

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 159/2005

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Montevideo, veintidós de julio de dos mil cinco.

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "AA - Acción de reclamación de identidad sexual por rectificación de partida - CASACION", Ficha 10-331/2003.

RESULTANDO:

I Que por sentencia No. 207, de fecha 28 de julio de 2004, el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno confirmó el pronunciamiento de primera instancia, sin especial condenación procesal (f. 102).

La sentencia No. 92, de fecha 25 de julio de 2003, dictada por el Juzgado Letrado de Familia Sexto Turno, por su parte, hizo lugar a la demanda instaurada en autos y, en su mérito, ordenó rectificar los aspectos identificatorios sexo y nombre del acta de nacimiento de la parte actora de fojas 4, mediante anotación marginal que indique que a partir del 00 de 22 del año 1111, se modificó el sexo a XX y donde dice YY debe decir XX, y en cuanto al nombre a partir de la misma fecha pasó a llamarse BB (f. 53).

II El Ministerio Público - Fiscalía Letrada Nacional en lo Civil de Tercer Turno interpuso recurso de casación contra la sentencia definitiva No. 207/2004, sosteniendo en lo medular:

(Las normas de derecho infringidas).

Se han infringido -entre otros- los preceptos contenidos en los arts. 39 y 73 de la Ley del Registro de Estado Civil, Decreto-Ley No. 1.430 y arts. 43, 11 y 8 del Código Civil.

Las citadas son normas imperativas y de orden público; y, concretamente, el referido art. 73 encarta, a su vez, elípticamente, una norma prohibitiva, que veda toda modificación de los datos identificatorios de una persona que se hallen asentados en una partida de estado civil, que no obedezcan a alguna de las dos causales de excepción y que se enumeran de manera taxativa: falsedad y error.

Aquello asentado en una partida de estado civil se presume veraz y únicamente puede ser impugnado cuando se demuestre que no lo es, que es falso o errado, que no se corresponde con el hecho jurídico que se comprobó en tal instrumento público.

Las consignaciones del sexo del recién nacido y del nombre que se le pusiera a la parte actora no fueron mendaces o equivocadas. Entonces, si tales datos concuerdan con la realidad existente al momento del nacimiento de la persona, es decir, si al respecto no hay falsedad o error, la modificación de la declaración asentada en la partida está irremediabilmente prohibida.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 159/2005

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La concepción de toda otra vía mediante la que indirectamente se procure evadir esta prohibición debe ser desestimada.

(La expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento del presente recurso de casación).

Lo que se anota en la partida es el sexo del recién nacido, en congruencia con la realidad, el sexo de una persona es inmutable.

En la partida de nacimiento cuya rectificación se pretende en autos ni hubo falsedad ni error al asignarle el sexo y el nombre a quien comparece como parte actora. Es manifiestamente improcedente, por ende, autorizar rectificación alguna del citado instrumento público.

Por otra parte, de nada vale aseverar que, no teniendo familiares la parte actora, la rectificación no perjudica a nadie, y por tanto no obran impedimentos para autorizar la rectificación de los aspectos identificatorios. Las circunstancias asentadas en una partida de nacimiento de una persona, como ser la individualización del sexo o de su nombre, son oponibles (hacen fe) erga omnes.

Tampoco es admisible una acción de "cambio de sexo" o de "identidad sexual", intentada de manera oblicua. La única normativa que prevé acción de identidad y para una hipótesis concreta, es la Ley No. 14.762. Biológicamente el sexo no cambia, con las decisiones judiciales lo que se pergeña es una falsedad.

Unicamente con una ficción jurídica y establecida por la Ley podría admitirse algo similar o parecido al llamado "cambio de sexo", o si se quiere cambio de "identidad sexual".

Y, además, una pretensión de modificación del sexo de una persona no deviene inherente a la personalidad humana, porque los individuos de la especie humana o son hombres o son mujeres, siendo propio de su naturaleza que si nacen con un sexo no pueden trasmutarlo al otro.

Tampoco es de recibo, como se afirmó en la sentencia de segunda instancia, que se esté ante una hipótesis de vacío, oscuridad o insuficiencia de las Leyes.

En conclusión, las rectificaciones de la partida de nacimiento de autos en cuanto a los elementos identificatorios nombre y sexo de la parte actora, dispuestas por el Juzgado Letrado de Familia de Sexto Turno, y confirmadas por el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, carecen de sustento jurídico, correspondiendo casar la sentencia impugnada (fs. 109 - 121 vto.).

III La parte actora -al evacuar el respectivo traslado- solicita que se mantenga en todos sus términos la sentencia recurrida (fs. 125 - 138); oído el Sr. Fiscal de Corte, estima que procede casar parcialmente el fallo recurrido (en cuanto ordena la modificación del Acta de Registro de Estado Civil en referencia al sexo de la persona inscripta) y confirmarlo en lo demás (esto es: en cuanto hace

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 159/2005

Oficina: Suprema Corte de Justicia

lugar al cambio de nombre solicitado) (fs. 147 - 151).

CONSIDERANDO:

I La Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal, desestimaré el recurso interpuesto.

II Ello por cuanto se entiende que las sentencias de los órganos de mérito efectúan una razonable y justa ponderación entre los principios, valores y derechos fundamentales involucrados en la cuestión litigiosa, esto es, el derecho a la libertad en punto al proyecto de vida y realización integral de la personalidad e identidad sexual del accionante y el derecho de quienes con él se interrelacionan socialmente, de conocer los datos relevantes atinentes a su conformación biológica, básicamente en cuanto éstos pudieran en su mérito decidir eventualmente estrechar vínculos afectivos íntimos que necesariamente deben sustentarse en la verdad y la buena fe que posibiliten una decisión libre. En otros términos, en el enfrentamiento entre el derecho a la libertad (art. 7 de la Carta) y el principio general de la buena fe y la proscripción del fraude y el engaño (art. 72, por su inherencia a la dignidad de la persona humana) las sentencias en examen efectúan un adecuado balance o estimación del peso de cada uno (dimension of weight, Dworkin) en atención a las especiales circunstancias del caso.

III En la actualidad se considera que el sexo es una noción compleja que se integra con diversos elementos o componentes, a saber: cromosómico o genético, anatómico, hormonal y psicológico (o sicosocial), de los cuales sólo el primero (biológico), es inmutable.

Ciertamente, la mayor resistencia al pretendido cambio de sexo la ofrece el componente genético.

El sexo cromosómico o genético determina, durante la vida intrauterina, la definición en sexo masculino, si tiene presencia de "Y", o femenino, si no tiene presencia de "Y". Esta definición consiste fundamentalmente en la diferenciación en órganos femeninos o masculinos y gónadas femeninas o masculinas (ovarios o testículos).

Gónadas éstas responsables, a partir de la pubertad, de la producción de hormonas sexuales y células reproductoras (óvulos o espermatozoides).

Así las cosas, ante un individuo en edad adulta, con los cambios verificados en los componentes anatómicos, fisiológicos, psíquicos y sociales (en el caso de autos: extirpación de órganos YY, reconstrucción de órganos XX externos, aporte de hormonas XX, comportamiento social como XX), la inmutabilidad del sexo genético carece de trascendencia (o al menos no posee decidida influencia) en la determinación sexual actual.

IV En la postura del Sr. Fiscal de Corte, dando preeminencia al criterio cromosómico, el actor es reconocido en su derecho al cambio de nombre, tutelándose su derecho a la libertad e

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 159/2005

Oficina: Suprema Corte de Justicia

intimidad, evitando que la discordancia entre el sexo cromosómico y el psicológico se haga ostensible frente a terceros, vr. gr. al verse obligado a exhibir su documento de identidad. Sin embargo, en esta postura habría que concluir que el actor no tendría derecho a contraer matrimonio con personas pertenecientes a su mismo sexo (cromosómico). Tal matrimonio no podría llegar a celebrarse por no mediar el requisito de la diversidad de sexos de los contrayentes.

En cambio, como -a juicio de la mayoría- concluyeran acertadamente las fundadas sentencias de mérito, ha de optarse en el caso por conferir preponderancia, a los efectos de la identificación sexual de la parte actora, al elemento psicológico por lo que la cirugía de reasignación sexual y la rectificación de partida en los términos dispuestos por dichos órganos jurisdiccionales (con la salvedad que se indicara infra) le habilitará para realizar todos los actos de la vida en sociedad que corresponden al género masculino, incluso contraer matrimonio con una persona del anterior sexo opuesto.

El fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos del 11 de julio de 2002 (Goodwin c/ Reino Unido) sostuvo que no hay elementos conclusivos para determinar la causa del transexualismo y en particular si es totalmente psicológico o asociado con diferenciación física en el cerebro. Hace alusión a la opinión de expertos indicando una creciente aceptación de indicios de diferencias sexuales en el cerebro determinadas prenatalmente, aunque la prueba científica de esta teoría está aún lejos de alcanzarse. La Corte considera más significativo, sin embargo, que el transexualismo tiene un amplio reconocimiento internacional como una condición médica para lo cual el tratamiento es indicado para alcanzar su alivio, inclusive cirugía irreversible, y que no resulta compatible que el elemento cromosómico entre todos los otros deba inevitablemente adquirir significación decisiva a los efectos de la atribución legal de identidad de género a los transexuales. A su vez, entiende que, no se han demostrado concretos o sustanciales detrimentos o perjuicios al interés público como consecuencia del cambio del status de los transexuales y que la sociedad puede razonablemente tolerar algún inconveniente para permitir a los individuos vivir en dignidad y en concordancia con la identidad sexual elegida por ellos afrontando un elevado costo personal.

Como sostiene Ricardo Rabinovich-Berkman (Responsabilidad del Médico, pág. 471), el rechazo de la pretensión implicaría una inadmisibles limitación del derecho sobre el propio cuerpo.

V Las objeciones relativas al interés público en la protección contra el fraude, el legítimo interés de terceros en recibir información acerca del sexo del sujeto y el eventual engaño a quienes se relacionen íntimamente con el mismo, las que en general se comparten, resultan enervadas por la vía procedimental de la rectificación de partida y anotación marginal en la forma dispuesta por la sentencia de primer grado. Si una persona de sexo YY decidiera contraer matrimonio con el actor, su real "historia" o iter de transformación sexual se haría ostensible mediante la simple exhibición de la partida de nacimiento. Pero nada impide -a juicio de la mayoría- que en conocimiento de dicha realidad y en ejercicio pleno de la autonomía de sus voluntades ambas personas contraigan matrimonio. Como sostiene Birsan en su comentario a la mencionada sentencia de la Corte Europea (Daloz 2003, No. 8, págs. 525 - 527), es importante destacar que los efectos jurídicos de una operación de conversión sexual realizada por un transexual deben producirse "ex nunc", o sea, la nueva identidad sexual

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 159/2005

Oficina: Suprema Corte de Justicia

proyecta sus efectos hacia el futuro, sin afectar los actos de estado civil acaecidos desde el nacimiento hasta la realización de la intervención quirúrgica de reasignación sexual. Esta es la solución por la que optaron las sentencias en reexamen, logrando -se reitera- un adecuado equilibrio entre los derechos e intereses privados y públicos que entran en conflicto en la litis.

VI A juicio de la mayoría no hay obstáculo para ubicar el sustento jurídico de la pretensión de rectificación de partida en el numeral 2 del art. 73 del Decreto-Ley No. 1.430.

Descartado sin esfuerzo el supuesto de falsedad (numeral 1), puede utilizarse un criterio hermenéutico evolutivo o dinámico para abarcar en el concepto de enmienda (en la previsión legal literal 2o.: "... cuando se solicita variar algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental") el ajuste del asiento registral correctamente consignado al momento del nacimiento a la transformación operada en punto a la identidad sexual del accionante, entendiendo que la identidad sexual a cuyo respecto se asigna preeminencia al sexo psicológico conforma una circunstancia esencial relativa a los derechos de la personalidad humana. Como sostiene Bidart Campos (citado por Piatniza, A.D.C.U., tomo 25, pág. 569) nadie podrá afirmar sensatamente que la transexualidad le fue adjudicada al sujeto en un reparto de autoría humana; se resiste a condenar al transexual, desubicado o desintegrado del entendimiento vital personal y societario, para que arrastre hasta que muera el producto de una distribución en que no tuvo arte ni parte. Postula que el juez se pregunte si en función de hacer justicia tiene o no el deber de corregir o subsanar, dentro de las posibilidades al alcance de la ciencia y la justicia, toda desubicación anómala que descoloca a un ser humano en su situación existencial.

De esta manera, se estima que los arts. 72 y 73 del Decreto-Ley No. 1.430 autorizan a rectificar o modificar las Actas de Estado Civil, por enmienda, cuando la variación del nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental.

Odriozola, al respecto expresaba: "... aun cuando la Ley hubiera previsto de modo expreso sólo el caso de error, ello no excluiría la posibilidad de considerar otros casos y situaciones, ya que la Justicia debe contemplar todo interés legítimo cuando ninguna Ley se opone a su satisfacción" (autor citado, "Nombre, Domicilio, Estado Civil", Ed. Act. F.C.U., pág. 21).

Si rectificación es enmienda de un error, modificación es un concepto más amplio, que comprende otras formas de variación, por tanto es posible acceder al cambio de nombre por el procedimiento de rectificación de partida cuando quien lo gestiona invoca y prueba la existencia de un interés legítimo, como se entiende es el caso de autos.

Todavía, si no bastara la interpretación evolutiva de la norma citada, existen otras de orden superior que la consagran y que no pueden ni deben evadirse.

El Uruguay ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U., que consagran el derecho a la dignidad de cada persona, entre los que figura el de la propia identidad.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 159/2005

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Las normas de origen internacional disponen la obligación del Estado de garantizar el goce y respeto de los derechos consagrados a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, y lo comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro carácter (judiciales y administrativas), para hacer efectivos los derechos reconocidos en estos instrumentos.

VII Como se adelantara supra (Considerando III), se estima necesario suprimir en el dispositivo de la sentencia de primer grado la frase que reza: "donde dice YY debe decir XX", porque puede llevar a confusión en relación al momento a partir del cual opera el cambio de identidad sexual, o a partir del cual produce efectos jurídicos la cirugía de reasignación sexual, siendo que los efectos - según se dijera- se proyectan desde la fecha de ésta y no a partir del nacimiento (ex nunc).

VIII Las costas y costos del grado, en el orden causado.

Por estos fundamentos, y lo dispuesto por los arts. 268 y ss., 197 y concordantes del C.G.P., la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

DESESTIMASE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, CON LA SALVEDAD INDICADA EN EL CONSIDERANDO VII, SIN ESPECIAL SANCION PROCESAL EN EL GRADO.

Y, OPORTUNAMENTE, DEVUELVANSE LOS AUTOS.

Dr. Daniel Gutiérrez Proto, DISCORDE: PUES VOTO POR CASAR LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA Y EN SU LUGAR DESESTIMAR LA DEMANDA DE RECTIFICACION DE PARTIDA DE ESTADO CIVIL DE AUTOS; SIN ESPECIAL CONDENACION CAUSIDICA, EN BASE A LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS:

1 Si bien coincido con la Sala de mérito en cuanto a que "... es imprescindible... encontrar la vía jurídica que adecue la identidad jurídica con la identidad personal real como única forma de respetar el derecho de la AA a decidir respecto a sí mismo y a vivir dignamente" (f. 101), ello parte de un supuesto no demostrado, y que conforme con el estado actual de la ciencia aparece como de concreción imposible, esto es, que el sexo de la AA se haya cambiado en bloque, pues existe un

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 159/2005

Oficina: Suprema Corte de Justicia

elemento inalterable, que es el sexo genético, que permanece incambiado, que, más allá de cualquier modificación externa (y aún interna: vg. Resecación de los OO que no surge evidenciada: fs. 40 y 44, pues la afirmación de fs. 5 relativa a la "eliminación de los órganos internos y externos de carácter YY", aparece como carente de respaldo probatorio, en cuanto a que haya sido total, especialmente a la luz de lo afirmado por el Dr. Celso Silva a fs. 44 respecto de que cuando se operó de apendicitis, y no surge si tal intervención fue anterior o posterior a aquélla de que da cuenta el recaudo de f. 5, decía OO conservados y no bastaría para tener por probada su extirpación la expresión de f. 37: "extirpación de WW y anexos"), no logra conferir el aspecto funcional del sexo pretendido, desde que se le implantaron remedos de órganos sexuales XX (f. 37), y menos aún, reitero, se haya modificado la estructura cromosómica de sus genes.

La prueba aportada sobre los alcances de la operación realizada en Chile -fundamento fáctico de la pretensión- de que da cuenta el documento de f. 5 es totalmente equívoca. A vía de ejemplo, allí se indica que la operación consistió, entre otras cosas, en una VV, pero de autos resulta que tal intervención fue practicada no en esa oportunidad ni para proceder a una adecuación sexual o UU a AA sino en el Uruguay más de un año antes, por el Dr. Celso Silva y con fines terapéuticos (f. 40).

2 De manera que, admitiendo que el sexo involucra una noción compleja de componentes diversos (físicos, psicológicos, sociales, etc.), la persistencia de un elemento inmutable -la composición cromosómica de los genes de la promotora, en los que no se ha eliminado el segundo cromosoma "X" ni incorporado el cromosoma "Y"-, que, coincido con el Dr. Celso Silva (f. 40), es definitorio de la sexualidad, conduce, a mi criterio, a la casación de la impugnada en base a la errónea aplicación de la normativa legal aplicable y, en consecuencia, al rechazo de la demanda.

3 En efecto, en la demanda se solicitó la rectificación (por enmienda) de la partida de nacimiento de la promotora en los términos del petitorio 2 de fs 19 - 20, lo que se fundó en los arts. 72 y ccs. del Decreto-Ley No. 1.430 (f. 13), en base a un alegado cambio de sexo en ella producido. Al respecto, entiendo, con Piaggio Soto (Dictamen emitido en los autos 561/95 de esta Corte) y Piatniza ("Reflexiones sobre transexualismo y el Estado Civil de las Personas", en A.D.C.U., t. 25, págs. 565 y ss. esp. págs. 573 - 574) que en nuestro derecho tal rectificación con el contenido que se pretende, es inviable, por la imposibilidad de modificación del sexo genética y biológicamente dado, según la estructura cromosómica del sujeto, amén de que en la especie ni siquiera está fehacientemente acreditado, a mi criterio y en virtud de lo señalado supra (apt. 1 precedente) que se hubiera modificado totalmente su sexo gonádico y realmente y más allá de la indisponibilidad de las relaciones de estado civil (que son de orden público), no entiendo por qué debe prevalecer la situación derivada de la modificación de los aspectos morfológicos externos (y aun internos si esto fuera completamente así, que no está fehacientemente acreditado en el caso como se señaló) sobre los componentes que permanecen inalterados y que son, a la altura de los conocimientos científicos actuales, inmutables.

El sexo de un individuo es el biológica y genéticamente dado; "lo que se ha dado en llamar sexo psicológico y sexo social -en que hace hincapié la mayoría concurrente a esta decisión- no son más que manifestaciones de aquél, que pueden ser anormales o patológicas pero no por eso

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 159/2005

Oficina: Suprema Corte de Justicia

deben predominar", como señala Piatniza (op. cit., pág. 574). Y por otra parte, la invocación del derecho a la identidad implica, como señalaba Piaggio Soto (dictamen citado), "... un vicio lógico de petición de principios, porque justamente la identidad verdadera es lo que debe demostrarse y no se trata de un derecho potestativo".

4 Adviértase que de prosperar la demanda, nada impediría que la promotora contrajera matrimonio (con MM obviamente) y tal matrimonio adoptara legítimamente un niño, situación, a mi criterio, aberrante, pues esa criatura tendría como progenitores a dos personas de sexo cromosómico YY; y, más aun, en el caso, si fuera que la promotora aún conserva sus OO (pues no está plenamente evidenciado que se le hayan extirpado o resecado), eventualmente podría OO (si se le suprimiera el tratamiento hormonal que actualmente se realiza: f. 57 y éste se revirtiera) y, teniendo en cuenta su histerectomía, su OO podría ser fecundado in vitro o en útero ajeno, con lo que podría producirse el antinatural resultado de una criatura cuya YY sería quien aparecería, en su partida de nacimiento, como XX. Tales hipótesis demuestran, a mi criterio, lo antinatural de la solución adoptada por la Sala de mérito, que, a mi criterio, no debe contar con la aquiescencia de los órganos jurisdiccionales.

5 En cuanto a la declaratoria de identidad (cambio de nombre) que postula el Fiscal de Corte en su dictamen (f. 151), no tendría objeciones de orden legal a que fuera amparada (y por esa vía se contemplarían las legítimas expectativas de AA en lo atinente a adecuar su identificación a su aspecto exterior actual) pero en realidad no fue pretendida por AA sino como consecuencia del reconocimiento del cambio de su identidad sexual, que improcedentemente pretende.