

SUMARIO:

a) Aborto terapéutico: El fallo de la Suprema Corte bonaerense: causa "C. P. de P., A. K. s/autorización" (acuerdo 95464, del 27/6/2005). El protagonismo del tiempo en el proceso. Responsabilidad médica: delito de abandono de persona – muerte culposa. El rol de madre de familia y el interés de los hijos. El voto de la minoría.– b) Adopción: 1. Guarda con fines de adopción. Improcedencia de la restitución a la madre biológica: Misión de los Tribunales de Familia. Interés superior del niño. Identidad filiatoria y "verdad biológica". Familia adoptiva y familia biológica. "Triángulo adoptivo". Ley 19134 y estado puerperal; 2. Adopción plena y concubinato.– c) Competencia: guarda con fines adoptivos. Criterio rector: situación de riesgo.– d) Convenios de liquidación de sociedad conyugal en el divorcio por presentación conjunta. Validez del convenio suscripto antes de la extinción del régimen patrimonial matrimonial.– e) Patria potestad: autorización judicial para el traslado de una niña al extranjero.– f) Transexualismo: Definición: cambio de sexo y cambio de nombre. Derecho a casarse. Derecho a adoptar e interés primordial del adoptado. Actualización registral: rectificación o anulación de partida. Identidad dinámica, privacidad de la persona transexual y afectación de derechos de terceros

a) Aborto terapéutico

El fallo de la Suprema Corte bonaerense: causa "C. P. de P., A. K. s/autorización" (acuerdo 95464, del 27/6/2005)

Coincidiendo con la vigésima semana del embarazo, la Suprema Corte de Justicia bonaerense dictó sentencia en la causa "C. P. de P., A. K. s/autorización" (acuerdo 95464), en la que se decidió rechazar el recurso extraordinario de nulidad y los recursos de inaplicabilidad de ley, por mayoría (Dres. Roncoroni, De Lázzari, Soria, Hilda Kogan, Sal Llargués y Piombo) con el alcance que surge del párrafo final del voto del Dr. Roncoroni a la segunda cuestión. Los Dres. Genoud, Pettigiani y Negri conformaron la minoría.

El Tribunal de Familia n. 2 de Lomas de Zamora, integrado por los Dres. Liliana Vicente, Edith Almedia y José Imperiale, había entendido que ante la existencia de un conflicto entre la vida o la salud de la madre y la vida del feto, que sólo puede ser resuelto por el aborto terapéutico, y bajo las condiciones establecidas por la norma, su práctica viene autorizada por el ordenamiento, en cuanto el legislador penal la exime de punición (art. 86 párr. 2º inc. 1 CPen.). A su vez, había autorizado la ligadura tubaria solicitada a fin de evitar futuros embarazos (1).

El protagonismo del tiempo en el proceso

En el párrafo final del voto del Dr. Roncoroni a la segunda cuestión, en el que se determina el alcance del rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley, sostiene que:

"Va de suyo que la respuesta negativa que propicio al recurso interpuesto y que conlleva la confirmación del fallo de primera instancia, la brindo con total conciencia que con el fluir del tiempo las circunstancias del proceso de gestación de A. K. C. P. pueden haber mudado. Y de ser ello así, queda siempre bajo la responsabilidad de aquellos profesionales el adoptar la decisión y, en su caso, la práctica más adecuada, ante la concreta situación que presenten las circunstancias sobrevinientes [...] tal decisión médica cualquiera sea y la probable práctica que dichos profesionales tengan que realizar, no deben quedar supeditados a los tiempos que puedan insumir los eventuales actos procesales posteriores a este pronunciamiento".

Responsabilidad médica: delito de abandono de persona – muerte culposa

Resulta de interés destacar en el voto del Dr. Roncoroni el reproche que merece la conducta del médico que no interviene "cuando deba actuar inexcusablemente porque así lo imponen la necesidad o la urgencia que no admiten esperas ni dilaciones (arts. 13 inc. c Código de Ética y 19 incs. 1 y 2 ley 17132 [ALJA 1967–A–614]) [...] su conducta será reprochable e, incluso, en determinados y casi excepcionales casos, puede llegar a tipificar el delito de abandono de persona". Pues "el inc. 1 del art. 86 CPen. no demanda [tal] autorización de los jueces y no sería prudente que lo hiciera". En idéntico sentido se pronuncia el Dr. Piombo: "Toda demora no hace otra cosa que aumentar el riesgo, elemento básico para la consideración de otra ilicitud como es la producción culposa del resultado de muerte (art. 84 del texto fondal)".

El rol de madre de familia y el interés de los hijos

Finalmente, merecen especial mención en el voto del Dr. Piombo los lazos sociales de la peticionante y el interés de los demás hijos, pues "...aun con la protección que nuestro Derecho da a las personas por nacer, no tiene la misma jerarquía, toda vez que una madre de familia ha anudado relaciones de educación, cuidado y protección con relación a los hijos que anteriormente ha traído al mundo, que, en el caso de perder la vida, mal podrán ser cubiertas por el Estado o cualquier institución de índole civil o religiosa".

El voto de la minoría

El Dr. Pettigiani, si bien comparte con el voto de la mayoría que "...la cuestión debió ser decidida exclusivamente sobre la base del criterio médico", aclaró: "Si lo que se requiere es la autorización para cumplir con una conducta despenalizada, no es necesaria la venia judicial, siendo por ello inútil. En cambio, si lo que se reclama es la autorización para incurrir en una conducta que prima facie encuadraría en un tipo penal, dicha anuencia no puede otorgarse por ningún magistrado en razón de que éste no puede conceder licencia para delinquir, por lo que la misma deviene de realización imposible".

Asimismo, afirma que "...ninguna vida es superior a otra. La vida del hijo no es menos que la vida de la madre y particularmente para el médico ambas deben ser consideradas igualmente valiosas. No está frente a una opción entre una persona y una cosa ni entre una persona en acto y otra meramente en potencia. Debe preservar la vida de dos personas que presentan sólo un distinto estado de desarrollo".

Finalmente, el Dr. Negri entendió: "Una exclusión de la pena como la que establece el artículo del Código Penal citado, vale como eso, como limitación al poder de punir, no como proclamación del

derecho judicial de decidir la muerte de una persona por nacer. Leerlo de otro modo me parece un exceso".

b) Adopción

1. Guarda con fines de adopción. Improcedencia de la restitución a la madre biológica

En materia de guarda con fines adoptivos resulta de interés destacar los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo del 2/8/2005 –CS.1801.XXXVIII – "S., C. s/adopción" –, mediante el cual dejó sin efecto el fallo de la Suprema Corte de Justicia bonaerense del 12/9/2001 (acuerdo 69246) que había confirmado la sentencia del Tribunal de Familia de Bahía Blanca del 4/2/1998, en la que se ordenara la restitución de una niña de diez meses a su madre biológica; rechazándose, en consecuencia, la solicitud de adopción formulada por los guardadores a quienes la bebé les había sido entregada quince horas después del nacimiento, el 13/1/1997.

La Suprema Corte de Justicia bonaerense había considerado que el "orden natural sólo puede ser alterado cuando razones muy graves lo tornen inevitable" y que no se puede apartar a un menor de su madre sustituyendo los vínculos naturales por los adoptivos. Afirmaba en el voto, que hizo mayoría (2) : "La familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor. Toda una fortaleza, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar (Gn. 2, 24)". Entendió "que el derecho del niño a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a ser cuidado por su progenitora, a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hijo, a educarlo, a que lleve su nombre, y a tenerlo con ella está previsto en los textos constitucionales y proclamados por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido".

Sin embargo, respecto de la institución de la adopción la Corte Suprema de la Nación afirmó que "...en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social".

Misión de los Tribunales de Familia

Asimismo, destacó especialmente la "delicada misión" que incumbe a los tribunales especializados en temas de familia, advirtiendo que queda totalmente desvirtuada su función "si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar".

Interés superior de niño

Merecen especial mención los desarrollos en torno al "interés superior del niño", poniendo de relieve que si bien subyace en todo el plexo normativo, asume el carácter de "la consideración primordial" en los procesos de adopción. Consagrado en el art. 3.1 Convención de los Derechos del Niño (LA 1994–B–1689) como "una consideración primordial" en todas las medidas referidas a los niños, aparece específicamente en el art. 21 párr. introd. CDN., indicando que "...en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial", hallándose también contemplado en la legislación interna en el art. 321 inc. i CCiv.

La Corte Suprema distingue como las dos finalidades básicas del principio: "La de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor", proporcionando así "un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños [...] frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.

"En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces".

Identidad filiatoria y "verdad biológica"

La "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño".

Familia adoptiva y familia biológica

Del voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti: "Cuando el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a que el niño debe crecer en 'el seno de la familia', en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, alude también a la familia adoptiva, que no es menos familia que la biológica".

"Triángulo adoptivo"

Finalmente merece mencionarse la indicación sugerida por la perito, que en este marco hermenéutico la Corte Suprema acogió como "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para [la menor, es acudir al llamado] 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".

Ley 19134 y estado puerperal

Debe tenerse presente que la madre biológica otorgó la guarda extrajudicial durante la vigencia de la ley 19134 (ALJA 1974-B-988) mediante un acto permitido por ese ordenamiento, aunque en la actualidad el art. 318 (3) CCiv. prohíbe la dación en guarda por escritura pública. Por ello la Corte Suprema consideró que la madre "en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción". No soslayó la circunstancia de que la niña fuera entregada a sus guardadores a las quince horas de ocurrido el parto, pero descartó en el caso concreto "las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal", que pueden provocar "una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida", por no haber "constancias de que la madre lo hubiera padecido".

2. Adopción plena y concubinato (4)

Deviene relevante destacar el decisorio del 5/7/2005 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala 1ª, en la causa "N., M. D. y otra s/adopción plena", que revoca parcialmente la sentencia de grado –apelada por el defensor oficial, en representación de la madre biológica ausente del niño adoptado– en cuanto concede la adopción plena a la pretensa adoptante, quedando confirmada la concedida a su concubino y dejándose constancia de que el rechazo de la adopción pedida por la mujer no implicará cosa juzgada para el caso de que en el futuro varíe la situación que hoy obstaculiza hacer lugar a la misma. Por lo que si la mencionada obtuviera el divorcio vincular de su primer matrimonio y contrajera matrimonio con su concubino, habría una nueva situación de hecho y de derecho, diversa de la evaluada en este proceso. Todo ello de conformidad con el texto de los arts. 312 y 337 inc. 1.d CCiv., la adopción puede otorgarse a uno solo de los concubinos, porque la adopción conjunta únicamente es admitida en el caso de los cónyuges.

La sentencia de grado, para así decidir, asimila el matrimonio a la convivencia en aparente matrimonio, señalando que debe sopesarse con el "interés superior del niño". Invoca como fin último de la adopción la inserción del niño en una familia, y que es obligación del Estado preservar conforme al art. 36 inc. 1 Const. prov. bonaerense. Sin embargo, contrario sensu, la Cámara considera: "La asimilación de la larga relación de concubinato, que une a los actores, con el matrimonio, no puede [...] sortear la valla del texto expreso de los arts. 312 y 337 CCiv.". Pues "no se trata de que la interpretación literal sea dudosa –caso en el cual, se recurre a la interpretación sistemática y a la teleológica–, o de que exista una laguna normativa, que deba ser llenada por el recurso a la analogía, o a los principios generales del derecho (art. 16 CCiv.). La no previsión del carácter de concubinos como habilitante de la adopción por más de dos personas no es una omisión de la ley". Agrega a su argumentación el art. 320, que prescribe que los esposos sólo podrán adoptar si lo hacen en forma conjunta. Al ser la pretensa adoptante casada y hallarse separada de su cónyuge, su situación no encuadra en ninguna de las excepciones del artículo mencionado.

En este caso la Cámara también analizó la constitucionalidad de la norma, entendiendo que se hallan en juego las prohibiciones de adopción conjunta por concubinos (arts. 312 y 337 CCiv.) y de adoptar por parte de una persona casada (art. 320 CCiv.). A partir de la ley 23515 (LA 1987–A–250), que reconoce el divorcio vincular, la disposición legal que exige que en caso de que más de dos personas quisieran adoptar deben ser cónyuges no es irrazonable. De conformidad con la doctrina del art. 28 CN. (LA 1995–A–26), "la disposición legal que exige que en caso de que más de dos personas quisieran adoptar deben ser cónyuges no es irrazonable", porque su finalidad radica en que "...se brinde al hijo adoptivo dos padres unidos bajo la estabilidad y vocación de perdurabilidad, que caracteriza al matrimonio". Aun reuniendo la pareja de concubinos dichas características, su exclusión de la habilitación para adoptar es una opción posible y válida para el legislador que supera el test de constitucionalidad.

c) Competencia: guarda con fines adoptivos. Criterio rector: situación de riesgo

La competencia de los tribunales de familia por razón de la materia, que se halla regulada en el art. 827 CPCC. (ALJA 1968–B–1446), ha sido considerada taxativa por la Suprema Corte de Buenos Aires, por lo que no puede extenderse a supuestos no enumerados. Sin embargo, algunos criterios se han consolidado con sus excepciones y se han producido giros jurisprudenciales.

Guarda con fines adoptivos. Criterio rector: situación de riesgo

El art. 827 inc. h CPCC. estipula que la adopción es competencia de los tribunales de familia, pero la modificación del régimen de adopción por la ley 24479 (5) , que prevé el otorgamiento de la guarda judicial con fines adoptivos, generó jurisprudencia contradictoria.

Si bien no existe unanimidad de criterios ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, la Suprema Corte resolvió otorgando la competencia al juez de menores: "El pedido de adopción de un menor que fuera entregado por su madre es de competencia del juez de menores, porque es necesario para la procedencia de dicho procedimiento la existencia de una previa declaración judicial de `abandono' (acuerdo 72508, del 15/9/1998, "E., J. N. s/adopción").

En una providencia del 8/6/2005, consolidando la pauta hermenéutica que deslinda la competencia entre los fueros de menores y de familia, en virtud de la situación de riesgo en que se hallaren los niños en situación de ser adoptados, la Suprema Corte resolvió: "La solicitud de adopción plena efectuada es de competencia de los Tribunales de Familia de conformidad con lo establecido por el art. 827 inc. h CPCC., porque no se advierte respecto de los menores situación de riesgo que determine la intervención del fuero de menores –arts. 2 inc. a y 10 inc. b decreto ley 10067 (LA 1983–B–2163)–" (acuerdo 94643, del 8/6/2005, "T., M. s/adopción plena").

Por lo tanto, sólo en aquellos casos en que los niños no se hallaren en situación de riesgo serán competentes los tribunales de familia, de conformidad con el art. 827 inc. h CPCC.: "La solicitud de guarda con fines de adopción simple efectuada es de competencia de los tribunales de familia de conformidad con lo establecido por el art. 827 incs. h y ñ CPCC., porque no se advierte respecto de la niña situación de riesgo que determine la intervención del fuero de menores (arts. 2 inc. a y 10 inc. b decreto ley 10067)" (acuerdo 91743, del 22/12/2004, "C., M. s/adopción acciones vinculadas. Incidente", y acuerdo 94957, del 1/6/2005, "P., A. v. B., M. s/guarda" [Sup. Corte Bs. As.]). Igual solución se adoptó ante la petición de adopción simple por parte del cónyuge de la madre (arts. 313 y 316 CCiv.), porque la niña "no se encuentra en ninguna de las situaciones que habilitan la competencia de los jueces de menores" (acuerdo 87512, del 19/3/2003, "B., S., A. s/incidente. Guarda").

d) Convenios de liquidación de sociedad conyugal en el divorcio por presentación conjunta: validez del convenio suscripto antes de la extinción del régimen patrimonial matrimonial

Ante la problemática –recurrente en la doctrina y jurisprudencia– suscitada en torno a los acuerdos suscriptos con anterioridad a la fecha de inicio del juicio de divorcio por presentación conjunta, pero incorporados al expediente con posterioridad al dictado de la sentencia de divorcio, el 15/3/2005 el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n. 3 de Lomas de Zamora en la causa "M. de R., A. M. y R., J. A. s/divorcio (art. 215 CCiv.)" dictó un pronunciamiento a favor de la validez del convenio.

En el caso los ex cónyuges efectuaron su presentación conjunta el 22/10/2002, conforme a los arts. 215 y 236 CCiv. No acompañaron el convenio relativo a la "sociedad conyugal", firmado el 21/10/2002. Con posterioridad al dictado de la resolución judicial que decretó el divorcio vincular se incorpora el mencionado convenio, y la esposa opone su invalidez argumentando que fue suscripto antes de la disolución de la sociedad conyugal. En la sentencia dictada por el tribunal de familia se consideró que "...son válidos los convenios de liquidación de sociedad conyugal suscriptos por los cónyuges antes de la presentación del escrito judicial que petitiona el divorcio por presentación conjunta pero en el marco de éste y agregados al expediente con posterioridad a la sentencia que

acoge la pretensión" (Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 21/10/996, JA 1997-II-619 (nota)<FD 45000063 [6]>).

Se debe tener presente que hubo ejecución parcial del convenio con anterioridad a la fecha de la sentencia de divorcio, pero después de la presentación conjunta y que la extinción del régimen patrimonial matrimonial entre cónyuges se retrotrae a la fecha de presentación de la demanda, de conformidad con el art. 1306 CCiv. Señálase especialmente que la ejecución que siguió a la formulación del convenio constituye el argumento determinante a favor de su validez; quedando así reforzada la solución del conflicto: "... se acredita con la documentación acompañada a fs. 63/95 que el acuerdo ha sido ejecutado parcialmente. De esta manera, resulta contradictorio el cuestionamiento hacia un convenio que fue suscripto voluntariamente y, aun, ejecutado en alguno de estos puntos, a favor de la oponente. De negarle eficacia, se produciría un abuso de derecho (art. 1071 CCiv.)".

e) Patria potestad: autorización judicial para el traslado de una niña al extranjero

En materia de patria potestad merece mencionarse el fallo dictado por la C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, el 9/6/2005, en autos "G. L. E. v. C. M.", en virtud de los criterios adoptados para dilucidar un caso en que se hallaban comprometidos la tenencia y el régimen de visitas de una niña de doce años: específicamente, su traslado al extranjero.

La Cámara revocó la sentencia del Juzgado de Paz de Balcarce que había hecho lugar a la demanda promovida por la madre de una menor contra su padre, por la que se le otorgara autorización judicial supletoria para suscribir la documentación pertinente a los fines de que la hija de ambos pudiera viajar a España, lugar de residencia de su progenitora, y pudiera visitar a su padre al menos dos a veces al año.

El pronunciamiento es apelado por el padre, que plantea el apartamiento de las reglas de la sana crítica por parte de la jueza en la apreciación de la prueba, dado que no se tuvieron en consideración los dictámenes periciales, que aconsejaban no modificar el statu quo de la niña, sino que "...el pronunciamiento se debía a un convencimiento basado en su experiencia como juez y como madre". Además, se agravia por la falta de valoración del acuerdo celebrado entre ambos progenitores mediante el cual se había modificado a favor del padre la tenencia original.

Para revocar la sentencia la Cámara advierte la falta de valoración del citado acuerdo –agregado en el expediente de divorcio– y decide acoger el agravio, declarando que la tenencia de la niña "continúa siendo ejercida por el progenitor". Pues si ambos padres acordaron libremente la modificación del régimen de tenencia originario, quedando la tenencia en cabeza del padre mientras la madre permaneciese fuera del país, es indudable que la tenencia continúa siendo ejercida por él, no sólo por ausencia de un nuevo acuerdo sino también porque la madre no ha regresado definitivamente al país. "La autonomía de la voluntad es la facultad que el Derecho privado reconoce a las personas para regular sus propios intereses y relaciones, no es absoluta, sino que posee límites que las mismas normas le imponen..." (art. 1197 CCiv.).

Es dable destacar la relevancia que la Cámara otorga a los informes periciales psicológicos como "pautas orientadoras" para determinar la conveniencia de cambios decisivos en la vida de una niña cuando se halla comprometida su estabilidad física y emocional. Considera que "...las diferentes pericias psicológicas practicadas, revelan datos de vital importancia para dilucidar la cuestión

referida a la conveniencia –actual– del traslado a otro país, aun cuando en él resida la madre".

Considerando que "...la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece –en su art. 12 – el derecho del menor a ser oído en función de su edad y su madurez" y que la niña fue oída en la instancia de origen y también en la alzada, la Cámara se dedica a analizar "a partir de qué edad se debe oír al menor y cuál es la extensión que debe darse a sus dichos".

A estos efectos, remite a la doctrina que entiende que la opinión de los niños "si bien no puede ser el único elemento a tener en consideración en orden a dar sustento a la decisión que se tome, adquiere importancia cuando por su edad y madurez pueda ser tenida como personal y auténtica" y a la jurisprudencia que ha sostenido que "...si bien la opinión del menor no puede tener fuerza vinculante para definir cuál de los dos padres ejercerá la tenencia, la misma debe ser considerada, cuando aquél cuenta con 12 años de edad, y se ha expresado con libertad".

Concluye que en este caso la opinión de la niña "es relevante ya que el traslado fuera del medio en el que vive y por necesidades –en este caso las de su madre– que le son totalmente ajenas, puede afectarla de manera determinante".

f) Transexualismo

Con el término "transexualismo" se hace referencia a la contradicción entre el sexo psicológico y el sexo cromosómico, gonádico y genital. La persona transexual experimenta el sentimiento de pertenecer al sexo opuesto, de hallarse "atrapado o atrapada en un cuerpo equivocado" y para adaptar sus características físicas a su psiquismo se somete a intervenciones quirúrgicas, articuladas en algunos casos con tratamientos psicológicos o psiquiátricos. En el reciente caso "W., A. S.", al igual que en los que se citarán en el breve análisis que sigue, el peticionante había sido operado en el extranjero, a fin de modificar sus caracteres sexuales externos, con anterioridad a su presentación judicial solicitando el cambio de nombre y de sexo. Pues, como se manifiesta en la demanda, "la identidad psíquica y la actual morfología del actor, ostensiblemente masculina, se contradicen con las constancias de su documento, que lo señala como mujer. Este hecho provoca una situación de constante marginación, sufre permanentes exclusiones del ámbito laboral, se enfrenta a múltiples situaciones de repulsa social, y lleva una vida llena de resquemores y ocultamientos, que lo afecta psicológica y socialmente, encontrándose sin trabajo y sin cobertura médica".

En la causa "W., A. S. s/rectificación de partida" (7), el 7/7/2005 (reg. 630) el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n. 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora dicta sentencia ordenando la rectificación de la partida de nacimiento original del transexual mediante una anotación marginal con los datos nuevos. Asimismo, se ordenó hacer constar la prohibición de contraer matrimonio y de informar a la autoridad judicial el contenido de la presente sentencia ante un caso de adopción.

Las cuestiones dilucidadas por los jueces en este caso fueron: el cambio de sexo y nombre, el derecho a casarse, el derecho a adoptar y la actualización registral.

Definición: cambio de sexo y cambio de nombre

En el voto que hace mayoría se ensaya una definición considerando como transexual a "aquella

persona que siente que pertenece al sexo opuesto al que exterioriza su anatomía y figura en su acta de nacimiento. Está convencido de estar atrapado en un cuerpo que no le corresponde" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Derecho y homosexualidad en el Derecho Comparado", rev. Derecho de Familia, n. 13, 1998, p. 187).

Derecho a casarse (8)

Luego de considerar que se debe hacer lugar a la rectificación de partida de nacimiento y de DNI. en la forma peticionada, se dedica al tratamiento de las "nupcias que eventualmente contrajera la actora", dado que surge del expediente que la solicitante tenía novia. Señala que conforme al art. 172 CCiv. el matrimonio se celebrará entre hombre y mujer, y que hasta que no exista una ley que autorice el matrimonio entre personas del mismo sexo –como en las legislaciones comparadas– no existe base legal alguna para autorizarlo judicialmente. Agrega que una de las razones de la tutela matrimonial es, sin duda, la continuación de la especie. En consecuencia, se prohíbe a la peticionante contraer matrimonio.

En este tema explicita su discordancia sobre el tema con el fallo "M. L. G. – Acción de sustitución registral" (9), del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 19ª Nominación de la ciudad de Córdoba, en el que se ordena consignar "en la nueva partida que en caso de matrimonio o adopción debe informarse a la autoridad administrativa o judicial el contenido de la presente sentencia". Porque en él se estaría autorizando "el matrimonio con una persona de su mismo sexo cromosómico, que ante la normativa del art. 172 CCiv., sería inexistente, por lo que debería establecerse en la nueva partida, es la prohibición absoluta del matrimonio".

Según el voto minoritario, en disidencia parcial, la "oposición a la celebración de matrimonio de los transexuales sería contraria a las reglas de la lógica", pues al admitirse el cambio de sexo del transexual operado ya no será posible a los fines del matrimonio la consideración del sexo anterior, destacándose que "el matrimonio es un concepto jurídico derivado de la unión de dos personas de sexo contrario".

Derecho a adoptar e interés primordial del adoptado

Diversa es la decisión adoptada respecto de la adopción, de la que se afirma que "su ejercicio no reconoce obstáculos" por tratarse de una "institución legal, que tiene mucho que ver con el amor y la solidaridad", aunque se impone una limitación: la información al juez interviniente sobre la condición de la adoptante.

Sobre el derecho a adoptar la opinión minoritaria plantea también su desacuerdo, porque "la materia escapa a esta instancia, debiéndose realizar una valoración de las aptitudes respecto del recurrente, las que deberán ser examinadas en el caso en particular que pudiera presentarse en el futuro", en el que se atenderá primordialmente "a todo aquello que resulte más favorable al interés del adoptado".

Actualización registral: rectificación o anulación de partida. Identidad dinámica, privacidad de la persona transexual y afectación de derechos de terceros

La cuestión de la actualización registral se centra en la opción entre rectificar o anular (10) la partida; pues según la modalidad elegida se afectará o no la esfera de privacidad del sujeto, con

las consecuencias ulteriores que pudieran afectar los derechos de terceros.

En el caso "W., A. S." se resolvió ordenar la rectificación de la partida de nacimiento original mediante una anotación marginal con los datos nuevos. En su argumentación el juez preopinante adhiere a la concepción dinámica en el desarrollo de la personalidad y de la identidad personal, en oposición a la concepción estática que considera al sexo como un dato registrado. Se cita el fallo dictado por Tribunal Colegiado de Instancia Única en el Fuero de Familia n. 1 del Departamento Judicial de Quilmes "K., F. B. s/cambio de nombre y de sexo y rectificación de partidas" (11), del 30/4/2001: "...la partida de nacimiento refleja la realidad biológica de esa persona a su fecha, aun cuando la evolución posterior de la personalidad del sujeto en lo cultural, psicológico y aun en lo morfológico (después de la operación) aconsejen una actualización de su documentación personal para evitar situaciones de discriminación. Pero la preservación de la verdad biológica y de la propia historia son también principios que se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN.)". Por ello se conservará el antecedente registral, se rectificará la partida de nacimiento según la modalidad de la anotación marginal y se otorgará la nueva documentación a la persona que cambia de sexo, a fin de evitar situaciones disvaliosas de discriminación.

Resulta interesante detallar la solución adoptada por los tribunales quilmeños: se ordenó la rectificación del sexo femenino asentado en la partida de nacimiento de la demandante por masculino, el cambio del nombre, la rectificación de la partida de nacimiento, entendiendo que la misma debía correr por nota marginal con relación al acta original, la emisión de un nuevo documento de identidad en el que consten las rectificaciones ordenadas y la publicación de edictos en el Boletín Oficial y en dos diarios una vez por mes durante dos meses haciéndose constar la identidad de persona.

La rectificación con nueva expedición de documentos de identificación fue la solución propuesta en el voto de la minoría en el caso "C., H. C. s/cambio de nombre", resuelto el 22/3/2002 por el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n. 1 del Departamento Judicial de Morón. Sin perjuicio del voto en minoría, cabe aclarar que no se hizo lugar a la demanda de cambio de nombre y de sexo.

NOTAS:

(1) El asesor de incapaces n. 2 interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, y el titular de la Unidad de Defensa n. 1 –tutor ad litem del nasciturus–, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.

(2) Dres. Héctor Negri, Laborde, San Martín, Pisano y Salas (mayoría); Dres. Eduardo J. Pettigiani, Eduardo N. de Lázzari, Juan C. Hitters y Ghione (minoría).

(3) Ley 24779, publicada en el B.O. del 1/4/1997 (LA 1997–B–1346).

(4) Sobre esta cuestión he hallado un fallo de la Suprema Corte, acuerdo 29619, del 27/10/1981 (DJBA 121), en el que se hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la madre extramatrimonial de una niña y el peticionante de la adopción –que era su concubino desde hacía ocho años y padre de sus tres hijos–, habiendo prestado conformidad el padre legítimo de la menor, revocándose la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 1ª (DJBA

del 20/3/1981, ps. 138/140), y otorgándose la adopción simple. A partir de una cita de Medina, Graciela, en "La adopción", t. I, 1998, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 297.

(5) Ley 24779 , B.O. del 1/4/1997, incorporada al Código Civil en los arts. 311 a 340 .

(6) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 21/10/1996, "P., A. y S., D. F.", JA 1997-II-619 . Con nota de María J. Méndez Costa. El juez de primera instancia había anulado el convenio suscripto con anterioridad a la demanda de divorcio por presentación conjunta e incluido en el expediente después de dictada la sentencia de divorcio; la Cámara de Apelaciones entendió que el art. 236 CCiv. no prescribe la exigencia de elevación del convenio al juez antes de la sentencia, sino que se trata de una facultad.

(7) "W., A. S. s/rectificación de partida", del 3/10/2002 (reg. 1029 y reg. honorarios 447).

(8) Belluscio, Augusto C., "Transexualidad. Derecho de los transexuales a casarse", LL Jurisprudencia Extranjera, suplemento del 14/3/2003, ps. 1/4.

(9) EIDial.com y LL Córdoba 2001-1313.

(10) Si bien en los fallos de los tribunales de familia, se optó por la rectificación, merece mencionarse la solución dada a la misma cuestión en el caso "M. L. G., acción de sustitución registral" por el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 19ª Nominación de la ciudad de Córdoba, el 18/9/2001, en el que, a fin de preservar la privacidad y el derecho a la intimidad del peticionante respecto de su transexualidad, se ordenó una nueva inscripción del nacimiento del peticionante con su nuevo nombre y de sexo masculino, mediante la anulación parcial y absoluta de la partida de nacimiento. También se ordenó la emisión del nuevo documento de identidad y la rectificación de toda la documentación de reparticiones públicas y privadas en las cuales se consignen el nombre y el sexo modificados.

(11) Publicado en LL Suplemento de Derecho Constitucional del 19/10/2001.