

TRANSEXUALISMO: EUROPA CONDENA A FRANCIA Y LA CASACIÓN CAMBIA SU JURISPRUDENCIA

Julio César Rivera (*)

1. Causa de esta nota

El 25 de marzo de 1992 la Corte Europea de Derechos Humanos dictó pronunciamiento en la causa "B...c/Francia", promovida por un transexual a quien las autoridades francesas (en definitiva la Corte de Casación) habían denegado su pedido de rectificación del acta de nacimiento en cuanto a la mención del sexo.

La Corte encontró -por mayoría- que Francia se negaba así a reconocer la verdadera identidad sexual de la persona en cuestión, con lo que colocaba cotidianamente en una situación incompatible con el respeto a su vida privada.

De ese modo, sin pronunciarse sobre el medio que debía hallar el Estado nacional comprometido para solucionar la situación impuso a Francia una condena por daño moral amén de la carga de satisfacer las costas legales.

Dado que se trata de la primera oportunidad en que la Corte Europea se pronuncia favorablemente por un transexual, estimamos interesante hacer un breve comentario del pronunciamiento, precedido de algunas consideraciones para situar el tema.

Por lo demás, tal pronunciamiento de la Corte Europea ha motivado ya el cambio de la jurisprudencia de la Corte de Casación, lo que también comentaremos aquí.

(*) Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

2. La cuestión transexual

En los últimos años ha venido a someterse a la consideración de los juristas el tratamiento de la cuestión transexual. El transexual es un sujeto que tiene la convicción absoluta de pertenecer al sexo opuesto a aquél que revela la exterioridad de sus órganos genitales. No es un homosexual del que se diferencia por dos aspectos fundamentales: el transexual está convencido de ser una mujer apresada en cuerpo de hombre (o viceversa), y tener por ende los sentimientos, actitudes, deseos e intereses del sexo opuesto. El homosexual no pone en duda su identidad sexual, pero desea contactos sexuales con personas de su mismo sexo. Y la segunda diferencia es que el homosexual siente rechazo y hostilidad para con las personas del sexo opuesto, mientras que el transexual se ve a sí mismo como una persona del otro sexo, y quiere pertenecer a él ⁽¹⁾.

En el plano jurídico el fenómeno de la trasexualidad requiere soluciones a diversos temas: en particular, la licitud de las intervenciones quirúrgicas tendientes a modificar el sexo morfológico, el efecto que ello puede tener sobre los documentos que acreditan el estado civil, en concreto las actas de nacimiento y demás documentos del sujeto: su habilidad nupcial conforme al nuevo sexo, legitimación para adoptar, consideración particular del transexual casado y con hijos, derechos en el ámbito laboral, etc.

3. Las soluciones extranjeras

El derecho comparado es pródigo en soluciones a estos temas tanto legislativas como jurisprudenciales, lo que no significa uniformidad, pues por el contrario se aprecian criterios muy diversos.

⁽¹⁾ Sobre la distinción entre transexual y homosexual existe coincidencia generalizada en la doctrina; las conclusiones de Jéol que preceden a la sentencia de la Corte de Casación del 11 de diciembre de 1992 que comentamos a partir del núm. 9, adoptan la definición adoptada por la Academia de Medicina Francesa por unanimidad en 1982; ella dice: "el transexualismo se caracteriza por el sentimiento profundo e inquebrantable de pertenecer al sexo opuesto a aquél que es genéticamente, anatómicamente y jurídicamente el suyo", acompañado de "la necesidad intensa y constante de cambiar de sexo y de estado civil"; el transexual, sigue diciendo el informe Jéol, "se siente víctima de un error insuperable de la naturaleza cuya rectificación tanto física como jurídica reclama, para establecer, para arribar a una coherencia de su psiquismo y de su cuerpo y obtener así una reinserción social en el sexo opuesto". Pero además existen otras situaciones que se engloban bajo la denominación de estados intersexuales, como el hermafroditismo perfecto o imperfecto, el seudo hermafroditismo, el travestismo, etc. V. al respecto con precisas consideraciones: WACKE, Andreas, «Del hermafroditismo a la transexualidad», en *ADC* 1990-677; también FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, 1991, núm. 62. p. 322 y ss.

Así, muchos países han legislado la cuestión (entre otros, Suecia, Italia, Alemania, Holanda, Dinamarca, y numerosos estados de los Estados Unidos de América, comenzando por Illinois en 1961 ⁽²⁾, y como decíamos no lo han hecho de manera concordante.

Y en los países en los cuales no existe legislación que solucione la cuestión, los tribunales han debido enfrentarse a numerosas demandas de transexuales, habiendo adoptado también soluciones contradictorias.

A las soluciones de la jurisprudencia francesa nos hemos de referir más adelante. Ahora puntualizamos que en España la sentencia de la Sala 1a. del Tribunal Supremo del 2 de julio de 1987, accedió a la solicitud del reconocimiento del cambio de sexo de una persona, lo que dio lugar a pronunciamientos de otros tribunales inferiores y a numerosos comentarios doctrinarios ⁽³⁾. El fundamento de la sentencia del Tribunal español parece encontrarse en que si bien el sujeto reclamante no es más que una "ficción de hembra", esa ficción es protegible por el derecho, como una "mera suposición" que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social. Este fundamento ha sido criticado en la doctrina.

4. La cuestión en el derecho argentino

El 31.3.89 la CNCiv., por su sala E, rechazó por mayoría la pretensión de un sujeto de que se modificaran sus documentos (partida de nacimiento y otros), cambiando el sexo que figuraba en ellos, por el opuesto. El sujeto de la especie argüía haber sido sometido a una intervención quirúrgica por la que se le extirpó el pene y se le implantó una especie de vagina, con lo cual la exteriorización genital del sexo respondía a la configuración del femenino. Sostenía también que desde el punto de vista psicológico se sentía claramente identificado con el sexo femenino ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ V. PATTI, Salvatore - WILL, Michael R., *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986, pp. 43 y ss. Algunas de esas leyes incluso dan soluciones superficiales y han sido severamente criticadas por la doctrina; ello sucede en particular con la ley italiana; las observaciones a las soluciones incoherentes que ella contiene pueden verse en PATTI - WILL, *op. cit.*; y en FERNANDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, núm. 82, pp. 409 y ss.

⁽³⁾ V. entre otros VIDAL MARTINEZ, Jaime, «¿Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad al que se refiere el art. 10.1 de la Constitución española?» en *Revista General de Derecho*, Valencia, N° 534.

⁽⁴⁾ Publicada en *ED*, 135-492 y *JA* 1990-III-98 con nota de BIDART CAMPOS.

BUERES señala la existencia de otro precedente de la misma Sala (sentencia del mismo día), en la que una mujer operada en Uruguay solicitaba su cambio al sexo masculino; naturalmente la pretensión fue resuelta también en sentido negativo ⁽⁵⁾.

Esta es una cuestión que no tiene demasiados antecedentes en nuestra jurisprudencia. En el ámbito civil se recuerdan una sentencia del juez Bunge Campos ⁽⁶⁾ y otra del Juez Pichetto ⁽⁷⁾. La primera rechazó la pretensión dirigida a obtener un reconocimiento judicial del cambio de sexo. La segunda, negó una autorización para efectuar una intervención quirúrgica que tuviera por finalidad la modificación exterior de los órganos genitales.

En el terreno del derecho criminal se registra un caso en el cual un médico fue condenado por lesiones graves en razón de haber extirpado el pene de una persona, reemplazándolo por un remedo de vagina ⁽⁸⁾. En un segundo caso ⁽⁹⁾, en cambio, el mismo Tribunal en lo Criminal de la Capital Federal absolvió al médico que había efectuado la intervención mutilante; la defensa arguyó en ese caso que no se trataba de un "cambio de sexo", sino de una adaptación al verdadero sexo, de un acomodamiento al sexo dominante; y el tribunal señaló que el médico había actuado sin ventaja venal, sin clandestinidad alguna, exteriorizando y discutiendo con otros profesionales su opinión; además se tuvo en cuenta al tiempo de la absolución que se contaba con el consentimiento de la persona intervenida.

Debe señalarse que la fecha en que se realizó la operación que dio lugar a la sentencia mencionada en último término, no regía el art. 19, inc. 4 de la ley local 17132, que da el marco normativo vigente y que obliga a los médicos a "*no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial*". Es preciso tener en cuenta que la ley 17132 también "*prohíbe*" a los profesionales "*practicar*

⁽⁵⁾ BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2a. ed., Buenos Aires, 1992, nota 75 en p. 101.

⁽⁶⁾ Sentencia del 30.3.65, comentada por AYARRAGARAY en LL 123-149.

⁽⁷⁾ Sentencia del 24.9.74, comentada por YUNGANO en LL 1975-A-479.

⁽⁸⁾ CCrim. Cap., 29.7.66, en JA 1966-IV-546, con nota de ORUS; LL 123-604 con nota de FONTAN BALESTRA.

⁽⁹⁾ CCrim. Cap., 23.12.69, en LL 138-593.

intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores". Es conveniente retener la existencia de estas normas, que se reproducen en la leyes provinciales de ejercicio de la medicina.

Para luego efectuar una comparación de la situación argentina con la francesa, es conveniente exponer brevemente los fundamentos de la mayoría de la Sala E de la CNCiv. Ellos, en apretada síntesis son:

a) El sexo genético permanece inalterable. La mayoría del Tribunal parte del reconocimiento de la existencia de diversos "conceptos" o "ideas" del sexo. Así, la doctrina suele describir:

- Una noción de sexo externo o morfológico, cuya determinación corresponde exclusivamente a la conformación de los órganos genitales exteriores;
- El sexo endocrino, constituido por las glándulas genitales o extragenitales que desempeñan un papel capital en el funcionamiento sexual (testículos, ovarios, hipófisis, suprarrenales), y otras de menor relevancia (tiroides y epífisis);
- El sexo psicológico que aprehende la identidad psicosexual del sujeto, que tiene la convicción de pertenecer a uno u otro sexo;
- El sexo social, que alude al comportamiento del sujeto en su medio como perteneciente a uno de los dos sexos;
- El sexo jurídico, que es el determinado por las constancias asentadas en los documentos del estado civil;
- Y el sexo genético, que deriva de la conformación cromosomática del sujeto: la unión de un cromosoma Y con un cromosoma X dará lugar a un varón; y si se unen dos cromosomas X, será una mujer.

La idea del tribunal, que como veremos es la misma de la jurisprudencia francesa, es que más allá de los comportamientos sociales, la idea de pertenencia a un sexo u otro, la modificación de los signos exteriores vía intervenciones quirúrgicas, *el sexo genético es absolutamente inmodificable, inalterable durante toda la vida de la persona;*

b) El sexo genético no puede ser alterado por una decisión unilateral, por estar

involucrado el orden público y en juego la moral social;

c) La intervención quirúrgica ha sido hecha en fraude a la ley argentina, por que de haber sido realizada en nuestro país constituiría de delito.

Por su lado, el Juez Calatayud funda su disidencia en que el sexo no puede ser aprehendido por una realidad única (la cromosómica o genética), sino que debe ser tomado como un complejo; recuerda la jurisprudencia de los Estados Unidos de América en ese sentido. Y fundamentalmente argumenta que una vez que el individuo ha modificado la exterioridad de su sexo, debe ayudársele a insertarse en la sociedad, reconociendo su nuevo status; lo contrario *"importaría marginarlo de la sociedad, ya sea en el orden laboral, como en la simple realización de cualquiera de los variados trámites burocráticos en los que se le exija la presentación de su documento de identidad, situación en verdad injusta y que queda en manos de los jueces subsanar ante la inexistencia de norma legal alguna que contemple el caso"*.

5. La jurisprudencia francesa

En Francia la Corte de Casación venía manteniendo férreamente su negativa a autorizar cualquier modificación de las actas del estado civil, aun cuando se hubiere realizado una intervención quirúrgica modificadora de los órganos genitales ⁽¹⁰⁾.

Los argumentos fundamentales de la Casación eran:

- Que el sexo genético es inmodificable, con lo cual el sujeto -aun operado- sigue teniendo la misma conformación cromosomática ⁽¹¹⁾. La sola circunstancia de que un hombre quiera ser mujer no lo convierte en mujer;
- De allí deriva el argumento de la indisponibilidad del estado civil. Al respecto es preciso puntualizar que lo que la Corte de Casación mantenía

⁽¹⁰⁾ Pese a que en ese país las intervenciones quirúrgicas tendientes al cambio de sexo morfológico están autorizadas por el Consejo de la Orden de los Médicos e incluso los gastos que ellas demanden son reembolsados por la Seguridad Social siempre que hubieran sido practicadas en hospitales públicos y hubieran estado precedidas de un seguimiento del paciente practicado por médicos de distintas especialidades durante un período no menor a dos años; información suministrada por JACQUES MASSIF, en su nota «Le transsexualisme: etat de la question», en *Les petites affiches*, 10.8.92.

⁽¹¹⁾ V. en ese sentido los siguientes fallos de la Corte de Casación: 31.3.87, JCP 1988-II-21000; 7.6.88: JCP 1988-IV-286; 10.5.89, comentada por RUBELLIN DEVICHI en su nota publicada en *RTDC* 1989-721, en particular p. 725.

hasta ahora no era la *inmutabilidad* del estado, sino su *indisponibilidad*; en otras palabras, la mención del sexo no puede ser cambiada por la sola voluntad del sujeto. En otras palabras: como la sola voluntad del sujeto no puede convertirlo de hombre en mujer, sigue siendo hombre; y por ende, el cambio pretendido del acta de nacimiento no estaría fundada en un hecho cierto sino exclusivamente en la voluntad del pretensor.

La Corte de Casación insistió decididamente en la negativa en cuatro pronunciamientos dictados en 1990. En ellos volvió a sostener que *"el transexualismo, aún constatado médicamente, no puede concluir en un verdadero cambio de sexo; el transexual, bien que habiendo perdido ciertos caracteres de su sexo de origen no ha por ello adquirido los del sexo opuesto"* ⁽¹²⁾.

Es preciso señalar que algunos tribunales resistieron a la Corte de Casación ⁽¹³⁾.

El Tribunal de Aix en Provence se enfrentó decididamente a la jurisprudencia de la Casación, adoptando un concepto de sexo resultante del psiquismo, el rol social y la morfología modificada, con lo que traspasó largamente el criterio de sexo cromosómico al que se ajustaba la Casación. Además, el tribunal dijo que los jueces no podían rechazar las demandas de rectificación de las actas de estado civil de personas intervenidas quirúrgicamente sobre el único argumento de la inmodificabilidad del sexo genético, so pena de admitir que esos sujetos no tienen sexo determinable ⁽¹⁴⁾. Argumentos semejantes fundaron las soluciones de Périgueux y Colmar, particularmente en orden a la complejidad de la noción de sexo.

Es preciso señalar que algunas decisiones de tribunales locales no fueron recurridas por el Ministerio Público, de modo que quedaron firmes, con lo que algunas personas habían obtenido la revisión del acta de nacimiento y de sus

⁽¹²⁾ Las cuatro sentencias son del 21.5.90 y emanan de la 1er. Ch. Civ. de la Corte de Casación; comentario de HAUSER, Jean, en *RTDC* 1991-289.

⁽¹³⁾ TGI Aix en Provence. 6.3.91; TGI Colmar, 15.5.91; TGI Périgueux 10.9.91, todas mencionadas en la nota de HAUSER, Jean - HUET WEILLER, Danièle, en *RTDC* 1991-46.

⁽¹⁴⁾ El TGI de Aix en Provence siguió en la especie el argumento de GOBERT en «Le transsexualisme ou la difficulté d' exister», en *JCP* 1990-I-3475. El comentario de la sentencia del tribunal aixois en *RTDC* 1991-705 en nota de HAUSER, Jean - HUET WEILLER, Danièle, *cit.*

documentos personales ¹¹⁵⁾. Naturalmente, *ante la falta de legislación queda en la nebulosa su derecho a casarse o a adoptar, o la suerte del matrimonio anterior.*

6. Derecho europeo

En el plano europeo la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró -en dos casos- que el no reconocimiento del cambio de sexo importará lesión al derecho a la intimidad y al derecho a contraer matrimonio, pero la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó la demanda en el caso Van Oosterwijck (1980) por no haberse agotado los recursos internos, y en el caso Rees (17.10.86) por no apreciar lesión a los derechos reconocidos en por los arts. 8 y 12 del Tratado de Roma ¹¹⁶⁾. Del mismo modo se pronunció más recientemente (en el caso Cossey, sentenciado el 27.9.90).

Es preciso atender a que las soluciones negativas de los casos Rees y Cossey se fundaron en las particularidades del derecho británico. En efecto: se tuvo en consideración que en el derecho británico las personas pueden cambiar de nombre libremente, pueden hacerse llamar "*mister*" o "*mistress*", es poco frecuente la utilización del acta de nacimiento y que este documento tiende a reflejar una circunstancia tal cual se presentó en el momento del nacimiento, no teniendo vocación a permanecer actualizado.

Es importante retener estas particularidades, pues la demanda de "B...c/Francia" puso de relieve -con acierto indudable de los abogados- las diferencias que existen entre el derecho británico y el derecho francés, que hacen inaplicable al caso de un ciudadano francés la solución de los casos Rees y Cossey, y aún por argumento a contrario esas sentencias sirven para fundar una solución favorable al demandante.

7. La sentencia del 25.3.92

Como anticipamos, el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos del 25 de marzo de 1992 condenó a Francia por haber rechazado la

¹¹⁵⁾ Este argumento fue luego tomado en consideración por la Corte Europea de Derechos Humanos para condenar a Francia en la causa motivo de esta nota.

¹¹⁶⁾ V. BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3e. ed., París, 1991, pp. 231 y ss.

demanda de un transexual dirigida a obtener una rectificación de su estado civil ⁽¹⁷⁾. Veamos sus aspectos más resaltantes.

a) Las circunstancias personales de la demandante

De acuerdo al relato efectuado en el pronunciamiento, "B" es una ciudadana francesa nacida en 1935 en Argelia, donde fue declarada como de sexo masculino con los nombres Norberto Antonio. La mayor de cinco hermanos, adoptó desde joven un comportamiento femenino; considerada por sus padres y hermanos como una niña, se adoptó mal a un medio escolar ignorante de toda *mixité*. Ella cumplió su servicio militar durante el que demostró un comportamiento homosexual. En 1963 se instala en París donde trabaja en un gabinete bajo un seudónimo. Angustiada por su femineidad, sufre depresiones nerviosas que culminaron en 1967 cuando fue hospitalizada durante un mes. El médico que la atendía desde 1963, observa una hipotrofia de sus órganos genitales masculinos y prescribe una hormonoterapia feminizante, que trae como consecuencia un desarrollo mamario y la feminización de la fisinomía. Desde entonces adopta una forma de vestirse también femenina. En 1972 se somete en Marruecos a una intervención quirúrgica consistente en la extirpación de los órganos genitales externos y la creación de una cavidad vaginal. Ella vive hoy en día con un hombre al que conoció poco antes de la operación y al que informó inmediatamente de su situación. Las reacciones de hostilidad le habrían impedido obtener un empleo.

b) La acción intentada en Francia

Siempre siguiendo textualmente la sentencia ⁽¹⁸⁾, resulta que "*deseosa de casarse con su compañero*", la Srta. B demandó en Libourne el 18 de abril de 1978 para "*decir y juzgar que declarado (a) en el estado civil de su lugar de nacimiento de sexo masculino, (ella) presenta (aba) en realidad una constitución femenina; decir y juzgar que (ella era) de sexo femenino, ordenar la rectificación de su acta de nacimiento; decir que (ella) llevará los nombres Lyne Antoinette*".

Las sentencias desestimatorias se sucedieron: TGI Libourne, 22.10.79; Cour d'Appel de Bourdeaux, 30.6.85; Corte de Casación, 31.3.87.

⁽¹⁷⁾ La sentencia está publicada parcialmente en *Les Petites Affiches* de 10.8.92, p. 18 y ss., con nota de MASSIF; y en *JCP* 1992-II-21955, nota de GARÉ. La revista *Les Petites Affiches* nos ha autorizado a traducir los extractos de la sentencia publicados por ella.

⁽¹⁸⁾ Reitero que conforme a los extractos publicados en *Les Petites Affiches*.

De acuerdo a la versión de la sentencia de la Corte Europea, los argumentos de la Casación francesa para rechazar el recurso contra Bourdeaux fueron: que la Cour d'Appel había constatado que aún después del tratamiento hormonal y la intervención quirúrgica Norberto continuaba presentando las características de una persona del sexo masculino; que la situación en la que se encontraba no era la consecuencia de circunstancias preexistentes y de una intervención quirúrgica determinada por necesidades terapéuticas, sino de una voluntad deliberada del sujeto.

c) Fundamentos de la acción intentada ante la Corte Europea de Derechos Humanos

La acción de "B" se fundó en:

- La violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar;
- La violación del art. 3 de la misma Convención, por encontrarse sometida a un tratamiento jurídico inhumano y degradante.

Por lo demás, la requirente sostuvo que la Corte debía ponderar las diferencias existentes entre el derecho británico y el francés a los efectos de cambiar su anterior criterio expuesto en los casos Rees y Cossey. Y más aún, invitó a la Corte a llevar su análisis más adelante que en los dos casos mencionados: ella requirió que se juzgase que un Estado contratante viola el art. 8 de la Convención si él niega de manera general la realidad del sexo psicosocial de los transexuales.

d) Los fundamentos de la sentencia

La Corte comenzó analizando la cuestión de la evolución científica, jurídica y social sobre la materia, diciendo que resulta innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que hoy se asocia una importancia creciente al problema del transexualismo. Pero apunta también que no toda incertidumbre ha desaparecido en cuanto a la naturaleza del transexualismo y que también se interroga a veces sobre la licitud de las intervenciones quirúrgicas en esos casos. Acota luego que las situaciones jurídicas que derivan son complejas: *cuestiones de naturaleza anatómica, biológica, psicológica y moral ligadas a la transexualidad y a su definición; consentimiento y otras exigencias a cumplir antes de toda operación; condiciones en las cuales puede ser autorizado un cambio de identidad sexual (validez, presupuestos científicos y repercusiones jurídicas del recurso a la cirugía, aptitud para vivir con la nueva identidad sexual); aspectos internacionales (lugar de la intervención); efectos jurídicos, retroactivos o no (del*

cambio de las actas de estado civil); posibilidad de elegir otro nombre; confidencialidad de los documentos e informaciones relatando el cambio; incidencia de orden familiar (derecho de casarse, suerte de un matrimonio anterior, filiación, etc). En todos estos temas no existe todavía, entre los países miembros del Consejo de Europa, un consenso suficientemente amplio como para llevar a la Corte a conclusiones opuestas a aquellas de los casos Rees y Cossey. Con ello, desechó una condena liminar a todos los Estados que se negaran a aceptar el sexo psicosocial de los transexuales, como lo pretendía la señorita B.

A continuación la Corte comienza a analizar los demás argumentos de la requirente en orden a determinar si existe o no violación del art. 8 de la Convención. Y para ello afirma:

- Que efectivamente existe una diferencia importante en materia de actas de nacimiento entre el derecho inglés y el francés, pues mientras en el primero tienen por finalidad relatar un hecho "histórico" y no la condición actual de la persona, en el derecho francés las actas de nacimiento tienen vocación de ser puestas al día a todo lo largo de la vida de la persona a la cual conciernen. *"Por lo tanto, el Estado francés podría acoger la reivindicación de la requirente sin necesidad de reforma legislativa: un cambio de la jurisprudencia de la Corte de Casación sería suficiente".* Y añade que numerosos tribunales inferiores han admitido la inserción de una modificación del sexo en las actas de nacimiento, sin que el Ministerio Público haya apelado, por lo que han devenido firmes;
- En cuanto al cambio de nombre advierte que la jurisprudencia francesa admite en ciertos casos la adopción de nombres neutros (Claude, Camille, Dominique); pero dice que tal jurisprudencia no estaba establecida al tiempo de las sentencias de Libourne y Bordeaux, y más aún no parecía tampoco estarlo realmente al tiempo de su pronunciamiento; y por otra parte, *"ella no abre más que una puerta muy estrecha: la elección entre los pocos y raros nombres neutros".*
- La Corte analiza también la cuestión de los documentos personales y encuentra que se multiplican aquellos en los que se menciona el sexo y los nombres de la persona a la que pertenecen. Entre ellos menciona el número de identificación de la seguridad social, de lo que se deriva que los recibos de pago y cotizaciones mencionarán el nombre y el sexo, de modo que la requirente no podrá evitar su exhibición ante un empleador potencial y su personal administrativo. Y aquí la Corte encuentra un argumento que considera decisivo diciendo: *"La comisión suscribe en sustancia la tesis de*

la interesada. De acuerdo a ella, la requirente sufre en razón de la necesidad frecuente de revelar a terceros elementos relativos a su vida privada, perturbaciones demasiado graves como para que el respeto a los derechos de otros pueda justificarlos".

De ello y del rechazo de argumentos defensivos del Estado francés, la Corte concluye en lo que es la doctrina del fallo:

"La Corte llega así a concluir, sobre la base de los elementos mencionados que distinguen el presente litigio de los asuntos Rees y Cossey, y sin necesidad de examinar los otros argumentos de la requirente, que ella se encuentra cotidianamente emplazada en una situación global incompatible con el respeto a su vida privada. En consecuencia, mismo en relación al margen nacional de apreciación, hay ruptura del justo equilibrio a cuidar entre el interés general y los intereses del individuo, con infracción del art. 8".

También la Corte señala que muchos medios de remediar esta situación se ofrecen a la elección del Estado demandado: ella no le ha de indicar el más adecuado.

La Corte estima innecesario pronunciarse sobre otras cuestiones como la referida al art. 3 y en razón de lo dispuesto por el art. 50 impone al Estado francés el pago de una indemnización de FF 100.000 más FF 35.000 en concepto de costas.

8. Algunas consideraciones sobre la extensión de la sentencia

En definitiva toda esta larga sentencia se resume en una doctrina clara y precisa: la necesidad que tiene el transexual de exhibir documentos en los que figuran su sexo y nombres, lo emplaza cotidianamente en una situación de afectación permanente de su vida privada.

Desecha los argumentos del Estado francés, pues nada impide a ese Estado modificar las actas de nacimiento y es insuficiente que algunos tribunales (no confirmados en este aspecto por la Casación) admitan la adopción de un nombre neutro, señalando también que el uso que el individuo pueda hacer de un nombre elegido libremente por él carece de efectos jurídicos.

Pero tampoco acoge definitivamente la pretensión de la requirente en el sentido de que cualquier Estado que no reconozca la nueva identidad sexual del sujeto incurre en violación de la Convención de Derechos Humanos.

Más aún, la Corte se limita a constatar el daño causado a la privacidad y por ende impone el pago de una indemnización, pero no avanza en dos cuestiones trascendentes: la primera, cómo evitar la prolongación de ese daño, para lo cual se limita a decir que el Estado tiene muchos medios a disposición; la segunda, cuales serán los efectos que tendría el reconocimiento de la identidad sexual del sujeto ⁽¹⁹⁾.

De modo que la Corte Europea no concluye sino que abre un nuevo capítulo, en el cual el Estado francés deberá buscar salidas para los transexuales de modo de evitar nuevas condenas. Podrá hacerlo por la vía judicial o por vía legislativa. Por la primera, parecería que los medios de solución del conflicto radicarían en la inscripción del nuevo sexo en el acta de nacimiento y la aceptación de que la modificación externa de los caracteres distintivos del sexo morfológico constituyen causa suficiente como para aceptar un cambio de los nombres de pila, de modo que estos reflejen el "nuevo" sexo del sujeto.

9. Adecuación de la Corte de Casación a la decisión de la Corte Europea

El día 11 de diciembre de 1992 la Corte de Casación en pleno se pronunció en dos casos (René X y Marc X) sentado su nueva doctrina, que se sintetiza de la manera siguiente: *Cuando como consecuencia de un tratamiento médico quirúrgico con finalidad terapéutica, una persona que presenta el síndrome del transexualismo no posee más todos los caracteres de su sexo de origen y ha tomado una apariencia física que lo aproxima al otro sexo, al cual corresponde su comportamiento social, el principio del respeto a la vida privada justifica que su estado civil indique en lo sucesivo el sexo del cual ella tiene la apariencia. El principio de indisponibilidad del estado civil no es obstáculo para una modificación como ésta* ⁽²⁰⁾.

Obviamente la Casación ha estado directamente dirigida a ajustarse a la decisión de la Corte Europea en el caso "B". Así se dice en el informe que precede a la sentencia que *"La respuesta que (la Corte de Casación) dará a estos dos recursos*

⁽¹⁹⁾ Señalo que en esta causa no se planteó el tema del derecho a contraer matrimonio. El argumento de que el no reconocimiento de la nueva identidad sexual viola el art. 12 de la Convención (que consagra ese derecho a celebrar matrimonio) fue tratado en la causa Rees y allí la Corte lo desechó pues afirmó que la Convención se refería al vínculo entre hombre y mujer.

⁽²⁰⁾ Las sentencias están publicadas en *JCP* 1993-II-21991, ejemplar del 3 de febrero de 1993 con nota de GERARD MEMETAU.

no puede ignorar lo que ha sido decidido en Estrasburgo el 25 de marzo de 1992. Ciertamente, las sentencias de la Corte Europea de Derechos del Hombre oficialmente no tienen para los estados más que consecuencias pecuniarias, y ellas no se imponen de jure a las jurisdicciones nacionales. Pero la práctica constante de vuestra Corte - y particularmente la de la Cámara Criminal - ha sido hasta ahora de reconocer la fuerza obligatoria de la CEDH, ratificada por Francia desde 1974, y desde 1981 la autoridad moral de las decisiones dadas por las instancias de Estrasburgo sobre los recursos individuales de nuestros nacionales...⁽²¹⁾.

Y no ha prescindido el informe Jéol de la ponderación de la circunstancia de que la Corte Europea no ha dicho como resolver la cuestión; poniendo incluso en tela de juicio si correspondía que ello fuera solucionado por el Tribunal o debía esperarse la respuesta legislativa. Obviamente se inclinó por la primera, a lo cual seguramente no ha sido extraña la evidencia de que mantener a la Corte en la posición negativa hubiera significado sumar nuevas sanciones contra el Estado francés en la jurisdicción europea.

En cuanto a la solución concreta la Corte de Casación adoptó la de la anotación marginal en el acta de nacimiento del interesado ⁽²²⁾.

10. Algunas consideraciones para el derecho argentino

No es posible escudriñar las enseñanzas que la sentencia del caso no dejan para el derecho argentino sin advertir una diferencia liminar y fundamental.

Ella consiste que en Francia las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo son lícitas, y bajo ciertas circunstancias son incluso realizadas al amparo de la seguridad social.

En cambio, como hemos comentado antes, en nuestro derecho positivo esas intervenciones están -en principio- prohibidas y sancionadas por las leyes de ejercicio de la medicina; y como se vio, los tribunales criminales también han -en algún caso al menos- tipificado la conducta del médico a la luz del Código Penal.

⁽²¹⁾ Interesante alocución sobre la autoridad moral de las sentencias de la jurisdicción supranacional y su influencia sobre los más altos tribunales nacionales. Seguramente llegará el momento en que nuestra Corte se enfrente también a la necesidad de ponderar la eficacia moral de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁽²²⁾ Los que ya habían sido autorizados por la instancia anterior a cambiar su nombre.

No se nos escapa que el Dr. BIDART CAMPOS ha cuestionado tal ilicitud, arguyendo que no la habría si la intervención quirúrgica fuera necesaria para el tratamiento de quien se sometió a ella. Y por lo demás, que el autor del delito sería el médico y no el paciente ⁽²³⁾.

Pero que las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo sean realmente una terapia necesaria para el tratamiento de los fenómenos de transexualismo es cosa discutida en la medicina. Y mucho más cuestionable es que el tratamiento quirúrgico en sí sea eficaz: comenta RUBELLIN DEVICHI que por los estudios que se conocen, *ese tratamiento no es siempre un suceso, y que los suicidios, la aparición de psicosis post operatorias y la transformación del transexual en perverso acompañan a veces la reasignación quirúrgica del sexo* ⁽²⁴⁾.

De modo que puede concluirse que en el estado actual del conocimiento resta todavía un largo trecho para sostener con fundamento que tales operaciones son realmente un tratamiento *conveniente* -y mucho menos *necesario*- para el tratamiento de esta patología.

Y el consentimiento del sujeto operado, como es obvio, no priva de ilicitud al acto en sí.

Por otra parte aún admitido que la modificación externa de los caracteres sexuales, incluidos los secundarios (pilosidad, desarrollo mamario, etc.), conduzcan a una apariencia de "cambio" de sexo, realmente esto no se produce, pues el hombre convertido en mujer no puede gestar, ni la mujer convertida en hombre puede tener siquiera relaciones sexuales ya que la apariencia externa de pene carece de aptitud de erección y no es idónea para orinar. De modo que no es más que un burdo cambio de apariencia.

Por otra parte, la solución de la Corte Europea es, como se ha dicho, limitada a otorgar una indemnización. No entra a considerar los problemas que ella misma enuncia: efectos sobre el matrimonio anterior, efectos sobre la filiación, aptitud nupcial, derecho a ser adoptante, capacidad laboral, etc..

⁽²³⁾ BIDART CAMPOS, nota a fallo *cit.* (n. 4).

⁽²⁴⁾ RUBELLIN DEVICHI, nota a fallo *cit.* (n. 11), p. 724; en el mismo sentido BUERES con citas de doctrina española: *op. cit.* (n. 5), p. 105 y nota 81.

siquiera relaciones sexuales ya que la apariencia externa de pene carece de aptitud de erección y no es idónea para orinar. De modo que no es más que un burdo cambio de apariencia.

Por otra parte, la solución de la Corte Europea es, como se ha dicho, limitada a otorgar una indemnización. No entra a considerar los problemas que ella misma enuncia: efectos sobre el matrimonio anterior, efectos sobre la filiación, aptitud nupcial, derecho a ser adoptante, capacidad laboral, etc..

De modo que acordar algunas licencias (como autorizar el cambio de nombre o incluso una anotación marginal en el acta de nacimiento) no son sino soluciones parciales e insatisfactorias para el orden jurídico.

Es claro para nosotros que esta cuestión no puede encontrar remedio adecuado por la vía pretoriana.

Deberá pues, si se entiende existente una necesidad social, actuarse por vía legislativa, teniendo en consideración todos los datos del problema. A nuestro juicio debería actuarse sobre las siguientes bases:

- Despenalización de estas operaciones cuando exista un diagnóstico cierto de transexualidad, extendido por profesionales de distintas áreas médicas;
- Autorización de la intervención solo para personas solteras y sin hijos;
- Admisión del cambio de nombre y rectificación del sexo en el acta de nacimiento ⁽²⁵⁾;
- Establecimiento de reglas claras sobre la capacidad del sujeto para contraer matrimonio, adoptar y otras cuestiones colaterales ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Las propuestas aquí efectuadas a grandes trazos coinciden con las recomendaciones efectuadas por las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Lima, del 25 al 27 de setiembre de 1991, y publicadas en *Cuadernos de Derecho*, Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 1, 1992, p. 61. En ese encuentro intervinieron Gustavo Bossert, Santos Cifuentes y Eduardo A. Zannoni.

⁽²⁶⁾ En uno de los casos resueltos en Francia el requiriente (mujer "convertida" en hombre) se había unido sentimentalmente a una mujer la que a su vez había sido inseminada artificialmente, con semen proveniente de un tercero, y así habían "concebido" un hijo. Según nuestro punto de vista estas situaciones deben evitarse estableciendo que quien se adecúa exteriormente a otro sexo no puede contraer matrimonio ni adoptar ni ser padre o madre por una inseminación artificial, etc. Estimamos que deben preservarse los derechos de los niños a ser procreados y criados en una familia de constitución ordinaria.