conflicto existencial vivido por el transexual e informar plenamente al peticionario de las consecuencias irreversibles de la adecuación de sexo». Aparte de otras consideraciones sobre el tema, que sería largo recoger en esta nota, se propone - lo que es materia de debate - que los transexuales estén impedidos de contraer matrimonio. Cabe mencionar que de esta posición participó mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia españolas, más no la jurisprudencia italiana donde se han producido matrimonios de transexuales luego de haber sido intervenidos quirúrgicamente.

24. La doctrina argentina

En la Argentina, a partir de los años 90 del siglo XX, un sector mayoritario de la doctrina se muestra a favor de la adecuación morfológica de los genitales exteriores. Entre otros, podemos citar los nombres de autores tales como Germán Bidart Campos, Santos Cifuentes, Eduardo Zannoni, Julio César Rivera y otros. El voto en

²⁵ MACIOCE, Francesco. *Tutela civile della persona e identità personale*. Padova: Cedam, 1984.

²⁶ DOGLIOTTI, Massimo. «Violazione e abuso del diritto all'identità personale?», en: *Giustizia Civile*, I, 2826, 1982.

²⁷ ALPA, Guido. «Un questionario sul diritto all'identità personale», en: Autores Varios. *Il diritto all'identità personale*. Padova: Cedam, 1981.

²⁸ Sobre la evolución de la doctrina y la jurisprudencia italianas en lo tocante al derecho a la identidad puede consultarse del autor de este trabajo el libro *Derecho a la identidad personal*. Ob. cit., p. 29 y ss.

²⁹ Una exposición y comentario de la ley italiana se encuentra en la obra del autor de este trabajo titulada *Derecho a la identidad personal*. Ob. cit., p. 409 y ss.

³⁰ Una crítica a la ley se halla en los trabajos de Patti y Will titulados *Mutamento di sesso e tutela della persona*. Padova: Cedam, 1986 y en «La rettificazione di attribuzione di sesso: prime considerazioni», en: *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1983. También puede consultarse de ambos autores el artículo «Analisi della legge italiana», en: *Rivista di Diritto Civile*, 1982, II.

³¹ Una referencia sobre las «Bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y y consiguiente modificación del nombre» puede encontrarse en el libro del autor *Derecho a la identidad personal*. Ob. cit., p. 477 y ss.

minoría del doctor Mario Calatayud en la famosa sentencia de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, del 31 de marzo de 1989, que constituyó un singular apoyo a la demanda de un transexual que deseaba se le reasignara su sexo y se cambiara su prenombre, podría ser el punto de partida de dicha corriente favorable. Comentaron en su momento críticamente este fallo Germán Bidart Campos³² y Eduardo Zannoni³³.

En la Argentina existe una profusa bibliografía sobre la materia³⁴. Entre los más destacados trabajos que conocemos podemos citar los elaborados por Santos Cifuentes. Puede consultarse al respecto la segunda edición de su acreditada obra *Derechos personalísimos*. En ella se ocupa, con su acostumbrada lucidez, del drama existencial del transexual³⁵. Lo hace también en otros trabajos, como en *Soluciones para el pseudohermafroditismo y la transexualidad*³⁶ y en *El sexo y la identificación del transexual*³⁷. Recientemente ha publicado el artículo titulado *Sobre el tema de la transexualidad*³⁸. Germán Bidart Campos ha publicado el artículo titulado *La modificación integral del sexo y el cambio de documentación*³⁹, mientras que José W. Tobías ha producido el trabajo *Derecho personalísimo a la identidad personal. El transexualismo*⁴⁰.

Julio César Rivera se refiere al tema en el artículo *Ratificación del derecho a la identidad sexual en un caso de hermafroditismo*⁴¹, al comentar la sentencia del Tribunal de San Nicolás de los Arroyos del 11 de agosto de 1994. De Graciela Medina y Héctor D. Fernández podemos consultar su trabajo *Transexualidad: ¿Qué efectos jurídicos produce el cambio de sexo?*⁴² y de Graciela Medina el trabajo *Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica*. Derecho de adopción y herencia⁴³, Adriana Wagmeister M. y Cristina Mourelle de Tamborenea han producido el trabajo *Derecho a la identi-*

*dad del transexual*⁴⁴, mientras que de Graciela Ignacio recordamos el titulado *Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio*⁴⁵. De Arturo Ricardo Yungano recordamos el artículo *Cambio de sexo*⁴⁶ mientras que de Matilde Zavala de González, el libro *Resarcimiento de Daños, volumen 2c Daños a la personas (integridad espiritual y social)*⁴⁷.

Por su parte, Nora Lloveras y Olga Orlandi asumen la temática en su trabajo *El derecho a la identidad sexual*⁴⁸. En muchos otros trabajos dedicados al estudio del derecho a la identidad personal o relacionados con él se hace también referencia a la materia que nos ocupa. Es el caso, entre otros, el de Elena I. Highton, titulado *La salud, la vida, la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio*⁴⁹ o el de Eduardo Zannoni, *El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica*, antes citado.

25. La doctrina española

En España, a raíz de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, del 2 de julio de 1987, se han publicado diversos ensayos sobre la temática de la transexualidad. Entre los numerosos trabajos y comentarios jurisprudenciales producidos recordamos, entre otros, los de Jaime Vidal Martínez⁵⁰, Ricardo de Ángel Yagüez⁵¹, María Elosegui Itxaso⁵², Manuel Jesús Dolz Lago, Jesús Díez del Corral Rivas⁵³, Antonio Gordillo⁵⁴, Enrique Fosar Benlloch⁵⁵, José Ramón de Verda⁵⁶.

³² BIDART CAMPOS, Germán. «El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados», en: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 18 de junio de 1990, N° 5681, p. 27.

³³ ZANNONI, Eduardo. «El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica», en: *Derecho de Familia*. Buenos Aires, 1990, pp. 4-142.

³⁴ La referencia a algunos de los trabajos citados han sido tomados del artículo de Santos Cifuentes titulado *Sobre el tema de la transexualidad*, citado en la nota 19 de este trabajo.

³⁵ CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalísimos*. Segunda edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, pp. 303 y ss. y pp. 606 y ss.

³⁶ CIFUENTES, Santos. «Soluciones para el pseudohermafroditismo y la transexualidad», en: *Jurisprudencia Argentina*, N° 5937, II, Buenos Aires, 14 de junio de 1995.

³⁷ CIFUENTES, Santos. «El sexo y la identificación del transexual», en: *LL Gran Cuyo*, 1999.

³⁸ CIFUENTES, Santos. «Sobre el tema de la transexualidad», en: *La Ley*, 1, Buenos Aires, 20 de septiembre del 2005.

³⁹ BIDART CAMPOS, Germán. «La modificación integral del sexo y el cambio de documentación», en: *La Ley*, F., 216, Buenos Aires, 2001.

⁴⁰ TOBIAS, José W. «Derecho personalísimo a la identidad personal. El transexualismo», en: *Colección de Análisis Jurisprudencial, Derecho Civil, Parte General «La Ley»*. Buenos Aires, 1 de marzo del 2003, p. 101.

⁴¹ RIVERA, Julio César. «Ratificación del derecho a la identidad sexual en un caso de hermafroditismo», en: *Jurisprudencia Argentina*, N° 5937, Buenos Aires, 14 de junio de 1995.

⁴² MEDINA, Graciela y FERNÁNDEZ D. Héctor. «Transexualidad ¿Qué efectos jurídicos produce el cambio de sexo?», en: *Jurisprudencia Argentina*, IV-45, Buenos Aires, 2001.

⁴³ MEDINA, Graciela. «Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica. Derecho de adopción y herencia», en: Autores Varios. *Daños*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2000.

⁴⁴ WAGMAISTER, Adriana M. y MOURELLE DE TAMBORENEA, Cristina. «Derecho a la identidad del transexual», en: *Jurisprudencia Argentina*, IV-889, Buenos Aires, 1999.

⁴⁵ IGNACIO, Graciela C. «Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», en: *Jurisprudencia Argentina*, I-867, Buenos Aires, 1999.

⁴⁶ YUNGANO, Arturo Ricardo. «Cambio de sexo», en: *La Ley*, 1975-A.

⁴⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento de Daños. 2c Daños a las personas (integridad espiritual y social)*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1994.

⁴⁸ LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga. «El derecho a la identidad sexual», en: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2001, IV.

⁴⁹ HIGHTON, Elena I. «La salud, la vida, la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio», en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni, N° 1, 1995.

⁵⁰ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. «¿Se incluye el "cambio de sexo" (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad, al que se refiere el artículo 10-1 de la Constitución española?», en: *Revista General de Derecho. Ob. cit.*

⁵¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. «Transexualidad y cambio de sexo (comentarios a la sentencia de la STS, Sala 1ª, del 2 de julio de 1987)», en: *La Ley*, año VII, N° 1819, Madrid, del 14 de octubre de 1987.

⁵² ELOSEGUI ITXASO, María. «Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Estadounidense», en: *Actualidad Civil*, N° 10, Madrid, semana del 7 al 13 de marzo de 1994.

⁵³ DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. «La transexualidad en el derecho español», en: *Actualidad Civil*, Madrid, semana del 6 al 12 de octubre de 1986.

⁵⁴ GORDILLO, Antonio. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Español del 2 de julio de 1987», en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, enero-marzo de 1989.

⁵⁵ FOSAR BENLLOCH, Enrique. «El reconocimiento de la transexualidad en la sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo del 2 de julio de 1987, y en los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: casos Van Ooesterwijck contra Bélgica - 1 de marzo de 1979 - y Rees contra Reino Unido - 12 de diciembre de 1984 -», en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 1476, Madrid, 15 de diciembre de 1987.

⁵⁶ VERDA, José Ramón de. «Algunas reflexiones sobre una reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 31 de enero de 2001, que autoriza el matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico», citado en la nota 24.

Vidal Martínez, fundándose en principios constitucionales, sostiene que «creemos que el fenómeno de la transexualidad, tal como hoy se le entiende, aceptándose en algunos casos en el plano científico y social, puede encuadrarse en el estricto plano jurídico, en el marco de las libertades civiles, de tal modo que el transexual, en tanto que persona, puede orientar su sexualidad de la forma que estime conveniente, recurriendo incluso - si ello se revelase como verdaderamente indispensable en el plano médico para evitar males mayores - a la cirugía, en orden a una modificación de su morfología...»⁵⁷.

26. La doctrina peruana

Residiendo en Italia, en los primeros años de la década de los 80 del siglo XX, estuvimos presentes en los primeros debates doctrinarios en torno al derecho a la identidad personal asumido por la jurisprudencia italiana. De retorno al Perú, a mediados de dicha década, presentamos una ponencia sobre el derecho a la identidad personal en el Congreso Internacional celebrado en Lima en 1988 sobre «Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano». Esta ponencia fue el embrión del libro que, titulado Derecho a la identidad personal, se publicara en 1992 por la Editorial Astrea en la ciudad de Buenos Aires. En este volumen tratamos extensamente el tema de la identidad sexual como uno de los importantes elementos constitutivos de la identidad personal.

Con posterioridad se han publicado otros ensayos y artículos en los que hemos continuado reflexionando sobre el específico tema de la identidad sexual. Ellos son nuevas reflexiones sobre la adecuación sexual y el consiguiente cambio de nombre, «Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual». Una excelente sentencia dictada en un caso de intersexualidad y Acción de amparo en un caso de intersexualidad, antes citados en la nota 1 de este trabajo.

27. La legislación comparada

Son aún escasos los ordenamientos jurídicos positivos que regulan el procedimiento de adecuación sexual. Así, a título ilustrativo, y hasta donde alcanza nuestro conocimiento, podemos citar las leyes de Suecia (1972), Alemania (1980), Italia, (1982)⁵⁸, Holanda (1985), Turquía, la de algunos Estados de los Estados Unidos, las de determinadas provincias del Canadá. Existen casos, como los de Austria y Dinamarca, en los que basta una simple autorización administrativa. En Suiza es suficiente una sentencia judicial y, en Sud Africa, una resolución del Ministerio del Interior.

Es del caso señalar que la ley sueca de 1972, a diferencia de la ley alemana de 1980, no prescribe que sea obligatorio que el transexual se someta a una previa intervención quirúrgica de transformación morfológica de sus genitales. No obstante, si el demandante aparte de obtener la comprobación de su reasignación sexual desea someterse a dicha intervención quirúrgica, debe solicitar para ello, adicionalmente, la respectiva autorización judicial.

La ley sueca establece que es requisito indispensable para obtener la rectificación judicial en cuanto al sexo, que la persona haya sido previamente esterilizada o sea incapaz de engendrar, por cualquier motivo, y que no sea casada. En esta ley se requiere para demandar la reasignación de sexo que la persona haya cumplido 18 años, mientras que la ley alemana de 1980 se fija en los 25 años. No obstante, cabe señalar que este extremo de la ley fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional de Alemania. La ley italiana de 1982 guarda silencio en este aspecto. No obstante el principio general, la ley sueca permite que un menor de 18 años, sujeto o no a tutela, pueda solicitar la comprobación de pertenecer al sexo opuesto a aquel con el que figura inscrito en el registro correspondiente.

La ley alemana prevé dos instancias sucesivas en lo que concierne a la reasignación sexual. En la primera, el recurrente puede sólo limitarse a solicitar se le autorice la rectificación del prenombre y su correspondiente inscripción a fin de adecuarlo a sus inclinaciones transexuales. En una segunda etapa, puede solicitar se le autorice someterse a una intervención quirúrgica de adecuación sexual de sus genitales.

La ley sueca obliga al transexual probar que desde la adolescencia no ha actuado de conformidad con el sexo con el cual aparece inscrito sino que, por el contrario, su comportamiento ha sido el de una persona que pertenece al sexo opuesto.

La ley sueca sólo autoriza a los nacionales a solicitar la reasignación de sexo. La ley alemana, en cambio, extiende esta autorización a no sólo sus nacionales sino también a los apátridas, a los extranjeros sin patria que residan habitualmente en el territorio alemán, los que se acojan al asilo o los prófugos. La ley italiana omite pronunciarse al respecto.

28. La jurisprudencia española y francesa

En algunos países, no obstante la ausencia de una normatividad específica, la jurisprudencia ha resuelto favorablemente demandas de adecuación o reasignación sexual y cambio de prenombre. Los fallos se sustentan jurídicamente en los derechos fundamentales de la persona, como son el de realizar su personal «proyecto de vida», que supone el libre desenvolvimiento de la personalidad, el derecho a readquirir la salud o bienestar integral del que no disfrutaban y a la afirmación de su «verdad personal», es decir, de su identidad.

Así, en España, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, se advierte un decisivo vuelco jurisprudencial. Luego de una larga etapa de rechazo a toda demanda de adecuación sexual y cambio de prenombre, encontramos que en varias sentencias de la Corte Suprema se empieza a diferenciar lo que en la jurisprudencia precedente no se había precisado, como es la disimilitud entre el transexualismo y el homosexualismo. En esta nueva dirección cabe citar, entre otras, las precursoras ejecutorias del 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 13 de abril de 1991.

La sentencia del 2 de julio de 1987, emitida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha estado rodeada, como sostiene Jaime Vidal Martínez, de «una publicidad infrecuente en una resolución judicial, como infrecuente fue igualmente, el que la Sala actuara con trece Magistrados, cuatro de los cuales formularon un voto particular, en el

⁵⁷ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. «¿Se incluye el "cambio de sexo" (transexualidad) en el «libre desarrollo de la personalidad» al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española?». Ob. cit., p. 1006.

⁵⁸ Un comentario sobre estas leyes se encuentra en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal. Ob. cit., p. 383 y ss.

que todavía uno de ellos habría de introducir matizaciones»⁵⁹. Esta sentencia, como afirma el citado autor, ha abierto el camino a otros pronunciamientos emitidos por diversos Juzgados de Primera Instancia y ha merecido diversos estudios y comentarios.

La sentencia del Tribunal Supremo del 13 de abril de 1991 es muy ilustrativa en relación con la nueva actitud asumida por la jurisprudencia española. En ella se distingue, claramente, el fenómeno de la transexualidad y se admite la reasignación de sexo correspondiente. Se trata del caso de un varón que, desde la tierna infancia, actuó siempre y en todo momento como mujer para someterse luego a una intervención quirúrgica de reasignación sexual y convivir con varones. Durante el proceso judicial, dos peritos comprobaron y acreditaron el resultado positivo de la operación. En la sentencia se describe al transexual como una persona poseedora «de un irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital».

En Francia, por el contrario, la jurisprudencia se ha mostrado reuente a acoger este tipo de demandas. Ello se advierte, entre otros, en los fallos del 30 de noviembre de 1983, 3 y 31 de marzo de 1987, 7 de junio de 1988 y 10 de mayo de 1989. La Corte de Casación consideró que las razones de carácter psicosocial invocadas son insuficientes por ser contrarias a la realidad⁶⁰. No obstante, una sentencia de la Corte de Estrasburgo, del 25 de marzo de 1992, ha obligado a variar dicha orientación jurisprudencial y admitir en la actualidad la reasignación de sexo.

29. La jurisprudencia argentina

En la Argentina, la doctrina ha comentado y discutido el famoso pronunciamiento de la Cámara Nacional Civil, Sala E, del 31 de marzo de 1989, emitido sobre un caso en el cual el recurrente había obtenido, a través de una intervención quirúrgica realizada en el extranjero, la modificación de su morfología genital. La Sala, por mayoría, desestimó la demanda de reasignación de sexo y cambio de prenombre en tanto consideró que el sexo es inmutable más allá de cualquier modificación externa. Y ello, no obstante que en la sentencia se reconoce que el actor se identifica psicológica-mente con el sexo opuesto y que, socialmente, se comporta como tal.

En su voto disidente el magistrado doctor Calatayud, con sensibilidad jurídica, expresó que en «situaciones como la que nos ocupa – en que no existe concordancia entre los mencionados elementos (se refiere al sexo cromosómico y al psicosocial) –, se trata en definitiva, de establecer cuál de ellos es el que debe primar para atribuir la sexualidad». Y agrega que, «si bien en un principio, tanto en la ciencia médica como en la jurídica se consideró al sexo cromosómico como determinante a dicho fin, como han señalado mis distinguidos colegas, actualmente ha variado el enfoque del problema». Al efecto, puso de manifiesto que era necesario ayudar al transexual «a insertarse en la sociedad reconociendo legalmente su nuevo estado», puesto que «libre y voluntariamente ha elegido el difícil e irreversible camino que lo llevó a armonizar su apariencia física con su sentir interno». De ahí que cree

que sea «justo brindar protección jurisdiccional a aquel grupo de individuos que se denomina transexuales, es decir, a aquellos que han logrado, operación quirúrgica mediante, adecuar su sexo morfológico con el psíquico, asumiendo voluntariamente los riesgos de aquella, y sabiendo que se colocan en una situación que es absolutamente irreversible y permanente».

A propósito del fallo que reseñamos, y tal como lo expresamos en otro lugar de este trabajo, ningún médico, bajo responsabilidad, debe intervenir quirúrgicamente a un transexual si no existe una previa autorización judicial emitida luego de un proceso en el que se ha comprobado, plenamente, el estado de transexualidad del recurrente.

Con posterioridad a dicha discutida como comentada sentencia encontramos un claro viraje en la jurisprudencia argentina. El 11 de agosto de 1992, la Cámara Primera de Apelación de San Nicolás de los Arroyos resolvió el caso de una pseudohermafrodita que, clínicamente, aparentaba ser femenina pero con órganos masculinos esbozados. Podríamos calificarlo como un caso de pseudohermafroditismo masculiniforme. En la sentencia se señala que el aspecto es femenino, pero de una femineidad natural, sin afectación ni acicalamiento. En ella se sostiene que el individuo «tiene derecho a la reafirmación de su identidad sexual aquejada por el destino que le tocó», por lo que «persigue, ante la indefinición de origen, lograr la definición consustancial con su persona». El fallo ampara la demanda «disponiendo se proceda a las rectificaciones documentales que sean menester para establecer que el sexo de la peticionante es femenino y de nombre Juana, como también la autorización de la intervención quirúrgica para corregir el disformismo genital congénito».

El Juzgado de Mar del Plata, mediante sentencia del 07 de noviembre de 1997, expide su fallo haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por Mauro Martín para confirmar su identidad sexual, para lo cual solicita se le autorice someterse a una intervención quirúrgica para variar su morfología genital, cambiar su nombre en los registros pertinentes y en diversos documentos públicos. Después de un proceso en el que se probó exhaustivamente la condición del recurrente, la sentencia determinó la anulación parcial y absoluta de la partida de nacimiento por contener ella un error esencial respecto a su identidad, desde que él pertenece al género femenino y no al masculino con el que aparece inscrito.

Se consideró también erróneo, por consiguiente, el prenombre por corresponder al de una persona del sexo masculino, por lo que se autorizó a cambiarlo por el de Moira Celeste, así como modificar dicho prenombre en los documentos relacionados con el recurrente. Se dispone, asimismo, la emisión de un nuevo documento de identidad con las modificaciones del caso y autorizar la intervención o intervenciones quirúrgicas «que resultaren convenientes conforme a las reglas del arte destinadas a corregir el disformismo genital congénito y compatibilizar en la medida de lo posible sus ambiguos órganos genitales con los del sexo femenino».

El proceso al que nos referimos en el párrafo anterior fue muy bien llevado por el Juez Pedro Hooff. Le dedicamos un comentario elogioso en un artículo titulado Una excelente sentencia dictada en un caso de intersexualidad⁶¹.

⁵⁹ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. «¿Se incluye el "cambio de sexo" (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad, al que se refiere el artículo 10-1 de la Constitución española?». Ob. cit., p. 987.

⁶⁰ RIVERA, Julio César. «Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casa-ción cambia su jurisprudencia», en: *El Derecho*, Tomo 151-195.

⁶¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Una excelente sentencia dictada en un caso de intersexualidad», en: *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III.



Son también de recordar algunos fallos que resolvieron solicitudes de transexuales o de intersexuales para el reconocimiento de su identidad sexual, obtener la autorización para realizar intervenciones quirúrgicas destinadas a lograr dicha identidad, así como para el consiguiente cambio de prenombre y sexo en la correspondiente partida o acta de nacimiento y el otorgamiento de un nuevo documento nacional de identidad.

Mediante sentencia del 12 de noviembre de 1998 el Juzgado de San Isidro, de la Provincia de Buenos Aires, en un caso de intersexualidad acogió el petitorio de Juan Carlos para obtener la rectificación del acta de su nacimiento en cuanto al prenombre y sexo, el que quedará como Beatriz Viviana. Del mismo modo, se ordena modificar todos los asientos registrales y documentos de identidad referidos a la peticionaria. Asimismo, se autorizó la intervención quirúrgica para corregir el disformismo genital y adecuarlo, en cuanto sea posible, al sexo femenino.

De conformidad con la sentencia del 24 de noviembre de 1998, expedida por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, se reconoció como mujer a un varón que había sido intervenido quirúrgicamente en Chile. El peticionante sostuvo «*que sólo por poseer órganos genitales de apariencia masculina (testículos y pene) no se es hombre en la globalidad total del concepto, fundamentalmente en el sentir personal más profundo de un ser que lo único que tuvo de varón en toda su vida es lo apuntado, evidentemente la mente, el corazón y el alma dictaron siempre otra cosa, que sumado al entorno social y familiar dictaban siempre que se estaba ante una mujer como la que más*». Después de la probanza pertinente, se ordenó por el Juzgado la rectificación del acta de nacimiento en el sentido de modificar el sexo de masculino a femenino y otorgarle el prenombre solicitado. Se ordenó también el concederle un nuevo Documento Nacional de Identidad.

La Cámara Segunda en lo Civil, Comercial y de Minas de La Rioja, mediante sentencia del 16 de junio de 1999 comprobó, de conformidad con la prueba presentada, que el peticionario Amílcar se había sometido en Chile a una intervención quirúrgica de reasignación quirúrgica de sexo destinada a modificar sus genitales masculinos y adaptarlos, dentro de lo posible, a los del sexo femenino. El peticionante declara que «*no obstante haber nacido con órganos genitales de apariencia masculina, ha mantenido una sensación de inconformidad con sus órganos como, asimismo, voluntad de tener órganos del sexo opuesto*». Agrega estar sometido «*a una presión psicológica excesiva por la disconformidad apuntada y poseer cara, figura, gestos y ademanes propios de una mujer*». La Cámara ordenó el cambio de sexo en el acta de nacimiento, mutándose el masculino por el femenino, así como la modificación del prenombre por el de Daina Nadir Maidana Strangis. Del mismo modo, se ordenó la emisión de un nuevo Documento Nacional de Identidad.

El Tribunal de Familia de Bahía Blanca, mediante sentencia del 30 de agosto de 1999, resolvió el caso de un transexual que se había sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. El colegiado, por mayoría, acordó no modificar el sexo cromosómico de varón anotado en la partida de nacimiento, admitiendo el cambio de nombre y ordenando el otorgamiento de un nuevo Documento Nacional de Identidad.

Por su parte, el Tribunal Colegiado de Instancia Única en el Fuero de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Quilmes, de abril del

2001, dictó sentencia en un caso generalmente inusual como es el de reasignación de sexo femenino a masculino. La peticionaria, de prenombre Fabiana Beatriz, se sometió a diversas sucesivas intervenciones quirúrgicas. Relata que cuando tenía quince años se le practicó en la ciudad de Rosario una extracción de mamas y que, en enero de 1996, se le realizó una intervención plástica genital en Chile «*realizándosele una histerectomía, cerramiento vaginal y colocación de prótesis*». Con fecha 15 de octubre del mismo año se le efectuó una «*cirugía plástica peneana, implantándosele un pene con la propia piel de su pelvis*». En su demanda la recurrente declara que su operación es irreversible.

El mencionado Tribunal de Quilmes declaró hacer lugar a la demanda interpuesta por Fabiana Beatriz «*de cambio de nombre y sexo, ordenando en consecuencia la rectificación del sexo femenino asentado en la partida de nacimiento de la demandante por masculino, como así también la supresión de su segundo nombre de pila Beatriz y la subsiguiente modificación de su primer nombre Fabiana por Fabián*». Se ordenó, en consecuencia, la rectificación de la partida de nacimiento de la solicitante y el otorgamiento de un nuevo Documento Nacional de Identidad.

El Juzgado Civil y Comercial de Córdoba, N° 19, mediante sentencia del 18 de septiembre del 2001, resolvió otro caso de transexualidad en el cual un varón, previa intervención quirúrgica que lo aproximó morfológicamente a los genitales femeninos, solicitó y obtuvo se acogiera su pedido para lograr una nueva inscripción registral, en la que constara su nuevo sexo y prenombre, y se le otorgara un nuevo Documento Nacional de Identidad.

30. Bibliografía

- ALPA, Guido. «*Un cuestionario sul diritto all'identità personale*», en: Autores Varios. **Il diritto all'identità personale**. Padova: Cedam, 1981.
- BIDART CAMPOS, Germán. «*El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*», en: **Jurisprudencia Argentina**, del 18 de junio de 1990, N° 5681.
- BIDART CAMPOS, Germán. «*La modificación integral de sexo y el cambio de documentación*», en: **La Ley**, F, 216, Buenos Aires, 2001.
- CIFUENTES, Santos. **Los derechos personalísimos**. Segunda edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- CIFUENTES, Santos. «*Sobre el tema de la transexualidad*», en: **La Ley**, Buenos Aires, 20 de septiembre del 2005.
- CIFUENTES, Santos. «*Soluciones para el pseudohermafroditismo y la transexualidad*», en: **Jurisprudencia Argentina**, N° 5937, II, Buenos Aires, 14 de junio de 1995.
- CIFUENTES, Santos. «*El sexo y la identificación del transexual*», en: **LL Gran Cuyo**, Mendoza, 1999.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. «*Transexualidad y cambio de sexo (comentarios a la STS, 1ª Sala, del 2 de julio de 1987)*», en: **La Ley**, año VII, 1819, Madrid, del 14 de octubre de 1987, 4.

- DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. «*La transexualidad en el derecho español*», en: **Actualidad Civil**, Madrid, semana del 6 al 12 de octubre de 1986.
- DOGLIOTTI, Massimo. «*Voz "Transsexualismo"*», en: **Novissimo Digesto Italiano**, Apéndice VII, UTET, Torino, 1987, p. 786.
- DOGLIOTTI, Massimo. «*Violazione e abuso del diritto all'identità personale*», en: **Giustizia Civile**, I, 2826, 1982.
- ELOSEGUI ITXASO, María. «*Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Estadounidense*», en: **Actualidad Civil**, N° 10, Madrid, semana del 7 al 13 de marzo de 1994.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho a la identidad personal**, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «*Acción de amparo en un caso de intersexualidad*», en: **Jurisprudencia Argentina**, N° 6106, Buenos Aires, 23 de septiembre de 1998,
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «*Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual*», en: **Jurisprudencia Argentina**, N° 6166, Buenos Aires, noviembre de 1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «*Una excelente sentencia dictada en un caso de intersexualidad*», en: **Jurisprudencia Argentina**, 1998, III.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «*Nuevas reflexiones sobre la adecuación sexual y el consiguiente cambio de nombre*», en: Autores Varios. **Derecho Civil de nuestro tiempo**. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique. «*El reconocimiento de la transexualidad en la sentencia de la Sala 1ª en lo Civil del Tribunal Supremo del 2 de julio de 1987, y en los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: casos Van Ooesterwijc contra Bélgica - 1 de marzo de 1979 - y Rees contra el Reino Unido - 12 de diciembre de 1984-*», en **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, N° 1476, Madrid, de 15 de diciembre de 1987.
- GARUTTI, Massimo. «*Psicosessualità, mutamento de sesso, certezza (a proposito dell'ordinanza della Cassazione)*», en: **Giurisprudenza Italiana**, 1984, I.
- GARUTTI, Massimo y MACIOCE, Francesco. «*Il diritto all'identità sessuale*», en: **Rivista di Diritto Civile**, II, 1981.
- GORDILLO, Antonio. «*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español del 2 de julio de 1987*», en: **Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil**, N° 14, Madrid, enero-marzo de 1989.
- LORÉ, Cosssimo y MARTINI, Paolo. **Aspetti e problemi medico-legali del transsexualismo**. Milano: Giuffrè, 1984.
- MACIOCE, Francesco. **Tutela civile della persona e identità personale**, Padova: Cedam, 1984.
- MEDINA, Graciela. «*Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica. Derecho de adopción y herencia*», en: Autores Varios. **Daños**. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2000.
- MEDINA, Graciela y FERNÁNDEZ, Hector D. «*Transexualidad: ¿Qué efectos jurídicos produce el cambio de sexo?*», en: **Jurisprudencia Argentina**, IV-445, Buenos Aires, 2001.
- MOUNIER, Emmanuel. **El personalismo**. Buenos Aires: EUDEBA, 1962.
- PATTI, Salvatore. «*Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*», en: **Rivista Critica del Diritto Privato**, junio de 1984.
- PATTI, Salvatore. «*Identità sessuale e tutela della persona*», en: **Nuove Leggi Civili Commentate**, 1986.
- PATTI, Salvatore y WILL, Michael R. «*Analisi della legge italiana*», en: **Rivista di Diritto Civile**, II, 1982.
- PATTI, Salvatore y WILL, Michael R. **Mutamento di sesso e tutela della persona**. Padova: Cedam, 1986.
- PATTI, Salvatore y WILL, Michael. «*La rettificazione di atribuzione di sesso: prime considerazioni*», en: **Nuove Leggi Civile Commentate**. 1983.
- PERLINGIERI, Pietro. «*Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*», en: D'Addino, Perlingieri, Stanzione, **Problemi giuridici del transsexualismo**, Napoli: ESI, 1981.
- PERTICONE, Giacomo. «*Il transsexualismo nelle leggi e nella giurisprudenza*», en: **Quaderni della Giustizia**. 1986-II-78.
- RESCIGNO, Pietro. «*Conclusioni*», en: Autores Varios. **Il diritto all'identità personale**, Padova: Cedam, 1981.
- RIVERA, Julio César. «*Ratificación de un derecho a la identidad sexual en un caso de hermafroditismo*», en: **Jurisprudencia Argentina**, N° 5937, Buenos Aires, del 14 de junio de 1995.
- RIVERA, Julio César. «*Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia*», en: **El Derecho**. Tomo 151, 1995.
- STANZIONE, Pasquale. «*Premessa ad uno studio giuridico del transsexualismo*», en: D'Addino, Perlingieri, Stanzione, **Problemi giuridici del transsexualismo**, Napoli: ESI, 1981.
- VARGA, Andrew C. **Bioética. Principales Problemas**. Bogotá: Paulinas, 1990.
- VERDA, José Ramón de. «*Algunas reflexiones sobre la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 1001, que autoriza el matrimonio del transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico*», en: **Folio Real**, año II, N° 5, Lima, junio del 2001.

- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. «¿Se incluye el “cambio de sexo” (transexualidad) en el «libre desarrollo de la personalidad» al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española?», en: **Revista General de Derecho**, N° 534, Madrid, marzo de 1989.
- YUNGANO, Arturo Ricardo. «Cambio de sexo», en: **La Ley**, 1975-A.
- ZANNONI, Eduardo. «El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica», en: **Derecho de Familia**, Buenos Aires, 1990.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. **Resarcimiento de daños volumen 2c Daños a las personas (daños espirituales y sociales)**, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1994.