

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II(CCivyComMardelPlata)(SalaII)

Caso L.A.C.¹

Fecha: 11/07/2006

Texto Completo: 2ª Instancia. – Mar del Plata, julio 11 de 2006.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. *Roberto Loustaunau* dijo:

I: El Sr. Juez de primera instancia a cargo del Juzgado Criminal y Correccional de Transición n° 1, desestimó la acción de amparo interpuesta por L.A.C. con el objeto de obtener autorización judicial para realizarse una intervención quirúrgica que modifique su sexo, sin costas atendiendo a la complejidad de la cuestión planteada.

El amparista se notificó y apeló a fs. 159. La Sra. Defensora General, Dra. C. B., devolvió las actuaciones que le fueron giradas para notificarse de la sentencia, explicando que en reiteradas oportunidades el demandante rechazó su intervención (fs. 158), pese a lo cual, y luego de haber transcurrido más de un mes de notificada la defensoría, la Dra. F., Defensora Oficial y titular de la unidad funcional de defensa n° 4, apeló y fundó su recurso a fs. 167.

La sentencia que rechazó el amparo se fundó, esencialmente, en la carencia de libertad psíquica del peticionante que "le impide brindar un consentimiento informado, libre y esclarecido", para cambiar de identidad sexual mediante la operación para la que pide autorización, "por cuanto padece en la actualidad otros trastornos de su personalidad que van más allá de su problema de identificación sexual" (fs. 156). Tal conclusión fue fundamentada en el informe socio ambiental de fs. 45 y vta. en la pericia psicológica - psiquiátrica de fs. 49/53, en el dictamen del Comité de Bioética de fs. 86/95, y en el informe psicológico -psiquiátrico del servicio de salud mental del H.I.G.A. de fs. 134/135.

¹ **Hechos:**

La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que desestimó la acción de amparo por la cual una persona solicitó autorización judicial para realizarse una intervención quirúrgica tendiente a modificar su sexo masculino por el femenino.

II: Los agravios que el recurrente plantea en su escrito de apelación de fs. 159, y quizá por la carencia de auxilio letrado, se limitan a manifestar su discordancia con la opinión de los expertos reseñada en el párrafo anterior.

En lo atinente a la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que es menester realizar para no incurrir en la deserción del recurso (art. 260 del CPC), se ciñe a manifestar que se considera "en absoluta capacidad de resolver y comprender la relevancia del acto quirúrgico" que solicita.

III: El recurso de fs. 167, interpuesto por la Sra. Defensora Oficial, Dra. M. L. F., se agravia "del decisorio (sic) de fs. 153/57 en cuanto refiere que el amparista no puede brindar respecto de su petición un consentimiento informado libre y esclarecido".

Explica que de la entrevista mantenida con el amparista, el mismo ha manifestado tener la absoluta capacidad de resolver y comprender la relevancia del acto quirúrgico que solicita y las consecuencias del mismo, sabiendo que ello implicará colocarse en una situación irreversible y permanente, que se siente mujer y luce como tal.

Opina la Sra. Defensora, que el aspecto del amparista es femenino sin afectación, ni acicalamiento, por lo que, teniendo en cuenta el drama de verse imposibilitada de tener una pareja, y de satisfacer sus necesidades espirituales y sexuales con plenitud, debe hacerse prevalecer el respeto por la dignidad de la persona, y por la identidad femenina que ha construido a lo largo de los años.

Sostiene asimismo, que la amparista tiene un derecho personalísimo a disponer de su propio cuerpo y tomar decisiones en la esfera somática y corporal dentro del autonomía de la voluntad y libertad, teniendo solo como límites generales, los que tiene todo derecho. Cita en su apoyo la opinión del jefe de servicio de urología del Hospital Gutiérrez, Dr. César Fidalgo, volcada en un reporte periodístico publicado en "La Capital" de Mar del Plata el día 13 de Octubre de 2005.

Concluye que "cada uno es titular de su propio cuerpo, y siendo mayor de edad y capaz, puede actuar en consecuencia, salvo prohibición concreta expresada en ley especial". Ofrece diligencias de prueba consistentes en una nueva pericia física y en el testimonio de un psiquiatra y un psicoterapeuta de la ciudad de Córdoba, acompañando los interrogatorios. Pide que oportunamente se revoque la sentencia apelada.

IV: La competencia de esta Cámara de Apelaciones Civil ha sido decidida por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, conforme consta a fs. 214/215.

V: Antes de entrar al tratamiento de los agravios que he reseñado, es necesario destacar que, previo a desestimar el amparo, el Sr. Juez de primera instancia, siguiendo la recomendación de los peritos, y el dictamen de la Agente Fiscal, resolvió suspender las actuaciones hasta tanto el Amparista realizara un tratamiento psiquiátrico y psicológico por un lapso no menor a seis meses (fs. 58/60).

Durante el plazo otorgado para el tratamiento, se agregó al expediente el informe del Comité de Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata que desaconsejó la operación en función de la fragilidad y ambigüedad del peticionante. Se glosó también el informe de la Licenciada Silvia Briñon, Jefa de la unidad de internación del servicio de salud mental del Hospital Interzonal de Agudos (H.I.G.A.), en el que se diagnostica una personalidad de carácter paranoide y megalómana, con trastorno de identidad sexual. En similar sentido se expidió la Dra. Angela Calderaro, Jefe del servicio de salud mental del H.I.G.A, a fs. 135.

No hay constancias de que el peticionante haya efectuado el tratamiento propuesto por el Sr. Juez de primera instancia, aunque sí obran a fs. 66, 136 y 144, distintas presentaciones del amparista en las que detalla las derivaciones y problemas surgidos en oportunidad de concurrir a atenderse.

VI: El marco legal en que debe analizarse la pretensión del recurrente ha sido expuesto por el Sentenciante de primera instancia, con la amplitud de fundamentos que se corresponden con su notoria autoridad académica en la materia.

No obstante ello, en esta instancia cabe agregar que desde el punto de vista civil, la cuestión puede ser vinculada al consentimiento informado.

Se entiende por consentimiento informado al acto de decisión voluntaria realizado por una persona competente, por el cual acepta o rechaza las acciones diagnósticas o terapéuticas, fundado en la comprensión de la información revelada respecto de los riesgos y beneficios que le pueden ocasionar.

El consentimiento informado es requisito previo e ineludible para la realización de cualquier acto clínico. No solo es un derecho fundamental del paciente, sino que es un deber para el profesional de la salud. Tal consentimiento debe emanar de una

persona capaz que goce de discernimiento (XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, UCES, Bs.As. 2001, ponencias de la comisión n° 1).

Como señala la Sra. Defensora Oficial a fs. 168 2do. Párrafo, el amparista no es incapaz (arts. 52 y 140 Cód. Civil), no obstante lo cual, se ha sostenido con mayor rigor y actualidad que "las categorías rígidas establecidas en los arts. 54 y 55 del Código Civil no resultan eficientes a la hora de establecer la aptitud para otorgar actos dispositivos del cuerpo", habiéndose propugnado su flexibilización, "sobre el principio bioético de la autonomía, es decir, teniendo en cuenta las aptitudes de la persona para deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y el acto dispositivo de que se trate" (Saux, Edgardo I, y Fabiano, Aidilio G. su ponencia presentada a la Comisión n° 1 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, UCES, Bs. As. 2001).

Dicho de otro modo, y aun cuando toda persona se presume capaz, antes de otorgar la autorización el Juez debe comprobar que el peticionante goza del discernimiento adecuado para comprender las consecuencias, en este caso irreversibles, del acto que pretende llevar adelante.

Es que "en temas vinculados con actos de disposición del propio cuerpo, los conflictos que frecuentemente se verifican exceden las construcciones jurídicas tradicionales y requieren para dirimirlos de una adecuada y prudente valoración de los aportes provenientes de otras ciencias (medicina, psiquiatría, psicología, antropología, bioética, etc.)", y ello debido a que "la operatividad de las facultades de disponer del propio cuerpo no tiene en la normativa del Código Civil un sustento eficaz y requiere en consecuencia de una regulación específica, independiente de la de los negocios jurídicos patrimoniales" (Conclusiones de la Comisión n° 1 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, UCES, Bs. As. 2001).

Por estas razones se ha dicho en las mismas Jornadas que vengo citando que "Las reglas relativas a la capacidad contenidas en la legislación vigente, se muestran excesivamente rígidas y estrechas para resolver las distintas cuestiones que se plantean frecuentemente en materia de actos de disposición del propio cuerpo" (Conclusiones de la Comisión n° 1 sobre Actos de disposición del propio cuerpo. Presidentes: José

W. Tobías y Ramón Daniel Pizarro; Coordinador: Dr. Luis Niels Puig Secretarios: Miguel De Lorenzo y Edgardo Saux; Coordinador internacional: Enrique Varsi (Perú.).

VII: La aplicación de los principios de la Bioética a los casos como el presente, viene entonces recomendada por la doctrina civilista más prestigiosa, ante la obsolescencia de las normas civiles.

En tal sentido, y siguiendo a Manrique J. L., ("Consentimiento informado: fundamento ético, médico y legal." Revista Argentina Cirugía, 1999) corresponde tener presente que la Bioética, nominada según un neologismo creado por Potter (Potter VR. Bioethics: Bridge to the future. New Jersey, Prentice Hall Editorial, 1971) en 1971, es una disciplina enciclopédica por definición, que integra el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales. T. Beauchamp y J. Childress (Beauchamp T y Childress J. Principles of biomedical ethics. New York, Oxford University Press) en su teoría principalista, aceptan cuatro principios íntimamente relacionados: No Maleficencia, Beneficencia, Autonomía y Justicia.

El objetivo genuino de la acción médica es el alivio, el servicio del paciente, desde la época hipocrática y a través de su "primum non nocere", la medicina define el principio de no maleficencia. (Gracia Guillén D. "Primum non nocere. El principio de no maleficencia como fundamento de la ética médica". Editorial Anzos Fuenlabrada, Madrid, 1991).

La obligación de optar por conductas encaminadas a lograr el alivio del paciente, expresa el principio de beneficencia, a la cual caben las siguientes categorías: 1- Lo médicamente beneficioso (mejoría física del paciente); 2- Lo que el paciente considera beneficioso; 3- Lo que es beneficioso para los seres humanos como tales; 4- Lo que es beneficioso para los seres humanos como seres espirituales.

El principio de autonomía reconoce la individualidad del paciente, de su unicidad como persona, de su alteridad.

El principio de justicia fundamenta la pretensión de que se brinden a todos los individuos las mismas oportunidades de lograr la atención médica que necesiten.

Con base en estos principios el Comité de Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, en este caso particular, ha encontrado limitado el principio de autonomía. "Cuando se trata de un individuo cuyo sexo está claramente definido como masculino, y en paralelo su personalidad muestra una evidente ambigüedad hacia la elección del objeto erótico, operando con conductas exacerbadas, justifica abstenerse de recomendar, al menos en forma inmediata, una operación mutiladora de esta envergadura, como lo es la del cambio de sexo, basándonos en el principio de No maleficencia" (fs. 94).

Asimismo, a fs. 95 el Comité citado hace prevalecer el principio de beneficencia sobre el de autonomía, considerando que el amparista no ha podido acceder a un tratamiento adecuado en algún servicio de salud mental.

VIII: En las "Bases para una legislación sobre adecuación sexual en casos de transexualidad", suscriptas en Lima, Perú, en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil, por los Dres. Eduardo Antonio Zannoni, Santos Cifuentes, Gustavo Bossert y Carlos Fernández Sessarego, se recomienda que "las intervenciones quirúrgicas de la adecuación de los genitales al sexo dinámico deben adoptarse en los casos de transexualismo en los que no sean de eficacia otro tipo de terapias" y que "la adecuación del sexo debe ser el resultado de un procedimiento reservado, en el cual los jueces tendrán que evaluar especialmente, los peritajes de expertos en la materia así como entrevistarse con el recurrente para apreciar personalmente, la dimensión del conflicto existencial vivido por el transexual e informar plenamente al peticionario de las consecuencias irreversibles de la adecuación del sexo" (Cifuentes, Santos "Derechos personalísimos" Editorial Astrea 2da. Edición Bs. As. 1995 páginas 315/16).

IX: Entiendo que el apelante no ha justificado la crítica a los informes periciales que le asignan discernimiento insuficiente para consentir el acto quirúrgico pretendido. Tampoco lo ha hecho la Sra. Defensora Oficial, quien sin perjuicio de dejar asentada su opinión sobre la condición femenina que atribuye al recurrente, ha omitido expresar las razones científicas que avalen su disidencia con los psiquiatras y psicólogos que evaluaron al peticionante, acotando el fundamento de su mero parecer, a la en-

trevista que tuvo con él, sin tan siquiera haber mencionado el dictamen del Comité de Bioética incorporado como prueba pericial por el Sentenciante.

Por otra parte, la prueba ofrecida en esta segunda instancia, consistente en una nueva revisión física, no puede tener andamio sin que al menos, se haya impugnado, o conmovido el informe de fs. 43/44 en el que se deja constancia de que el paciente no tiene un estado intersexual y que somato mórfica y genéticamente es un varón.

Aun cuando una nueva pericia física concluyera de modo diverso a la indicada, lo cierto es que "la complejidad del sexo obliga, en todo caso, a una evaluación del conjunto de caracteres y elementos interactuantes con el fin de llegar a alguna conclusión en lo que se refiere a su identidad" (Fernández Sessarego, Carlos "Derecho a la identidad personal" editorial Astrea Bs. As. 1992, página 306), por lo que seguiría faltando el informe pericial que contradiga, con la contundencia convictiva necesaria, el dictamen de los expertos que entrevistaron al peticionante.

Tampoco se ha aportado la prueba elemental relativa al cumplimiento del tratamiento dispuesto por el Sr. Juez de primera instancia, que permita a esta instancia considerar la alteración de la situación considerada por el Sr. Juez A Quo.

Como consecuencia de los fundamentos que anteceden, considero que no hay motivos que conmuevan la justa sentencia apelada, por lo que, y respecto a la primera cuestión en tratamiento emito mi voto por la AFIRMATIVA.

Los Sres. Jueces Dres. *Nélida I. Zampini* y *Ricardo Domingo Monterisi* votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. *Roberto Loustaunau* dijo:

Corresponde confirmar la sentencia apelada, sin costas atendiendo a la ausencia de controversia.

Los Sres. Jueces Dres. *Nélida I. Zampini* y *Ricardo Domingo Monterisi* votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se confirma la sentencia apelada. Sin costas. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase. — *NELIDA I. ZAMPINI*. — *ROBERTO J. LOUSTAUNAU*. — *RICARDO D. MONTERISI*.

