CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Derecho a la identidad personal

ASTREA

ÍNDICE GENERAL

Prólogo XI
Prefacio XV

Capítulo Primero

INTRODUCCIÓN

A) Los supuestos del derecho a la identidad personal

§ 1. El aporte de la filosofía de la existencia a la reflexión sobre la persona 1
§ 2. El supuesto iusfilosófico de la identidad personal 13
§ 3. La identidad en el proceso de la vida humana 19
§ 4. El precursor planteamiento del problema concerniente a la identidad personal 22

B) Elaboración jurisprudencial del derecho a la identidad personal

§ 5. El reciente tratamiento de los derechos de la persona 27
§ 6. Antecedentes jurisprudenciales del derecho a la identidad personal 29
§ 7. La preocupación científica por el derecho a la identidad personal 36

§ 8. Fundamento jurídico de la creatividad jurisprudencial 44
§ 9. El derecho a la identidad personal en la jurisprudencia italiana 53
a) La sentencia del 6 de mayo de 1974 y la afirmación de la "verdad personal" 53
b) La sentencia del 30 de mayo de 1979 y el deslinde entre los conceptos de honor e identidad personal 63
c) Los pronunciamientos de los jueces romanos del año 1980 y la tutela de la identidad colectiva 68
d) El histórico fallo del Tribunal de Milán del 19 de junio de 1980 72
e) La afirmación jurisprudencial del derecho a la identidad personal: de 1981 a 1985 76
f) Los analíticos pronunciamientos del Tribunal de Roma del año 1984 78
g) La consolidación del derecho a la identidad personal en la ejecutoria de la Corte de Casación del año 1985 84
h) Deslinde entre el derecho a la identidad personal y los otros derechos de la persona 91
i) Fundamentación normativa del derecho a la identidad personal 93
j) Recientes desarrollos jurisprudenciales 95

Capítulo II

NOCIÓN JURÍDICA DE IDENTIDAD PERSONAL

§ 10. El concepto de identidad personal en la jurisprudencia 99
§ 11. La noción de identidad personal en la doctrina 103
a) La noción de identidad personal en las obras de De Cupis y Messineo 104
b) Consolidación doctrinaria de la noción de identidad personal 109
§ 12. Nuestra posición en torno al derecho a la identidad 113
§ 13. Opiniones críticas en relación con el derecho a la identidad personal 116

CAPÍTULO III

DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y OTRAS FIGURAS AFINES

A) SIGNOS DISTINTIVOS DE LA PERSONA

§ 14. Consideraciones generales en torno a la relación entre signos distintivos e identidad personal 123
§ 15. Notas distintivas entre el derecho a la identidad personal y el derecho al nombre 128
§ 16. Aporte de la doctrina al proceso de distinción entre los conceptos de identidad personal y nombre 133
§ 17. Identidad personal y derecho a la imagen 138
§ 18. Deslinde jurisprudencial entre derecho a la identidad personal y derecho a la imagen 142
§ 19. Evolución de la doctrina sobre el derecho a la imagen 145
§ 20. Posición de la doctrina en torno al deslinde conceptual entre derecho a la identidad y derecho a la imagen 146

B) DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA VIDA PRIVADA

§ 21. Tutela de la intimidad de la vida privada en el mundo actual 150
§ 22. La intimidad de la vida privada en la jurisprudencia norteamericana 152
§ 23. Evolución del concepto de derecho a la intimidad en la jurisprudencia y doctrina italianas 154
§ 24. Tutela de la intimidad de la vida privada en el derecho francés 155
§ 25. Vida privada, intimidad, reserva y secreto 160
§ 26. Aproximación al concepto de intimidad de la vida privada 163
§ 27. Tratamiento jurisprudencial del derecho a la intimidad de la vida privada 175

§ 28. Distinción conceptual entre el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad personal 179

C) Derechos al honor y a la reputación

§ 29. Distinción entre derecho a la identidad personal y derecho al honor 185
§ 30. Deslinde jurisprudencial entre derecho a la identidad y derecho al honor 188
§ 31. Distinción entre los conceptos jurídicos de honor y de reputación 189
§ 32. Delimitación conceptual entre derecho a la identidad personal y derecho a la reputación 192

D) Derecho personal del autor

§ 33. Algunas precisiones sobre el derecho del autor 193
§ 34. Relación entre derecho a la identidad personal y derecho de autor 197

E) Derecho a la información

§ 35. Consideraciones generales sobre la problemática relación entre el derecho a la identidad personal y el derecho a la información 202
§ 36. Confrontación doctrinaria entre derecho a la identidad personal y derecho a la información .. 210
§ 37. Posibilidad de compatibilizar los intereses referentes a la identidad personal y a la libertad de información 213
§ 38. Autónoma y contemporánea tutela de la identidad personal y de la libertad de información 217

Capítulo IV

IDENTIDAD DEL SUJETO COLECTIVO

§ 39. La tutela de la identidad del grupo 225
§ 40. Posición de la jurisprudencia y de la doctrina .. 225
§ 41. La identidad nacional 229

CAPÍTULO V

PROBLEMÁTICA ACTUAL SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

§ 42. Introducción 231
§ 43. El sustento jurídico del derecho a la identidad personal 232
§ 44. La cuestión previa referente a la tipicidad o no de los derechos de la persona 238
§ 45. Contenido y límites del derecho a la identidad personal 240
§ 46. Vinculación esencial entre los derechos de la persona 243
§ 47. El problema relativo a la determinación de la "verdad" personal 244
§ 48. Otras cuestiones problemáticas en torno al derecho a la identidad personal 245

CAPÍTULO VI

TUTELA DE LA IDENTIDAD PERSONAL

§ 49. Principios generales de tutela de la persona 249
§ 50. Tutela integral de la persona 256
§ 51. Instrumentos de tutela de la persona 260
§ 52. Problemática inherente a la tutela de la identidad personal 268
§ 53. Medios de tutela de la identidad personal 274

CAPÍTULO VII

IDENTIDAD SEXUAL

A) EL SEXO COMO PROBLEMA MÉDICO-LEGAL

§ 54. El problema de la identidad sexual 287
§ 55. Distinción entre género y sexo 292

§ 56. Diversas posiciones en cuanto a la determinación del sexo 294
§ 57. La complejidad del sexo 300
§ 58. Alcances de la adecuación de sexo 306
§ 59. Licitud de las intervenciones quirúrgicas destinadas a afirmar el sexo originario 312

B) El fenómeno del transexualismo y su relevancia jurídica

§ 60. El transexualismo como fenómeno social 313
§ 61. El síndrome del transexualismo 316
§ 62. Los estados intersexuales 322
§ 63. La problemática relativa a la identidad sexual .. 329

C) El cambio de sexo y el libre desarrollo de la personalidad

§ 64. El debate doctrinario en curso 333
§ 65. La valoración ética del cambio de sexo 336
§ 66. Posición favorable a la regularización del cambio de sexo 339
§ 67. Posición contraria a la admisión del cambio de sexo 345

D) Relación de la identidad sexual con otros derechos de la persona

§ 68. La salud como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad 348
§ 69. La salud del transexual 349
§ 70. El cambio de sexo y el derecho-deber a procrear 353
§ 71. El derecho a la integridad sicosomática y el cambio de sexo 355
§ 72. Derecho a la intimidad y cambio de sexo 360
§ 73. Cambio de sexo y orden público 364

E) El cambio de sexo y las relaciones familiares

§ 74. Problemática familiar del transexual 366
§ 75. Situación jurídica subjetiva del transexual y su incidencia familiar 369

§ 76. Soluciones propuestas por la legislación comparada 372

F) El cambio de sexo en el derecho comparado

§ 77. Disposiciones generales adoptadas por la legislación comparada 378
§ 78. La legislación comparada sobre el cambio de sexo 379

G) La mutación de sexo en las leyes sueca y alemana y en la jurisprudencia francesa

§ 79. Requisitos para el cambio de sexo en la ley sueca de 1972 383
§ 80. La ley alemana de 1980 sobre el cambio de sexo 387
a) Soluciones propuestas por la ley alemana 388
b) Modificación del prenombre del transexual 391
c) Requisitos exigidos por la ley alemana para el cambio de sexo 394
§ 81. La mutación de sexo en la jurisprudencia francesa 398
a) El caso "Maud" y su solución jurisprudencial 399
b) La sentencia del 30 de noviembre de 1983 404
c) Comentarios en torno a las sentencias del 3 y del 31 de marzo de 1987 406
d) Las sentencias del 7 de junio de 1988 y del 10 de mayo de 1989 408

H) Rectificación de la atribución de sexo en la ley italiana

§ 82. El cambio de sexo en la ley italiana de 1982 409
a) Consideraciones generales 409
b) Los destinatarios de la ley 412
c) El cambio de nombre 413
d) El aspecto procesal 415
e) Disposiciones transitorias de la ley 418
f) Situación anterior a la promulgación de la ley de 1982 421
g) Requisitos para acceder a las intervenciones modificatorias de los caracteres sexuales 426

h) El debate constitucional en torno a la ley de rectificación de atribución de sexo 432
i) La edad del recurrente 437
j) Nacionalidad y estado civil del recurrente 440

I) EL CAMBIO DE SEXO EN LA EXPERIENCIA PERUANA

§ 83. Problemática jurisprudencial del cambio de sexo 442
§ 84. La sentencia del 27 de febrero de 1987 445
a) Planteamiento y trámite de la demanda 445
b) Fundamentación legal de la sentencia 446
c) Análisis crítico de la sentencia 450
§ 85. Comentarios sobre un procedimiento en trámite 452
a) Antecedentes 453
b) Contenido de la demanda 455
§ 86. Un problemático procedimiento en torno a un caso de intersexualidad 457
§ 87. La reasignación de sexo en el derecho argentino 462
a) Antecedentes jurisprudenciales 463
b) El planteamiento doctrinal 467
§ 88. Bases para una legislación sobre adecuación sexual en casos de transexualidad y modificación del nombre 477

Bibliografía 483

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

A) LOS SUPUESTOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

§ 1. ***EL APORTE DE LA FILOSOFÍA DE LA EXISTENCIA A LA REFLEXIÓN SOBRE LA PERSONA.*** – Jamás, antes de ahora, se ha reflexionado tan intensa y profundamente sobre el hombre como en el siglo XX. Bajo el influjo de la llamada filosofía de la existencia[1] –ya sea de raíz cristiana o agnóstica– el hombre se ha convertido en un problema para sí mismo[2]. El ser hu-

[1] La afirmación central del personalismo, tal como lo precisa Mounier, es la existencia de personas libres y creadoras. El personalismo se inserta dentro del amplio marco conceptual de la filosofía de la existencia. Cfr. Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, p. 6.

La filosofía de la existencia llegó a su plenitud y apogeo entre las dos guerras mundiales que, en el presente siglo, asolaron el mundo. Como se ha anotado con acierto, "su onda sísmica sacudió el alma de varias generaciones de intelectuales" y "aún hoy, cuando el reflujo de su impacto se hace patente, permanece oculta su huella en la atmósfera general que impregna la conciencia del hombre actual". Cfr. Fontán Jubero, Pedro, *Los existencialismos: clave para su comprensión*, p. 17.

[2] Años atrás, en 1962, escribíamos que el tema relativo a la persona aparece como "problema". Es decir, como algo que necesita de alguien "que lo piense, que lo medite, y para quien exista". Y agregábamos que "no es menos evidente que para que algo sea problema se necesita con urgencia, de modo apremiante, saber

mano ha vuelto su dispersa mirada, originalmente dirigida hacia el mundo, sobre su única e intransferible realidad personal. Se erige en el indiscutido centro de la reflexión filosófica contemporánea.

La filosofía existencial redescubre al hombre como ser libre[3]. Libertad que hace de la persona un ser creativo y responsable, itinerante, en continuo movimiento[4]. La libertad no es algo exterior al hombre, por lo que no se le ofrece como objeto. El ser humano no es compacto, cerrado sobre sí mismo, acabado, como las "cosas" que están en el mundo, que aparecen en su circunstancia. La libertad no es un atributo o un predicado perteneciente, de alguna manera, al hombre considerado en su esencia. Ella es el ser mismo del hombre, por lo que, en última instancia, decir "soy libre" es decir "soy yo"[5]. No obstante, como señala Jaspers, si bien por obra de la libertad puede cada ser humano llegar a ser "él mismo", sólo por la mediación de los "otros" conquista y afirma su libertad. La libertad, la comunicación, la interioridad, el sentido temporal-histórico de la existencia humana, se constituyen en temas centrales de la meditación filosófica de nuestro tiempo.

---

algo o compaginar verdades discordantes". Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, p. 16-17.

[3] La noción de persona, y de libertad que le es ontológicamente inherente, hunde sus raíces en la Antigüedad. No obstante, "el Cristianismo aporta de golpe, dentro de esos tanteos, una visión decisiva de la persona" y de lo que ella significa como ser libre y creador (Mounier, *El personalismo*, p. 8). Con Kant se alcanza un punto cimero cuando, dentro de esta línea de pensamiento, se afirma que la persona es un fin en sí misma.

[4] Marcel refiere que nuestra condición es, en última instancia, "la de un ser itinerante que no es posible inmovilizar por completo" y, agrega, que "ser en situación y ser en marcha constituyen los modos inseparables, los dos aspectos complementarios de nuestra situación" (Marcel, Gabriel, *El misterio del ser*, p. 128).

[5] Marcel, *El misterio del ser*, p. 296.

En cuanto ser libre, el hombre está condenado, dentro de su circunstancia y a pesar de sus múltiples condicionamientos, a proyectar su vida, a decidir ser de alguna manera. Por ser libre, el ser humano es proyectivo, lanzado al futuro, desde el presente, contando con el pasado. Pero, por ser libre y proyectivo, el ser humano está también constreñido a elegir, a preferir "esto" o "aquello". Preferir supone estimar, utilizar un criterio valorativo. El ser humano valora y, al valorar, otorga sentido a su vida, a su comportamiento y a las cosas. La vida humana tiene sentido porque realiza valores o disvalores. Los valores la enderezan a un fin. Porque valora, el ser humano es el único de su especie que se plantea el problema del sentido de su propia existencia. Por ello Frankl puede sostener que al hombre le está reservado enfocar su propia existencia como algo problemático. Este hecho significa para el hombre "mucho más que otros factores, tales como la capacidad de hablar, la de pensar en forma de conceptos o la de marchar erguido". Este criterio resulta así ser determinante en "la esencial distinción entre el hombre y la bestia"[6]. El ser humano es el único ser estimativo.

Con el existencialismo renace la fe filosófica y, con ella, insurge la esperanza como virtud cardinal. La vida se presenta como un quehacer, como una tarea insosegable que recomienza cada día sin solución de continuidad, como un proyecto enderezado hacia la perfección, enrumbado al futuro a partir del pasado. Como apunta Lepp, la existencia es casi sinónimo de devenir, "no hay en nuestro universo una existencia cuya realidad esté dada una vez por todas y que no deba hacerse"[7]. Se hace así

6 Frankl, Victor E., *Psicoanálisis y existencialismo*, p. 39.

7 Lepp, Ignace, *La comunicación de las existencias*, p. 73.

también posible la capacidad de redención, que es inherente al ser libre, y permite la aparición del hombre-nuevo que potencialmente existe en cada uno de nosotros.

Los múltiples ejemplos que surgen de la historia nos muestran dos caminos para aproximarse al hombre. Uno de ellos, que a nivel filosófico fue exclusivo del pasado, trataba al ser humano como un objeto de investigación para las ciencias, tales como la anatomía, la sicología, la fisiología o la historia. Se aprehendía del hombre sólo aquello que lo enraíza en la naturaleza. Una segunda vía, que reconquista y afirma el existencialismo, es la de considerar al hombre en su radical dimensión existencial de ser "libertad"[8].

El existencialismo supone un vuelco frente a la ontología tradicional. La filosofía anterior era racionalista, pretendía captar el ser humano sólo mediante la razón, a través de una teoría conceptual. La experiencia no intelectual, como los sentimientos o las emociones, era considerada como meramente accidental. La filosofía de la existencia, en cambio, sostiene que esta posición no es correcta, ya que los sentimientos y las emociones son experiencias reveladoras del ser humano.

Los estados emocionales, como el amor, el odio, la angustia, la desesperación, entre otros, son otras tantas vías que nos conducen al ser del hombre. La aprehensión racional del ser supone alejarse del mismo para captarlo desde fuera como un objeto que debe analizarse. La revelación emocional significa, por el contrario, un no salir de la propia esfera del ser, un no separarse de él, un confundirse con él, para vivenciarlo tal *cual* es.

Como Miró Quesada lo reconoce, la revelación del ser mediante vías emocionales tiene fundamen-

[8] Jaspers, Karl, *La fe filosófica*, p. 49.

tal importancia, por lo que constituye "una puerta de entrada preciosa para el estudio del ser del hombre, pues aunque no es una captación cognoscitiva de este ser, es un contacto directo con él, que puede servir para una ulterior penetración intelectual". Miró Quesada designa como "ontostesia" esta sensibilidad del ser, a fin de distinguirla de la "ontognosis" que es la aprehensión teórica y racional del ser humano[9].

No obstante lo expresado, esta nueva visión de la persona que nos ofrece la filosofía de la existencia, no puede agotar la comprensión del ser humano en general o de cada uno en particular. Si bien es cierto que se ha avanzado de modo superlativo en esta dirección cognoscitiva, los resultados son y serán insuficientes. El ser libre hace del hombre un ente imprevisible, escurridizo, cambiante, capaz de grandes hazañas o de actitudes que lo degraden.

La libertad es incognoscible e indemostrable y, por lo tanto, indefinible[10]. Si es verdad que "comprueba mi existencia, por el contrario mi ser no puede ser objeto de comprobación"[11]. El hombre se aproxima a ella, la sensibiliza, la vivencia, o la aprehende en un infrecuente movimiento de interiorización. Este movimiento de ontostesia es una experiencia que se traduce en un "sentir" la libertad, la que no es comunicable en tanto ella no es objetiva. Corresponde a la sensibilidad de cada persona, si lo logra, ser consciente de esta raigal posibilidad existencial que permite a cada ser humano constituirse en un ser único, irrepetible y espiritual. Algunos pensadores, como Sartre o Heidegger, consideran que la repentina presencia de la libertad, su revelación ontostésica, se da en la angustia.

9 Miró Quesada, Francisco, *Ensayos I (Ontología)*, p. 27-28.

10 Jaspers, *La fe filosófica*, p. 56.

11 Marcel, *El misterio del ser*, p. 226.

No puede mencionarse la libertad sino cuando está de por medio "algo de real importancia". Lo propio del acto libre consiste "en que contribuye a hacerme lo que soy, a esculpirme, mientras que, en cambio, el acto contingente o insignificante, el acto que podría cumplir cualquiera, no contribuye en nada a esta especie de creación que realizo de mí mismo"[12]. No son muchos ni frecuentes los actos existenciales en los cuales la libertad se vivencia de modo definido e incontrastable. Generalmente el hombre se comporta de modo habitual, sin que la libertad entre en juego. Es también posible y frecuente que nuestras conductas no logren fenomenalizar una decisión libre, pues los condicionamientos a que ellas están sujetas la frustran.

El valor, la trascendencia del acto libre sólo se reconocerá *a posteriori*. No se puede "saber exactamente lo que soy y lo que seré, como el artista antes de crear no puede saber con precisión lo que será su obra"[13]. Lo mismo sucede con el acto libre que, a diferencia del contingente o indiferente, ha contribuido a "hacerme lo que soy"[14]. No es posible conocer, anticipadamente, en qué medida se realizará mi proyecto existencial. Aun más, no es dable saber si el proyecto vital se cumplirá o, por el contrario, se frustrará.

Por otra parte, la libertad no es absoluta. Ella está condicionada por el propio mundo interior, por la envoltura sicosomática, por los demás, por las cosas que nos rodean, todo lo cual ofrece innumerables resistencias a mi plena realización como ser libre[15]. La libertad absoluta es un mito, en tanto se

[12] Marcel, *El misterio del ser*, p. 298.
[13] Marcel, *El misterio del ser*, p. 299.
[14] Marcel, *El misterio del ser*, p. 299.
[15] Jaspers, *La fe filosófica*, p. 58.

encuentra limitada, como apunta Mounier, por las múltiples necesidades que la constriñen y por los valores que la urgen[16].

Considera Sartre que el hombre encuentra en el desarrollo de su libertad proyectiva dos obstáculos insuperables: el cuerpo, que designa como "la facticidad", y lo que denomina la "mirada". Esta última se erige en un límite insalvable para el ser humano en cuanto constriñe trágicamente su libertad. La "mirada" es la presencia de los "otros" en la construcción de mi ser, los que nos imponen un ser que debemos asumir pero que no hemos escogido. Sartre alude al cuerpo como "el-ser-en-sí". El que surge de la mirada, aquel ser para mí no revelado, es designado como el "ser-para-el-otro".

Esta radical estructura existencial no hace viable una comprensión filosófica ni una explicación científica total y absoluta sobre el ser humano. Toda teoría filosófica que sobre él se formula pone sólo de manifiesto aspectos o funciones de la existencia que, por sí solos, no dan cuenta de la plenitud del "ser libre". Así, el sicoanálisis freudiano o el marxismo, no obstante sus indiscutibles aportes al conocimiento humano, no ofrecen una respuesta totalizante y satisfactoria. Ambas dejan de lado otras facetas del ser humano que, para éstas u otras teorías, permanecen en la penumbra.

La grandeza y la miseria del hombre radican, precisamente, en esta inexorable responsabilidad de ser-libre. La compleja estructura existencial hace que el hombre, como Jaspers sostiene con convicción, sea siempre más de lo que sabe sobre él[17]. O, como metafóricamente anota Mounier,

16 Mounier, *El personalismo*, p. 6.

17 Jaspers, *La fe filosófica*, p. 54.

"mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa y que quiere"[18].

La filosofía de la existencia, a pesar de haber contribuido de modo notable a brindar una noción más rica y profunda sobre el ser humano no logra, sin embargo, disipar en definitiva el misterio que el hombre representa para sí mismo[19].

Si bien es cierto que el hombre no sólo existe sino que sabe que existe, continúa siendo, en última instancia, un misterio para sí mismo. Un misterio que a veces se pretende resolver en la "nada" sartreana, en tanto el ser radica en el futuro, o en un ser temporal, heideggerianamente enderezado hacia la muerte. Como nos lo recuerda Jaspers, los seres humanos conocemos mejor todo lo que no somos, lo que está en el mundo exterior, que lo que cada cual es[20].

El ser humano se convierte para sí mismo "en el máximo misterio cuando vislumbra que en su finitud parecen extenderse hacia el infinito sus posibilidades"[21]. Ello en tanto la libertad es el núcleo primario y radical de todas sus posibilidades "de ser guiado por la trascendencia, por lo Uno, a su propia unidad"[22].

[18] Mounier, *El personalismo*, p. 6.

[19] Según apunta Marcel, un problema "es algo que encuentro, que aparece íntegramente ante mí, y que por lo mismo puedo asediar y reducir". El misterio es, en cambio, "algo en que yo mismo estoy comprometido, y que por consecuencia sólo puede pensarse como una esfera donde la distinción de lo que está en mí y ante mí pierde su significado y su valor inicial". Marcel precisa que "debe evitarse cuidadosamente toda confusión entre el misterio y lo incognoscible", ya que esto último no es "más que un límite de lo problemático que no puede actualizarse sin contradicción" (*El misterio del ser*, p. 191).

[20] Jaspers, *La fe filosófica*, p. 45.

[21] Jaspers, *La fe filosófica*, p. 45.

[22] Jaspers, *La fe filosófica*, p. 62.

Débese a Heidegger haber planteado como cuestión previa para acceder al ser en general, el preguntarse sobre el ser de aquel ente que conoce, es decir, el hombre. Preguntar, nos dice Heidegger, es buscar conocer "qué es" y "cómo es" un ente[23]. Ente es todo aquello de "que hablamos, que mentamos, relativamente a lo que nos conducimos de tal o cual manera"[24]. Pero, como anota el filósofo alemán, "ente es, también, aquello que somos nosotros mismos y la manera de serlo".

El ente que en cada caso somos nosotros mismos es, según Heidegger, el "ser-ahí" (Dasein). El ser mismo, "relativamente al cual puede conducirse y se conduce siempre de alguna manera el ser-ahí", que es la existencia[25]. La pregunta que interroga por el sentido del ser en general reclama "el previo y adecuado análisis de un ente (el 'ser-ahí') poniendo la mira en su ser"[26]. La analítica ontológica del "ser-ahí" se constituye así en una ontología fundamental, lo que significa, como explicita el propio Heidegger, que el "ser-ahí" funciona como "el ente al que hay que preguntar sobre su ser con fundamental anterioridad"[27]. Una analítica del "ser-ahí" resulta, necesariamente, una previa tarea filosófica antes de plantear la pregunta que interroga sobre el ser en general[28].

El tiempo es, para Heidegger, aquello desde lo cual el "ser-ahí" comprende e interpreta, en general, lo que se mienta como "ser"[29]. El tiempo se constituye, así, en "el genuino horizonte de toda com-

23 Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo*, p. 6.
24 Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 8.
25 Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 15.
26 Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 9.
27 Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 17.
28 Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 20.
29 Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 21.

prensión y de toda interpretación del ser". De estas expresiones es fácil deducir la importancia del tiempo en lo que concierne a la identidad personal. Si el ser es temporalidad, sólo en esta dimensión es posible comprender la identidad, la misma que se constituye fluidamente, a partir del pasado, para proyectarse al futuro. No es posible aprehender la "mismidad" sin una referencia al pretérito, que la condiciona, pero tampoco es dable captarla sin una alusión al proyecto existencial.

La temporalidad es una estructura esencial de la existencia. Si concebimos al ser humano como temporalidad, verificaremos que sólo es dable aprehenderlo como un tránsito, como un ser fluido, en continuo movimiento, a partir de ciertos elementos estáticos, invariables. Lo estático y lo dinámico se combinan, se complementan, para determinar, en cada instante del discurrir existencial, la identidad personal.

La filosofía existencial se presenta, de este modo, como un vasto movimiento filosófico que coloca en un primer plano la reflexión sobre el sentido de la existencia humana. Esta corriente de pensamiento es el producto de un estado de crisis que envuelve al mundo contemporáneo, originado por el desencadenamiento de la violencia y la consiguiente degradación del valor de la persona humana. Ella se yergue como una explicable reacción frente a un proceso de disolución de la persona, constituyéndose en la respuesta a un creciente proceso de "despersonalización" que se advierte en nuestro tiempo.

La filosofía de la existencia representa un útil y necesario esfuerzo, desplegado por el pensamiento contemporáneo, por comprender al hombre como un ser libre y creador, en estructural comunicación con los demás seres humanos, estimativo y comunitario. El existencialismo, en sus diversas manifes-

taciones, es una raigal y primaria preocupación por el ser humano. Significa un esfuerzo por revalorizar a la persona como el "bien supremo"[30].

Las reflexiones que en el presente siglo suscita la filosofía de la existencia, que tiene como solitario antecedente en el siglo pasado las inquietantes meditaciones de Kierkegaard y Nietzsche, trascienden al derecho. Ellas permiten comprender a lo "jurídico" como un fenómeno cultural, como una extraordinaria creación humana destinada a asegurar, dentro de la vida comunitaria, una justa, solidaria y pacífica convivencia. El derecho, para lograr este propósito, debe tutelar los intereses existenciales a fin de garantizar, a cada persona, un espacio de libertad para el desarrollo de su personalidad en armonía con la libertad de los demás y del interés social.

La filosofía de la existencia se explica históricamente, tal como se ha apuntado, como una reacción frente a las múltiples amenazas de destrucción que penden sobre la humanidad como son, entre otras, la descontrolada tecnología, el uso de la energía nuclear para fines no pacíficos, el aborto, la esterilización masiva, el desborde de la biotecnología, la violencia en todas sus formas, la masificación, en suma.

La filosofía de la existencia, en lo que concierne al derecho, nos ha mostrado que no es posible comprenderlo como una unidad totalizadora si es que no consideramos como sus ineludibles supuestos a la libertad en cuanto ser del hombre, a la coexistencialidad como dimensión estructural del ser humano y a la solidaridad como valor a realizar en la vida comunitaria. La vivencia de la solidaridad, junto con la seguridad, propician el advenimiento de la justicia y la paz.

[30] La Constitución del Perú de 1979, en su art. 1°, reconoce a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La filosofía de la existencia, en síntesis, ha facilitado la percepción que mayoritariamente tienen los juristas, en la actualidad, en cuanto a la centralidad de la persona en el derecho. Asimismo, ha permitido que los hombres de derecho, despojándose de una tradicional visión patrimonialista, la reconozcan como un fin en sí misma. Al mismo tiempo, como corolario de todo lo anterior, la filosofía de la existencia ha influido en los hombres de derecho en la tarea de redimensionar el rol que corresponde al patrimonio, en tanto indispensable instrumento con que cuenta el ser humano en su proceso de autocreación continua.

El existencialismo ha abierto el camino para una comprensión del derecho como fenómeno cultural. A ella se debe el que se haya podido apreciar que en la experiencia jurídica se integran, en dinámica unidad, en recíproca esencial exigencia, la vida humana social –en tanto intersubjetividad–, las normas como reglas de convivencia y los valores como criterios para la regulación de la vida comunitaria. Es decir, para el desarrollo de la teoría tridimensional del derecho.

La misma corriente de pensamiento nos muestra que en dicha experiencia jurídica la vida humana social, sin ser el único elemento a considerar es, sin embargo, el elemento primario. Y no podía ser de otra manera, desde que el derecho responde a una necesidad existencial como es la de reglar la intersubjetividad según valores. Es por ello que el ser humano, a través de su conducta, es el creador del derecho, lo que lo convierte, precisamente, en un fenómeno cultural. Simultáneamente, el ser humano es el protagonista del derecho, su destinatario. Crea las normas jurídicas para luego someterse a ellas como única posibilidad para lograr el desarrollo de su personalidad dentro de una sociedad justa, segura, solidaria y pacífica.

§ 2. ***El supuesto iusfilosófico de la identidad personal.*** – La filosofía de la existencia, receptada por la iusfilosofía, ha permitido en tiempos recientes poner en evidencia un importante "modo de ser" de la persona, el mismo que, como interés existencial, exige ser jurídicamente tutelado. Se trata de la "identidad" del sujeto consigo mismo.

La peculiar estructura del ser humano hace posible que éste, sin dejar de ser idéntico a sí mismo, sea también, simultánea y esencialmente, un ser coexistencial. Es decir, un ser que sólo puede ser aprehendido y comprendido dentro de la sociedad. Ambas dimensiones se hallan inseparablemente presentes en la estructura existencial del hombre[31]. De ahí que Lepp pueda decir que, "por paradójico que parezca, más que en mi soledad soy yo mismo en el Nosotros, que resulta de la comunión con los demás". Es en el otro y por el otro que "me realizo como persona y aprendo a conocerme a mí mismo"[32].

La persona, como se ha subrayado, es única e irrepetible, no obstante ser igual a todas las demás. Como apunta Frankl, "toda persona representa algo único, cada una de sus situaciones de vida algo singular, que se produce una sola vez"[33]. El ser humano, cada ser humano, es idéntico a sí mismo. Ello es posible, precisamente, por el hecho de que su ser es "ser libertad". La libertad que somos, permite a cada persona elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo con valores, bajo el dictado de su personal vocación. Porque soy libre, soy idéntico a mí mismo.

El proyecto personal requiere necesariamente de los demás, de los "otros", para su realización,

31 Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, p. 68.

32 Lepp, *La comunicación de las existencias*, p. 74.

33 Frankl, *Psicoanálisis y existencialismo*, p. 57.

para la conversión de sus decisiones libres en acciones vitales. Los "otros" pueden plegarse a su libre decisión, coadyuvando a la concreción de su proyecto, u oponer resistencias que la frustren, total o parcialmente, destruyendo o limitando la posibilidad existencial del proyecto personal. El hombre, para ser "él mismo", tiene que valerse y contar con los "otros" así como con las cosas que están en el mundo circundante.

El hombre no se encuentra aislado, incomunicado, encerrado sobre sí mismo, replegado permanentemente sobre su propio y recóndito yo. La persona no puede concebirse en abstracto, en su pura singularidad, sino estructuralmente integrada en la comunidad. El ser humano, en cuanto "ser coexistencial", se comunica, se hace entre los demás, con los "otros". Como afirma Lepp, "ningún ser particular puede realizar su destino personal si no lo hace conjuntamente con otros seres espirituales, en el interior de un Todo del que cada uno forma parte"[34].

La intersubjetividad se encuentra, como certeramente apunta Marcel, en la base de la Ontología. Ello hace que no me preocupe sobre el ser mismo sino en la "medida en que tomo conciencia, más o menos indistinta, de la unidad subyacente que me une a otros seres cuya realidad presiento"[35].

La identidad personal supone ser "uno mismo" y no otro, pese a la integración social. Esta raigal y profunda faceta de la existencia, que es la "mismidad" del ser, se erige en un primordial interés personal que requiere de protección jurídica, al lado y de la misma manera que acontece con otros esenciales intereses personales, tales como la libertad o la vida.

[34] Lepp, *La comunicación de las existencias*, p. 25.

[35] Marcel, *El misterio del ser*, p. 214.

La "identidad" del ser humano se constituye, en cuanto ser libre, a través de un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de haceres en que consiste la existencia, por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Todo ello configura y define la "personalidad". La identidad cultural del ser humano se va logrando, precisando, afinando, pero también cambiando, en el cotidiano discurrir de la existencia. La personalidad, que socialmente proyectamos, se enriquece y se moldea con el transcurrir del tiempo.

La identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad [36], presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, sicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser "uno mismo", el ser diferente a los "otros", no obstante ser todos iguales en cuanto pertenecen a una misma especie animal.

El gran misterio de la Creación consiste, precisamente, en que, a pesar de que todos los hombres son iguales, no existen dos personas idénticas, que compartan exactamente la misma biografía. Cada ser humano, en tanto ser libre y de acuerdo con su personal vocación, dentro de los condicionamientos que le son inherentes, elabora su propio proyecto

[36] Según Scheler la vida psicofísica es una. Esta unidad es un hecho absolutamente válido para todos los seres vivos y, por tanto, lo es también para el hombre. Aun los actos espirituales "poseen un miembro paralelo fisiológico y psíquico, puesto que sacan de la esfera de la vida impulsiva toda la energía que emplean en su actividad..." (Scheler, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, p. 114).

existencial y lucha por realizarlo, pese a los determinismos que soporta.

El proyecto existencial es único, intransferible, no intercambiable, por lo que su realización comporta la definición de una determinada personalidad. Todo ello confiere a la persona una especial "dignidad" dentro de los seres de la naturaleza. La dignidad que surge de su misma calidad ontológica de ser libre y creador.

Al tratar de la identidad personal calamos en el hontanar mismo del ser. Nos referimos a un profundo y radical modo de ser de la persona. Nos enfrentamos a la "verdad" del yo, a lo que en definitiva "cada uno es". A lo que convierte al ser humano en uno cuya personalidad es diferente a la de los demás, cuya biografía es inédita, única e intransferible.

La identidad, como apunta Fromm, es la experiencia que permite a una persona decir "yo", como "un centro organizador activo de la estructura de todas mis actividades reales y potenciales". Yo soy yo en la medida "en que vivo, en que estoy interesado, en que tengo relaciones, soy activo y he alcanzado una integración entre la apariencia en relación a los demás y conmigo mismo y la esencia de mi personalidad"[37].

El ser humano libra una permanente guerra civil consigo mismo, como señala Mounier, por afirmar su identidad personal dentro de la trama de las relaciones comunitarias. Se trata de un incesante combate para que se le considere por los demás tal y como verdaderamente es, sin deformaciones o desnaturalizaciones. Pero la identidad significa, además, una difícil lucha para lograr afirmar "soy yo" y evitar caer en una multitud de circunstancias

[37] Fromm, Erich, *La rivoluzione della speranza*, p. 78-79.

en las que cada uno de nosotros tendría que decir "no soy yo mismo", puesto que me comporto como un autómata o cedo a un mimetismo social, y así sucesivamente[38].

La autenticidad y la verdad son, en consecuencia, la base de la identidad real[39]. Esto es posible de lograr en cuanto el ser humano es libre para trazar su proyecto vital, pese a los condicionamientos que de hecho lo constriñen y limitan. La persona, normalmente, se esfuerza por presentar en su vida de relación social un perfil definido de lo que constituye "su" personalidad. De ahí su interés existencial, su legítima pretensión, de que los otros tomen conciencia de esta peculiar situación existencial y respeten su identidad, su originaria "manera de ser". No siempre los demás acogen este tácito requerimiento que formula la persona.

En su obra capital *El ser y la nada*, Sartre analiza con lucidez el mecanismo sicológico por el cual los "otros" imponen a la persona un peligroso límite a su libertad, al desconocer o desfigurar su identidad personal. El hombre, en esta eventualidad, ve así alienada su libertad de ser "él mismo". Esta actitud de los "otros" en relación con la identidad de la persona, es designada como "la mirada", por el filósofo francés[40].

La "mirada", como subjetiva y particular manera en que los "otros" aprecian a la persona, tiene el significado de una agresión deformante de la identi-

38 Marcel, *El misterio del ser*, p. 296.

39 Frente a la identidad real, que corresponde a la proyección social de la "verdad personal", de carácter objetivo, puede constituirse otra falsa identidad que no corresponde a la personalidad del sujeto en su auténtica y cabal dimensión. No es esta última identidad, ficticia y subjetiva, la que tutela el derecho en tanto interés existencial.

40 Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, t. II, p. 53 y siguientes.

dad de cada cual. Ella comporta una arbitraria y unilateral decisión por la cual los demás atribuyen falsamente a la persona pensamientos o conductas que no le son propios. Pero, también, es posible que los "otros" desfiguren la identidad personal a través de informaciones o noticias incompletas, a partir de las cuales no es dable delinear cabalmente una determinada personalidad. Tales situaciones, y otras análogas, pueden adquirir extrema gravedad. Ellas, en ciertas especiales circunstancias, son consideradas por Laing como causa principal de la esquizofrenia.

La "mirada", que proviene del otro, a pesar de desvirtuar la identidad personal, no fija ni petrifica al ser humano. La "mirada" es una expresión de la comunicación interpersonal. Esta comprobación existencial lleva a decir a Mounier que la "mirada" constituye "el más seguro revelador de mí mismo", a pesar de que ella es hostil y nos trastorna, no obstante que "atropella mi seguridad, mis hábitos, mi sueño egocéntrico"[41].

No cabe duda alguna en lo que concierne a la apreciación de la "mirada" como un vehículo de comunicación entre las personas. Y, menos aún, en el sentido de que ella, pese a su efecto distorsionante en cuanto a la identidad personal contribuye, sin embargo, a que cada persona, por contraste y por efecto de la misma agresión, afirme y ahonde todo lo que constituye los rasgos que definen su "verdadera" personalidad. La "mirada" ofrece a la persona, por la vía de la confrontación, la oportunidad de asegurarse en lo que atañe a su "verdad personal".

Es por todo lo anterior que Lepp sostiene que la mirada del "otro" puede descubrir en la persona y poner de manifiesto "aspectos verdaderamente esen-

41 Mounier, *El personalismo*, p. 22.

ciales de su ser que ninguna introspección podría descubrir jamás"[42]. En otros términos, el sujeto requiere, algunas veces, la confirmación de los demás en cuanto a su propia identidad. Por ello, "la joven no se siente hermosa si no lo ha leído en la mirada admirativa de los demás, y aun el genio experimenta la necesidad de encontrar en otro el *reconocimiento* de su genio"[43].

De lo expuesto en torno a la mirada puede concluirse que ella cumple un doble y contradictorio rol en lo que atañe al descubrimiento del "yo" y a la afirmación de la subsecuente identidad personal. La mirada se constituye, a menudo, en un agente distorsionante de la misma, pero puede también proporcionar al sujeto algunas seguridades y confirmaciones sobre su propia identidad, lo que lleva a decir a Mounier, como se ha señalado antes, que la mirada significa el mayor revelador que el ser pueda tener de sí mismo. En todo caso, en cualquier hipótesis, la mirada es un indispensable vehículo de comunicación entre los seres humanos.

§ 3. ***La identidad en el proceso de la vida humana.*** – El ser humano, según la ciencia, se desarrolla en un proceso continuo, ininterrumpido, abierto en el tiempo. Este proceso se inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, ya sea en el seno de la mujer, por un acto natural, o fuera del mismo, en una probeta de laboratorio. En este último caso se trata de una fecundación extracorpórea, artificial, *in vitro*, asistida, como indistintamente se le suele designar. Estamos frente al momento de la concepción, que es el del surgimiento de un nuevo ser[44].

[42] Lepp, *La comunicación de las existencias*, p. 23.

[43] Lepp, *La comunicación de las existencias*, p. 23.

[44] Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, p. 61-109.

El ser producto de la fecundación antes referida no es otro que un ser humano, desde ese mismo instante. Por ello, no puede admitirse, por no resistir ni a la prueba de la ciencia ni a la lógica, que el ser humano "aparezca" tan sólo al decimocuarto día o entre los días quincuagésimo tercero a quincuagésimo quinto. Los conocimientos sobre el surgimiento del ser humano están hoy en día sólidamente sustentados sobre bases biológicas, embriológicas, genéticas y médicas.

En efecto, existe un sector de científicos que sostiene que antes de los catorce días no habría vida humana individualizada, en cuanto que en la primera fase del desarrollo las células son indiferenciadas, de manera que cualesquiera de ellas pueda llegar a ser un embrión completo. Por esta circunstancia se ha puesto en duda que la masa celular sea, de por sí, un individuo. Pero, lo que es evidente es que desde la fecundación existe un ser vivo. En la eventualidad de una división gemelar estaremos frente a un nuevo ser vivo, que es un ser humano, el que está constituido por células que se han separado de aquel organismo inicial. De ahí que, de acuerdo con el dictado de la ciencia, pueda afirmarse que, desde la fecundación, estamos frente a la presencia de un ser que no puede tener distinta naturaleza que la humana. De lo contrario, cabe preguntarse cuál sería la naturaleza de ese ser si no es la del humano. Nadie, entre los que niegan la naturaleza humana del embrión, ha podido responder coherentemente a esta interrogación; nadie ha señalado qué "ser" sería aquel que surge de la fecundación del óvulo si no fuera un "ser humano".

Es además necesario precisar que, a la altura del actual nivel de la ciencia, ni la anidación ni el desarrollo cerebral marcan, de por sí, el inicio de una nueva vida humana. La anidación no añade nada a la programación del nuevo ser, aunque influ-

ye en su realización. En cuanto al desarrollo cerebral es conveniente anotar que desde las fases iniciales de la evolución del embrión existen células con actividad nerviosa.

El ser que surge en el instante de la concepción no es otro que un ser humano, único, irrepetible, irreemplazable. En este momento la información genética se organiza de modo totalmente original. La genética nos ha posibilitado conocer que el óvulo fecundado por un espermatozoide posee, íntegramente, la identidad de otro ser. La primera célula del nuevo ser tiene grabado el programa que organiza, después, a todas las demás células. Desde el primer instante, en cada una de dichas células se encuentra, en su integridad, el código genético del nuevo ser humano.

La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un "nuevo" ser genéticamente diferente a sus progenitores.

De los aportes de la ciencia, sucintamente expuestos, se deduce que, desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte. Todos los momentos de la vida del ser humano son así etapas sucesivas de expansión y crecimiento de una única realidad. En la concepción están ya dadas todas las posibilidades futuras que permitirán la proyección social de una determinada personalidad. A la identidad estática, que se hace patente desde el momento inicial de la vida se sumarán luego, en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de la misma.

A los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán, dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad.

§ 4. ***EL PRECURSOR PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CONCERNIENTE A LA IDENTIDAD PERSONAL.*** – De todo lo hasta aquí expuesto se desprende que la identidad, en cuanto fundamental interés existencial, no puede ser ignorada o soslayada por el derecho sino que, por el contrario, debe protegerse de modo preferente. La vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales. Por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica.

En tiempos recientes este interés existencial consistente en la "identidad personal", revelado a partir de una fina indagación filosófica, ha sido puesto en evidencia por la jurisprudencia y la doctrina de vanguardia. La problemática atinente a la identidad personal concentra en la actualidad la atención de cierto sector de juristas, convirtiéndose en materia de discusión y polémica en algunos círculos científicos. No obstante este fenómeno de explicable confrontación, dada la novedad de la institución en trance de configurarse jurídicamente, y tal como se apreciará en su lugar, la mayoría de los hombres de derecho, a pesar de algunas muestras de comprensibles dudas y temores, acepta la posibilidad de tutelar jurídicamente el esencial interés existencial concerniente a la "identidad personal". Ello, a la espera de que en un futuro pueda ser recogido por la codificación civil como un derecho subjetivo perfecto, tal como ha empezado a suceder con el derecho a la intimidad o reserva de la vida privada personal y familiar. Cabe recordar, a este propósito, que el Código Civil peruano de 1984 ha incorporado el derecho a la intimidad, en forma amplia y genérica, a través de la norma contenida en el art. 14.

Cuando en la década del 70 se produjeron dos históricos fallos que acogían, con explicables limitaciones teóricas, el derecho del sujeto a no ver alterada su verdad personal, el pensamiento jurídico se hallaba suficientemente maduro para asumir esta nueva faceta de la personalidad humana relevante para el derecho.

Lentamente, no sin perplejidades y dubitaciones, se va aceptando por los hombres de derecho la existencia de un "nuevo" interés existencial digno de tutela jurídica. Se comprende, por los juristas más lúcidos y atentos al desarrollo de la teoría de los derechos de la persona, que identificar a un sujeto significa la posibilidad de verificar los caracteres que permiten distinguir a una persona de todas las demás, es decir, de individualizar al sujeto sobre la base de un conjunto de caracteres y de datos, muchos de los cuales aparecen en los registros del estado civil. Pero también se entendió que la identidad de la persona no se agotaba con la información referida a sólo dichos aspectos de la personalidad, sino que ella debía también incluir un conjunto de valores espirituales que definían la personalidad de cada sujeto. Se logró aprehender, paulatinamente y por la mayoría de los juristas, que la identidad de la persona, de cada persona, no se limitaba a sus signos distintivos, sino que comprendía también todos sus atributos y calidades, sus pensamientos, siempre que ellos se tradujeran en comportamientos efectivos, en conductas intersubjetivas. Es decir, siempre que ellos se proyectaran socialmente.

No faltan, sin embargo, voces disidentes. Se objeta y se cuestiona la necesidad de formular un nuevo derecho ya que, se sostiene, lo que se presenta como su objeto –la identidad personal– es materia de tutela de parte de otros derechos o resultaría ser, en todo caso, un nuevo límite interno a los de-

rechos de información y de crónica. En este orden de ideas algún jurista se preguntaba en el año 1980, al referirse al derecho a la identidad, si en el estado actual de la legislación sería una hipótesis viable o, por el contrario, si se estaría fantaseando[45].

En los primeros tiempos, al inicio de la década de los 80, los juristas convencidos de la necesidad de tutelar el interés existencial referente a la identidad personal, se afanaban por delimitar conceptualmente el derecho a dicha identidad a fin de distinguirlo, lo más nítidamente posible, de otros derechos de la persona con los cuales se encuentra esencial y estrechamente vinculado. Es por ello que Boneschi, en un seminario llevado a cabo en la ciudad de Génova en 1980, al introducir la reunión y después de reconocer que la deformación de la identidad de una persona comportaba, a la luz de una atenta reflexión, gravísimas consecuencias, se preguntaba si la presencia de hechos que no eran en sí difamatorios sino más bien inexactos o deformantes del comportamiento de una persona, podían ser materia de tutela jurídica[46]. El interrogante planteado por Boneschi debería conducir a los juristas, en el curso de la década de los 80, a deslindar la noción de identidad de otros conceptos relativos a los derechos de la personalidad.

Por ello, tampoco llama la atención que en el seminario realizado en Génova, al que se ha hecho referencia, otro jurista italiano, Paolo Auteri, asimilase, sin más, el derecho a la identidad a aquel correspondiente al nombre. Sustenta su posición en

[45] Ballestrero, María V., *Il diritto alla identità personale nei rapporti di lavoro*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 92.

[46] Boneschi, Luca, *Persona, diritti della persona, politica dei diritti della persona*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 7.

que el objeto del derecho al nombre no es el nombre en sí mismo, sino más bien la persona que con él se identifica, es decir, el bien de la identidad personal. De ahí que, según su criterio, no debería haber dificultad alguna para aprehender, como una lesión al derecho al nombre, la atribución que se haga a la persona de acciones que ella no ha realizado[47].

En los parágrafos que siguen trataremos de mostrar el fatigoso periplo, tanto jurisprudencial como doctrinario, que se ha seguido hasta nuestros días en el persistente intento de delinear y delimitar un nuevo derecho destinado a tutelar la "verdad personal", lo que cada uno realmente es.

Como se desprende de todo lo hasta aquí expresado, cuando aludimos a la tutela de la "verdad personal", puesta de manifiesto a través de la proyección social de la personalidad, no nos referimos a la identidad estática, física, sino a la identidad que denominamos "dinámica", como un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona. Éste es el nuevo interés existencial que tiende a incorporarse a los ordenamientos jurídicos, a través de normas que configuren un derecho subjetivo perfecto o típico.

Ciertamente, la identidad dinámica se diferencia de la estática, no obstante que ambas, complementariamente, como totalidad unitaria, perfilan globalmente la identidad de la persona, en cuanto ella supone la inexorable conjunción de las dos vertientes. La igualdad de un sujeto respecto a sí mismo, en que consiste la identidad, se produce necesariamente en ambos planos, tanto en el dinámico como en el estático. La identidad estática, a la cual nos referimos común y genéricamente cuando aludimos al

47 Auteri, Paolo, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios "Il diritto alla identità personale", p. 100.

concepto "identidad personal", se suele también conocer, simplemente, como "identificación".

La identificación estática o física de un sujeto "se funda en un procedimiento de confrontación de criterios entre caracteres que se revelan del examen de las personas". En la identificación descriptiva de una cierta y determinada persona "se buscan los elementos menos variables y más persistentes, anotando las connotaciones y las eventuales contraseñas como cicatrices, imperfecciones, callosidades particulares". La descripción de esta identidad estática o física sigue un orden topográfico de la parte alta a la parte baja del sujeto, y cada una de las características advertidas se precisan por el lugar en que se encuentran, su forma, su dimensión, su color[48].

Otras indicaciones, además de las descriptivas, son las de orden antropométrico, fotográfico y dactiloscópico.

A ello se suele añadir un examen estomatológico, a fin de precisar los elementos distintivos, la morfología dentaria y las intervenciones terapéuticas que puedan tener significación. También se consideran, para el efecto, las improntas digitales, el timbre de la voz.

La identidad estática no agota el conocimiento de un ser humano. Sólo nos proporciona los datos de su "contorno".

A él, necesariamente, tenemos que agregar, como complemento indispensable para identificar plenamente a una persona, todo cuanto se comprende en la rica y compleja "identidad dinámica" que es a la cual vamos a dedicar nuestra atención en el curso de esta obra.

[48] Pirone, Gennaro, voz *Identificazione di persone*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice, III, p. 1196.

B) Elaboración jurisprudencial del derecho a la identidad personal

§ 5. *El reciente tratamiento de los derechos de la persona.* – La historia de los derechos de la persona, o derechos de la personalidad como mejor se les conoce en la doctrina civil, es relativamente breve. Como es sabido, sólo en el presente siglo la ciencia jurídica empieza a ocuparse, de modo definido, de tan importante laya de derechos. Ellos, en el pasado, fueron ignorados en el nivel formal-normativo que, junto con la vida humana social y los valores, integran la experiencia jurídica. Los derechos de la persona no tuvieron cabida en los ordenamientos jurídicos del siglo XIX, los que privilegiaron, de modo elocuente, los derechos patrimoniales.

En mérito a la influencia de la filosofía de la existencia, y después del segundo gran conflicto bélico del presente siglo, el derecho recién se preocupó, de manera coherente y prioritaria, de la tutela normativa del ser humano. La persona, durante siglos, se constituyó en un valor preterido por los juristas.

La atención de los hombres de derecho, en sintonía con la visión del mundo en la que estaban inmersos, se dirigió preferentemente al tratamiento dogmático y a la configuración normativa de los derechos patrimoniales. Los juristas privilegiaron la protección del patrimonio, que es sólo un instrumento o medio al servicio del hombre, sobre la persona, que es un fin en sí misma. Basta recordar al efecto que de los tres libros que integran el Código Civil francés de 1804, el tercero estaba dedicado, sugerentemente, a regular "los medios de adquirir la propiedad".

Pero, si la consideración científica de los derechos de la persona, con su atormentado y controver-

tido tratamiento doctrinario, es asunto de reciente data, la atención de la ciencia jurídica en torno a la identidad personal, como interés existencial a tutelar, es tema que aparece en la última década. Su discusión es por ello materia de toda actualidad. En los tiempos que corren, casi de modo imprevisto, un limitado e inquieto número de juristas de algunos pocos países, aparecen como protagonistas de un vivaz debate en lo que se refiere a la existencia, noción, alcances, características y dificultades inherentes al derecho a la identidad personal.

Si bien es cierto que las condiciones o supuestos filosóficos estaban ya dados, gracias al decisivo aporte de la filosofía de la existencia y a las circunstancias propias del momento histórico, la preocupación de un sector de juristas por afrontar tan capital problemática se incentiva, principalmente, por las crecientes agresiones a que está sometida la persona en la época en que nos ha tocado vivir.

A nadie escapa que el sorprendente desarrollo que ha alcanzado la comunicación social y los impresionantes avances de la tecnología llegan, a menudo, a comprometer la identidad de la persona. No siempre los diversos medios de información se refieren a la persona tal cual ella es, tal cual ella se presenta en el contexto social.

Es en Italia, tierra de calificados juristas de fértil imaginación creadora, donde probablemente el derecho a la identidad personal ha recibido, en los últimos años, una especial y polémica atención de parte de un lúcido grupo de hombres de derecho. La preocupación de la doctrina por esta nueva situación jurídica subjetiva es consecuencia principal del impacto producido en el mundo jurídico, tal como se ha apuntado, por una aislada sentencia judicial emitida en 1974. No obstante, la polémica y el interés de los científicos del derecho por la institución en ciernes recién aparece, con intensidad

manifiesta, a raíz de una sentencia, pronunciada en 1979 por un juez de Turín, que resolvía un sonado conflicto entre un líder político, muy popular en Italia, y el Partido Comunista de este país. Por ello, suele afirmarse, con exactitud, que el primer bosquejo de lo que sería luego el derecho a la identidad personal aparece, sustancialmente, como un aporte de la jurisprudencia italiana.

El profundo interés teórico que se observa en torno de la persona, como eje y centro del derecho, ha hecho posible que en tiempos recientes algunas constituciones y ciertos códigos civiles hayan acogido normativamente, como situaciones jurídicas subjetivas, algunos intereses existenciales que sólo eran tenidos en cuenta por los códigos penales cuando se atentaba contra ellos. Así, sólo la Constitución del Perú, en 1979, y el Código Civil en 1984, acogen derechos subjetivos antes soslayados, como son los atinentes a la vida, la libertad, la integridad sicosomática, el honor, la intimidad de la vida privada. Dentro de este panorama de revalorización jurídica del ser humano es comprensible y explicable el interés que suscita, en determinados círculos jurídicos, el estudio y análisis del interés existencial concerniente a la "identidad personal".

§ 6. ***ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.*** – Al tratar el tema referente al desarrollo jurisprudencial del derecho a la identidad personal en Italia, debe tenerse en cuenta una fecha decisiva dentro del proceso de consolidación de este derecho. Nos referimos a aquella en que se promulga la ley 164 sobre Rectificación de la atribución de sexo, es decir, el 14 de abril de 1982. Es evidente que, con posterioridad a esta fecha, la jurisprudencia contaba ya con un firme punto de referencia normativa. Sin embargo, aun a pesar de haber entrado en vigencia la ley, cabe recordar que

la Corte Suprema planteó, con fecha 20 de junio de 1983, la inconstitucionalidad de algunas de las más significativas disposiciones de dicha ley. La Corte Constitucional, mediante la sentencia 161, del 24 de mayo de 1985, se pronunció sobre el asunto reconfirmando la legitimidad de la ley y vinculándola, en forma expresa, con la tutela de la identidad sexual como expresión relevante de la más genérica identidad personal (ver § 82, h).

Se suele recordar el famoso caso del cantante Caruso, vigente en las décadas de los años 20 y 30, como un remoto y aún incierto precedente del derecho a la identidad personal. En una sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Italia, en 1963, se planteaba el problema, a propósito de dicho tenor, de si era posible novelar la vida de un personaje célebre. Basados en este interrogante, los jueces tuvieron que aproximarse, más allá de la temática atinente a la intimidad de la vida privada, a la cuestión relativa a la deformación de la personalidad del citado tenor italiano. Los magistrados llegaron a la conclusión de que la libertad de expresión artística sólo permitía una alteración de datos de detalle de la personalidad, pero que ello no era admisible tratándose de aspectos sustanciales de la misma. La sentencia tutelaba lo que podría designarse como la "verdad biográfica" de Caruso en cuanto a los elementos definitorios de su personalidad, a sus facetas decisivas, por lo que quedaba librada a la fantasía artística sólo todo aquello que no incidiera en una importante deformación de la personalidad del sujeto.

En 1974 se produce un insólito pronunciamiento judicial en el cual, por primera vez, se hace expresa referencia a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el derecho. Es por esta razón que la generalidad de los autores que se ocupan de la materia re-

saltan el origen jurisprudencial del derecho a la identidad personal. No puede perderse de vista, sin embargo, que, según algún autor, corresponde a Adriano de Cupis el primer vislumbre, aunque impreciso, en cuanto al derecho a la identidad personal. Esta opinión no es compartida por algún otro jurista, que manifiesta que el derecho a la identidad personal, visto como derecho de cada individuo a no ver alterada la propia personalidad, "no ha sido inventado por De Cupis, lo que equivale a acreditar que tal interés ha sido clasificado con una propia autonomía conceptual entre los derechos de la personalidad por la doctrina más reciente"[49].

Al referirse en un reciente libro a la situación existencial atípica antes señalada y al sintetizar la opinión de la mayoría de los autores que se ocupan de la identidad personal, Francesco Macioce destaca con acierto el papel determinante que ha correspondido a la jurisprudencia, en los tres últimos lustros, en lo tocante a la paulatina y controvertida elaboración jurídica del derecho a la identidad personal[50]. Esta opinión es, por lo demás, pacíficamente admitida por la doctrina. En este sentido Dogliotti sostenía "que es sustancialmente exacta la definición del derecho en cuestión como un derecho jurisprudencial, entendiéndose con ello que él surge de lo concreto de los hechos y de las decisiones de

49 Visintini Tarello, Giovanna, *Il c.d. diritto alla identità personale e le reazioni della dottrina di fronte alla attività creatrice di un diritto della giurisprudenza*", en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 72.

50 Macioce, Francesco, entre otros autores, destaca que el análisis de la jurisprudencia ha tenido un papel determinante en la elaboración del derecho a la identidad personal (*Tutela civile della persona e identità personale*, p. 4). En igual sentido se pronuncian Lannollo, Bruno - Verga, Giovanna, *Il diritto alla identità personale*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1987-II-453.

la jurisprudencia (sobre todo pretoriana) más que de la elaboración de la doctrina" [51].

Correspondió a los jueces, en un primer momento, descubrir que, con independencia de algunos específicos derechos relativos a determinados aspectos de la identidad física o biológica de la persona, como es el caso de los derechos al nombre, al seudónimo, a la imagen, existe en el ser humano un interés existencial mucho más profundo digno de tutela jurídica, como es el que corresponde a la "verdad personal", es decir, al conjunto de atributos de la persona en su proyección social, al respeto a la "verdad biográfica" de cada sujeto. Al lado de la identidad física, de suyo estática, debe considerarse aquel otro aspecto o vertiente de la identidad personal, la que comprende globalmente las virtudes, deméritos, pensamientos, conductas, patrimonio cultural e ideológico, que definen y perfilan la personalidad de cada cual.

La histórica y precursora decisión del pretor de Roma, del 6 de mayo de 1974, antes aludida, fue seguida luego por algunos otros esporádicos pronunciamientos de la jurisprudencia italiana producidos en años sucesivos. Todos ellos evidencian un nuevo y preciso interés personal jurídicamente tutelable y contribuyen, gradualmente, a diseñar el ámbito y los alcances de esta inédita y atípica situación jurídica existencial en trance de ser incorporada por los ordenamientos positivos como un perfecto derecho subjetivo.

Es importante señalar, como anota Alpa, que tales aisladas sentencias, pronunciadas hasta el inicio de la década de los años 80, no estaban aún organizadas o vertebradas dentro de una determinada orien-

[51] Dogliotti, Massimo, *Violazione o abuso del diritto all'identità personale?*, en "Giustizia Civile", 1982-I-2826.

tación, ya que entre ellas existían divergencias tanto en el perfil de la identidad personal como en lo que atañe a su fundamentación jurídica normativa[52]. Bessone participa de esta misma apreciación, al anotar que "existen sentencias que no conforman aún una orientación jurisprudencial, pero que son ciertamente sentencias indicativas de un posible modelo de tutela del derecho a la identidad personal". Sin embargo, luego de este certero y positivo vislumbre, añade un desconcertante y dubitativo "siempre que exista un derecho de este género"[53]. No obstante lo anteriormente observado, se puede sostener que dichas sentencias tienden a configurar, a través de sucesivos análisis y aportes, una nueva situación jurídica subjetiva digna de protección por el derecho. Ellas permiten, en todo caso, que en 1985 la Corte Suprema italiana emita un meditado y lúcido pronunciamiento, en el que encontramos un maduro, aunque incompleto diseño, de este derecho denominado "identidad personal".

El nuevo interés personal puesto de relieve se reconoce, de acuerdo con la jurisprudencia antes referida, en lo que puede designarse como el patrimonio cultural, religioso, ideológico, político, profesional, sentimental y social de la persona. Es decir, de aquello que Macioce califica, con evidente acierto, como "el estilo individual y social del sujeto"[54]. Se trata de la vertiente de la identidad perso-

[52] Según Guido Alpa, a nivel del año 1980, las sentencias hasta entonces emitidas no podían considerarse organizadas en una única orientación jurisprudencial (*Un questionario sul diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 15). En la actualidad, y sobre todo a partir de una sentencia de la Corte Suprema del 22 de junio de 1985, esta situación ha sido en gran parte superada, no obstante la existencia de algunos problemas e incertidumbres pendientes de resolver.

[53] Bessone, Mario, *Problemi e questioni del diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 22.

[54] Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, p. 8.

nal que no había sido aún considerada por el derecho, de lo que significa la personalidad de cada cual y de su proyección social. Esta faceta de la identidad complementa aquella otra que sí es materia de protección jurídica, como es el caso de los signos distintivos, del nombre al seudónimo, de la imagen a la voz.

Es del caso precisar que según dicha jurisprudencia, la protección jurídica de la identidad personal se efectúa dentro de los alcances inéditos precedentemente descriptos, con independencia de la circunstancia de que la agresión de la "verdad personal" haya también, simultáneamente, ocasionado ofensas o lesiones al honor, a la imagen, al nombre, a la intimidad, a la autoría intelectual, entre otros intereses existenciales jurídicamente tutelados. Puede ocurrir, en efecto, que se cause un agravio al honor o se lesione cualquier aspecto de la intimidad y que también, al mismo tiempo, se falsee o desnaturalice la identidad misma en lo que concierne a la proyección social de la persona. Es decir, que se presente al ser humano concreto con atributos que no son propios de su personalidad, que ellos se distorsionen o que, simplemente, se omitan determinados rasgos que, por su trascendencia, permitan caracterizarlo de modo completo y cabal. Se produce, en cualquiera de estos casos, un falseamiento o desfiguración de la identidad personal, de lo que la persona socialmente representa, de lo que ella "es" en realidad.

Con posterioridad al citado comentario de Alpa, en cuanto a la invertebración de las sentencias que de modo aislado se ocupan de la identidad personal, se registra sobre el tema un significativo pronunciamiento de la Corte Suprema italiana, del 22 de junio de 1985. En esta sentencia, que comentaremos más adelante (ver § 9, g) se reafirma y se delinea, con mayor rigor y extensión, el derecho a la

identidad personal, el mismo que fuera bocetado en anteriores decisiones judiciales. El referido pronunciamiento del máximo tribunal italiano constituye un importante hito histórico en el proceso de construcción dogmática del derecho a la identidad en su aspecto dinámico y proyectivo.

Podríamos así perfilar un primer instante en la evolución del derecho a la identidad, en su vertiente dinámica. Esta etapa se inicia en 1974, a raíz del fallo antes aludido, y se cierra en 1985 con la sentencia de la Corte Suprema referida en el párrafo anterior. Entre ambos fallos, en el año 1980, los juristas se reúnen en sendos Congresos dedicados a la exégesis de los primeros pronunciamientos judiciales, los mismos que habían llamado fuertemente la atención de los juristas preocupados por la tutela integral y unitaria del ser humano. En ellos se debate en torno a la naturaleza y alcances de este nuevo interés existencial, sus relaciones con otros derechos de la persona y su posibilidad de tutela jurídica.

La novedosa y sugerente producción jurisprudencial italiana despertó entre los hombres de derecho, como no podía ser de otra manera, una explicable curiosidad científica. Algunos juristas, inquietos y atentos a la problemática de la tutela integral de la persona inician, a nivel de la doctrina jurídica, el análisis crítico de los pronunciamientos jurisprudenciales, el planteamiento de diversos interrogantes y la paulatina y nada fácil elaboración dogmática de una inédita situación jurídica subjetiva.

El fallo del 6 de mayo de 1974, y el emitido el 30 de mayo de 1979 por el juez de Turín, constituyen, a nuestro modo de ver, los precedentes judiciales que incentivaron a la jurisprudencia italiana a recorrer la senda de la tutela de la identidad personal en su vertiente dinámica, en cuanto "verdad personal", en tanto personalidad socialmente proyectada. Estos precursores fallos alientan, al mismo tiempo, a que

los juristas sean convocados para debatir todo aquello referente a este inédito interés existencial puesto en evidencia por la jurisprudencia italiana en la década de los años 70. Es a partir de 1980 que se advierte la presencia de comentarios y artículos de algunos juristas referidos a dichos fallos, así como la aparición de ciertos volúmenes dedicados al análisis de la identidad personal.

§ 7. ***LA PREOCUPACIÓN CIENTÍFICA POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.*** – La situación jurídica referente a la identidad personal, en cuanto proyección social de la "verdad personal" aparece, tal como se ha puesto en evidencia, como una precursora respuesta de origen jurisprudencial ante un nuevo interés humano que se presenta como digno de tutela jurídica frente a la agresión del mundo exterior. La nueva situación jurídica subjetiva surge a propósito de un caso concreto sometido al conocimiento de los jueces. Éstos, obligados a administrar justicia por mandato de la ley, vivencian, ante el conflicto planteado, una sentida necesidad existencial que, según su criterio de valoración, reclama y merece una adecuada tutela jurídica. Enfrentan así un interés existencial que aún no había sido recogido como derecho subjetivo a nivel normativo.

Se ha observado por algún autor que cuando por primera vez se suscita el problema referente a la protección del interés existencial en cuanto a la identidad personal, el correspondiente derecho subjetivo, que empieza a vislumbrarse, carece de nombre. Obviamente, no aparece registrado en el catálogo de derechos subjetivos que habitualmente manejan los juristas ni figura incorporado, como tal, a los ordenamientos jurídicos positivos. Es, por ello, del todo atípico, por lo que su elaboración representa un momento crítico en lo tocante a la evolución y enriquecimiento de la teoría de los de-

rechos de la persona. Su proceso creativo nos recuerda el caso de la formulación jurisprudencial, en los inicios de este siglo, de lo que sería el actual derecho a la intimidad de la vida privada[55].

La lógica y hasta apasionada preocupación científica que se suscitó en torno a la nueva situación jurídica subjetiva, de parte de un inquieto y alerta sector de hombres de derecho italianos fue, sin duda, motivada por el embrionario resultado ofrecido a la doctrina por la creatividad jurisprudencial. Este impactante hecho originó la convocatoria a varias y sucesivas reuniones de reflexión y estudio en torno a la identidad personal, en tanto interés existencial digno de tutela jurídica. Como apunta Dogliotti, ante los pronunciamientos judiciales la doctrina comenzó a afrontar la cuestión. El debate se presentó con prontitud y fue muy vivaz[56].

Los juristas sensibles a la inédita temática propuesta dedicáronse, con acuciosidad y lucidez, al detenido análisis del nuevo interés existencial revelado por la jurisprudencia. En tres sucesivos certámenes jurídicos se debatió, si bien en alguno de ellos de modo preliminar como convenía a la novedosa índole del planteamiento, la ardua problemática referida al derecho a la identidad personal. Nos referimos a los Congresos que se llevaron a cabo en Génova y Roma, en 1980, y en Messina en el año 1982.

Los resultados del encuentro tenido en Génova han sido recogidos en un interesante y revelador volumen titulado *Il diritto alla identità personale*, el mismo que fuera editado en 1981. El seminario habido en Roma dio origen a otro libro denominado *L'informazione e i diritti della persona*, publicado

55 Zatti, Paolo, *Profili civilistici del diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 54 y siguientes.

56 Dogliotti, *Violazione o abuso del diritto all'identità personale?*, en "Giustizia Civile", 1982-I-2827.

reciente data, es demostrativa del justificado interés con que la doctrina más alerta ha acogido la nueva situación jurídica subjetiva. Ello ha permitido una cada vez más profunda y analítica consideración de su problemática, la que aún está pendiente de una mayor y más prolija elucidación. Nos encontramos así situados dentro de un proceso, inicial y abierto, de construcción dogmática de un derecho subjetivo tutelado por cierto sector de la jurisprudencia en razón de tratarse de un interés existencial digno de la máxima protección jurídica.

No obstante la racional necesidad científica de clarificación conceptual y de sistematización que la novedosa materia exige, y más allá de algunas cautas dudas sobre la existencia misma de este específico modo de ser del hombre, consideramos que constituye una impostergable tarea de la doctrina civil continuar con el proceso de elaboración dogmática iniciado no hace mucho tiempo atrás. El aporte de la doctrina, como se ha puesto en evidencia, es imprescindible en esta tarea, no sólo porque ello constituye su normal función sino en cuanto aún subsiste la presencia de algunos interrogantes que aguardan una más afinada respuesta.

No puede pasar desapercibido que el problema que se suscita en torno a la existencia y alcances de un nuevo derecho subjetivo comporta siempre, como es obvio, un moroso trabajo científico de ardua y complicada solución. Tal vez la conciencia de este hecho llevó a Rescigno a afirmar, con ocasión del seminario llevado a cabo en Génova en 1980, que el derecho a la identidad personal representa un paso ulterior en el reconocimiento del valor de la persona humana, pero que a pesar de ello "ya han aflorado perplejidades acerca de la posibilidad de encontrar una base positiva". Añadía que, mientras tanto, conviene precisar los límites del derecho ya que, de circunscribirse su ámbito, el derecho a la identidad

en 1983. Los trabajos presentados en el tercero de los citados eventos, realizado en Messina, aparecen en el tomo *La lesione della identità personale e il danno non patrimoniale*, editado en el año 1985. Estos tres volúmenes son de superlativo interés para aproximarnos a la problemática referente al derecho a la identidad personal así como a su deslinde conceptual en relación con otros derechos de la persona con los que guarda estrecha y esencial vinculación.

En los indicados seminarios, a los que concurrió un selecto y representativo grupo de juristas italianos, se confrontaron opiniones, no siempre coincidentes, y se expusieron numerosos interrogantes, no pocas dudas y hasta alguna posición contraria en cuanto al incipiente y cuestionado derecho[57]. Recordamos entre los asistentes a dichas reuniones los nombres de conocidos y distinguidos juristas italianos, tales como De Cupis, Falzea, Rescigno, Auletta, Giacobbe, Dogliotti, Zatti, Alpa, entre otros.

La explicable preocupación por el tema de la identidad personal genera una no muy abundante pero ilustrativa bibliografía[58]. Esta producción, de

[57] Entre estas opiniones cabe citar la de Fois, Sergio, *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 162.

[58] Cfr. entre otros, Perlingieri, Pietro, *La personalità umana nell ordinamento giuridico*, p. 39 y ss.; Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, p. 24 y ss.; Busnelli, Francesco D., *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, en "Tutela della salute e diritto privato", al cuidado de Busnelli - Breccia, p. 515 y ss.; Alpa, Guido, *Gli interessi tutelati e le tecniche di tutela risarcitoria*, en varios, "L'informazione e diritti della personalità", p. 21-22; De Martini, Corrado, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 143 y ss.; Zatti, *Profili civilistici del diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 55 y 58.

personal "puede encontrar menores aversiones y desconfianzas y puede servir para proporcionar una respuesta positiva al problema que aquí ha emergido, de conciliar la pretensión del individuo a ver garantizada su identidad y la libertad de manifestación del pensamiento con la finalidad de informar" [59].

La cauta y ponderada observación de Rescigno ponía en evidencia que la principal objeción que se formula contra el derecho a la identidad personal, en su dinámica dimensión, es la presunta limitación que su ejercicio podría representar en relación con el derecho a informar, en tanto éste constituye aspecto medular de la libertad de expresión. El análisis de esta problemática es de suyo tarea importante y delicada. A ella le dedicaremos algunas indispensables reflexiones en el curso del presente trabajo (ver § 35 a 38).

De otro lado, debe señalarse que el interés existencial que aparece como tutelable, es decir, el que corresponde a la dimensión dinámica de la identidad personal, no es de fácil percepción. Ello, no sólo porque toca un asunto muy ligado a la profundidad propia del a menudo inaferrable yo personal, sino también por la ambigüedad que le es consustancial en tanto que, con frecuencia, han de confrontarse por los jueces dos versiones sobre la identidad personal no necesariamente coincidentes. Nos referimos, de una parte, a la patencia que cada cual tiene de su "verdad personal", de lo que constituye su auténtica "manera de ser", de su identidad, en suma y, de la otra, la visión que se forman los demás de dicha personalidad en su proyección social. Es decir, nos enfrentamos a la problemática

[59] Rescigno, Pietro, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 189.

que hemos señalado en torno a la "mirada", al "ser-para-el-otro".

En dicha temática existe siempre, como se ha anotado más arriba, la posibilidad de una doble vertiente en lo que concierne a la apreciación de la identidad personal. Esta situación, indudablemente, no contribuye a menudo a una rápida y exacta aprehensión de la "verdad personal". Se presenta así, con cierta frecuencia, un potencial conflicto entre la identidad personal, en sí misma, considerada desde la óptica del sujeto, y su proyección o perfil social, teniendo en cuenta su captación por los "otros", todo ello dentro de la estructural dimensión coexistencial de la persona. La objetividad, en estas circunstancias no es siempre fácil de conseguir, por lo que el juez, pese a las dificultades de la prueba, sobre todo en el caso de personas cuya vida pública es poco o nada conocida, debe llegar a una conclusión definitoria dentro de una amplia pero ponderada discrecionalidad.

El juzgador asume así la difícil responsabilidad de evaluar y pronunciarse en torno a un conflicto, que no es infrecuente, entre la afirmación de una "verdad personal", de una propia identidad, y la versión que de ella puedan tener los demás. En especial, cabe referirse en esta eventualidad a la información que sobre la persona ofrecen los medios de comunicación social. En estos últimos se hace muy notoria dicha colisión de intereses. A nadie extraña que, en el despliegue de su deber de informar, en cuanto aspecto capital de la libertad de expresión, los medios de comunicación de masas, voluntaria o involuntariamente, pueden desnaturalizar, por acción o por omisión, la identidad de una persona.

De otro lado, las dificultades teóricas concernientes a la identidad personal se acrecientan si atendemos a la interdependencia que, de suyo, es

inherente a los derechos de la persona. Esta situación origina, con relativa frecuencia, la simultánea lesión de dos o más derechos lo cual, a su vez, trae consigo la necesidad de un deslinde conceptual entre lo que significa la identidad personal, de una parte, y los signos distintivos, el honor, la reputación, la intimidad de la vida privada, la autoría intelectual, de otra parte. Es en razón de los problemas enunciados, y de otros que se pondrán en evidencia en el curso de este trabajo, el que aún subsistan algunas cuestiones sobre las que, hasta el momento, no existe entre los juristas plena coincidencia de pareceres.

Rescigno, a quien correspondió presentar las conclusiones del seminario reunido en Génova en 1980, estima que si bien en este evento científico se aportaron interesantes respuestas a los variados problemas en cuanto al nuevo derecho, ellas aún no han logrado despejar ciertas preocupaciones o resolver algunas dudas al respecto[60]. No obstante, entre el año 1980 en que se llevara a cabo dicho seminario en el cual Rescigno formulara esta apreciación y el momento actual, se han producido nuevos e interesantes desarrollos que han permitido resolver satisfactoriamente ciertas perplejidades y clarificar algunos conceptos. Ello no significa, sin embargo, que todos los interrogantes estén despejados, tal como con anterioridad lo remarcamos.

El tema concerniente a la identidad personal, que como lo repetimos es de toda actualidad, está abierto al debate doctrinario. El derecho a la identidad personal, aún embrionario, encuéntrase, como está dicho, en pleno proceso de elaboración dogmática. Dentro de él se trata de esclarecer científi-

[60] Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 183.

camente cuáles son los confines teóricos de la nueva situación jurídica subjetiva, los que no se hallan, en opinión de algunos juristas, totalmente definidos.

Cabe señalar que, si bien la gran mayoría de los autores que se han ocupado de la materia aceptan la existencia del derecho a la identidad personal, algunos otros, como es el caso de Pace, Falzea, Fois o De Martini, expresan su rechazo, su crítica o, al menos, manifiestan serias dudas sobre el particular[61].

Un reducido sector de la doctrina niega que la identidad personal tenga el carácter de un interés existencial a proteger por el derecho. La mayoría de las opiniones disidentes funda su oposición en el presunto hecho de que la tutela de la identidad personal significa, o puede significar, una inaceptable limitación al derecho a la información. La negación, en este caso, no se sustenta en un desconocimiento del interés existencial, en sí mismo, sino que ella se formula ante el temor de que su vigencia y su tutela puedan de alguna manera, restringir o hacer desaparecer la libertad de información cuya protección, según su parecer, tiene una mayor jerarquía que la referente a la identidad personal. Podría concluirse que este planteamiento adverso a la configuración de un derecho a la identidad perso-

[61] Angelo Falzea expresa su "perplejidad" en lo que concierne al "fenómeno y al concepto de identidad personal" (*Il diritto alla identità personale: motivi di perplessità*, en varios, "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", p. 88). Sergio Fois es más concluyente que Falzea cuando afirma que le "parece... que prevalecen netamente los argumentos tendientes a excluir que la identidad personal pueda ser considerada un derecho o, en cualquier caso, un interés situado a nivel constitucional" (cfr. *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 172); Alessandro Pace, por su parte, expresa también sus dudas en cuanto al derecho a la identidad personal (cfr. *Il c.d. diritto alla identità personale e gli art. 2 e 21 della Costituzione*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 36.

nal, tiene su razón de ser en el hecho de evitar un conflicto entre los intereses correspondientes al derecho a la información, por una parte, y el de la identidad personal, por la otra. Y la mejor y más simple solución para evitar dicha posibilidad es, para algún preocupado jurista, la de no reconocer la existencia de un interés a la propia identidad personal digno de tutela jurídica.

La posición antes glosada, como se puede advertir, no ofrece alternativa posible, como sería el intentar conciliar de parte del juez, en caso de conflicto, intereses antagónicos, de hacer prevalecer el que ofrece mayor necesidad de protección o el encontrar un justo punto de equilibrio entre ellos. Ante el temor de un potencial avasallamiento de la libertad de información, se opta así por descartar, sin más, la tutela del interés existencial atinente a la identidad personal en su dinámica dimensión.

§ 8. ***Fundamento jurídico de la creatividad jurisprudencial.*** – Aunque en opinión de la mayoría de los juristas las definiciones legislativas son peligrosas, debemos reconocer que ellas, a pesar del indudable riesgo que representan, resultan a menudo útiles y hasta necesarias, fundamentalmente por la función didáctica y esclarecedora que comportan. La doctrina tradicional, sin embargo (*omnis definitio in iure civile periculosa est*), se ha mostrado siempre contraria a las definiciones legislativas, pero no puede olvidarse que ellas, aunque sea de modo aproximativo y tal vez provisional, nos permiten avecindarnos en un determinado momento histórico, al conocimiento de una cierta institución jurídica[62]. Al respecto, son varias las nociones que

[62] En lo que atañe al problema de las definiciones en el derecho, cfr. entre otros, Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, en Cicu - Messineo (dirs.), "Tratatto di diritto civile e com-

sobre el derecho a la identidad personal nos ofrecen tanto la jurisprudencia, hasta hoy producida, como la precursora doctrina. Estimamos que, al efecto, resulta ilustrativo referirnos a algunos pronunciamientos de la más reciente jurisprudencia italiana.

Es del caso señalar que los autores que se ocupan de la materia atinente a la identidad personal reconocen generalmente, como se ha señalado, el origen jurisprudencial de esta nueva figura jurídica en trance de ser tipificada. La mayoría de los juristas que se han ocupado del asunto no tienen inconveniente en admitir que, ante la casi habitual inercia del legislador en lo que concierne a la revisión y actualización constante de los códigos, corresponde a la jurisprudencia la creación supletoria de derechos que amparen intereses existenciales no tutelados legislativamente. Los jueces están compelidos, por su propia función, a colmar un vacío o a suplir una deficiencia u oscuridad de la ley. Se hallan así obligados a resolver inéditas situaciones no previstas en el ordenamiento normativo. Colocados frente a su deber de administrar justicia, no les cabe otra alternativa.

No obstante lo expresado en el párrafo precedente, algún dubitativo autor formula la pregunta de si el juez puede crear *ex novo* derechos de la personalidad dentro del sistema romano-germánico o si, por el contrario, esta indispensable e importante tarea es privativa de los legisladores [63].

Es de toda evidencia, más allá de alguna aislada opinión en contrario, el papel creativo que, a título supletorio, corresponde al juez mediante la elabora-

---

merciale", p. 153 y 155; Martino, Antonio A., *Le definizioni legislative*, p. 99, y Fernández Sessarego, Carlos, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, p. 82-83.

63 Zatti, *Profili civilistici del diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 54.

ción jurisprudencial. Esta excepcional función judicial tiene, en determinados ordenamientos jurídicos, una fundamentación constitucional. Se trata de específicos dispositivos o principios que operan como "cláusulas generales"[64]. Zatti afirma, al respecto, que la creación de parte de los jueces de nuevos derechos de la personalidad, puede ser considerada como una forma de concretar normativamente una cláusula general de rango constitucional[65]. Visintini Tarello se ha ocupado, en un extenso ensayo, del argumento en cuestión[66].

Las cláusulas generales, tales como las de la buena fe, las buenas costumbres, el abuso del derecho y otras, permiten al intérprete, y fundamentalmente al juez adecuar, de modo discrecional y con mayor elasticidad, las normas jurídicas a las situaciones de hecho o a cubrir vacíos o deficiencias de la ley. Las cláusulas generales son de suma utilidad para los jueces, especialmente cuando se trata de la tutela integral y unitaria del sujeto de derecho. En ellas los magistrados encuentran el fundamento de sus decisiones aun en el caso de ausencia de normas específicas sobre la materia sometida a su jurisdicción.

No puede discutirse, en el nivel histórico en el que nos encontramos, la eficacia de la técnica de tutela de la persona humana a través de las cláusulas generales. Las constituciones y los códigos más re-

64 Las cláusulas generales permiten que el sistema jurídico se adecue al paso del tiempo y, sobre todo, que se pueda tutelar a la persona humana de modo unitario e integral. Las cláusulas generales hacen posible que la jurisprudencia, en ausencia de específicos derechos subjetivos, encuentre los fundamentos normativos de pronunciamientos tendientes a proteger la personalidad.

65 Zatti, *Profili civilistici del diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 55.

66 Visintini Tarello, *Il c.d. diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 70 y siguientes.

cientes van incorporando, cada vez de modo más explícito y completo, lo que podría denominarse, genéricamente, como una "cláusula general de tutela de la persona". Al efecto tenemos los casos de los arts. 2° y 3° de la Const. italiana y del art. 4° de la Const. peruana. No pueden dejar de mencionarse a este propósito, el § 823 del Cód. Civil alemán, el art. 9° del Cód. Civil francés y el art. 5° del Cód. Civil peruano, entre otros.

El art. 2° de la Const. italiana establece, de modo genérico y abierto, que "la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre" y el art. 3° prescribe que es deber del Estado "remover los obstáculos de orden económico y social, que impiden el pleno desarrollo de la persona humana". La amplitud de estas normas constitucionales, que son complementarias, ha permitido a los jueces italianos el proteger diversos intereses existenciales del ser humano que no se hallaban expresamente considerados por el ordenamiento positivo como derechos subjetivos perfectos. Bastaría recordar, al efecto, el caso de la tutela jurisprudencial de la intimidad de la vida privada (*riservatezza*), interés existencial no reconocido como derecho subjetivo por el ordenamiento italiano. En efecto, en el Código Civil de 1942 no se contempla la tutela de la intimidad de la vida privada personal y familiar[67].

[67] Sobre la evolución del derecho a la intimidad en Italia cfr. entre otros libros: Franceschelli, Bruno, *Il diritto alla riservatezza*; Palladino, Alfonso - De Mattia, Angelo - Galli, Guido, *Il diritto alla riservatezza*; Auletta, Tommaso A., *Riservatezza e tutela della personalità*; así como numerosos artículos de revistas entre los que cabe anotar: De Cupis, Adriano, *Il diritto alla riservatezza esiste*, en "Foro Italiano", 1954-IV-89; Pugliese, Giovanni, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, en "Foro Italiano", 1954-I-115, e *Il diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità*, en "Rivista di Diritto Civile", 1963-I-605; Ondei, Emilio, *Esiste un diritto alla riservatezza?*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1955; Ravà, Adolfo, *Sul diritto alla riservatez-*

En lo que concierne al recurrido art. 2° de la Const. italiana, y tal como lo remarca Barbera, se le debe considerar como una cláusula "abierta" de la cual es posible deducir toda una serie de derechos que no se identifican, necesariamente, con ninguno de aquellos explícitamente mencionados en el ordenamiento positivo italiano [68]. No obstante lo expresado en lo que atañe al art. 2°, opinión que por lo demás compartimos a plenitud, es de observar que no todos los autores coinciden con esta vasta interpretación de sus alcances. Así, entre otros, cabe citar a Pace, quien si bien no niega ni descarta tal posibilidad, expresa, al menos, sus dudas. En efecto, al referirse al citado numeral lo compara con un sombrero cilíndrico, como el que usan los magos, del cual se puede extraer el conejo blanco de los "nuevos" derechos, como sería el caso de aquellos relativos a la intimidad de la vida privada o de la identidad personal. Manifiesta, por lo demás, que la configuración de nuevos derechos es, a su vez, fuente de nuevos deberes, lo que significa imponer "restricciones" que inciden genéricamente sobre la libertad individual [69].

Por su parte, Rescigno expresa que no es posible construir, sobre la base del art. 3° de la Const. italiana, que prescribe la igual dignidad de los ciudadanos, así como la igualdad frente a la ley, el nue-

---

za, en "Foro Padovano", 1955-I-465; Carnelutti, Francesco, *Il diritto alla vita privata*, en "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", 1955-5; Giampiccolo, Giorgio, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1958-458.

[68] Barbera, Augusto, *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, al cuidado de G. Branca, part. 65 y 57.

[69] Pace, *Il c.d. diritto alla identità personale e gli art. 2 a 21 della Costituzione*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 36-37.

vo derecho de la identidad personal, en tanto existiría un contraste entre ellos [70].

No obstante que un mayoritario sector de la doctrina italiana considera que el art. 2° de la Const. italiana opera como una cláusula general y abierta, por lo que de ella se pueden deducir derechos que tutelen inéditos aspectos de la compleja personalidad humana, la Corte Constitucional italiana mediante sentencia 98 del año 1979, a propósito del problema de los transexuales, opinó en forma asaz escueta y sumaria que el catálogo de los derechos de la libertad personal contenidos en la Constitución no podía ser ampliado por la vía de la interpretación. De este modo adhería a la teoría por la cual la Constitución contiene un número cerrado de derechos de la personalidad, reduciéndolos a sólo aquellos expresamente consignados en el ordenamiento jurídico positivo [71].

El art. 4° de la Const. del Perú es paradigmático en cuanto constituye una verdadera y amplia cláusula de tutela de la persona. En este numeral se hace extensiva la protección del ser humano a todos aquellos intereses existenciales análogos a los derechos específicamente tutelados por el ordenamiento jurídico positivo o, lo que es decisivo, que ellos deriven de la propia dignidad de la persona. Como se puede apreciar, es la dignidad de la persona humana el fundamento para la protección de un interés existencial aún no concretado como un derecho subjetivo.

No conocemos en el derecho constitucional comparado una cláusula general tan completa y útil

70 Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 186.

71 La sentencia de la Corte Constitucional se publicó en "Foro Italiano", 1979-I-1929.

para la protección del ser humano como la contenida en el art. 4º de la Const. del Perú. Los jueces han de encontrar en ella el más eficaz fundamento para las sentencias que emitan en los casos de deficiencia o de ausencia de una norma que tutele un interés existencial que, en su criterio, deba ser jurídicamente amparado. En este sentido, la cláusula general de tutela de la persona, recogida por la Constitución peruana, es precursora y ejemplar.

Algunos códigos civiles vigentes contienen, del mismo modo, dispositivos que tienen los alcances de verdaderas cláusulas de tutela de la personalidad. Así, se puede citar la que aparece en la segunda parte del § 823 del Cód. Civil alemán. Ella recoge lo que los alemanes designan como una *Generalklausel.* En este apartado se deja abierta la posibilidad de tutela judicial, además de la referida a los derechos específicamente enumerados en el primer tramo del artículo –como es el caso de la libertad o de la integridad física– a todos los otros derechos que se comprenden en la norma bajo la expresión de "ulteriores derechos". En este mismo sentido, el modificado art. 9º del Cód. Civil francés introduce, en su primera parte, una cláusula general que se contrae, en forma amplia y abierta, al "respeto de la vida privada", atribuyendo al juez, en su segundo apartado, vastos poderes de intervención en casos urgentes.

El art. 5º del Cód. Civil peruano, al mencionar expresamente los derechos a la vida, la libertad, la integridad física y el honor, hace extensivo a "los demás inherentes a la persona" la tutela que a aquéllos les brinda.

En relación con la temática que venimos tratando es conveniente recordar que el art. 233, inc. 6º, de la Constitución peruana prescribe que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. Los jueces, de presentarse

un vacío legal, deben aplicar los principios generales del derecho. Es ésta la vía mediante la cual nuestra Constitución admite la creación de derechos de parte de los jueces, siempre que en esta imprescindible tarea se fundamenten en los principios constitucionales que operan como cláusulas generales. El mencionado artículo constitucional es recogido, a su vez, por el art. VIII del Título Preliminar del Código Civil[72]. Cabe recordar a este propósito que el art. 4c del Código Napoleón llega a considerar culpable por denegar justicia al juez que se exima de decidir un conflicto a él sometido alegando "silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley".

En esta misma materia es por lo demás ilustrativo el texto del art. 1º del Cód. Civil suizo. En este numeral se dispone que, en caso de presentarse un vacío legal, corresponde al juez resolver el conflicto sometido a su jurisdicción como si fuera él un legislador, por lo que debe dictar la norma aplicable a dicho asunto.

Es tan importante el papel de las cláusulas generales en lo que atañe a la tutela de los intereses existenciales, que ellas han servido históricamente a los jueces italianos para iniciar precursoramente la protección del interés relativo a la identidad personal en su dimensión dinámica, en cuanto proyección social de la personalidad. Esta actitud de los jueces italianos, no sólo tratándose del presente caso sino también de otros como el del derecho a la intimidad antes referido, demuestra fehacientemente cómo los jueces, dentro de nuestro sistema romano-germánico, son verdaderos creadores de

[72] El art. VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano prescribe: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

normas jurídicas en ausencia de dispositivos contenidos específicamente en el ordenamiento jurídico positivo aplicables al asunto sometido a su jurisdicción.

No puede, por todo lo expuesto, negarse el papel de fuente del derecho que es propio de la jurisprudencia, aunque ella sea supletoria, en defecto de la ley. Es aleccionador recordar a este propósito, como lo remarca Ravà, que quien leyese el Código Civil de los franceses en su antiguo texto, sin conocer la interpretación jurisprudencial, "se formaría una idea errónea sobre el estado del derecho en Francia y sobre la riqueza de sus soluciones"[73]. No podemos olvidar la creatividad de la jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad civil o de abuso del derecho, a pesar de no contar con normas jurídicas suficientes dentro del referido Código.

Como nos lo recuerda David, la jurisprudencia en países como Alemania y Francia ha adquirido, en ciertos sectores, "un rol de primer plano en la evolución del derecho y donde la obra de la doctrina, muy a menudo, no hace otra cosa que la exégesis de la jurisprudencia"[74]. Este hecho, como lo hemos puesto de manifiesto cuando referimos que la jurisprudencia precedió a la doctrina en los casos del derecho a la intimidad de la vida privada y en el de la identidad personal, comprueba la función de la jurisprudencia como fuente del derecho entre los países que constituyen la familia romano-germánica. Ello, a pesar de los distintos niveles de desarrollo alcanzado por la jurisprudencia en cada uno de ellos.

[73] Ravà, Tito, *Introduzione al diritto della civilità europea*, p. 88.

[74] David, René, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, p. 111.

§ 9. ***EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA.*** – En las siguientes páginas analizaremos diversas e importantes sentencias dictadas por jueces italianos, tanto de primera instancia como por las emitidas por los tribunales y por la propia Corte Suprema. Ellas, en su conjunto y en una permanente interacción con la inquieta doctrina, van perfilando, a partir de la década de los años 60, este nuevo interés existencial en que consiste la tutela de la identidad personal. Momentos estelares en este proceso creativo lo conforman, como podrá apreciarse más adelante, la sentencia pronunciada por un juez de Roma, el 6 de mayo de 1974, y la emanada de la Corte Suprema con fecha 22 de junio de 1985.

a) *LA SENTENCIA DEL 6 DE MAYO DE 1974 Y LA AFIRMACIÓN DE LA "VERDAD PERSONAL".* Debemos remontarnos a los años 60 para ubicar algunos antecedentes en lo que atañe a la delimitación teórica de la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal. Se suele mencionar, entre ellos, al constituido por la opinión vertida por De Cupis sobre el tema en el año 1961. Pero, como analizaremos más adelante, la óptica del autor, al menos en aquella época, es limitada en cuanto se refiere sólo a la identidad personal en lo que concierne a los signos distintivos de la persona, como es el caso del nombre, los mismos que proporcionan únicamente una visión parcial y estática de la identidad personal. Este concepto, tal como hoy lo visualizamos, comprende sobre todo la vertiente dinámica de la personalidad en su conjunto.

De otra parte, en la "Enciclopedia del derecho", en el año de 1970, se halla la voz *Derecho a la identidad*, la que es desarrollada por Bavetta. En este trabajo se reconoce la existencia de un "derecho personalísimo cuyo contenido está limitado... por tener el sujeto caracteres propios que lo hacen di-

verso a los otros e idéntico sólo a sí mismo". Como fácilmente se advierte, esta definición se contrae sólo a poner de relieve los caracteres físicos o estáticos de la persona que permiten identificarla en sociedad. No se hace referencia al aspecto dinámico de la personalidad, al bagaje cultural e ideológico propio de cada persona. Por ello, cabe hacer extensiva a esta definición la crítica formulada a De Cupis en lo que atañe a su exposición de 1961.

La Corte Suprema de Italia, en una sentencia del 7 de diciembre de 1960, hacía ya referencia a la falsa representación de los caracteres esenciales de la personalidad, al derecho a la verdad sobre las propias opiniones, pero circunscribiendo el problema al limitado ámbito de la intimidad o de la verdad histórica. Se trataba de un caso en el cual se atribuía a una persona hechos no verdaderos u opiniones jamás expresadas[75]. No se había logrado aún, en consecuencia, delimitar con autonomía el concepto cabal de "identidad personal", tal como en la actualidad es generalmente concebido.

Otro antecedente que es conveniente recordar es el que se refiere a la sentencia pronunciada con fecha 22 de mayo de 1964 por la Corte de Apelaciones de Milán[76]. En este pronunciamiento se expresaba que el derecho a la identidad personal exige que "la figura de un individuo no pueda ser falseada". A su turno, la Corte Suprema italiana, mediante el fallo del 13 de julio de 1971[77], en un impor-

[75] En esta sentencia, publicada en "Foro Italiano", 1961-I-43, se expresaba, como vislumbre de lo que después se configuraría como derecho a la identidad, que "no es en ningún caso lícito al agente atribuir a una determinada persona hechos no verdaderos o pensamientos, frases u opiniones jamás por ella expresados y, en todo caso, que la persona misma jamás haya autorizado su difusión o publicación en cualquier modo".

[76] Esta sentencia fue publicada en "Foro Italiano", 1964-I-432.

[77] Este fallo fue publicado en "Foro Italiano", 1972-I-432.

tante avance en la materia, definía el derecho a la identidad personal como "el derecho de cada individuo a ser reconocido en su peculiar realidad", con los "atributos, calidad, caracteres, acciones, que lo distinguen respecto a cualquier otro individuo". Como puede apreciarse de la glosa efectuada, si bien no se aludía en el fallo de la Corte a un específico derecho a la identidad personal, se afirmaba, sin embargo, el derecho del sujeto a ser reconocido en su "peculiar realidad", con los atributos y caracteres propios de su personalidad. Esta declaración constituye, sin duda, un precursor bosquejo de lo que más adelante se definiría como un interés existencial consistente en el respeto a la identidad personal.

Encontramos, sin duda, en los antecedentes jurisprudenciales anteriormente referidos, las raíces teóricas del derecho a la identidad personal tal como en la actualidad se lo concibe. A partir de ellos, y como se ha de apreciar en las páginas que siguen, la jurisprudencia pudo, cada vez con mayor precisión, ir bocetando lo que sería un derecho a la identidad personal.

Un precursor e inédito intento de definición del derecho a la identidad personal se halla en el creativo e histórico pronunciamiento del pretor de Roma de fecha 6 de mayo de 1974[78]. Encontramos en esta clarividente sentencia judicial el embrión de aquella nueva situación jurídica subjetiva, a cuyo fundamento iusfilosófico hemos hecho referencia en páginas anteriores. El fallo del juez de Roma tomó de sorpresa a la doctrina jurídica, que

[78] Este pronunciamiento ha sido ampliamente analizado por un sector de la doctrina italiana atenta a la problemática de la identidad personal y ha servido de punto de referencia para importantes desarrollos y comentarios. Se publicó en "Giurisprudenza Italiana", 1975-I-2, p. 514 y ss., con nota de D'Angelo.

nunca antes se había ocupado de este interés existencial dentro de los alcances que le confería dicha sentencia.

Hubo que esperar un lustro antes de que otro juez se encontrase frente a un caso análogo y tuviera la suficiente lucidez para percibir la existencia y la necesidad de protección de este interés existencial constituido por la identidad de la persona. En efecto, tenemos prácticamente que esperar hasta el año 1979 para hallar una decisión del juez de Turín, en la que se pone de manifiesto esta nueva situación jurídica subjetiva. Este fallo es seguido por otros pocos pronunciamientos judiciales, que se eslabonan a través de una década y cuyo definido propósito es la tutela de la identidad personal. Es del caso recordar, al efecto, las sentencias pronunciadas por diversos jueces y tribunales en los años 1980, 1981, 1982, 1984, 1985 y 1986.

La primera expresión jurisprudencial a la cual es preciso referirse es la que se remonta al 6 de mayo de 1974. Se trata, sin duda, de un pronunciamiento judicial de enorme importancia y de vivo interés para los estudiosos de la ciencia jurídica. En este fallo, se bosqueja precursoramente, con nitidez y autonomía conceptual, una nueva situación jurídica subjetiva. No se tienen noticias ni se registran antecedentes legales o jurisprudenciales en torno a ella dentro de los precisos alcances y connotaciones que emergen del citado fallo. De ahí que, con justicia, se puede sostener que el derecho a la identidad personal constituye la más reciente "creación" de la jurisprudencia italiana.

La decisión judicial bajo comentario aludía a un cartel o afiche publicitario, confeccionado para ser utilizado en la propaganda electoral, con ocasión del referéndum promovido en Italia en torno a la abrogación o mantenimiento de la vigente ley sobre el divorcio.

En dicho cartel se reproducían las imágenes de un hombre y de una mujer a quienes, no obstante ser notorios partidarios de la ley sobre el divorcio en tanto coautores de dicha norma, se les hacía aparecer pronunciándose en favor de la abrogación de la citada ley. De otra parte, se les presentaba como vinculados conyugalmente, sin serlo, y, además, se les mostraba como agricultores de profesión. En el cartel publicitario se consignaban, de este modo, hasta tres inexactitudes en cuanto a la identidad personal del varón y de la mujer cuyas imágenes se reproducían.

El juez, con precisión digna de alabanzas, encontró que, a través del cartel en cuestión, se habían lesionado dos derechos subjetivos de las personas involucradas en la propaganda electoral. Se refería, de una parte, al derecho a la imagen, tipificado en el art. 10 del Cód. Civil italiano y, de la otra, al derecho a la identidad personal, no regulado por el ordenamiento jurídico pero sustentado en una "cláusula general" de rango constitucional.

En lo que concierne al primero de aquellos derechos, el juez verificó que las imágenes que aparecían en el cartel publicitario habían sido utilizadas sin el expreso asentimiento de los interesados, requisito indispensable según la disposición vigente contenida en el mencionado artículo del Código Civil de Italia. Este numeral prohíbe la exposición o la publicación, por cualquier medio, de la imagen de una persona, de sus progenitores, del cónyuge o de los hijos, fuera de los casos permitidos por la ley. Es decir, que se requiere del expreso asentimiento de la persona para la difusión de su propia imagen.

Es del caso anotar, a este propósito, que el art. 15 del Cód. Civil peruano de 1984 tutela también la imagen, protección que se hace extensiva a la voz de la persona. En esto último se diferencia del

Código Civil italiano, en tanto éste no recoge la tutela de la voz. Por otra parte, en el Código Civil peruano se enumeran los casos en que es permitida la reproducción de la imagen o de la voz, circunstancia que no se toma en cuenta en el Código italiano de 1942.

Hay que advertir que el Código Civil italiano consigna sobre el particular una singular posición, ya que se protege la imagen cuando, a través de ella, se lesiona la reputación o el decoro de la persona. Es decir, no se tutela expresamente la imagen, como aspecto vinculado con la intimidad de la persona, sino el honor y la reputación ofendidos mediante la difusión de la imagen. Esta solución del Código Civil italiano ha sido materia de unánime crítica de parte de la doctrina. En todo caso, por obra de la jurisprudencia creadora se ha salvado la omisión de la ley. Los jueces, en efecto, se han encargado de la tutela de la imagen en lo que ella significa para el sujeto, con prescindencia del agravio que pudiera haberse infringido a otros aspectos o maneras de ser de la persona, como serían el honor o la reputación.

El juez de Roma no sólo protegió en su sentencia el derecho que había sido violado por la indebida exposición de las imágenes de las personas involucradas en el hecho sino que, con independencia de este derecho, afirmó también que se había lesionado otro interés existencial como era el derecho de la persona a su propia identidad. El juez halló que se había desnaturalizado, hasta en tres oportunidades, la identidad personal de los sujetos cuyas imágenes habían sido reproducidas en el cartel publicitario en referencia. En efecto, y tal como lo señala el juzgador, en el cartel se atribuyó a las personas cuyas imágenes habían sido indebidamente expuestas el hecho de ser favorables a la abrogación de la ley sobre el divorcio, cuando era del do-

minio público que dichas personas eran de opinión contraria, máxime que ellas habían participado nada menos que en el proceso de redacción de la citada ley. Se les imputó, en segundo lugar, una relación familiar que no poseían, ya que no eran cónyuges y, finalmente, se les consideró como si fueran trabajadores de la tierra cuando en realidad no lo eran.

Es menester recalcar que la sentencia de 1974 vincula el concepto de identidad personal con el bagaje ideológico de la persona. En dicho fallo se hace precisa referencia a este aspecto cuando se presenta a las personas involucradas en el caso como antidivorcistas. Para el juzgador, a través del cartel publicitario se ha falseado, en última instancia, la posición ideológica de los implicados. Puede discutirse si en esta específica situación se distorsionó la ideología o si, en realidad, lo que se afectó fue la moral personal o la posición política. En verdad, bajo la genérica expresión de ideología podrían comprenderse estas últimas manifestaciones de la personalidad. Somos del parecer que así debemos entenderlo en el caso de la sentencia que analizamos.

En este fallo se reconoce, por vez primera, el "derecho de cada uno a que no se le desconozcan sus propias acciones" y también a que "no se le atribuya la paternidad de acciones que no le son propias". En suma, a no ver "alterada la propia personalidad individual". En el caso bajo juzgamiento se produjo la imputación de acciones que no eran atribuibles a las personas representadas en el cartel por lo que, según el criterio del juez de la causa, se distorsionaba la identidad personal de los reclamantes en su proyección social.

Es del caso señalar que para Auteri, quien no es favorable al reconocimiento de la identidad personal, la declaración del pretor de Roma referida en el

párrafo anterior era suficiente para justificar la solución del caso sin necesidad de recurrir a la creación de un nuevo derecho. Precisa que la paternidad de las propias acciones, a las que alude el juez en su pronunciamiento, no es otra cosa "que el derecho que desde hace tiempo un sector de la doctrina había construido". A este propósito recuerda la opinión de Ascarelli quien, según el autor, basándose en la ley de derechos de autor y de patentes, había elaborado un derecho general a la paternidad de sus propios actos, el mismo que el sujeto "podía hacer valer para oponerse a que falsamente le sea atribuido o le sea desconocido un acto que sea relevante a la valoración social de la persona"[79]. La observación de Auteri, como es evidente, se refiere a sólo un aspecto de lo que comprende el derecho a la identidad personal, el mismo que es conceptualmente más rico que la formulación embrionaria contenida en el fallo que origina el comentario de Auteri y tal como se apreciará en el curso de esta exposición.

Cabe también advertir que el juez encontró que en el caso sometido a su conocimiento no sólo se había alterado la personalidad en lo que concierne al aspecto ideológico sino que, además, se había desnaturalizado la posición social de las personas que aparecían en el afiche. Ello, en cuanto se hacía creer que su estado era el de casados, sin que entre ellos existiera este vínculo. De otro lado, en lo que atañe a dicha posición social, ella se había visto también lesionada ya que ninguna de las dos personas cuyas imágenes habían sido indebidamente expuestas, ejercía la actividad de agricultores. Se ponían así de manifiesto en la sentencia tres as-

[79] Auteri, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 99.

pectos que el juez comprendía dentro del concepto de identidad personal: la ideología, el estado familiar y la posición social de la persona.

Puede discutirse en lo que atañe al contenido de la sentencia la afirmación que se formula de que, al presentar a los agraviados como agricultores, se había desnaturalizado su "posición social". Tal vez esta expresión resulte inapropiada al caso, ya que, a nuestro entender, lo que habíase desfigurado en la propaganda electoral en referencia era la posición profesional u ocupacional de los implicados.

En la sentencia fue ordenado por el juez que cesara la colocación de los deformantes carteles publicitarios y se dispuso, asimismo, la publicación de un comunicado periodístico dirigido a restablecer la "verdad personal" que había sido distorsionada a través de la propaganda electoral. De este modo, se protegían dos derechos simultáneamente vulnerados, es decir, el que correspondía a la exposición no consentida de la imagen y el que se refería a la identidad personal de los agraviados.

Es de suma importancia destacar, por su significación en la tarea de delimitar la noción de "identidad personal" que nos ocupa el que, según el pronunciamiento judicial que glosamos, la afirmación de la "verdad personal" constituye la nota conceptual determinante del derecho a la identidad personal[80]. Este aserto, como lo apreciaremos en el curso

[80] Sobre el tema de la "verdad personal" puede consultarse, entre otros: Dogliotti, Massimo, *Diritto alla identità e tutela della persona*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 174; De Martini, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 144-149; Zatti, Paolo, *Note sul diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 181; Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 192: Tommasini, Raffaele, *L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della*

de este trabajo, se convertiría, con el correr del tiempo, en una de las características definitorias, comúnmente aceptadas, de la situación jurídica subjetiva relativa a la identidad personal.

Cabe subrayar que la sentencia de 1974, al distinguir los conceptos de imagen y de identidad personal, abrió un nuevo camino para el discurrir de la doctrina jurídica. En ella se logró, por primera vez, presentar el derecho a la identidad personal con la relativa autonomía de cualquier otro derecho de la personalidad. Tal vez sea éste el aporte decisivo que nos ofrece el citado pronunciamiento. Por ello, puede afirmarse que esta sentencia constituye el "ideal punto de pasaje" entre la "tradicional" tutela de la imagen y un nuevo modo de protección de la persona[81].

Es del caso señalar que en el fallo de 1974 no se hace referencia, como fundamento de la misma, a la cláusula general de tutela de la persona contenida en el art. 2° de la Const. italiana. El juez, en vez de recurrir a este fácil expediente, intenta, en cambio, sustentar su decisión en cuanto al problema de la identidad personal vinculándola al concepto de reputación personal. Para el mencionado juzgador la reputación, en relación con el caso *sub litis*, se entendía como la proyección social de la personalidad que cada cual pretende mostrar al exterior.

Más adelante, al tratar del deslinde conceptual entre identidad personal y reputación, apreciaremos cómo, en el primer caso, se trata de una falsa

---

persona, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 84-88; Zeno-Zencovich, Vincenzo, comentarios al fallo del 22/6/85, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-I-656 y ss.; Dogliotti, Massimo, *Le persone fisiche*, en Rescigno, Pietro (dir.) "Tratatto di diritto privato", p. 99.

[81] D'Angelo, Andrea, *Lesione dell'identità personale e tutela risarcitoria*, comentario a la sentencia del pretor de Roma del 6/5/74, en "Giurisprudenza Italiana", 1975-I-2, p. 514.

apreciación cognoscitiva, un falseamiento de un objetivo dato histórico-personal. La reputación, en cambio, no tiene que ver radicalmente con el conocimiento de la persona sino que, lo que está en juego, es un juicio de valor, una estimación valorativa del sujeto.

En síntesis, podemos sostener que la sentencia del 6 de mayo de 1974 constituye un valioso precedente en tanto afirma que el concepto de "verdad personal" resulta ser el núcleo del derecho a la identidad personal. Es decir, se sitúa el problema en el campo del conocimiento y no de la estimación axiológica. De otra parte, la sentencia deslinda conceptualmente la noción de identidad personal de aquella referente a la imagen. Finalmente, la sentencia equivoca su fundamento legal al recurrir a los dispositivos que amparan la reputación en vez de acudir a la sólida y amplia sustentación que al efecto le brinda la cláusula general de tutela de los derechos inviolables de la persona contenida en el art. 2º de la Constitución de su país.

b) *La sentencia del 30 de mayo de 1979 y el deslinde entre los conceptos de honor e identidad personal.* El juez de Turín, mediante sentencia del 30 de mayo de 1979, abordó un delicado caso político vinculado con la identidad personal. El hecho sometido a su conocimiento se refería a un conflicto surgido entre un conocido político italiano, muy activo y publicitado, llamado Marco Pannella, quien era líder del combativo Partido Radical italiano, y la Federación de Turín del Partido Comunista italiano [82].

Según se aprecia del fallo que puso término al conflicto, el Partido Comunista había confeccionado y distribuido volantes, que contenían propagan-

[82] Esta sentencia se publicó en "Giustizia Civile", 1980-I-965, y fue ampliamente comentada por un sector de la doctrina italiana.

da electoral, en los cuales se afirmaba que el parlamentario radical había estado inscripto en la lista de candidatos a representante de Nuova Reppublica, agrupación política de diversa inspiración ideológica de aquella profesada por el radicalismo italiano.

Con posterioridad a la afirmación insertada en los mencionados volantes, y cuando ya se había iniciado el procedimiento judicial promovido por Pannella contra el Partido Comunista, aparece publicada en el diario *Unità*, vocero del comunismo italiano, una nota en la cual el diario reconocía la inexactitud de las fuentes de las cuales se habían valido para difundir la noticia contenida en dichos medios de propaganda. Sobre la base de esta declaración el mencionado diario rectificaba la información contenida en los volantes, aseverando su falsedad. No obstante esta explícita aclaración, en la referida nota periodística se añadía que este hecho no desvirtuaba lo que el diario en referencia calificaba como una común visceral actitud anticomunista compartida por Marco Pannella y el grupo político Nuova Reppublica.

El juzgador, frente a la demanda interpuesta por el parlamentario radical, sostuvo que la afirmación a que se contraía el volante de propaganda electoral en cuestión, si bien no constituía en sí misma una ofensa inferida al honor del político radical, significaba, en cambio, una desfiguración de su identidad política, la misma que había sido afectada por la inexacta noticia propalada a través del volante propagandístico en referencia.

El juez de Turín consideró que la aseveración contenida en el volante no representaba un atentado contra el honor de la persona involucrada, en tanto no podía considerarse desdoroso pertenecer a un determinado partido político cuya ideología no era incompatible con el sistema democrático y

constitucional de gobierno. No obstante, en la sentencia se sostiene que tal afirmación sí lesionaba la coherencia política y la dignidad del destacado exponente del Partido Radical italiano.

El fallo del juez de Turín, a semejanza de lo que aconteció con la sentencia de 1974, que delimitaba los conceptos de derecho a la propia imagen y de identidad personal, tiene decisiva importancia para el efecto del deslinde entre las nociones jurídicas de derecho al honor y de derecho a la identidad personal. La opinión del juez turinés representa, en opinión de un conocido jurista italiano, que compartimos, un "salto de calidad" en el proceso de decantación conceptual del interés existencial atinente a la identidad personal [83].

A través del fallo, se sientan las bases para una ulterior determinación doctrinal en lo que concierne a la relativa autonomía del derecho a la identidad personal frente a otros derechos de la persona con los cuales, sin duda, se encuentra esencial y estrechamente vinculado.

La distinción entre la situación jurídica subjetiva referida a la identidad personal y la de otros derechos de la persona no afecta en nada la esencial conexión entre todos estos derechos, en la medida que ellos sólo tutelan aspectos parciales de una sola y única realidad como es la persona humana. No esta de más repetir que la persona es una unidad sicosomática y, como tal, debe ser jurídicamente protegida. La tutela no puede limitarse o contraerse a sólo determinados y precisos aspectos de la personalidad, en desmedro de otros, sino que dicha protección ha de ser integral y unitaria.

[83] Dogliotti, Massimo, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 68.

La sentencia del juez de Turín, que concluye ordenando la suspensión de la distribución del volante distorsionador de la identidad de Pannella es, como se ha podido advertir, un hito importante en el lento y atormentado proceso de elaboración del derecho subjetivo atinente a la identidad personal.

No se puede silenciar el hecho de que el fallo que hemos glosado provocó algunas opiniones adversas, aunque es dable observar que ellas no constituyen un sector mayoritario de la doctrina. Cabe señalar que entre los que adhieren a la posición minoritaria pueden citarse, entre otros, los nombres de Auteri y de Pizzorusso. El primero sostiene que probablemente el juez de Turín hubiera podido llegar a la misma conclusión a la que arribó en la sentencia basado en la tutela de la reputación del político italiano. Fácilmente se advierte que la opinión de Auteri no es exacta, ya que la identidad personal tiene que ver con el respeto a la verdad biográfica, por lo que se trata de un acto cognoscitivo, mientras que la reputación consiste en un acto valorativo o axiológico formulado por los demás. Es decir, se trata de un juicio de valor[84].

Por su parte, Pizzorusso manifiesta sus dudas sobre la posibilidad de que el concepto de identidad que es posible atribuir a grupos étnicos se pueda hacer extensivo a los partidos políticos. Éstos, sostiene, por su propia finalidad, aspiran a expandirse hasta identificarse potencialmente con la colectividad entera o, al menos, con la mayoría de sus componentes. Además de lo expuesto, la sentencia lo deja perplejo en cuanto la calificación que el Partido Comunista atribuyó a Pannella –de ser un anticomunista visceral– es un juicio fundamentalmente

84 Auteri, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 99.

de carácter político, lo que constituye una expresión de la libertad de pensamiento[85].

El fallo que hemos comentado, por la trascendencia política del personaje involucrado, causó gran revuelo publicitario. La sentencia, dictada contra la Federación de Turín del Partido Comunista italiano, ocasionó, por sus implicancias políticas, un largo y apasionado debate. Estos hechos, unidos al contenido mismo del pronunciamiento judicial, impactaron muy probablemente en un cierto y alerta sector de juristas italianos, los que se apresuraron en reunirse a fin de comentar los alcances de este discutido fallo. Tal como lo hemos evidenciado, en 1980 se celebran en Roma y en Génova dos certámenes jurídicos dedicados, íntegramente, a efectuar la exégesis de las precursoras sentencias, antes mencionadas, y a discutir la naturaleza y alcance del interés existencial concerniente a la identidad personal. Cabe indicar que al Congreso realizado en Génova concurrió el propio Marco Pannella.

El parlamentario italiano, protagonista de la sentencia, expresó en aquella ocasión que el problema relativo a la identidad personal es "el bien del derecho de cada uno a conocer la verdadera identidad de los otros, la verdadera historia de los otros", y añadía que otro aspecto del derecho a la identidad es el derecho que tiene la sociedad a "no verse enceguecida por la falsedad que se difunde sobre la identidad ajena". Esta identidad, como lo remarca el propio Pannella, puede ser, como en su caso, la del político, pero ella puede referirse también a la identidad del industrial "que se le presenta como un feroz asesino", o a la de un benefactor al que se

[85] Pizzorusso, Alessandro, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 34-35.

muestra indebidamente a través de la búsqueda de ganancias para su sociedad [86].

c) *Los pronunciamientos de los jueces romanos del año 1980 y la tutela de la identidad colectiva.* Con fechas 30 de mayo y 2 de junio de 1980, los jueces romanos admiten sendas demandas en las que se planteaban situaciones relativas a la identidad personal.

En la primera de dichas sentencias [87] el juez acogió la demanda proveniente de un sujeto que se quejaba que una entrevista periodística a la que se había sometido, referente a las deficiencias de la estructura hospitalaria italiana, había sido utilizada, sin su asentimiento, por el correspondiente medio de comunicación, para fines diversos de aquellos para los cuales había sido expresamente autorizado. Este hecho, según el reclamante, incidía de modo negativo en su identidad personal.

El evento lesivo, según el demandante, consistió en que sus declaraciones periodísticas fueron transmitidas en un espacio televisivo contratado por un partido político, el Movimento Sociale Italiano (MSI), sin haberse aclarado, debida y ostensiblemente, que el entrevistado no pertenecía a dicho grupo político de extrema derecha. Mediante recursos de técnica televisiva las sucesivas imágenes del programa se presentaban de modo tal de hacer coincidir las opiniones del entrevistado con las del referido partido político, con lo que se aprovechaban las declaraciones, vertidas exclusivamente por el declarante al correspondiente medio de comuni-

[86] Pannella, Marco, *Diritto, diritti, cronaca: una riflessione sull'identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 153.

[87] Esta sentencia se publicó en "Foro Italiano", 1980-I-2048, con nota de Pardolesi.

cación, para fines de propaganda electoral de un grupo político al cual no pertenecía el entrevistado. Esta situación distorsionaba, sin duda, la identidad política del demandante.

El pronunciamiento del juez de Roma, del 2 de junio de 1980[88] es importante en la medida que el juez de la causa afirma "que puede considerarse reconocida por la jurisprudencia, y suficientemente elaborada por la doctrina, la orientación según la cual el vigente ordenamiento jurídico reconoce –en el ámbito de la más general y compleja categoría de los derechos de la personalidad– el derecho a la identidad personal, entendido como proyección de la imagen –*lato sensu* individualizada– de la persona, con referencia a su colocación en el contexto de las relaciones sociales". La sentencia, no obstante la categórica afirmación transcripta, puede considerarse optimista, ya que a la altura del año 1980 no se habían aún definido, con precisión, ni el contenido ni los alcances del derecho a la identidad personal.

En el fallo se reconocía la lesión a la identidad personal producida en agravio tanto de un parlamentario, vocero político de su partido, como del propio grupo representado en la Cámara y al cual él pertenecía. El agravio alegado por el reclamante se había producido a través de algunas publicaciones periodísticas, por las cuales se atribuía a los reclamantes un supuesto e incorrecto comportamiento político en el Parlamento, con lo cual se lesionaba la identidad tanto del vocero como la del propio grupo político.

Las publicaciones periodísticas en referencia daban como noticia cierta el hecho de una maniobra política, a la cual se había llegado mediante la

[88] Este fallo se publicó en "Foro Italiano", 1980-I-2046, con nota de Pardolesi.

colusión entre el grupo parlamentario demandante y otra facción política. La supuesta concordada maniobra, atribuida a los reclamantes, habría consistido en solicitar votación secreta para el juzgamiento de algunos parlamentarios, a sabiendas de que ella no podía producirse por no existir el quórum que para dicho tipo de votación secreta se exigía legalmente. Es decir, faltaba el número legal de representantes que se requería para dar inicio a un procedimiento contra dichos parlamentarios. La maniobra, consistente en pedir votación secreta para el caso, habría así impedido maliciosamente, según las noticias periodísticas, el debido juzgamiento de dichos parlamentarios. Se acusaba periodísticamente al vocero y a su grupo político de entorpecer, de entrabar, la acción moralizadora parlamentaria, con lo que lesionaba la proyección social del partido y de su representante.

Según el juez de la causa, los responsables de las citadas informaciones periodísticas habían incurrido en el error de no distinguir pulcramente, en este caso, entre lo que constituye una "noticia", que debe ser escrupulosamente verificada en su fuente y objetivamente transmitida, y lo que significa un "comentario", el mismo que representa la opinión del periódico. La nota informativa, aparecida en los medios de comunicación social, daba por cierto, sin una debida comprobación, un supuesto hecho atribuido a los demandantes por los correspondientes órganos de expresión.

En la sentencia se sostenía que el parlamentario y su grupo político habían demostrado, en el curso del respectivo procedimiento judicial, que su voluntad no fue aquella recogida por la crónica periodística, la misma que, por lo tanto, había distorsionado su proyección política al atribuirles un inexacto comportamiento. El juez consideró que se había lesionado tanto la identidad política del parlamen-

tario, que había actuado como vocero, como la de su respectivo grupo.

El juez fundaba su sentencia en el art. 8º de la ley de prensa, del 8 de febrero de 1948, por el que se responsabiliza al director o al vicedirector de un órgano periodístico por la inserción, integral y gratuita, de rectificaciones, respuestas o declaraciones de las personas a quienes se haya atribuido actos o pensamientos o afirmaciones lesivas a su dignidad o consideradas contrarias a la verdad. Por estas razones el juzgador estimó que el derecho de rectificación era también un adecuado medio de defensa contra las lesiones a la verdad personal.

Es importante anotar que la sentencia bajo comentario, como se ha podido apreciar, no limita la titularidad del derecho a la identidad personal al sujeto individual o persona natural, sino que ésta se hace extensiva al grupo, al sujeto colectivo. Es por ello que en este fallo se reconoce que ha sido distorsionada la identidad política de un grupo parlamentario, es decir, de un ente colectivo.

Además, la demandante solicitó una reparación por el daño personal ascendente a cien millones de liras, suma del todo inusual en el país y que algún comentarista señaló como una actitud provocativa de parte del recurrente. El tribunal liquidó el daño en la suma global de cuatro millones de liras. Dogliotti, al comentar el fallo, estima que los jueces no han logrado comprender la importancia de la reparación pecuniaria como pena privada dentro de la tutela de los derechos de la persona frente al poder creciente de los medios de comunicación en nuestra época. De ahí que juzga como irrisoria la repación establecida en esta sentencia[89].

[89] Dogliotti, Massimo, *Ancora sull'identità personale, la tutela dell'onore e il risarcimento del danno*, en "Giustizia Civile", 1982-II-2824.

La sentencia, que Figone califica como "interesante y significativa" tanto por su contenido y principios en ella afirmados como por la notoriedad de los hechos y de los personajes implicados[90], desencadenó en un primer momento, como era de suponer, numerosas y duras críticas de parte de los medios de comunicación. Se consideró que el fallo significaba una excesiva limitación a la libertad de manifestación del pensamiento y de consistir en una superposición del procedimiento civil al penal. Estas críticas son, en opinión de Figone, "inaceptables, en cuanto se basan no sólo en una incorrecta interpretación de las normas jurídicas, sino también en una reconstrucción de los hechos no conforme con la verdad"[91].

d) *El histórico fallo del Tribunal de Milán del 19 de junio de 1980.* El pronunciamiento del Tribunal de Milán, del 19 de junio de 1980[92], refiérese al ilícito aprovechamiento de unas declaraciones formuladas a la prensa por una conocida personalidad científica italiana. Fragmentos de una conferencia de prensa ofrecida por este cirujano y notable investigador en el campo de la medicina, habían sido utilizados fuera de contexto, y sin el asentimiento del declarante, para publicitar una determinada marca de cigarrillos.

En la citada rueda de prensa el científico había señalado, de modo categórico y reiterado, el grave peligro que representaba para la salud de las personas el uso del tabaco. Por lo demás, el prestigioso investigador era ampliamente conocido por ser,

[90] Figone, Alberto, *Il risarcimento del danno all'identità personale in una pronuncia non conformista*, en "Giustizia Civile", 1985-I-534.

[91] Figone, *Il risarcimento del danno all'identità personale in una pronuncia non conformista*, en "Giustizia Civile", 1985-I-534.

[92] Este pronunciamiento apareció publicado en "Giurisprudenza Italiana", 1981-I-2, p. 373 y siguientes.

desde tiempo atrás, absolutamente contrario al hecho de fumar. Se trataba, por consiguiente, de un hecho público y notorio.

En un determinado pasaje de sus declaraciones el científico había manifestado, colateralmente, que ciertas marcas y tipos de cigarrillos eran menos dañinos que otros, reduciéndose por esta circunstancia, casi a la mitad, el riesgo que significaba el hecho de ser adicto a los cigarrillos. Basándose en este pasaje extraído del contexto de la conferencia de prensa, una empresa productora de cigarrillos inició una campaña publicitaria en la cual explotaba en su beneficio exclusivamente esta parte de las declaraciones.

La empresa productora de cigarrillos, mediante una maniobra publicitaria, había extrapolado de la entrevista y sutilmente ubicado dichas fragmentarias declaraciones en un contexto tal que podía inducir al lector del aviso a considerar que el famoso declarante afirmaba que la marca y tipo de cigarrillos publicitados no eran dañinos para la salud.

El Tribunal estimó que la empresa industrial en cuestión había utilizado en su provecho pasajes de las declaraciones formuladas a la prensa, referentes a la relativa menor peligrosidad de una determinada marca de cigarrillos, sin el conocimiento, ni menos la autorización, del reputado científico. El parcial aprovechamiento de las declaraciones de parte de la empresa lesionaban, según el Tribunal, la identidad no sólo del destacado científico, radicalmente contrario al uso del tabaco, sino también la del Instituto al cual él pertenecía.

En la sentencia del Tribunal se resaltaba el hecho de que tales fragmentarias declaraciones habían sido utilizadas, contra la voluntad del sujeto, para beneficiarse del prestigio de que gozaba el aludido científico. Esta situación, como también lo señala el fallo, podía ser interpretada en el sentido

de que el médico, y el Instituto que él integraba, eran partidarios del uso del tabaco, hecho que jamás lo habría aceptado por tratarse de una personalidad públicamente empeñada en la lucha contra el hecho de fumar por el peligro que representa para la salud.

Para el Tribunal de Milán resultaba evidente que el científico nunca habría permitido, dada su inveterada posición contraria al uso del tabaco, que se utilizaran sus declaraciones, aun en el caso de cigarrillos que objetivamente eran menos dañinos que otros para la salud por contener menos nicotina y alquitrán, con el sutil propósito de hacerlo aparecer, falsamente, recomendando una determinada marca y tipo de cigarrillos. Este hecho significaba una distorsión de su personalidad y un atentado contra su notoria seriedad científica públicamente proyectada en el tiempo. En efecto, la inequívoca actitud del médico era la de ser constante y definido opositor, en general, a todo tipo de publicidad de los cigarrillos, con prescindencia de su calidad, tipo o marca, en la medida que, sin excepción, ponían en grave riesgo la salud del ser humano.

La indebida utilización por la empresa industrial de las fragmentarias declaraciones del ilustre hombre de ciencia, proyectaban una falsa imagen de su personalidad profesional. Ella lo hacía aparecer en una actitud de absoluto contraste con su brillante trayectoria de investigador, por lo que comportaba una inexacta representación de su patrimonio intelectual, ético y profesional. Se trataba, por tanto, de un evidente e intencional caso de distorsión de la identidad personal, claramente efectuado de mala fe.

El fundamento normativo de la sentencia del Tribunal de Milán lo constituía el art. 7º del Cód. Civil, el mismo que protege el nombre de la persona contra todo intento de contestación o usurpación.

Los jueces milaneses diéronle a este numeral una muy particular interpretación. Para ellos, se trataba de un caso en el que se utilizaba el nombre de un sujeto para atribuirle situaciones que "falsean la representación externa de su persona". La sentencia, acertada en cuanto a su protección de la identidad personal no logró, sin embargo, encontrar el pertinente sustento jurídico en el amplio principio constitucional que le ofrecía la cláusula de tutela integral de la personalidad. Nos referimos al art. 2º del texto constitucional italiano el mismo que, tal como lo hemos anotado en precedencia (ver § 8), opera como efectiva cláusula general y abierta de protección de la persona.

Los jueces, en su afán por hallar un adecuado y muy preciso fundamento legal para la sentencia, confundieron la protección del nombre con el de la identidad personal. En realidad, no se trataba de un caso de usurpación del nombre sino de desnaturalización de la personalidad. Es fácil advertir esta imprecisión conceptual cuando en el pronunciamiento se vincula la protección del nombre con el "falseamiento de la representación externa de la personalidad". De este modo la sentencia no distinguía prístinamente lo que significa la tutela de los signos distintivos, de suyo estáticos y generalmente inmodificables, con la protección del conjunto de atributos de la personalidad en su proyección social, es decir, de lo que constituye la identidad dinámica de la persona humana.

No puede desconocerse, sin embargo, que la reglamentación del derecho a la identidad personal se deduce, por analogía, de la disciplina relativa al derecho al nombre. Esta interpretación se hace necesaria por cuanto, como se sabe, el derecho a la identidad no está normativamente tipificado dentro del ordenamiento jurídico italiano. Sólo para efectos puramente operativos cabe acudir a la analogía,

mas no en lo que respecta a la fundamentación misma del derecho a la identidad personal. A falta de un determinado derecho subjetivo contenido en una norma específica, no cabe otra solución jurídica que acudir a una norma constitucional de carácter general como es la de tutela integral y unitaria de la persona.

e) *La afirmación jurisprudencial del derecho a la identidad personal: de 1981 a 1985.* Con posterioridad a las diversas y espaciadas sentencias precursoras en materia de derecho a la identidad personal, emitidas hasta 1980 y brevemente glosadas en los parágrafos precedentes, se aprecia que en los años sucesivos se produce un incremento en el número de pronunciamientos, a través de los cuales se van lentamente evidenciando los elementos característicos de la nueva situación jurídica subjetiva. En ellos se observa la paulatina pero sostenida afirmación jurisprudencial del derecho a la identidad personal.

Hito decisivo en la orientación de la jurisprudencia italiana lo constituyó, como se ha señalado, la promulgación de la ley 164, del 14 de abril de 1982, sobre la "rectificación de la atribución de sexo".

La segunda etàpa de afirmación jurisprudencial del derecho se extiende entre los años 1981 y 1985. En este último año puede sostenerse que se cierra dicho ciclo con una muy completa sentencia emanada de la Corte de Casación o Suprema Corte italiana. Todos estos fallos merecieron, en su momento, el puntual y valioso comentario crítico de los juristas que se mantenían atentos a la evolución jurisprudencial de esta nueva situación jurídica subjetiva.

En el año 1981 pueden anotarse hasta siete sentencias emitidas por la pretura de Roma. En ellas se advierte un pausado pero seguro proceso de decantación del derecho a la identidad personal. Mediante estos sucesivos fallos se van delimitando y

clarificando los alcances teóricos del derecho y se hacen más nítidas sus diferencias con otros derechos de la personalidad con los que guarda estrecha y esencial vinculación. No cabe duda de que el aporte de esta jurisprudencia constituye uno de los factores que contribuyeron a la elaboración de la ley sobre rectificación de la atribución de sexo del 14 de abril de 1982.

Este último grupo de pronunciamientos judiciales comporta el afianzamiento del principio por el cual la titularidad del derecho a la identidad personal se hace extensivo al sujeto de derecho colectivo, a los grupos humanos, sean ellos personas jurídicas u organizaciones de personas no inscriptas.

Es de gran interés señalar que en la sentencia del pretor de Roma, de fecha 11 de mayo de 1981[93], se confirma la distinción conceptual entre derecho al honor y derecho a la identidad, la misma que aparecía por vez primera en la sentencia del pretor de Roma del 2 de junio de 1980, antes referida. En el texto del fallo se remarca que el derecho a la identidad personal surge como una "ulterior elaboración del derecho al honor y a la reputación". Se marca así una clara distinción conceptual entre ambos derechos, no obstante su esencial conexión.

En el curso de 1982 se pronuncian algunas pocas sentencias relacionadas con el tema que venimos tratando. Cabe citar, entre ellas, la emitida por el pretor de Roma, el 12 de noviembre[94], y la emanada del pretor de Verona con fecha 21 de diciembre[95]. En ambos pronunciamientos se acogen

[93] Este fallo se publicó en "Foro Italiano", 1981-I-1737, con nota de Pardolesi.

[94] La sentencia fue publicada en "Foro Italiano", 1983-I-234, con nota de Pardolesi.

[95] El fallo se publicó en "Foro Italiano", 1983-I-462, con nota de Enzo Roppo.

sendas demandas dirigidas contra los directores de diarios en la medida que éstos no habían cumplido con publicar rectificaciones de falsas noticias, distorsionantes de la identidad personal, con los requisitos ordenados por la ley de la materia. Así, en el primer caso se reclamaba por una rectificación publicada dentro de una página y una sección diferentes a aquellas en que había aparecido la inexacta noticia.

El pretor, en dichas sentencias, acoge el principio legal de la objetiva equivalencia informativa entre noticia y rectificación. Se considera que dicho principio constituye un elemento determinante para la eficacia del derecho a la identidad personal. La rectificación debe ser idónea para el logro de su propósito, cual es el desvirtuar la noticia carente de veracidad. Debe existir un justo y adecuado equilibrio o correspondencia entre ambas. En este sentido, la ley italiana ofrece las bases necesarias para su obtención.

Como lo veremos en su lugar, la correcta publicación de una rectificación, en la página y secciones pertinentes, con similares caracteres tipográficos, sin recortes, si bien objetivamente cumple cabalmente la finalidad de desvirtuar la falsa noticia propalada por un órgano de comunicación social, ella, en ciertos casos en que se ha producido un dolor de afección, es decir un daño no patrimonial de carácter moral o subjetivo, no significa la reparación completa del daño inferido a la persona.

Es de interés anotar que en la sentencia dictada por el pretor de Verona del año 1982, se reconoce expresamente a una asociación política la titularidad del derecho a la identidad personal que, en este específico caso, tiene un sustento ideológico así como de conducta política.

f) *Los analíticos pronunciamientos del Tribunal de Roma del año 1984.* Con fechas 27 de marzo, 15

de septiembre y 7 de noviembre de 1984 el Tribunal de Roma expide sendas sentencias a través de las cuales se percibe una mayor concreción en lo que concierne a la delimitación conceptual del derecho a la identidad personal. La primera de ellas, en especial, es sumamente valiosa en tanto ofrece una analítica reconstrucción de esta situación jurídica subjetiva. No puede perderse de vista, al comentar estos fallos, el hecho de que ellos se emiten cuando ya se encontraba vigente la citada ley sobre rectificación de la atribución de sexo, promulgada en abril de 1982.

El pronunciamiento del Tribunal de Roma, del 27 de marzo de 1984[96], es por lo demás interesante y significativo. Encontramos en él diversas apreciaciones que contribuyen al desarrollo de la nueva figura jurídica y preparan el camino para la muy importante ejecutoria de la Suprema Corte que se emitiría al año siguiente. Cabe destacar en la aludida sentencia el deslinde teórico que se efectúa entre el derecho a la intimidad ("alla riservatezza", como se le conoce en el ordenamiento jurídico italiano) y el derecho a la identidad personal. En esta sentencia también hallamos una nueva versión de las diferencias percibidas, en anteriores ejecutorias, entre este último derecho y el derecho al honor.

La sentencia que comentamos contiene, asimismo, otras diversas precisiones que representan valiosos aportes al diseño teórico del nuevo derecho a la identidad personal. Entre ellas podemos señalar aquella que expresa que este derecho se centra conceptualmente en la "proyección social" de la persona. Se trata de un elemento objetivo en cuanto se refiere a la presencia, para todos visible, de una de-

[96] La sentencia aparece publicada en "Giustizia Civile", 1985-I-534, con nota de Alberto Figone.

terminada personalidad en la vida de relación. Este ingrediente se refiere, también por ello, al estado civil y familiar o a la ubicación del sujeto dentro del contexto de las relaciones sociales. Esto supone, por tanto, que la identidad personal tiene un imprescindible sustento objetivo que se basa en hechos realmente acaecidos, en manifestaciones o ideas efectivamente vertidas por la persona y recogidas por los medios de comunicación o por publicaciones de cualquier otro género.

El caso que venimos comentando permite apreciar cómo el interés relativo a la identidad personal tiene que ver con la exteriorización de la personalidad y no con el mundo incomunicado de la subjetividad. En la identidad se hace más patente el carácter intersubjetivo del derecho, ya que se trata de una clara interferencia de conductas. De una parte, se despliega la sucesión de conductas de un determinado sujeto, las cuales al fenomenalizarse van configurando su personalidad y, de la otra, encontramos aquellas conductas que, interferidas con la del sujeto, hacen posible el conocimiento, de parte de estas últimas, de la proyección social de dicha personalidad puesta de manifiesto a través de una sucesión de comportamientos o haceres del sujeto.

En el fallo se puntualiza que el ordenamiento jurídico, a través del derecho a la identidad personal pretende cautelar, entre otras, la posición político-social asumida por la persona, la misma que se hace ostensible mediante una proyección social que la pone en evidencia. Esta proyección contiene un conjunto de características propias de la personalidad de cada sujeto, tales como ideas y experiencias, convicciones ideológicas, políticas, morales y sociales. Este bagaje o perfil cultural califica y distingue a la persona en su vida de relación.

De todo lo anteriormente expresado se desprende, según el texto de la sentencia, que el derecho a

la identidad personal debe ser entendido, en síntesis, como el derecho a ser "uno mismo", el derecho a que no se atribuyan a la persona, de parte de terceros, actitudes, conductas o ideas no verdaderas. Como se destaca en el fallo que comentamos, el derecho a la identidad puede ser también violado, paradójicamente, en la hipótesis de que las imputaciones no verdaderas mejoren la personalidad en vez de empeorarla, desde que ello resulta ser inexacto. Lo que se protege es, siempre y en todo caso, "la verdadera proyección de la personalidad".

En la sentencia se acoge y confirma, además, el derecho de los sujetos colectivos a reclamar frente al agravio de algún derecho de la personalidad y, lo que es de suma importancia, se establece una reparación pecuniaria, ascendente en este caso a la suma de setenta millones de liras, en concepto de daño no patrimonial. El monto de la indemnización fijada por el Tribunal resultaba del todo inusual dentro de la tradición jurisprudencial italiana[97], no obstante que en los Estados Unidos era ya frecuente encontrar numerosas sentencias con reparaciones en dinero de significativa cuantía. Así, en 1982 se concedió a miss Wyoming, en primera instancia, la suma de catorce millones de dólares por el daño no patrimonial sufrido como consecuencia de una "fictional fantasy" aparecida en la conocida revista "Penthouse". Aunque luego esta suma se redujo, no por ello dejó de significar, en su momento, una importante reparación pecuniaria ante un daño no patrimonial o daño a la persona[98].

Es interesante anotar que el Tribunal ordenó que la reparación de setenta millones de liras, debía

[97] Figone, *Il risarcimento del danno alla identità personale in una pronuncia non conformista*, en "Giustizia Civile", 1985-I-534.

[98] Pardolesi, R., comentario al fallo del Tribunal de Roma del 27/3/84, en "Foro Italiano", 1984-I-1689.

ser pagada a la víctima en forma conjunta tanto por el periodista autor de la nota, como por el director responsable del diario y la empresa editora del conocido cotidiano italiano. Esta solución legal, propia del ordenamiento italiano, es inaplicable en el Perú, donde ni el director de un periódico ni la empresa editora del mismo son responsables *in solidum* por los daños a la persona causados a través de un artículo firmado por un redactor o un colaborador del medio de comunicación.

Es también importante resaltar la metodología seguida por el Tribunal para la valoración del daño causado a la persona del representante Marco Pannella. El propio Tribunal expresa que ella ha de hacerse con criterio de equidad y que "la liquidación debe estar anclada en parámetros racionales". Estos lineamientos racionales se pueden individuar, según el Tribunal, en la gravedad del hecho, la extensión alcanzada por la información, tanto en relación con la personalidad del ofendido como en la calidad del vehículo que la propala.

El acto fue objetivamente grave, ya que se imputaba al ofendido, que era un parlamentario, una situación de connivencia con los terroristas. En lo que concierne a la extensión de la noticia se consideró que el mencionado diario tenía un tiraje ascendente a 350.000 copias al día, por lo que cuando menos un millón de personas habían leído el artículo. Además, debía tenerse en cuenta que el mencionado cotidiano está destinado a ambientes cultural y socialmente de un cierto peso en los cuales, presumiblemente, el partido político de Pannella recogía el mayor número de sufragios. De otra parte el artículo, por su ubicación, no pasó inadvertido. Finalmente, se tuvo en cuenta la entidad financiera de la empresa editora.

La rica y analítica argumentación que contiene este fallo, por útil y novedosa, concitó un marcado

interés de parte de los juristas que permanecían atentos al desarrollo jurisprudencial de la temática referente al derecho a la identidad personal. Este pronunciamiento, por las aportaciones que conlleva, permitió una ulterior reflexión crítica de parte de la doctrina más alerta.

Así, pues, no puede perderse de vista que, a través de este fallo, se repropone un tema del más alto interés jurídico como es el de considerar a la reparación pecuniaria fijada por un daño causado a una persona como una pena privada. Se advierte en el pensamiento jurídico contemporáneo una importante evolución en este sentido, sobre todo si se tiene en cuenta que ha sido superada aquella etapa en la cual se fijaban reparaciones "simbólicas" como las equivalentes a una unidad monetaria, ya fuere un franco, una lira, un dólar o un peso, según el caso.

En relación con lo anotado en el párrafo precedente, es interesante señalar que existe una corriente de pensamiento que interpreta la reparación civil del daño a la persona como una pena privada impuesta al agresor. En este sentido se pronuncian algunos autores, entre los que recordamos a Busnelli, Dogliotti, Ponzanelli, Bonilini, Messinetti, entre otros. Se trata, según ellos, de una realidad que no está tan lejana si se considera que la valoración equitativa del daño no patrimonial significa penar al agresor más que indemnizar a la víctima. Dogliotti, en este sentido, expresa que es necesario romper con una "cultura", todavía muy difundida en los pronunciamientos jurisprudenciales, a fin de que la reparación sea propiamente un instrumento sancionador, una pena privada[99].

[99] Dogliotti, *Ancora sull'identità personale, la tutela dell'onore e il risarcimento del danno*, en "Giustizia Civile", 1982-II-2825.

El Tribunal de Roma, en la sentencia del 15 de septiembre del mismo año[100], ratifica los conceptos de su anterior pronunciamiento, en el sentido de que la identidad personal, tutelada por el ordenamiento jurídico, es el resultado de la integración o conjunción de un cúmulo de atributos que perfilan la personalidad de cada cual. Es decir, de caracteres morales, culturales, ideológicos, políticos, religiosos, sicológicos, profesionales que, en su conjunto, definen la personalidad del sujeto en su vida comunitaria.

Finalmente, la sentencia del 7 de noviembre del mismo año se sitúa en similar línea que las que le preceden en el curso del año 1984 en lo que concierne a la definición y alcances del derecho a la identidad personal. En esta sentencia se reafirma el derecho de cada persona a ser representada con todos los caracteres estructurales propios de su personalidad, desde que cada persona tiene el derecho a ser "ella misma" dentro del contexto social[101].

Aparte de lo anteriormente expresado cabe mencionar, además, que el pronunciamiento reafirma la relativa autonomía del derecho a la identidad personal, en su dinámica dimensión, en relación con los derechos al honor y a la reputación. En el texto de la sentencia se expresa, en efecto, que la lesión a la identidad personal puede no constituir un perjuicio a la dignidad del sujeto.

g) *La consolidación del derecho a la identidad personal en la ejecutoria de la Corte de Casación del año 1985.* La ejecutoria de la Corte Suprema de Italia[102], que lleva por fecha el 22 de junio de 1985,

100 La sentencia se publicó en "Foro Italiano", 1984-I-2592.

101 La sentencia se publicó en "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", 1985-215, con nota de Ricciuto.

102 El pronunciamiento de la Corte se publicó en "Nuova Giu-

marca un hito de singular importancia en la evolución jurisprudencial de la temática referente a la construcción jurídica de una nueva situación jurídica subjetiva, como es la referente a la identidad personal. La emisión de esta ejecutoria consolida, a nivel del "derecho vivo" o derecho jurisprudencial, la presencia, alcances y consiguiente tutela del interés existente representado por la identidad personal. Con este pronunciamiento se produce, objetivamente, un notorio avance en el proceso de elaboración jurisprudencial del citado esencial derecho humano. La ejecutoria suprema se refiere al caso "Veronesi" seguido ante el Tribunal de Milán y al cual se contrae el fallo de 19 de junio de 1980 (ver punto d).

La sentencia de la Corte de Casación de junio de 1985 tiene el indudable mérito de considerar y desarrollar, con sentido crítico, las conclusiones a que hasta ese momento había llegado la jurisprudencia a la cual nos hemos venido refiriendo. El pronunciamiento asume también provechosamente las reflexiones suscitadas, en el mismo tiempo, por la doctrina, lo que sin duda produce un efecto enriquecedor en su contenido. Es así que se advierte en el fallo, de modo elocuente y ejemplar, una recíproca y fecunda influencia entre doctrina y jurisprudencia en el marco del actual derecho italiano.

La sentencia de la Suprema Corte contiene, como se ha advertido con razón, la más completa definición que sobre el derecho a la identidad personal se había producido hasta ese momento [103]. El

---

risprudenza Civile Commentata", 1987-II-467, con un acertado comentario de Zeno-Zencovich. Sobre esta misma sentencia, cfr. Ponzanelli, Giulio, *Il caso Veronesi e la Corte di Cassazione*, en "Responsabilità Civile e Previdenza", 1985-586; Pardolesi, R., en "Foro Italiano", 1985-I-2211, y Macioce, Francesco, en "Giustizia Civile", 1985.

[103] Entre otros, cfr. Lannollo - Verga, *Il diritto alla identità*

trascendental pronunciamiento expresa que "cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con la aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva". Y, como consecuencia de lo hasta aquí manifestado, se agrega que el sujeto de derecho "tiene interés en que en el exterior no se altere, desnaturalice, ofusque, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., tal como se había exteriorizado o aparecía, en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social". En otro párrafo de la sentencia se añade al respecto que el derecho a la identidad personal "tiende a garantizar la fiel y compleja representación de la personalidad individual del sujeto en el ámbito de la comunidad, general y particular, en la cual tal personalidad viene desarrollándose, exteriorizándose y solidificándose". Hemos deseado transcribir textualmente estos elocuentes fragmentos de la sentencia en cuestión por lo que ella significa en cuanto valiosa aproximación al concepto de identidad personal. Como fácilmente se puede apreciar, en la sentencia de la Suprema Corte se perfilan, con nitidez, muchos de los elementos que contribuyen a precisar la noción de identidad personal.

El pronunciamiento de la Corte empieza por reconocer que existe "un interés" existencial merecedor de tutela jurídica. Interés existencial que caracteriza como "esencial, fundamental y calificante de la persona". La identificación de una necesidad inherente al ser humano es la base para la configu-

---

personale, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1987-II-453 y siguientes.

ración de una situación jurídica subjetiva, mediante la cual se le brinde la más adecuada protección, dentro del marco del interés social y enderezada al bien común.

El interés aludido en la sentencia se refiere a aquel que cada sujeto tiene de "ser presentado en la vida de relación en su verdadera identidad". Es decir, que se le reconozca como lo que realmente es, en su "mismidad", como "uno mismo". Se trata de la "verdad personal" que consiste en el propio "patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional", dejando abierta, mediante un elocuente "etcétera", la posibilidad de hallar otras connotaciones como aquellas de carácter moral o sicológico. El derecho de la persona, que jurídicamente la protege en su vida de relación social, es precisamente ese patrimonio, el mismo que define la "personalidad" de cada cual. En consecuencia, nadie puede alterar, desnaturalizar o contestar ese conjunto de calidades que perfilan lo que hace que cada ser humano sea "uno mismo". Se tutela el patrimonio cultural de la persona frente a las agresiones provenientes de terceros a fin de garantizar la "verdad personal".

En el fallo que hemos glosado se alude a la identidad personal como aquella de carácter físico o biológico, a la que comúnmente se le conoce como "identificación". La Corte distingue, con claridad, esta noción estática, a la que se contraen los signos distintivos, como el nombre o el seudónimo, o la imagen y la fecha de nacimiento, las huellas digitales o la nacionalidad, de aquella otra referida a la identidad personal, es decir, de la que se proyecta socialmente. Esta última, como es obvio, no es estática. Por el contrario, tratándose de la personalidad, es dinámica. Se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia. Ella tiene una connotación cultural,

entendida como todo aquello que el ser humano hace en y con su vida. Es decir, el fluido y cotidiano quehacer en que consiste la humana existencia.

La Corte opinó que el concepto de "identidad personal" debía entenderse como el patrimonio cultural del sujeto, comprendido en su más amplia acepción. La Corte excluye en su pronunciamiento, por tanto, al aspecto estático de la identidad personal, el que merece tutela jurídica, y estima que la identidad personal es una noción que engloba el conjunto de creencias, opiniones y acciones del sujeto en su proyección social. En la sentencia se prescinde, en consecuencia, de aquello que podría considerarse como la identidad biológica o registral, a la cual se le designa como la "identidad física". La otra, la que es materia de la ejecutoria suprema, vendría a ser la "identidad espiritual".

La ejecutoria expresa, al respecto, que "mientras los signos distintivos (nombre, seudónimo, etc.) identifican, en el actual ordenamiento, al sujeto en el plano de la existencia material y la condición civil y legal, y la imagen evoca la mera semblanza física de la persona, la identidad representa, en cambio, una fórmula sintética para distinguir al sujeto desde un punto de vista global en la multiplicidad de sus específicas características y manifestaciones (morales, sociales, políticas, intelectuales, profesionales, etc.), es decir, para expresar la concreta y efectiva personalidad individual del sujeto tal como se había venido solidificando".

Es del caso recordar que, tal como lo hemos referido en su lugar (ver punto a), la noción de identidad personal, entendida como "patrimonio intelectual", aparece en la precursora sentencia del pretor de Roma del 6 de mayo de 1974. En dicho fallo se alude al derecho de cada uno de "no ver desconocida la paternidad de las propias acciones", al derecho

a que "no se le atribuya la paternidad de acciones que no son propias", a no ver "alterada la propia personalidad individual". En la sentencia del Tribunal de Roma, del 27 de marzo de 1984, antes mencionada (ver punto f), se hace también referencia al concepto de "patrimonio cultural".

Por nuestra parte, somos de la opinión de que la identidad personal, en cuanto el ser humano es una unidad sicosomática, debe integrar unitariamente lo que constituye la plena realidad existencial. Por ello, estimamos que no puede prescindirse de la identidad biológica o física, la que debe ser considerada al lado de aquella dinámica o espiritual. Es evidente que, desde un punto de vista teórico, es posible y conveniente distinguirlas y aun tutelarlas jurídicamente de modo independiente, todo lo cual nos parece correcto. Pero, si se quiere formular una noción completa de "identidad personal" no podría omitirse la faceta estática a la que hemos hecho referencia. Lo somático y lo espiritual definen, en conjunto, la identidad personal, aunque cada uno de estos aspectos pueda ser teóricamente considerado y tutelado en forma independiente.

El pronunciamiento que venimos comentando deja muy en claro el carácter objetivo del derecho a la identidad personal. La "identidad" materia de tutela es aquella que se proyecta socialmente. Es decir, pensamientos u opiniones que se transforman en conductas intersubjetivas. Se protege la identidad compartida, en interferencia con los demás, dentro de la trama social. Esto no constituye una novedad, ya que el derecho, de suyo y tal como lo hemos recalcado, es intersubjetividad. Pero, lo que se quiere expresar en el referido fallo es que las conductas meramente subjetivas, las que no se extrovierten, que no son conocidas por los demás, que pertenecen al mundo interior del sujeto, no pueden integrar la "identidad" que interesa al derecho.

La sentencia se refiere a la objetividad de la identidad personal cuando señala que lo que tutela es la personalidad "tal como es conocida o podría ser conocida en la realidad social", y esto no deja espacio para la duda. Lo que se pretende proteger es la identidad en cuanto ha sido "comunicada", en tanto que la personalidad, con su conjunto de ideas y opiniones, se ha objetivado, ha dejado su huella en la vida de relación. La identidad debe entenderse no como lo que el hombre decide, sueña o anhela, sus intenciones o recónditos pensamientos, sino su proyección social en cuanto acciones que se entrecruzan en el tejido comunitario.

Cabe señalar que, tal como lo hemos anotado, la sentencia del Tribunal de Roma, del 27 de marzo de 1984 (ver punto f), hace referencia al elemento objetivo atinente a la identidad personal. Allí se expresa que ella "debe ser verificada y definida mediante comprobaciones objetivas, en relación a posiciones ciertas y emergentes del individuo en la sociedad, con exclusión de la tutela de las ideas o convicciones o patrimonios culturales que permanecen en la esfera íntima del sujeto o que éste considera haberla pero que no ha sido puesta de manifiesto".

No puede pasarse por alto un aspecto de especial interés que recoge la sentencia. Se trata de aquello que los magistrados aluden bajo la expresión "criterios". Se trata, en este caso, de los parámetros que deben aplicarse por los jueces al efecto de apreciar si se ha producido una alteración de la identidad personal. Dichos criterios están referidos, en el fallo de la Corte de Casación, bajo los conceptos de "normal diligencia" y "buena fe subjetiva". Esta precisión es muy importante en la medida que "humaniza" la relación jurídica, atendiendo a factores subjetivos que deben ser tomados en consideración al juzgar conductas lesivas a la identidad personal.

Los criterios de "normal diligencia" y "buena fe subjetiva", puestos de manifiesto por la Corte, deben conducir a "los otros" a comportarse con adecuada cautela y sin apresuramientos al recoger de la realidad social la proyección de la personalidad de cada cual. Mientras que la diligencia impone un deber de esmero "activo" para registrar el patrimonio cultural e ideológico de toda persona, evitando así que por un descuido se le atribuya un hecho falso o se omita un dato de relieve que permita configurar certeramente la personalidad de alguien, la buena fe subjetiva llevaría a "los otros" a la creencia en lo que concierne a la veracidad de las actitudes y comportamientos de un determinado sujeto, en tanto signos reveladores de su identidad personal. La buena fe subjetiva se traduce, en última instancia, como la confianza en que cada persona fenomenaliza, sin distorsión alguna, sus auténticas ideas, creencias, aspiraciones, sentimientos.

Cabe resaltar que la ejecutoria suprema que venimos comentando se fundamenta en el art. 2º de la Const. italiana, la misma que se coloca "en el centro de todo el ordenamiento constitucional". Se trata, como se subraya en el fallo, de una cláusula abierta y general de tutela del libre y completo desarrollo de la personalidad humana y "es idónea, en consecuencia, para comprender dentro de su ámbito nuevos intereses emergentes de la persona humana siempre que sean ellos esenciales a la misma".

h) *Deslinde entre el derecho a la identidad personal y los otros derechos de la persona.* El fallo de la Corte de Casación, antes glosado, significa no sólo un apreciable aporte en lo que atañe a la definición misma de lo que se entiende como "identidad personal", sino que representa también una importante contribución en la tarea de deslinde conceptual de este derecho en relación con otros derechos de la persona con los cuales guarda estrecha conexión.

Es evidente que, si reservamos la expresión "identidad personal", para definir sólo el aspecto dinámico de la misma, es decir, el patrimonio cultural del sujeto, debe procederse a distinguirla de otros derechos que se refieren a lo que constituye la llamada "identidad física" o estática de la persona. En este orden de ideas es imprescindible aludir a los signos distintivos, como el nombre y el seudónimo, y a la imagen de la persona.

En lo que respecta al nombre, hemos apreciado cómo en el pronunciamiento del Tribunal de Milán, de fecha 19 de junio de 1980 (ver punto d), se acoge el reclamo de un notable científico, fundándose el fallo en el art. 7° del Cód. Civil italiano que protege la usurpación del nombre. El Tribunal, en una particular y muy discutible interpretación, consideró que la violación de la identidad personal significaba "implicar al titular del nombre en situaciones que falsean la representación externa de su persona". Esta situación fue apreciada por los magistrados milaneses como "un hecho lesivo por uso indebido del nombre ajeno".

En opinión de la Suprema Corte, los jueces del Tribunal de Milán habrían alterado, en vía interpretativa, el contenido del art. 7° del Cód. Civil. Para los magistrados supremos entre el derecho a la identidad personal y el derecho al nombre existe tan sólo una cierta correlación. No puede considerarse, por ende, que el derecho a la identidad esté comprendido dentro de los alcances conceptuales propios del derecho al nombre. A este tema le dedicaremos, en su momento, debida atención (ver § 15).

La Corte fija, con nitidez, el criterio que permite distinguir las dos nociones a las cuales nos venimos refiriendo. Para los magistrados supremos los signos distintivos, como el nombre y el seudónimo, identifican al sujeto en el "plano de la existencia material y de la condición civil y legal", mientras

que la identidad es una "fórmula sintética que distingue al sujeto desde el punto de vista global de sus específicas características y manifestaciones". Es decir, de sus expresiones morales, sociales, políticas, intelectuales, profesionales, todo lo que hace patente "la concreta y efectiva personalidad del sujeto".

La Corte diferencia también el derecho a la identidad personal del derecho a la intimidad de la vida privada. El primero "asegura la fiel representación de la proyección social", mientras que el derecho a la intimidad tutela "la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable". Una distinción de este tipo había sido ya considerada mediante la sentencia del Tribunal de Roma del 27 de marzo de 1984 (ver punto f), en la que el derecho a la identidad personal aparece como una ulterior evolución del derecho a la intimidad.

La sentencia de la Corte de Casación, si bien no formula una expresa diferenciación entre el derecho a la identidad personal, de una parte, y el derecho al honor y a la reputación, de la otra, deja sin embargo constancia de que la lesión a la proyección social de la persona puede ocurrir mediante una acción que, al mismo tiempo, no agravie el honor o la reputación del sujeto. Esta misma distinción había sido tenida en consideración en el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Roma del 7 de noviembre de 1984 y, con anterioridad, en el fallo de la pretura de Roma del 2 de junio de 1980 (ver puntos f y d, respectivamente).

i) *Fundamentación normativa del derecho a la identidad personal.* Es importante resaltar que la sentencia de la Corte de Casación, del 22 de junio de 1985, se fundamenta en el art. 2º de la Const. italiana. La Corte hace derivar la tutela de la identidad personal del mencionado numeral, el mismo que

opera para el efecto como cláusula general y abierta de protección integral del sujeto de derecho. El citado artículo enuncia que la República "reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea invidualmente o en las formaciones sociales, donde desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

La Corte estimó que el citado precepto de la Constitución tutela, de modo integral y con la mayor amplitud, sin excepción, "todos los derechos inviolables del hombre". Este artículo constitucional se constituye, de esta manera, en el generador de cualquier derecho de la persona que no estuviere específicamente tipificado y desarrollado en el ordenamiento jurídico. Dentro de estos "derechos inviolables", no contemplados expresamente, se encuentra el derecho a la identidad personal, el derecho a "ser uno mismo", en tanto interés existencial merecedor de tutela jurídica. Corresponderá al juzgador, en cada caso, determinar la previa existencia de un interés existencial, de un derecho personal que dimana de la dignidad del sujeto.

La Corte, en lo que se refiere a la operatividad del derecho, se remite a la vía analógica, tal como oportunamente lo indicáramos, por lo que considera de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 7° del Cód. Civil que se refiere a la protección del nombre. También consideró que la reglamentación del derecho a la identidad personal debe deducirse, por analogía, de lo previsto por el ordenamiento en lo que atañe al nombre del sujeto. Dicha analogía se sustenta en el hecho de que la figura del nombre resulta ser la que denota mayor afinidad que otras en relación con el derecho a la identidad personal en su dimensión dinámica.

El procedimiento analógico en referencia permite al juez aplicar al caso de la identidad personal

los medios de tutela que la ley prevé para la contestación o usurpación del nombre del sujeto. Es decir que, quien se sienta agraviado en lo que a su identidad personal se refiere, podrá solicitar, según sea el caso, la cesación de los hechos lesivos, la publicación de la sentencia recaída en el procedimiento y el pago de los daños, si los hubiere. Todas estas medidas cautelares están expresamente contempladas en el mencionado art. 7° del Cód. Civil italiano.

j) *Recientes desarrollos jurisprudenciales.* La sentencia de la Corte de Casación del 22 de junio de 1985, tal como lo hemos manifestado, representa un extraordinario y logrado esfuerzo de síntesis de toda la anterior jurisprudencia italiana a través de la cual, fatigosamente y no sin contradicciones, se fue modelando la nueva y autónoma situación jurídica subjetiva correspondiente a la identidad personal. Sus aportes, que pueden considerarse definitivos en el proceso de elaboración jurisprudencial de esta figura jurídica, recogen también las valiosas y oportunas reflexiones ofrecidas por la doctrina que, en esos recientes años, empezaba a interesarse por el tema. Por todo ello, como lo venimos sosteniendo, el fallo de la Corte significa un hito importante en el desarrollo de la novedosa situación jurídica subjetiva, por lo que habrá que remitirnos al mismo cuando se trate de la materia.

Con posterioridad a esta sentencia encontramos una del pretor de Varese, del 27 de enero de 1986, la misma que hace referencia a diversas medidas cautelares de la identidad personal que vale la pena recordar[104].

El conflicto resuelto por el juez de Varese se refiere a una lesión a la identidad personal cometida a

[104] La sentencia se publicó en "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", 1986-553.

través de la publicación de un libro. Se trata, como es obvio y a diferencia de lo que acaece tratándose de una publicación periódica, de un medio que, en términos generales y potencialmente, tiene mayor posibilidad de permanencia en la memoria colectiva. Por ello, el referido juez expresa en los considerandos de su fallo que cuando "la lesión a la identidad personal se efectúe a través de un bien con carácter de permanente, como un libro, aparecen remedios cautelatorios idóneos para limitar la extensión del perjuicio como el envío de comunicados de desmentida a los notorios poseedores del volumen, la publicación del mismo comunicado en un cotidiano, la orden de insertar la precisión en la misma página del libro en caso de reedición".

El pretor, dada la característica del medio que había servido para alterar la identidad personal, dispuso la aplicación de diversas medidas cautelares de la identidad personal lesionada a través de las páginas de un libro. Es así que, entre ellas, ordenó la remisión de un comunicado a notorios personajes, de quienes se sabía que estaban en posesión del citado volumen. En esta nota circular se desmentía y rectificaba la falsa afirmación desfigurante de la personalidad del actor. El comunicado, además, se publicó en los medios de comunicación periódica. El juez ordenó también que, de producirse una nueva edición de la obra, el autor estaba obligado a insertar la nota aclaratoria en la página del libro donde había aparecido la lesiva aseveración. De este modo, el juez puso en práctica todas las medidas que había imaginado en los considerandos de la sentencia bajo comentario.

En una sentencia emitida por el juez de Roma, del 15 de noviembre de 1987[105], se tutela la identi-

[105] La sentencia del 15/11/87 se publicó en "Foro Italiano", 1987-I-973.

dad de la persona sobre la base de la notoriedad alcanzada socialmente por la misma. De ahí que en el fallo se considera que no puede permitirse el uso no autorizado de la notoriedad de un personaje con la finalidad de hacer publicidad a un determinado producto, en tanto ello lesiona los derechos de la personalidad del interesado.

Si bien en la referida sentencia no se hace expresa referencia al derecho a la identidad personal, se estima que se han lesionado situaciones jurídicas vinculadas con la personalidad, como el nombre y la imagen. Al referirse a esta última, se hace la salvedad de que no se trata de tutelar la imagen referida al contorno físico de la persona sino el conjunto de las connotaciones y de las calificaciones que exteriorizan e individualizan a un cierto sujeto. Como se advierte, el concepto que glosamos, y que aparece en la sentencia, coincide plenamente con el de la identidad personal. De ahí que se concluya que la utilización no consentida de la notoriedad de un sujeto puede producir un "efecto lesivo en cuanto a la imagen social del mismo" [106].

En el caso en referencia una empresa productora de detergentes insertaba dentro de la bolsa una cinta grabada con algunas canciones de un famoso y notorio cantante italiano, sin su debido asentimiento. Este hecho, en opinión del juez, había originado una estrecha y objetiva conexión entre la figura del mencionado cantante y el producto publicitado.

De otra parte, el juez también estimó que tal vinculación podía suscitar, en ciertos sectores, un desmejoramiento del aprecio hacia la persona del cantante que se prestaba a realizar este tipo de publicidad.

106 Cfr. Lannolo - Verga, *Il diritto alla identità personale*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1987-II-453.

Capítulo II

NOCIÓN JURÍDICA DE IDENTIDAD PERSONAL

§ 10. ***El concepto de identidad personal en la jurisprudencia.*** – De la revisión que se ha realizado en parágrafos precedentes de algunos importantes pronunciamientos jurisprudenciales italianos, especialmente el de la Corte Suprema del 22 de junio de 1985 (ver § 9, g), se advierte cómo, a través de ellos, lentamente, se va configurando la noción relativa al derecho a la identidad personal. En dichas sentencias se aprecia que los jueces habían percibido con lucidez la existencia de un nuevo y definido interés de la persona humana que, por su especial significación e importancia, es digno de tutela jurídica.

El interés existencial en referencia, que en su expresión dinámica no se encuentra protegido por ninguna norma específica dentro del ordenamiento jurídico, consiste, dentro de la óptica jurisprudencial, en que cada persona no vea alterada, desnaturalizada o negada la proyección externa o social de su personalidad. Es decir, a que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multiplicidad de variados aspectos como son, entre otros, el ideológico, el intelectual, el político, el social, el religioso y el profesional de la persona. La tutela requerida en este caso es aquella dirigida a impedir el falseamiento o desfiguración de lo que

significa la "verdad personal". El agravio inferido supone una lesión al perfil social de la identidad personal.

La lesión inferida a la identidad personal dinámicamente considerada, como lo pone de manifiesto la jurisprudencia antes glosada, no tiene por qué estar necesariamente acompañada de una específica ofensa a otro particular aspecto de la personalidad, como podría ser el caso del honor, de la intimidad o del derecho de autor en su vertiente personal. Se debe a la creativa elaboración de la jurisprudencia, como anota Giacobbe, que el interés existencial referente a la identidad personal, en cuanto protección social de la personalidad, aparezca como una nueva y autónoma situación jurídica subjetiva.

La sentencia de la Corte de Casación italiana, del 22 de junio de 1985, ha sido determinante en el proceso de desarrollo jurisprudencial de la nueva situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal, por lo que merece un detenido análisis si es que se pretende aprehender el aporte de la jurisprudencia a la construcción del nuevo derecho a la identidad personal.

Según este meditado y extenso fallo, la identidad personal "integra un bien especial y fundamental de la persona, como es aquel de ver respetado de parte de los terceros su *modo de ser en la realidad social*, o sea, de que el sujeto vea garantizada la libertad de desarrollar integralmente la propia personalidad individual, ya sea en la comunidad en general como en las comunidades particulares".

El pronunciamiento de la citada Corte estima que la identidad es un "bien esencial" de la persona, con lo que la sitúa en el lugar que le corresponde, es decir, en aquel que tiene que ver con lo primordial del ser humano, junto a los bienes de la vida y la libertad. De otro lado, dicho fallo resalta que la identidad es, en buena cuenta, "el modo de

ser" de cada persona "proyectado a la realidad social". Se remarca así la proyección comunitaria de la personalidad y, con ella, la objetividad que debe siempre acompañar a la determinación de la identidad personal.

Finalmente, la sentencia vincula certeramente el libre desenvolvimiento de la personalidad, que es un derecho fundamental, con la identidad personal que es el resultado del proceso de desarrollo integral de las potencialidades humanas en búsqueda de la perfección.

No puede soslayarse el impacto que causó, en su momento, el pronunciamiento del pretor de Roma, del 6 de mayo de 1974, en cuanto en él se afirmaba precursoramente esta nueva situación jurídica subjetiva relativa a la identidad. Allí se sostiene, como lo hemos apuntado, que al protegerse la identidad personal "se tutela el derecho de cada uno a que no se le desconozca la *paternidad de sus propias acciones*, en su más amplio significado, es decir, a no verse alterada su propia personalidad individual". Esta preliminar aproximación jurisprudencial a la noción de identidad sirvió de punto de partida para el estudio científico de la nueva figura jurídica y marcó el inicio de un debate que aún no concluyó.

La jurisprudencia italiana ha puesto de relieve tres notas características del derecho a la identidad[1]. En primer término, se ha precisado la naturaleza omnicomprensiva de la pesonalidad del sujeto, es decir, su calidad de ser representativa de la *totalidad* de su patrimonio cultural, cualquiera sea su específica manifestación. La identidad personal

[1] Zeno - Zencovich, comentario al fallo de la Corte de Casación del 22/6/85, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-I-655.

abarca y comprende todos los complejos y múltiples aspectos de la personalidad, lo que "cada uno" realmente es y significa en su proyección coexistencial. Engloba todos sus atributos, sean ellos positivos o negativos. Es así que todas las notas de la personalidad, vinculadas esencialmente en la unidad del yo, determinan la identidad personal de cada sujeto.

En segundo lugar, la jurisprudencia destaca la objetividad de la identidad personal, "entendida en el sentido de correspondencia entre comportamientos externos relevantes del sujeto y la representación de la personalidad"[2]. Es decir, que lo que merece tutela jurídica es la identidad real y no aquella aparente o simulada que la persona pueda arbitraria y subjetivamente atribuirse. Cabe apuntar que la figura de la identidad personal está firmemente "anclada a la verdad", entendida ésta no en sentido absoluto sino como "la realidad cognoscible según los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva", tal como lo destaca la sentencia de la Corte de Casación tantas veces referida[3].

La identidad personal se caracteriza, finalmente, por su "exterioridad". Ella se refiere al sujeto en su proyección social, en su dimensión de coexistencialidad. Giacobbe sintetiza el mensaje jurisprudencial cuando manifiesta que la expresión "identidad personal" es asumida, originalmente, "como signo de la existencia de situaciones jurídicas –o situación jurídica– subjetivas en conexión con la persona, en particular con sus actitudes, o

[2] Zeno - Zencovich, comentario al fallo de la Corte de Casación del 22/6/85, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-I-655.

[3] Zeno - Zencovich, comentario al fallo de la Corte de Casación del 22/6/85, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-I-653.

sea como proyección de la persona en la realidad social, mediante la unitaria configuración de sus atributos esenciales"[4]. No está demás recordar que esta última característica de la identidad personal es consustancial al derecho, en cuanto éste es primaria y necesariamente coexistencialidad, es decir, intersubjetividad.

§ 11. ***La noción de identidad personal en la doctrina.*** – La doctrina ha seguido, en cuanto a la elaboración dogmática de la situación jurídica subjetiva referente a la identidad personal en su dimensión dinámica, como observa Giacobbe, un proceso complejo y gradual[5]. Cabe resaltar que la conexión entre jurisprudencia y doctrina, que se hizo patente en el derecho italiano cincuenta años atrás a propósito de la elaboración del derecho a la intimidad, se repropone con similares acentos en la última década en lo que atañe a la formulación del derecho a la identidad personal.

Se advierte, también en este último caso, una fecunda y recíproca influencia entre jurisprudencia y doctrina. La jurisprudencia utiliza, en este sentido, los análisis y desarrollos científicos y se vale de las reflexiones críticas proyectadas por la doctrina para enriquecer y precisar los alcances de sus pronunciamientos. Pero, al llevar en algunas oportunidades estos aportes a posiciones más avanzadas crea lo que se suele designar como el "derecho vivo", es decir, un derecho básicamente jurisprudencial.

[4] Giacobbe, Giovanni, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 17.

[5] Giacobbe, *L'identità personale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 9.

El derecho a la identidad personal es un "derecho jurisprudencial" –como se ha hecho evidente a través de las páginas precedentes– pero, como lo hace notar Alagna, "en el sentido romanístico del *ius dicere* de clásica memoria y, por ende, no se limita a la sola actividad jurisprudencial sino que se extiende a las sustanciales contribuciones de la doctrina"[6]. Esto es tan cierto que la propia jurisprudencia reconoce este valioso aporte de la ciencia del derecho. Así, en la sentencia de la Corte Suprema del 22 de junio de 1985 (ver § 9, g), la propia Corte considera que en el fundamento jurídico-positivo de la tutela se advierte la exigencia de asegurar el interés de la intangibilidad de la identidad personal, "conforme a una orientación de la doctrina", que encuentra en el art. 2° de la Constitución dicho fundamento, cuando dispone que "la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad".

En lo que concierne a la elaboración de la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal, cabe anotar que ella, tal como se ha reiterado, se realiza fundamentalmente a través de un proceso unitario, "en cuya actuación doctrina y jurisprudencia, análisis teórico y experiencia operativa, concurren con paridad de título de legitimación, si bien con diversas esferas de competencia"[7].

a) *La noción de identidad personal en las obras de De Cupis y Messineo.* No obstante que en la actualidad persisten ciertas dudas y perplejidades, en cuanto a diversos aspectos referentes a la nueva si-

[6] Alagna, Sergio, *Diritto alla identità personale e risarcibilità del danno non patrimoniale*, en "Giustizia Civile", 1983-II-159.

[7] Giacobbe, *L'identità personale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 17.

tuación jurídica subjetiva definida como identidad personal, y que algunos problemas aguarden aún una renovada reflexión de parte de la doctrina, es dable sostener que, en estos últimos años, la definición de identidad personal se ha consolidado. La sumaria revisión de las recientes resoluciones de la jurisprudencia y algunas reflexiones formuladas por diversos autores confirman nuestro aserto.

En opinión de Giacobbe, la más completa elaboración doctrinal acerca de la situación jurídica concerniente a la identidad corresponde a De Cupis[8]. Según Giacobbe, su obra representa el resultado de una profunda investigación que nos conduce, principalmente, a la primera edición del volumen titulado *I diritti della personalità*, en 1961. Pero, al lado de este libro capital en la producción de De Cupis en torno a los derechos de la personalidad, no puede prescindirse de algunos ensayos menores que el autor dedicó, precursoramente, a la materia. Recordamos a este propósito un trabajo que, bajo el nombre de *Il diritto alla identità personale*, publicara el autor en 1949. En el año de 1982 aparece la segunda edición de *I diritti della personalità*, a través de la cual se advierte una maduración de sus ideas sobre el tema y un desarrollo más amplio del asunto concerniente al derecho a la identidad personal.

La identidad personal es "ser uno mismo", representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, "constituyendo la misma *verdad* de la persona". Ella no puede, en sí y por sí, ser destruida, ya que "la verdad, precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada"[9]. Con estas expresiones,

[8] Giacobbe, *L'Identità personale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 2, nota 1.

[9] De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, p. 399.

mediante las cuales se nos ofrece una concepción de la identidad personal, inicia De Cupis su tratamiento del tema en la segunda edición de *I diritti della personalità.*

Ser "uno mismo", continúa De Cupis, significa serlo "aparentemente también en el conocimiento, en la opinión de los otros: significa serlo también *socialmente*"[10]. Es esta proyección social de la identidad personal la que es susceptible de ser lesionada externamente. Es esta identidad, en cuanto bien jurídico, la que merece la tutela del derecho. La identidad personal se muestra así, en opinión de De Cupis, como un interés digno de protección jurídica. Se trata del interés que posee la persona por afirmar su propia individualidad. Ella se constituye como una legítima aspiración del sujeto, la que se traduce en su deseo de "resultar, en el ámbito social, aquello que realmente es, con sus propias cualidades y sus propias acciones"[11].

Es importante para el hombre, según De Cupis, no sólo afirmarse como persona sino como "una cierta persona", precisamente como aquella persona que realmente es. Pero puede ocurrir que por la acción de un elemento perturbador, la persona sea infielmente representada, a través de la utilización de elementos "no verdaderos o por la omisión de elementos verdaderos, con la consecuencia de ser falseada, alterada, frente a la sociedad, la individualidad personal del mismo sujeto"[12].

No obstante lo expuesto, se advierte en la obra de De Cupis una cierta confusión conceptual, que no ha logrado disiparse del todo en la última edición de su libro capital, entre lo que es la identidad

[10] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 399.
[11] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 399.
[12] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 404.

personal, en su expresión dinámica vinculada con la proyección social de la personalidad y lo que representan los llamados signos distintivos de la persona, tales como el nombre o el seudónimo, en la medida que representan signos expresivos de una identidad estática. Esta confusión entre las dos manifestaciones en que se presenta la identidad integral del ser humano, se observa claramente en su trabajo precursor de 1949.

La monografía antes citada se divide en dos partes: la primera se dedica al derecho al nombre y, la segunda, se refiere al derecho a la imagen. Según el esquema planteado, se deduce que para el De Cupis de 1949 la identidad de la persona equivalía a su identificación biológica y registral, a fin de distinguirla de los demás sujetos. Se trata, en este caso, de un perfil simplemente estático de la identidad, el mismo que deja de lado la identidad espiritual del sujeto, la proyección social de la personalidad, es decir, la vertiente dinámica de la identidad personal.

En la segunda edición de *I diritti della personalità*, de 1982, aunque si bien se aprecia un salto de calidad en la noción que De Cupis tiene de la identidad personal, se percibe en ella un cierto rezago de la antigua confusión entre identidad personal, que posee un contenido dinámico, y los signos distintivos, los cuales sirven para la estática identificación del sujeto. Esto se evidencia cuando el autor expresa que los signos distintivos tienen como función identificar a la persona en el ámbito social. En "otras palabras, para facilitar aquella proyección social de la identidad personal que el ordenamiento jurídico quiere proteger"[13]. Este concepto se reitera, líneas más adelante, cuando manifiesta que los

[13] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 402.

signos distintivos de la persona, como el nombre o el seudónimo, son "útiles instrumentos de la identidad personal, entendida en su aspecto social". Es decir, que, como advierte Dogliotti, aún no aparece nítida la distinción entre "identificación" e "identidad personal", entre identidad estática e identidad dinámica.

La misma confusión entre signos distintivos del sujeto e identidad personal, propia de un primer momento dentro del proceso de decantación del integral concepto de identidad personal, la encontramos también en otros tratadistas, como es el caso de Messineo. Para este autor la persona tiene el derecho a "no ser confundida con las demás"[14]. El derecho a la identidad personal se constituye generalmente, según Messineo, sobre la base del nombre. En la actualidad la doctrina ha superado esta estática concepción de la identidad personal y ha logrado precisar que el nombre es sólo un dato de la identificación del sujeto, al que se unen otros de las mismas características, como son la filiación, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento. Se trata, como lo hemos apuntado, de la identidad física, biológica o registral. En ella no se agota, por cierto, la identidad de la persona en su más cabal y completa expresión.

De lo expuesto se aprecia que de la noción de identidad formulada por Messineo no se desprende el aspecto dinámico de la misma, relativo a la proyección pública de la compleja personalidad del sujeto, con todos sus atributos definitorios. La identidad personal, en concepto de Messineo, se reduce sólo al *status*, sin referencia alguna al patrimonio cultural e ideológico del sujeto. La posición de Messineo, como la que sostuvo De Cupis, es propia

[14] Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, p. 92.

de un primer momento en el proceso de elaboración doctrinaria de la noción de identidad personal. Ella asume, de este modo, una tradicional y limitativa concepción de lo que significa la identidad de la persona, la misma que, como lo hemos manifestado, ha sido superada por la doctrina y la jurisprudencia de la hora presente.

b) *Consolidación doctrinaria de la noción de identidad personal.* Alpa, en el Seminario de Génova al que se ha hecho referencia, puso de relieve que los confines teóricos del derecho a la identidad personal no eran claros, por lo que resultaba necesario operar una precisa delimitación del campo propio de la respectiva investigación[15]. Esta comprobación, sin embargo, no impide que el autor admita que la persona tiene un interés o exigencia existencial. Esta exigencia, precisamente, ha sido puesta en evidencia en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales a los que nos hemos referido en parágrafos precedentes. Ella consiste en el hecho mediante el cual el sujeto aparece fenoménicamente, es decir, hacia el exterior, como portador de definidos principios morales, políticos, ideológicos, sociales, en todos los cuales la persona se reconoce y que nadie debe alterar[16].

Dogliotti, que es uno de los autores que más asiduamente ha tratado el tema en años recientes, individualiza en la identidad personal el complejo de las características que concurren a formar la personalidad, como "las experiencias pasadas, la condición presente y, sobre todo, las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y

15 Alpa, *Un questionario sul diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 15.

16 Alpa, *Un questionario sul diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 17.

morales de cada individuo"[17]. El derecho a la identidad personal reclama así, según Dogliotti, la exigencia de ser reconocido socialmente como uno mismo, "en la perspectiva de una cumplida representación de la personalidad individual en todos sus aspectos e implicaciones, en sus calidades y atribuciones"[18]. El autor afirma la importancia del derecho a "ser uno mismo" dentro de la sociedad en la cual la persona, cada vez con más frecuencia, está expuesta a graves agresiones y condicionamientos que eran absolutamente impensados en el pasado.

La exigencia que emerge de la situación existencial relativa a la identidad personal es, para Tommasini, aquella de carácter fundamental que se refiere a la realidad o verdad personal. El respeto a la verdad se actualiza así en el reconocimiento de la real identidad de los sujetos, de aquella identidad que caracteriza el tipo de vida de cada uno en un espacio y en un tiempo definido. De ahí que, como advierte el autor, "la infiel representación de la persona y de su verdad individual hace surgir el derecho del sujeto a la cesación del hecho lesivo y al cumplimiento de todos los actos idóneos a restablecer la verdad personal"[19].

Considera Tommasini que el individuo se distingue de los otros seres humanos por una serie de signos externos, como el nombre, los datos respecto del nacimiento, la filiación, la imagen, todo lo cual constituye los perfiles estáticos concernientes a la "identificación". Ellos están destinados, sus-

[17] Dogliotti, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 66.

[18] Dogliotti, *Le persone fisiche*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", p. 99.

[19] Tommasini, *L'identità dei soggetti*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 83 y 87.

tancialmente, a no cambiar. De otro lado, la identidad del sujeto como "proyección externa de la esfera espiritual debe ser siempre apreciada *dinámicamente* en relación con las modificaciones que ella sufre según los diversos comportamientos comprensivamente asumidos por el sujeto"[20].

La persona no puede pretender, según Tommasini, que se le garantice una identidad artificial o irreal, que el sujeto se haya construido en una determinada sociedad. Lo que jurídicamente se tutela no es una aparente identidad, sino la proyección externa de la personalidad siempre que ella refleje la verdad de los valores y acciones que son propios del sujeto. La proyección externa tiene que ser coherente con la verdad de los hechos a través de los cuales se manifiesta la personalidad. Esta versión social, de carácter objetivo, es la que resulta ser materia de protección jurídica[21].

Por su parte, Scalisi concibe a la identidad personal como aquello que individualiza al sujeto, "que lo distingue, y hace diverso, cada cual respecto del otro"[22]. La identidad personal significa, en sentido amplio, el patrimonio ideal y de comportamientos de la persona. Pero, anota el autor, que aparte de esta precisión conceptual en torno a la identidad personal, todo el resto referente a esta situación jurídica subjetiva es discutible. La materia en debate se presenta como amplia y compleja.

Observa Roppo que, contrariamente a lo que acontece con los otros derechos de la personalidad,

[20] Tommasini, *L'identità dei soggetti*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 89.

[21] Tommasini, *L'identità dei soggetti*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 86-87.

[22] Scalisi, Vincenzo, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 119.

el derecho a la identidad personal no se plantea como un límite en cuanto a la acción de los demás, es decir, en sentido negativo, sino más bien como un requerimiento del sujeto a ser "él mismo", como una pretensión al reconocimiento de "la positiva expresión de la propia personalidad"[23].

Las opiniones antes citadas permiten apreciar que, en la actualidad, existe entre los autores prácticamente unanimidad de pareceres en lo que atañe a la noción de identidad personal. El concepto de identidad personal, como lo hemos expuesto en su lugar, se sustenta en lo fundamental en los iluminados aportes de la iusfilosofía contemporánea.

Es importante anotar que un sector mayoritario de la doctrina ofrece una definición de identidad personal en gran parte coincidente con la posición fijada por la Corte de Casación italiana en su sentencia ya comentada del 22 de junio de 1985. Se advierte así, como lo hemos subrayado en su oportunidad y ahora reiteramos, una estrecha vinculación entre la creatividad jurisprudencial y los críticos y analíticos desarrollos de la doctrina.

Los problemas que aparecen en relación con la identidad personal, como se ha podido vislumbrar, no radican en la definición misma de la situación jurídica subjetiva, sino que ellos surgen en relación con otras cuestiones, tanto teóricas como prácticas, que aún persisten como interrogantes abiertos y sobre los cuales discurre la doctrina de nuestros días. A estos problemas se han referido casi todos los autores que han afrontado el tema atinente a la identidad. Es ilustrativo al efecto el "cuestionario" que sobre el derecho a la identidad

[23] Roppo, Enzo, *Diritti della personalità, diritto all'identità personale e sistema dell'informazione. Quale modello di politica del diritto?*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 29.

se planteaba Alpa en un trabajo presentado en el seminario de Génova antes mencionado[24].

§ 12. ***NUESTRA POSICIÓN EN TORNO AL DERECHO A LA IDENTIDAD.*** – Como corolario de todo lo hasta aquí expuesto, y luego de haber revisado brevemente algunas de las más conocidas y recientes versiones doctrinarias sobre aquello en que consiste esta nueva situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal, cabe intentar algunas precisiones conclusivas sobre el particular.

Entendemos como identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro". Este plexo de características de la personalidad de "cada cual" se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a *cierta persona*, en su "mismidad", en lo que ella es en cuanto específico ser humano.

La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado y finito, sino que ella se crea en el transcurrir del tiempo, con el tiempo. Por ello, no es estática sino cambiante. Se enriquece y se empobrece, se modifica. Todo ello dificulta su aprehensión y hace posible que el propio ser humano niegue un determinado aspecto de su identidad histórica. De lo contrario, no se explicarían las conversiones y las renuncias ideológicas o religiosas, las variantes en

24 El trabajo en referencia aparece en Alpa - Bessone - Boneschi, *Il diritto alla identità personale*, p. 15 y siguientes.

el proyecto existencial o el no reconocerse más con determinado aspecto de la personalidad que se considera superado o cancelado.

Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior. A través de ellos se tiene una primera e inmediata visión del sujeto. Entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como podrían ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás. La persona se identifica, de modo inmediato, por estos atributos.

Cuando nos hallamos, por primera vez, frente a una cierta persona, nos impresiona su imagen y preguntamos por su nombre. El sujeto ha sido elemental y primariamente identificado, singularizado. Una imagen y un nombre se graban en nuestra memoria.

La identidad, que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos sicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior. Es, en síntesis, el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que cada cual consiste.

La identidad personal se presenta, por todo lo expuesto, como un preponderante interés existen-

cial que merece tutela jurídica. Es una situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene el derecho a ser representado fielmente en su proyección social. Tiene derecho a que se le conozca y defina en su "verdad personal", tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser "él mismo" y no "otro". El derecho a la identidad supone la exigencia del respeto de la propia biografía, con sus luces y sus sombras, con lo que exalta y con lo que degrada.

Ante el derecho de la persona se yergue el deber de los demás de respetar la "verdad" que cada cual proyecta, de modo objetivo, en su vida de relación social. Tratándose de una situación jurídica subjetiva hallamos también que frente al derecho del sujeto, aparece a su vez, su propio deber de ser auténtico en las manifestaciones externas de su personalidad, de que ella se exprese tal cual es. No puede perderse de vista que la identidad es la proyección social de una "verdad personal", de una manera individual de ser humano. Es esta verdad la que configura el interés existencial digno de tutela jurídica.

No fue posible incluir en el Código Civil peruano de 1984 un título dedicado a la regulación de la identidad personal, tal como concebimos a esta nueva situación jurídica subjetiva. Ello se debió a múltiples circunstancias, aunque tal vez las razones más notorias sean las referidas en la Exposición de motivos de dicho cuerpo legal.

En dicha Exposición de motivos se expresa que "nuestro Código no regula el derecho a la identidad tal como ha sido concebido por cierto sector de la doctrina y al cual nos hemos referido en párrafos precedentes". Y añadíamos que ello obedece "tanto al incipiente desarrollo del tema dentro de la

doctrina civil y la jurisprudencia comparada como a la nula atención que la doctrina nacional ha otorgado a la materia". En ese mismo texto se sostiene que no obstante tal situación, ella no es "obstáculo para que, a la espera de un serio tratamiento del asunto, la jurisprudencia nacional, con sentido creativo y sustentándose en el derecho a la libertad, a la integridad sicosomática y al nombre, proteja el derecho a la identidad en el sentido tanto de impedir que se imputen a la persona conductas que no le pertenecen, como evitar el que otras asuman la paternidad de aquellas de las que realmente es protagonista" [25].

§ 13. ***Opiniones críticas en relación con el derecho a la identidad personal.*** – Algunos pocos autores niegan la autonomía de la nueva situación jurídica subjetiva definida como "identidad personal", mientras que otros, tampoco muy numerosos, expresan ciertas perplejidades o serias dudas en cuanto a ella. Es del caso citar, entre los que exteriorizan tales dudas o perplejidades a Falzea, De Martini, Scalisi, Pace, Auteri, Fois, Marchesiello, entre otros [26].

Es elocuente, sobre el particular, recordar lo expuesto por Rescigno al sustentar las conclusiones del Seminario de Génova de 1980 [27]. En aquella importante cita científica, el eminente profesor de la Universidad de Roma expresó que las preguntas y las intervenciones producidas en dicho evento habían generado numerosas e interesantes respuestas

[25] Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 3ª ed., p. 77-78.

[26] En las siguientes notas nos referiremos, en cada caso, a las publicaciones donde aparecen oposiciones, dudas o perplejidades en relación con el derecho a la identidad personal.

[27] Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 183.

pero que, a pesar de ellas, no se habían absuelto las dudas a partir de las cuales habíase originado el Seminario. La autorizada observación de Rescigno es del todo explicable si se piensa que se trata de una situación jurídica subjetiva de reciente creación, sobre la cual la doctrina tiene aún mucho que clarificar y definir. Por lo demás, no puede perderse de vista que sus comentarios se vertieron hace ya casi una década, tiempo en el cual la figura de la identidad personal ha definido sus alcances.

Entre los que manifiestan, con énfasis, sus dudas en cuanto a la existencia misma de la identidad personal, se encuentra Marchesiello. En términos expresivos sostiene que no le parece que haya nada más oscuro, frágil y precario que la noción de identidad personal. Ella es para el autor algo extremadamente privado e indefinible[28].

Por su parte, Falzea expresa su perplejidad en cuanto al concepto de identidad personal. Si se entiende la identidad bajo la metáfora de "la imagen social de la persona", ella consiste, según el autor, en la imagen que la sociedad tiene del individuo. Pero, si esto es así, resulta que "no existirán nunca dos sujetos que vean a la persona del mismo modo, por lo que la unidad de la persona en la imagen que los demás se forman de ella no tendrá jamás los mismos caracteres y se disuelve en la nada, quedando como real sólo la multitud incomponible de las imágenes que se forman en cada uno de los demás"[29]. De ahí que, para Falzea, resulte inevitable que la imagen jurídicamente protegida sea la que aprehende el juez que conoce del asunto.

[28] Marchesiello, Michele, *Persona, gruppi, comunità in cerca di un diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 9.

[29] Falzea, *Il diritto alla identità personale*, en varios, "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", p. 89.

Para De Martini el problema relativo a la identidad personal es metajurídico. En todo caso considera que, como tema vinculado al ser, la identidad personal es una noción que pertenece al ámbito de la filosofía o de la sicología. De ahí que sea, en cambio, "un no-problema en el área de las relaciones interpersonales, que es aquella hacia la que se dirige la atención de la ciencia jurídica"[30]. El mismo término de "identidad" aparece para De Martini como semánticamente ambiguo. Dicha expresión designa la esencia de un determinado sujeto, su ser, pero tal cual el propio sujeto lo percibe o tal como lo aprecia la comunidad. Es por ello que para él no resulta claro dónde termina la subjetividad y dónde empieza la objetividad.

Estima Fois que el derecho a no ser presentado bajo una "falsa luz" debería considerarse dentro del derecho a la privacidad. Su distinción no se justifica. Señala al efecto que falta una suficiente y adecuada elaboración de la doctrina internacional en lo atinente a la distinción entre la privacidad y la identidad[31]. Niega, además, todo fundamento constitucional al derecho a la identidad personal dentro del ordenamiento italiano. En todo caso, afirma, tal derecho representaría, en la mejor de las hipótesis, una consecuencia sólo indirecta o "refleja" del derecho a la inviolabilidad moral, el que aparece reconocido en el art. 13 de la Const. italiana[32].

[30] De Martini, Corrado, *Il diritto alla identità personale nella sperienza operativa*, en varios, "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", p. 91.

[31] Fois, Sergio, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti dell'uomo*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 48.

[32] Fois, *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 162.

Deja sentadas Pace sus dudas en cuanto a la posibilidad de hacer derivar de una cláusula general constitucional –el art. 2°, tratándose de la Constitución italiana– nuevos derechos. Según su parecer, no existe un derecho a la "verdad personal". La prohibición de afirmar falsedades o inexactitudes constituye sólo un "límite" a la libertad de expresión del pensamiento, sin que signifique, por tanto, una situación jurídica subjetiva distinta[33]. Duda que, más allá de dicha disposición constitucional, el derecho a la identidad personal pueda encontrar relevancia jurídica.

Por su parte, Auteri expresa diversas consideraciones mediante las cuales fundamenta sus dudas sobre la oportunidad de formular un derecho a la identidad personal tal como lo propone la doctrina. No obstante, al manifestar su opinión contraria a la nueva figura jurídica, hace la salvedad de que "es uno de los pocos que disienten del ordenamiento general favorable al reconocimiento del derecho a la identidad personal"[34].

Al efectuar una síntesis conclusiva del Congreso celebrado en Messina en 1982 (ver § 7), Alagna, reconoce que del mismo se han desprendido algunas dudas y perplejidades sobre la existencia misma del derecho a la identidad personal. Entre ellas, se refiere a lo que pueda considerarse como la imagen "social" de un individuo. Así, se pregunta por cuál sería, por ejemplo, la imagen social "verdadera" y "objetiva" de un hombre político, que "aparece" de modo diverso, a veces contrastante y no siempre conciliable, cuando se enfrenta a diver-

[33] Pace, *Il c.d. diritto alla identità personale e gli art. 2 e 21 della Costituzione*, en varios "Il diritto alla identità personale", p. 38.

[34] Auteri, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 98.

sos sectores del contexto político, como son los medios de comunicación y los componentes mismos de la comunidad. Según la opinión del autor, pareciera desde diversos ángulos como excesivo referirse a la existencia de "un verdadero y propio derecho subjetivo a la identidad personal", por lo que resultaría más apropiado poner el acento en lo que vendría a ser "un interés", sobre la base de su relativa y limitada tutela individualizada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina[35]. Olvida Alagna que, tal como lo conceptuamos, todo interés existencial digno de tutela jurídica asume la calidad de un derecho de la persona, que deriva de su propia dignidad, aunque el ordenamiento jurídico positivo no haya recogido todavía tal "interés existencial" como un "verdadero y objetivo" derecho subjetivo. Se trata simplemente, a nuestro entender, de un proceso histórico entre el instante en que se "individualiza" dicho interés –sea por la jurisprudencia o la doctrina– y el momento en el cual, luego de una casi siempre larga y penosa elaboración doctrinaria, logra incorporarse al ordenamiento positivo como un derecho subjetivo "típico y perfecto".

Lo decisivo, y sobre lo que consideramos que no debería caber duda alguna, es sobre la existencia de un real interés humano a tutelar, vinculado con lo más profundo del yo, como lo es también el caso de la libertad. Esta exigencia existencial, que es la identidad personal, tal cual se ha mostrado en su lugar, se presenta como una de las dimensiones de la estructura misma del ser humano. Es sólo problema de tiempo para que tal interés existencial, que se fundamenta en la dignidad misma de la persona humana y que es reconocido –más allá de dudas y

[35] Alagna, *Diritto alla identità personale e risarcibilità del danno non patrimoniale*, en "Giustizia Civile", 1983-II-162.

Capítulo III

DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y OTRAS FIGURAS AFINES

A) Signos distintivos de la persona

§ 14. *Consideraciones generales en torno a la relación entre signos distintivos e identidad personal.* — En un primer momento, tal como se ha puesto de manifiesto, la situación jurídica subjetiva definida como identidad personal, en su acepción de identidad dinámica, fue jurídicamente confundida con otras situaciones jurídicas que le están conceptualmente muy próximas. Entre éstas se cuentan, fundamentalmente, las referentes a los signos distintivos –tales como el nombre o el seudónimo–, la intimidad de la vida privada, el honor, la reputación y el derecho personal del autor.

Esta inicial confusión en que incurrieron tanto la doctrina como la jurisprudencia, propia de una primera etapa en cuanto al desarrollo conceptual del derecho a la identidad personal y de sus alcances, fue paulatinamente aclarándose con el transcurso del tiempo. Este proceso de decantación conceptual se debió a la acción combinada de la creatividad jurisprudencial y del crítico análisis doctrinario. No obstante, la tarea esclarecedora aún no ha concluido, ya que todavía existen algunas dudas que la doctrina deberá despejar.

Es importante, en lo que concierne a la distinción entre el derecho a la identidad personal y los demás derechos de la personalidad, la precisión que efectuara la Corte Suprema de Italia en su sentencia del 22 de junio de 1985, tantas veces citada. La Corte, en este pronunciamiento y tal como lo hemos puesto de manifiesto en su lugar, al remarcar que la lesión a la identidad personal constituye un agravio a la proyección social de la personalidad del sujeto, señala que es posible que dicha lesión se presente de modo autónomo sin que, contemporáneamente, se ofenda el honor, la reputación, el nombre, la intimidad de la vida privada o la imagen física de la persona. Cabe indicar, por nuestra parte, que la autonomía a que hace referencia la Corte es, como ocurre en todo el derecho, sólo relativa.

La Corte de Casación expresa, en lo que atañe a la distinción entre identidad personal y signos distintivos, que "mientras los signos distintivos (nombre, seudónimo, etc.) identifican, en el actual ordenamiento, al sujeto en el plano de la existencia material y de la condición civil y legal y la imagen evoca la mera semblanza física de la persona, la identidad representa, en cambio, una fórmula sintética para distinguir al sujeto desde un punto de vista global en cuanto a sus específicas características y manifestaciones".

Tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina jurídica no se hizo patente sino hasta hace muy poco la distinción que se presenta entre las nociones de derecho a la identidad, estimada en su sentido dinámico, de una parte, y la de signos distintivos de la persona, en cuanto expresión estática, de la otra. Ello, sobre todo, en lo que se refiere al nombre. La diferencia conceptual entre ambas situaciones jurídicas subjetivas no fue, en su momento, tarea fácil de afrontar. Y es que, entre ellas, como se ha subrayado, existe una estrecha relación

esencial, en tanto las dos mencionadas figuras jurídicas tienen que ver con lo que genéricamente se suele designar como la "identificación del sujeto".

No obstante el raigal parentesco puesto de manifiesto en el párrafo anterior, en la medida que ambas figuras constituyen dos aspectos de una misma función jurídico-social, la distinción entre dichas situaciones jurídicas subjetivas es de la mayor claridad conceptual, como se ha evidenciado en años recientes.

Cabe recordar, a este propósito, que los diferentes derechos de la personalidad, en cuanto cada uno de ellos tutela un determinado específico aspecto de un todo unitario en que se constituye la persona, son esencialmente interdependientes y reconocen en la persona a su único común fundamento. Es ésta la razón por la cual los derechos de la persona, sin excepción, tienen una radical vinculación en cuanto todos y cada uno de ellos se refieren al único sujeto de derecho que existe: el ser humano, que es un ser libre, unitario, de naturaleza sicosomática.

La existencia de una multiplicidad de derechos de la persona a nivel de los ordenamientos jurídicos no desmiente dicho aserto, por cuanto cada uno de los derechos de la persona desarrolla y reglamenta la tutela de un específico aspecto de la personalidad. Esta situación no niega la unidad ontológica del ser humano y la consiguiente exigencia de su integral protección jurídica. El derecho, en su dimensión formal-normativa, a nivel del ordenamiento positivo, no puede contradecir esta radical realidad en que consiste el ser humano. La normatividad no puede modificar la experiencia existencial. Su función, dentro de la experiencia jurídica, se limita a regular conductas humanas intersubjetivas, a prescribir permisiones y prohibiciones, según criterios valorativos comunitariamente aceptados, en un determinado momento histórico.

El hecho de que exista una miríada de derechos de la personalidad no es incompatible con la afirmación de la unidad sicosomática en que consiste la persona. Como se ha advertido, cada uno de dichos derechos subjetivos sólo se ocupa de la tutela de una parcial y fragmentaria faceta de la rica y compleja personalidad. Si bien no somos partidarios de la consagración, a nivel normativo, de un solo, único y omnicomprensivo derecho de la persona, tampoco es posible sostener que la tutela jurídica de la personalidad se agota, definitivamente, en la trama del mosaico de derechos subjetivos que, en cada momento histórico, son recogidos por los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Ni uno ni todos los derechos subjetivos que considera el respectivo ordenamiento positivo son capaces de tutelar, integralmente, la compleja realidad en que consiste la personalidad humana. Ésta los desborda y supera, en tanto ninguno ni todos de tales derechos, como se ha remarcado, logran cautelar las múltiples manifestaciones en que se despliega la personalidad.

La persona humana, en cuanto ser ontológicamente libre, es una realidad inacabada en cuanto se constituye como un continuo, fluido e ininterrumpido proceso de autocreación. Por ello, en tanto es capaz de generar nuevos e inéditos comportamientos, es impredecible. De ahí que su tutela no pueda agotarse a través del elenco de derechos subjetivos hasta hoy conocidos y enumerados por los diversos ordenamientos jurídicos nacionales vigentes.

La experiencia personal nos demuestra, hasta la saciedad, que esto es verdad. La historia de los derechos de la persona pone en evidencia esta realidad, cuando nos muestra a los juristas "descubriendo", de tiempo en tiempo, un nuevo interés existencial, un inédito aspecto o faceta de la perso-

na, anteriormente ignorado, que resulta ser merecedor de tutela jurídica.

Los juristas, por ello, van identificando a través de la historia nuevos intereses existenciales que reclaman protección jurídica. Los hombres de derecho, atentos a este llamado existencial, van "creando" dentro de la galaxia jurídica, luego de un a veces largo y fatigoso proceso de elaboración doctrinaria, nuevos derechos subjetivos o, como preferimos designarlos, "nuevas situaciones jurídicas subjetivas". Esta expresión, como lo hemos hecho notar en diversos trabajos, denota mejor la estructura coexistencial del ser humano. Ello guarda concordancia, por lo demás, con una remozada teoría sobre los derechos subjetivos la cual, al apartarse de la tradicional, pone de manifiesto la inexistencia de derechos subjetivos absolutos. Y es que, todo derecho subjetivo admite la simultánea presencia, en diversa intensidad y medida, del interés social. De lo contrario sería del todo incomprensible la naturaleza coexistencial del ser humano.

Lo precedentemente expuesto está ampliamente corroborado por la historia de los derechos de la persona. Ella nos muestra, de modo elocuente, cómo en el curso del tiempo, por la labor conjunta de doctrina y jurisprudencia, surge un inédito derecho subjetivo. Hace algo más de cincuenta años no se conocía, a nivel jurídico positivo, el derecho a la intimidad de la vida privada, no obstante que del tema se habían ocupado en 1890, en los Estados Unidos de Norte América, los famosos abogados Warren y Brandeis. Como es sabido, la figura de la intimidad de la vida privada personal y familiar sólo recientemente ha sido incorporada a alguna constitución así como a escasos códigos civiles como es el caso, entre otros, de los de Portugal (1967), Bolivia (1976) y Perú (1984). Lo expresado en cuanto a la intimidad de la vida privada puede también ad-

vertirse tratándose del derecho a la identidad personal, el mismo que, hasta nuestros días, no ha sido acogido por ningún ordenamiento jurídico-positivo nacional en su más reciente versión. Ello a pesar de que ya está admitido por la jurisprudencia y reconocido por la doctrina y se halla en pleno proceso de elaboración dogmática.

En la dimensión internacional, tratándose de los llamados "derechos humanos", ocurre otro tanto. A nadie escapa cómo en la actualidad se suele hablar, cada vez con mayor insistencia, de hasta una "cuarta generación" en lo que respecta a tales derechos humanos. El reconocimiento "generacional" de estos derechos es una más que elocuente confirmación de lo que venimos diciendo en torno a los derechos de la persona.

En lo que concierne al derecho a la identidad personal, tal como reiteradamente lo hemos advertido, se trata de una originaria elaboración de la creativa jurisprudencia. No es éste, sin embargo, el primer caso de iniciativa jurisprudencial que podemos encontrar dentro del sistema romano-germánico. A la jurisprudencia, en defecto de legislación y a falta de un planteamiento doctrinario, le ha correspondido el privilegio de iniciar la tarea de construcción de nuevos derechos de la persona, fundándose para ello en preceptos constitucionales que operan como cláusulas generales y abiertas de protección integral de la persona humana.

§ 15. ***NOTAS DISTINTIVAS ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y EL DERECHO AL NOMBRE.*** – En anteriores parágrafos hemos analizado, con cierto detenimiento, el proceso de creación jurisprudencial del derecho a la identidad personal en su dimensión dinámica. En este proceso la jurisprudencia ha evolucionado a través de un diálogo constante y recíprocamente enriquecedor con la doctrina más alerta.

A la jurisprudencia le ha tocado asumir un papel preponderante, en concordancia con un reducido sector de la doctrina, en la paulatina tarea de perfilar, en los últimos años, la noción de derecho a la identidad personal en su dinámica expresión. Le ha correspondido también, de consiguiente, precisar las diferencias de matiz conceptual existentes entre ella y los demás derechos de la persona que le son más afines.

La tarea asumida por la doctrina y la jurisprudencia de deslindar las dos vertientes de la identidad, la estática y la dinámica, no ha sido nada fácil. A ello ha contribuido el hecho de que, desde antiguo, el nombre resumía la función identificadora del sujeto. Más recientemente, en este siglo, la imagen vino a completar tal función, desde que a través de los rasgos físicos se producía, generalmente, la primera caracterización del sujeto.

Es tradicional la definición que nos proporcionan los autores en lo que concierne al nombre. La doctrina es concorde al sostener, que el nombre desempeña la función de servir de "medio de identificación e individualización de las personas"[1]. Macioce señala al respecto que "el contenido esencial del derecho al nombre debe considerarse relacionado con la función identificadora de la persona humana y, por tanto, comprende en sentido amplio un poder de goce del nombre, asegurado en el plano de la tutela de una serie de remedios judiciales"[2]. El nombre constituía el instrumento más simple y directo de identificación antes que se elaborara el derecho a la imagen, que vino a completar esa función,

[1] Acuña Anzorena, Arturo, *Consideraciones sobre el nombre de las personas*, p. 13.

[2] Macioce, Francesco, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, p. 45.

en tanto los rasgos físicos representan la primera característica del sujeto apreciable por los demás.

En este sentido, Julio César Rivera define el nombre de las personas como "el medio de identificación de ellas dentro de la sociedad"[3]. Delimita, por su parte, lo que es el nombre en sí mismo de los derechos de los que puede ser objeto. El autor considera que, desde el primer punto de vista, el nombre constituye un "atributo" de la personalidad, es decir, uno de "los elementos innatos y permanentes que contribuyen a definir al individuo"[4]. Distingue, así, "atributo" de "derecho", opinión con la que no concordamos.

Un sector de la doctrina diferencia claramente dos funciones del nombre: la de "individualización" y la de "identificación". Así, Pliner define al nombre del sujeto como "un signo que lo destaca de los demás, deja de ser una mera unidad indiferenciada de la especie para convertirse en un individuo determinado, de quien se puede predicar cualidades o a quien es posible imputar conductas"[5]. Ésta es la primera de las indicadas funciones, en la medida que es "una forma de separar los individuos para distinguirlos"[6]. La identificación, en cambio, resulta ser para el autor un "proceso investigativo o su efecto, mediante el cual se reconoce si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca"[7]. De ahí que, según Pliner, mediante la individualización se aísla al sujeto con el propósito de distinguirlo, mientras que por la identificación se "verifica para comprobar".

[3] Rivera, Julio C., *El nombre en los derechos civil y comercial*, p. 19.

[4] Rivera, *El nombre en los derechos civil y comercial*, p. 26.

[5] Pliner, Adolfo, *El nombre de las personas*, p. 85.

[6] Pliner, *El nombre de las personas*, p. 86.

[7] Pliner, *El nombre de las personas*, p. 86.

Para Pliner el nombre "no parece ser el instrumento técnico apropiado para asegurar la identificación de las personas". Ello en tanto el nombre no llena esta función de "un modo completo y absolutamente seguro"[8]. No compartimos la apreciación del autor, ya que nadie pretende que la "identificación" de una persona se agote a través de un solo y único medio, sino que ella es el resultado de un conjunto de elementos dinámicos y estáticos que, globalmente considerados, nos conducen a la determinación de la identidad personal. La identidad, como se ha apuntado, es la mostración del ser humano tal cual es, con el conjunto de sus atributos y limitaciones, lo que es imposible de aprehender sólo mediante un único medio de identificación. Ningún instrumento es, pues, de suyo, capaz de ofrecer la "plena" identidad de la rica y compleja estructura de un determinado ser humano.

Por lo expuesto en el párrafo anterior es que no podemos descartar que el nombre sea uno de los tantos medios de identificación estática que dan cuenta de una "manera de ser". Aunque, claro está, no sea ni suficiente ni absolutamente seguro. Debe, por ello, complementarse con todos aquellos otros indicadores de la identidad a los que nos venimos refiriendo en el presente trabajo. Por lo demás, el "separar los individuos para distinguirlos", o sea la función individualizadora según Pliner, es una forma de identificar al sujeto. Es decir que, en cierta manera, al individualizar se identifica y al identificar se individualiza a una "cierta" persona. De ahí que ambas funciones sean complementarias e inseparables.

Dentro de este orden de ideas, encontramos la argumentación mediante la cual en la sentencia de

[8] Pliner, *El nombre de las personas*, p. 87.

la Suprema Corte italiana del 22 de junio de 1985, se toma distancia tanto en relación con algunos fallos jurisprudenciales precedentes como con aquel sector de la doctrina que confunde el derecho a la identidad personal, en su versión dinámica, con el derecho al nombre. En lo que atañe a la jurisprudencia es conveniente recordar cómo la notoria sentencia expedida por el Tribunal de Milán, de fecha 19 de junio de 1980, con la que se resuelve el caso de falseamiento de la identidad personal de un notable investigador opuesto al uso del tabaco, se fundaba en el art. 7º del Cód. Civil referente a la tutela del nombre. La Corte de Casación, rectificando el error cometido por el citado Tribunal, apoya su decisión, como se recordará, en el art. 2º de la Constitución, el mismo que opera como una cláusula general y abierta de tutela integral de la persona humana.

La ejecutoria suprema del 22 de junio de 1985 es tajante al efectuar el deslinde conceptual entre lo que significa el derecho a la identidad personal, en su estricta acepción, y lo que representa el derecho al nombre. Como muy bien lo expresa el fallo de la Corte, no puede entenderse el nombre de la persona como el símbolo de "la entera, de la total personalidad del titular". Ya se ha señalado con anterioridad, que en la citada sentencia se precisa que, en sustancia, mientras que en el ordenamiento jurídico los signos distintivos, como es entre otros el caso del nombre, identifican al sujeto en el plano de la existencia material y de la condición civil y legal, la identidad personal, en cambio, es una "fórmula *sintética* para distinguir al sujeto desde un punto de vista *global* en la multiplicidad de sus específicas características y manifestaciones".

El pronunciamiento de la Corte Suprema se refiere a las diversas expresiones de la personalidad, como son las ideológicas, morales, religiosas, políti-

cas, culturales, profesionales, intelectuales, sociales, etcétera. Es decir, a todos aquellos aspectos que denotan la cabal personalidad del sujeto en su proyección social. Ellos expresan la concreta y efectiva personalidad individual "como se ha ido consolidando o aparecía destinada, en base a unívocas circunstancias, a consolidarse en la vida de relación".

La designada "identificación" de la persona, que se manifiesta fundamentalmente a través de los signos distintivos, tiene que ver, como con lucidez y acierto lo observa Tommasini, con la identidad estáticamente considerada. Es decir, con aquella que prescinde de una visión global, sintética y dinámica, que es la que corresponde al acervo cultural e ideológico de la persona en proyección social[9]. De una persona que es ontológicamente libre y autocreadora de su personalidad.

§ 16. ***APORTE DE LA DOCTRINA AL PROCESO DE DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE IDENTIDAD PERSONAL Y NOMBRE.*** – En la actualidad, se ha logrado perfilar conceptualmente el deslinde entre el derecho a la identidad personal, en cuanto proyección social de la personalidad, y aquellos relativos a los signos distintivos de la persona (nombre, seudónimo, etcétera). A ello han contribuido, tanto los pronunciamientos jurisprudenciales –en especial la sentencia de la Suprema Corte del 22 de junio de 1985– como los aportes crítico-analíticos de la más alerta doctrina. A este propósito es conveniente citar la opinión de diversos autores que se han ocupado específicamente del asunto. Entre algunos otros, cabe señalar los nombres de Rescigno, Zeno-Zencovich, Dogliotti, Tommasini, y Visintini Tarello.

[9] Tommasini, *L'identità dei soggetti*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 88.

En este orden de ideas, Rescigno expresa que es ajeno a la materia de la identidad personal, entendida como proyección social de la personalidad, el tema relativo a los signos distintivos del sujeto. La identidad personal, sostiene, ya no es más una fórmula que resume únicamente los "signos de identificación", en tanto no se encuentra en esta noción "el valor positivo del derecho a la identidad como hoy se afirma y reivindica" [10].

Coincide Dogliotti con la observación formulada por Rescigno, antes glosada, en el sentido de que "en el pasado la protección de la identidad se confundía con la tutela de los signos distintivos (nombre, imagen...)". Dogliotti, por el contrario, propone realizar un "salto de calidad", para el efecto de individualizar en la identidad personal el complejo de las características que concurren a la formación de la personalidad, "tales como las experiencias pasadas, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada persona" [11].

Manifiesta Zeno-Zencovich que la identidad personal, como proyección pública de la personalidad del sujeto, no puede limitarse a los datos registrales o al *status* del individuo. La noción de identidad debe extenderse al complejo de las actividades y al patrimonio cultural e ideológico de la persona [12].

El citado autor encuentra una interesante diferencia entre el derecho a la identidad personal y el derecho al nombre. En cuanto a este último, pone de relieve su unidimensionalidad, lo que lo hace in-

[10] Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 189.

[11] Dogliotti, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 66.

[12] Zeno - Zencovich, Vincenzo, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, p. 343-344.

modificable con excepción de los casos en que, luego de una adecuada fundamentación, sea posible obtener la correspondiente autorización judicial para tal efecto. En cambio, el simple transcurso del tiempo hace posible la natural evolución de la identidad personal. La personalidad no se congela ya que es fluida en tanto expresión de vida viviente, por lo que su proyección exterior también varía.

La vida personal es fluida, en tanto proceso de libre autocreación. El grado, la intensidad y el matiz de la fluctuación, del cambio que se produce en el decurso del existir, es distinto de persona a persona. La vida misma, en su permanente discurrir existencial, nos ofrece únicas y personales respuestas. Encontramos personalidades que mantienen en el curso de la vida, casi intactas, sus características básicas, su signo ideológico, su concepción religiosa y moral, sus aspiraciones y vocaciones, sus ideales y metas. Las variaciones son secundarias, de matiz. Aunque, siempre y en todo caso, la personalidad se enriquece y se nutre de las propias resonancias, de las intransferibles vivencias, de las experiencias que no son intercambiables.

Conocemos, en cambio, de otros notorios casos donde los virajes y los cambios son profundos, casi radicales. Así, los conversos o los dubitativos están dotados de una personalidad que, por convicción o por interés, les permite acceder a nuevas posiciones ideológicas o concepciones del mundo muy diferentes de aquellas que ostentaron durante un largo anterior período de su vida. Se trata de tramos diversos del discurrir existencial cuya proyección, por su notoriedad, es socialmente advertida. En estas situaciones, a veces límites, las personas reniegan de su pasado, de sus antiguas ideas, de sus viejas convicciones. Desconocen así, por no reconocerse más en ellos, escritos, documentos, libros, ensayos, actitudes, gestos, que reflejaron un

patrimonio cultural del cual se abjura. En síntesis, ya no se identifican más con lo que fueron, desde que en la actualidad son distintos.

No todos los autores comparten, plenamente, los puntos de vista antes expuestos. En un volumen, conjuntamente escrito por Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli y Natoli, se expresa que, si bien se reconoce que la identidad personal de distingue, invariablemente, por peculiares connotaciones de orden moral, cultural, ideológico, no obstante todo ello, siguiendo a De Cupis, se sostiene que la identidad personal encuentra su núcleo central en la tutela del nombre[13]. En concordancia con este autor, a cuya posición nos hemos referido en su lugar, transcriben, y al parecer hacen suya, una elocuente síntesis del pensamiento de De Cupis al respecto, cuando manifiesta que el nombre "resume con la máxima simplicidad la personalidad individual"[14]. Pero, luego de recordar esta idea, matizan lo aseverado cuando manifiestan que la identidad personal no se agota en el nombre. Por ello, al lado del nombre, enumeran otras expresiones de la identidad personal tuteladas por la ley, como son la identidad sexual, el derecho personal o moral del autor o del inventor, la imagen.

Dichos autores, pese a lo expuesto, reconocen que en la doctrina y en la jurisprudencia se admite, no sin contraste, la utilidad de un "derecho a la identidad personal". Califican a este derecho como uno "de contenido amplio e indeterminado, que vendría a asegurar protección a todos los aspectos no directamente tutelados por una específi-

[13] Bigliazzi Geri, Lina - Breccia, Umberto - Busnelli, Francesco D. - Natoli, Ugo, *Diritto civile*, 1.1, p. 161-162.

[14] Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, 1.1, p. 161.

ca normativa"[15]. Un caso aparte al del nombre, pero estrechamente vinculado a él, lo constituye el llamado derecho al emblema familiar, prácticamente desterrado del derecho positivo actual. No obstante, el emblema familiar se erige, si bien en contados casos y en determinados países, como un elemento adicional que puede contribuir a la más perspicua identidad de la persona.

En lo que concierne al emblema, se ha destacado que si bien es un signo distintivo de la persona, que lo identifica estáticamente, resulta asimismo cierto para Schwarzenberg, que "el hombre es también el resultado de su propia historia familiar siendo también el emblema el signo característico de esta historia"[16]. El hombre, anota, pertenece a un grupo humano, con su propia historia, que es el complejo de hechos pasados y presentes que caracterizan al sujeto, la misma que puede estar representada o resumida por el emblema familiar. De ahí que, en opinión del autor, "el escudo no es sólo un signo distintivo de la persona, sino el emblema de la propia identidad histórica, por lo que no cabe sino individualizar las acciones de tutela que asisten al derecho al escudo"[17].

Ante lo expresado por los autores cuyo pensamiento hemos glosado, cabría observar, como sostenidamente lo hemos venido haciendo, que el nombre y, en general, los signos distintivos de la persona, constituyen el aspecto estático de la iden-

15 Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, 1.1, p. 162.

16 Schwarzenberg, Claudio, *Tutela dello stemma familiare e diritto all'identità personale*, en Rivista "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1985-307.

17 Schwarzenberg, *Tutela dello stemma familiare e diritto all'identità personale*, en Rivista "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1985-310.

tidad personal. Esta faceta de la identificación nos proporciona una visión yerta e inmóvil de una persona. Podría representarse a través de una fotografía, o un conjunto de las mismas, en la que colocamos el nombre y demás datos de la persona, tales como la fecha de nacimiento, la edad, la nacionalidad, etcétera. A través de esta fotografía hemos "identificado" estáticamente al sujeto. No obstante, sentimos que nos falta "saber" mucho más de él, que carecemos de una identificación cabal de su personalidad. Y ello, como es obvio, sólo se aprehende a través de la dinámica proyección de la personalidad, en la que se despliegan sus características y atributos. Su patrimonio espiritual, en síntesis. Una noción "integral" de identidad personal no puede, por tanto, prescindir de ninguna de ambas facetas si se pretende identificar a una cierta persona.

§ 17. ***IDENTIDAD PERSONAL Y DERECHO A LA IMAGEN.*** – La configuración del derecho a la imagen, como uno de los aspectos de la persona dignos de tutela, aparece a fines del siglo pasado. Es por ello uno de los derechos de la personalidad a los que la doctrina ha dedicado un mayor y detenido análisis. Por la misma razón, ha sido prontamente incorporado a diversos ordenamientos positivos nacionales y sobre el que se encuentra apreciable jurisprudencia comparada.

La precursora tutela del derecho a la imagen, en relación con los demás derechos de la persona que fueron apareciendo en el transcurso del presente siglo y que aún no acaban de elaborarse, se debe a que la imagen, junto con el nombre o el seudónimo, constituye atributo fundamental con el cual se individualiza socialmente a la persona. De otro lado, la imagen aparece mayormente como susceptible de aprovechamiento económico de parte de terceros, generalmente con fines publicitarios.

El aspecto estático de la identidad personal, que se hace patente a través de los signos distintivos, se encuentra también tratándose de la imagen física de la persona[18]. En ésta prevalecen los rasgos somáticos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás. Estamos frente a una de las características de la persona que, en los rasgos fundamentales, no varía de modo natural, salvo por la implacable erosión del tiempo. Claro está, que no nos referimos a desfiguraciones motivadas por accidentes, quemaduras o por efecto de la cirugía estética. Pero aun en estos casos, salvo raras excepciones, la imagen no varía en lo sustancial.

La imagen es una copia, una reproducción de la realidad, de un modelo, utilizando para ello cualquier medio idóneo. La imagen es, así, una forma de representarse la realidad, una vía de conocimiento. Este problema del conocimiento de los objetos a través de su imagen constituye un problema afrontado desde antiguo por la filosofía. Recordemos que Platón refería que no era posible conocer las ideas directamente sino sólo a través de sus imágenes, de sus sombras. Y es, precisamente, en este punto del conocimiento, donde imagen e identidad se relacionan inexorablemente, como lo apreciaremos en párrafos sucesivos.

La imagen, que es una característica que algunos autores designan como material –en contraste con las expresiones espirituales de la personalidad–, es reproducible con fidelidad a través de la fotografía, la televisión o el cine. En contraste con lo estático, que es connatural a la imagen, la identidad, en cuanto proyección social de la personalidad, se

[18] Zeno - Zencovich, Vincenzo, comentarios a la sentencia de la Corte de Casación del 22/6/85, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-I-656.

configura como algo dinámico, en constante movimiento, aunque el ritmo del cambio, como lo hemos advertido, varíe de persona a persona.

En el caso concreto de la imagen, la tutela jurídica se orienta a obtener la protección de la apariencia física, del contorno exterior, del perfil somático de la persona. No obstante que la imagen es un bien autónomo, digno de tutela jurídica, ella, como sucede con todos los derechos de la persona, se encuentra, por lo demás, estrechamente vinculada con la identidad, con la intimidad de la vida privada, con el honor, el decoro y la reputación del sujeto. Y ello, porque la imagen, a pesar de reflejar el exterior físico del sujeto, tiene ulterior incidencia en aspectos internos y espirituales de la personalidad. A través de la imagen no sólo se conoce de modo inmediato a la persona, sino que mediante ella se perciben estados emocionales, actitudes, comportamientos del sujeto. Es así que, instrumentalizando la imagen, se lesionan también otros bienes de la persona, como es el caso de la identidad, la intimidad, el honor o la reputación.

La conexión entre identidad personal –en cuanto proyección social de la personalidad– e imagen es muy cercana, como lo es también estrecha aquella que existe entre la primera y los demás signos distintivos de la persona.

La vinculación entre identidad personal e imagen física se debe, en primer término, a la unidad esencial y de fundamento que presentan los derechos de la persona, en cuanto, como se ha puesto de manifiesto, ambos derechos tutelan sólo fracciones o manifestaciones particulares de un mismo ente, como es el ser personal. En segundo lugar, cabe resaltar que la imagen tiene que ver con la "identificación" del sujeto, con la identidad estática, mientras que la identidad personal, tal como se la ha venido caracterizando a través de estas páginas, es dinámica.

Ambos aspectos, aunque diversos en sus expresiones visibles, tienen una unidad esencial, en tanto que, en última instancia, se refieren al mismo ente, protegen aspectos de una misma y sola realidad.

La imagen podría, metafóricamente, ser considerada como el envase de la espiritualidad, en cuanto ésta es síntesis de la totalidad o globalidad del patrimonio cultural de la persona. La espiritualidad está encarnada, implantada en un cuerpo, es decir, en la naturaleza que iguala a todos los seres humanos. La imagen es la mostración exterior de ese cuerpo, su contorno visible, mientras que la identidad personal es la proyección social de lo peculiar y dinámico de cada sujeto, de su personalidad, con sus aspiraciones, sus vocaciones y vivencias, de su espíritu en suma. Es obvio que este espíritu se comunica a través de las diversas funciones que la naturaleza asigna al cuerpo humano. Es así que el amor se hace patente a través de una palabra, de un gesto solidario, de un beso, de un afectuoso abrazo. El amor se canaliza a través de las conductas que irrumpen en la experiencia, se manifiesta mediante conductas intersubjetivas que lo fenomenalizan.

La vinculación esencial que existe entre identidad personal, en su versión dinámica, e imagen, hace posible que no sean escasas las situaciones en las que se produce una aparente superposición de las dos figuras jurídicas. Ello ocurre cuando la imagen es el ocasional vehículo mediante el cual es dable lesionar la identidad personal.

La imagen, con frecuencia, es susceptible de ser manipulada. Ello acontece cuando se le utiliza fuera del contexto en la que fue captada. Fotos antiguas insertas en situaciones actuales, en lugares diferentes, en diversas épocas, con distintos personajes, en heterogéneos trances. Todo ello, con la ayuda de la técnica y la tecnología, aprovechando fotomonta-

jes y trucos de todo jaez. En cualesquiera de estos casos se desfigura a la persona, se le distorsiona, y ello puede lesionar no sólo su honor o su reputación, afectar su intimidad, sino también presentar socialmente a la persona en una proyección que no resulta ser la fiel expresión de su identidad. La imagen puede constituirse, de este modo, en un medio utilizado para atribuir a la persona una identidad que no le corresponde.

La facilidad con que la imagen es aprovechable como instrumento a través del cual se puede lesionar otros bienes de la persona, ha hecho que durante un largo tiempo no se esclarecieran debidamente sus linderos conceptuales en relación con los otros derechos de la personalidad. En la actualidad, es cada vez menos frecuente la superposición conceptual entre ambos derechos. Se ha tomado conciencia de que la imagen, como forma del conocimiento, cuando se le distorsiona puede lesionar la "verdad personal" del sujeto, proyectando en el ámbito social una versión falsa de la personalidad integral del mismo.

§ 18. ***DESLINDE JURISPRUDENCIAL ENTRE DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y DERECHO A LA IMAGEN.*** – Es ilustrativo traer a colación el histórico fallo que, en 1974, emitiera el pretor de Roma, al cual nos hemos referido anteriormente (ver § 9, a). El problema que en aquella oportunidad se sometiera al conocimiento del magistrado, consistía en la difusión que se daba a la imagen de dos personas, sin el expreso asentimiento de las mismas, a través de un cartel de propaganda electoral con motivo de un referéndum habido en Italia en relación con la abrogación o no de la ley que consagraba el divorcio.

Este simple hecho, o sea, el de la divulgación de las imágenes de las personas, constituía, en sí mismo, un hecho civilmente ilícito. El art. 10 del Cód.

Civil italiano, como el art. 15 del peruano, prohíben, en general, la divulgación de la imagen de una persona sin contar con su asentimiento, salvo las excepciones que la propia ley establece en base, fundamentalmente, a la trascendencia social del hecho en que se produce la captación de la imagen [19].

En este cartel publicitario, aparte de la lesión al bien de la imagen física, jurídicamente tutelada, se había también conculcado otro bien de la persona, como es el de su propia identidad. En efecto, y como se recordará, en el citado cartel se presentaba a la pareja en tal forma que se deducía que eran cónyuges, cuando en verdad no lo eran. Se les mostraba como campesinos, cuando en realidad su ocupación era diversa. Pero, y esto podría ser lo más grave, se les hacía aparecer como favorables a la abrogación de la ley sobre el divorcio, es decir, como antidivorcistas cuando, por haber sido coautores de ese texto legal, eran indudablemente partidarios del divorcio.

[19] El art. 15 del Cód. Civil peruano prescribe: "La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz de una persona se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden".

El art. 10 del Cód. Civil italiano dispone: "Cuando la imagen de una persona o de sus progenitores, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en el que la exposición o la publicación está consentida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de la persona misma o de dichos parientes, la autoridad judicial, a solicitud del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo el resarcimiento de los daños".

El caso jurisprudencial que hemos revisado es un ejemplo típico de cómo es posible, a través de la imagen física, alterar la personalidad del sujeto, presentarlo con una identidad que no le corresponde. Pero lo más importante, si cabe, es que el luminoso fallo judicial puso en evidencia, precursoramente, la autonomía de la identidad personal o "imagen social" del sujeto, de lo que constituye su imagen física, la expresión de su contorno corporal.

La sentencia pone de manifiesto, asimismo, la simultánea lesión de dos bienes de la persona, como son su imagen y su identidad. El caso resulta ser también emblemático en cuanto no es hecho infrecuente el de la superposición de dos o más derechos de la persona que son violentados al mismo tiempo, en un solo y mismo acto.

Contrariamente a lo acontecido en este caso y que es materia de la sentencia del pretor de Roma, del 6 de mayo de 1974, donde la lesión a la identidad se produce mediante el uso ilícito, o sea, no consentido, de la imagen ajena, la sentencia del pretor de Roma, del 2 de junio de 1980 (ver § 9, c), se refiere a una situación en la que el falseamiento de la verdad personal se origina a través del uso lícito de la imagen de un tercero. En este último caso, pese a que la utilización de la imagen contó con el asentimiento de la persona, se desencadena una distorsión de la personalidad, lo que no hace sino reafirmar la autonomía de ambas figuras jurídicas. Aquí aparece como más elocuente el uso instrumental de la imagen para causar un agravio a otro bien de la persona.

Como también lo hemos subrayado en anterior oportunidad, la ejecutoria de la Corte de Casación, del 22 de junio de 1985 (ver § 9, g), recoge y confirma el deslinde conceptual entre identidad personal e imagen que hacía la sentencia del pretor de Roma de 1974. Ello se hace patente cuando el pronuncia-

miento de la Suprema Corte se refiere expresamente a la imagen en el sentido de que ella "evoca la mera semblanza física de la persona", mientras que la identidad personal representa, en cambio, una "fórmula sintética para distinguir al sujeto desde el punto de vista global de sus específicas características y manifestaciones".

§ 19. ***Evolución de la doctrina sobre el derecho a la imagen.*** – La evolución del concepto de derecho a la imagen no ha sido pacífica, sino más bien controvertida. En ella es posible distinguir, al menos, tres momentos en lo que concierne a su comprensión jurídica. En el primero, el derecho a la imagen se lo pretendía mostrar como una "objetivación". Dentro de esta primigenia posición el derecho tutelaba el retrato como algo separado de la persona misma, como un objeto material independiente del sujeto.

En un segundo instante, se le negó autonomía. Se consideró solamente que a través de la imagen se tutelaban otros derechos, que podían ser lesionados mediante su ilícita exposición o difusión. Es decir, que la imagen era un bien de la persona digno de protección no por lo que ella misma significaba, sino tan sólo por ser un instrumento que se utilizaba para agraviar el honor, la reputación o, más recientemente, la intimidad de la persona. Una muestra de esta posición nos la ofrece el contenido del art. 10 del Cód. Civil italiano. En este numeral se tutela el decoro y la reputación de la persona, bienes que pueden ser lesionados a través de la imagen [20].

[20] El art. 10 del Cód. Civil italiano, como se desprende de su texto transcripto en la nota anterior, confunde la tutela de la imagen con la del honor. En realidad, el honor puede ser agraviado a través de la indebida utilización de la imagen de una persona.

En un tercer momento, en los tiempos que corren, el bien tutelado es la semblanza, la efigie, el contorno exterior de la persona. Ella no puede separarse, aislarse, del sujeto mismo. Aquello que se expone o divulga, no es más que la expresión material u objetiva de la imagen, pero no se confunde con la imagen misma que integra la persona. Una cosa es la imagen, inescindiblemente unida al sujeto, y otra es la expresión objetiva de la misma. Lo que se tutela es la imagen, impidiendo que ella, captada por cualquier medio, se exponga o divulgue sin el asentimiento de la persona, salvo los casos específicamente consentidos por la ley.

§ 20. ***Posición de la doctrina en torno al deslinde conceptual entre derecho a la identidad y derecho a la imagen.*** – La más reciente doctrina guarda concordancia con las expresiones jurisprudenciales que hemos precedentemente acotado. Así, Dogliotti afirma que "en el ámbito de la protección de la identidad personal, la imagen se configura como signo distintivo esencial, destinado a representar la semblanza, el aspecto físico del sujeto, pero también como expresión, modo de ser de la personalidad en su conjunto"[21]. Refiriéndose a su relación con la identidad personal, entendida en sentido estricto, expresa que "en el pasado era frecuentemente confundida con la tutela de los signos distintivos de la persona (nombre, imagen), que seguramente concurren a configurar la noción de identidad aunque no la agoten"[22]. Para este autor, el derecho a la identidad personal "reclama la exigencia de ser uno mismo, en la perspectiva de una acabada repre-

[21] Dogliotti, *Le persone fisiche*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", p. 117.

[22] Dogliotti, *Le persone fisiche*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", p. 98.

sentación de la personalidad individual en todos sus aspectos e implicaciones, en sus calidades y atribuciones..." [23].

Debemos interpretar la posición de Dogliotti como concordante con aquella que intuimos, en el sentido de que la "identidad personal" debe reflejar la totalidad de lo que es realmente el ser humano, en su inescindible unidad sicosomática. De ahí que si bien en sentido estricto suele reservarse la expresión "identidad personal" para expresar la dinámica proyección social de la personalidad con sus características espirituales y síquicas, también es verdad que la identidad se nos muestra a través de la vertiente estática de la personalidad, mediante aquello a lo que comúnmente se alude con la expresión de "signos distintivos" de la persona, dentro de los que se suele ubicar al nombre y a la imagen física.

Existe entre los juristas una ya antigua polémica en lo que concierne a los casos en que se lesiona el bien referente a la imagen de una persona. Para un sector, tal vez el minoritario, se atenta contra dicho bien personal por el simple hecho de la captación de la imagen por cualquier medio. Desde esta perspectiva, nadie podría fotografiar o filmar a las gentes transitando por las calles de una ciudad o reunidos en un lugar público y abierto. Otro sector, por el contrario, considera que se lesiona la imagen no cuando se capta sino cuando se divulga o publica sin contar con el asentimiento del sujeto, salvo los casos de excepción en los que generalmente está en juego el interés social. Sustentan su posición manifestando que el simple hecho de que un sujeto exhiba su imagen en lugares públicos su-

23 Dogliotti, *Le persone fisiche*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", p. 99.

pone un tácito asentimiento a la captación de su imagen. De hecho, ella está siendo recogida a través de la mirada de todos aquellos que con él se cruzan en dichos espacios públicos y abiertos, como calles y plazas.

Compartimos esta segunda posición basados en el derecho a la libertad de conocimiento de la persona. A nadie puede impedírsele, salvo casos excepcionales, captar las imágenes del mundo en el cual vivimos desde que, como se ha expresado, se trata de un modo de conocimiento con que cuenta el ser humano. El derecho a la imagen no supone el que ella no puede ser captada, cuando se exhibe públicamente, sino que consiste en que no puede ser divulgada, publicada, difundida por cualquier medio sin el asentimiento de la persona, salvo los casos específicos señalados por la ley. Se protege la imagen en sí misma, es decir, en la medida que ella no puede ser divulgada sin el asentimiento del sujeto, pero también cuando a través de ella se lesionan otros derechos como son los casos de la identidad, la intimidad y el honor, con todos los cuales el derecho a la imagen, como se ha subrayado, se halla esencialmente vinculado.

El problema del conocimiento a través de la captación de las imágenes es un problema antiguo, que desde siempre preocupó a los filósofos. No podemos olvidar, entre ellos a Platón. Recordamos a propósito su teoría de las ideas y su alegoría de la caverna con la cual la ilustra[24]. Distinguimos así la posibilidad de captar las imágenes, cuales sombras de las ideas. Las ideas, que conforman el "mundo verdadero" no pueden ser percibidas por los sentidos sino sólo por el pensamiento. El mundo de los sentidos, que es el mundo de la experien-

[24] Platón, *La República*, Libro VII, 1 a 3.

cia, el de las imágenes, representa de modo imperfecto el mundo verdadero, el de las ideas.

En relación con el valor de la libertad se puede sostener, en consecuencia, que es posible "fotografiar, reproducir, describir toda la realidad material externa, salvo que se trate de objetos o lugares cubiertos por la tutela de la intimidad y del secreto (domicilio, estructuras militares) y expresamente impedidos a la observación de quien no está autorizado"[25]. La regla es, pues, la libertad de conocer el mundo, los "otros" y las cosas a través de la captación de imágenes. La excepción es la de no utilizar la imagen ajena sin el asentimiento del interesado y, mucho menos, valerse de ella para distorsionar la verdad personal, es decir, lesionar la identidad, o penetrar en la intimidad del sujeto o agraviar a la persona en su dignidad, su decoro, su honor, su reputación.

Como ya lo hemos anotado, la situación jurídica subjetiva designada como "identidad personal" comprende, desde nuestro particular punto de vista, todos los aspectos, dinámicos y estáticos de la personalidad que, en conjunto, ofrecen una sintética y total proyección social de una *cierta* persona.

Cabe advertir que en el lenguaje ordinario se suele utilizar la expresión "imagen" para referirse tanto a la imagen que podemos designar como física, al contorno exterior y corporal de la persona, como a la proyección social de la personalidad. Se trata, en este último caso, de lo que se conoce generalmente como la "imagen social" de la persona.

El uso equívoco del vocablo "imagen" ha sido superado en sede jurídica. Tanto la jurisprudencia

25 Tommasini, Raffaele, *Identità personale tra imagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1985-I-91.

como la doctrina, en armonioso diálogo, han deslindado conceptualmente lo que significa la imagen, como signo distintivo y estático de la persona, de la identidad personal en cuanto proyección social de la personalidad, tal como actualmente se la concibe a nivel doctrinario y jurisprudencial. Entendemos por identidad, en este caso y tal como lo venimos remarcando, a la expresión totalizante y sintética de las manifestaciones espirituales de la persona. Se trata de su patrimonio cultural, asignándole al concepto cultura su máxima acepción. Es decir, lo que constituye tanto los haceres de la persona, su conducta, como los productos o resultados valiosos de su actividad creadora.

No puede perderse de vista, cuando reflexionamos en torno a la conexión entre derecho a la identidad y derecho a la imagen, que el dato constante y permanente en lo que atañe a la tutela de la identidad es el referido a la protección y el respeto de la verdad, la misma que puede ser alterada por diversos medios, entre los cuales se encuentra la ilícita reproducción de la imagen de la persona.

B) Derecho a la intimidad de la vida privada

§ 21. ***Tutela de la intimidad de la vida privada en el mundo actual.*** – La noción de identidad personal se encuentra, al igual que el nombre o la imagen, estrechamente ligada a la de derecho a la intimidad de la vida privada, personal o familiar. Las razones de esta conexión han sido extensamente comentadas en parágrafos precedentes.

Rescigno, al comentar a la evolución de la figura jurídica designada como derecho a la intimidad ("diritto alla riservatezza") y al compararla con el desarrollo doctrinario alcanzado en lo tocante a la elaboración de la noción jurídica de identidad per-

sonal, observa que referirse al derecho a la identidad personal significa tomar conciencia de que asistimos a un decisivo avance en lo que concierne a los derechos de la persona. Esta situación debe considerarse, según el propio Rescigno, como la de un verdadero "salto de calidad" en la ciencia jurídica y, más específicamente, en lo que atañe a la reciente doctrina sobre los derechos de la persona, en la medida que de la defensa de la indiscreción o curiosidad se pasa a la tutela de la persona en una dimensión activa [26].

El interés existencial relativo a la intimidad de la vida privada y la consiguiente exigencia de su protección de parte del derecho aparece, con mayor intensidad que otros aspectos de la tutela de la persona, estrechamente vinculado a un determinado momento histórico. Este reclamo de protección surge en conexión con las profundas transformaciones que se operan en la sociedad industrial, la misma que, como observa Dogliotti, origina un nuevo modelo de vida. En la sociedad tecnológica se acrecientan los contactos físicos y al mismo tiempo, paradójicamente, se debilita la vida comunitaria y decaen los principios de solidaridad [27].

El perfeccionamiento de los medios de comunicación social y el extraordinario desarrollo de los instrumentos destinados a la "penetración" y "captación" de informaciones, han hecho que para los demás resulte cada vez más accesible la vida privada e íntima de la persona en todas sus variadas manifestaciones. A ello contribuye, al lado de otros elementos, el cada vez más difundido uso de calculadoras electrónicas, el empleo de sofisticados medios

[26] Rescigno, *Conclusioni*, en "Il diritto alla identità personale", p. 185.

[27] Dogliotti, *Le persone fisiche*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", p. 143.

de escucha y espionaje audiovisual, la fabricación de micrófonos cada vez más reducidos, hipersensibles y resistentes, la utilización de diminutas cámaras fotográficas y filmadoras dotadas de potentes teleobjetivos, la aplicación de rayos infrarrojos. Todos estos instrumentos han desencadenado un inédito y peligroso estilo de agresión a la privacidad antes inimaginable e impensado. Baste citar, a este propósito, los diminutos micrófonos que son disparados contra las paredes de edificios y casas para transmitir y escuchar todo lo que acontece en el secreto y la intimidad de la vida privada. En esta materia, como alguien lo ha hecho notar, la humanidad ha pasado de una época a otra, de aquella en que imperaba el detective Arsenio Lupin al hoy familiar reino de James Bond y sus seguidores, cada vez más audaces e imaginativos.

§ 22. ***LA INTIMIDAD DE LA VIDA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA.*** – Todo lo expuesto en el parágrafo anterior explica, como lo advierte Dogliotti, que sea Estados Unidos de Norte América el primer país en el cual surgió la imperiosa necesidad de amparar este nuevo interés existencial, consistente en la intimidad de la vida privada, cada vez más agredido y desprotegido. A fines del siglo pasado se empieza a afrontar la problemática relativa a lo que la doctrina norteamericana designa como "privacy". Es así que, en 1890, dos estudiosos norteamericanos, Warren y Brandeis, publican un famoso ensayo, que ha servido de constante punto de referencia para una ulterior y más refinada reflexión sobre la materia[28]. No obstante, se considera que ya diez años antes, en 1880, Kohler, un conoci-

[28] En los Estados Unidos el tema del derecho a la intimidad de la vida privada aparece en forma notoria a través del famoso y divulgado estudio de Warren y Brandeis, titulado *The right of privacy*, en "Harward Law Review", vol. IV, nº 5, 1890, p. 193.

do autor alemán, había hecho alusión a "un derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada" [29].

Pusieron de manifiesto, Brandeis y Warren por vez primera, la problemática referente al derecho a la intimidad, contrastándolo con los excesos de la prensa norteamericana, proclive a romper el necesario aislamiento y la tranquilidad que rodean a la privacidad del sujeto y de su grupo familiar. En el mencionado ensayo expresaban que "la prensa ha sobrepasado en todo sentido las fronteras claramente demarcadas de la prudencia y la decencia", y comprobaban que "el chisme ya no es el recurso del ocioso o del corrupto, sino que se ha convertido en un comercio que se realiza con provecho y con insolvencia". En este orden de ideas observaban que "para satisfacer un gusto espurio se expanden los detalles de las relaciones sexuales desde las columnas de los diarios". Y añadían que "para dar ocupación al indolente se llenan columnas tras columnas con chismes y habladurías que solamente se pueden conseguir introduciéndose en el círculo familiar" [30].

Es a partir de este estudio que, en los Estados Unidos, se desarrolla el derecho a la intimidad ("privacy"), tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, aunque sólo en 1965 recibió una efectiva y adecuada tutela [31]. En los años siguientes, y hasta

29 Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, p. 26.

30 Las expresiones de Brandeis y Warren han sido transcriptas del ensayo de Rivera, Julio C., *El derecho a la intimidad en la legislación y jurisprudencia comparadas*, en "Derecho civil. Parte general, Temas", t. I, p. 150, quien a su vez indica haberlo tomado de Díaz Molina, I.M., "El derecho de privacy en el common law y en el derecho civil (estudio comparativo)", publicado en el "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba", año XXVII.

31 Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, p. 26.

la fecha, los tribunales americanos han sido muy sensibles en lo que concierne a la tutela de la privacidad.

Un caso judicial que conmovió a los medios jurídicos norteamericanos fue el relativo a la famosa controversia "Grinswold v. Connecticut", el mismo que fue resuelto mediante sentencia del 7 de junio de 1965. El asunto tuvo gran repercusión pública y marca un momento estelar en la consolidación del derecho a la privacidad. El médico Grinswold fue condenado por proporcionar a una pareja matrimonial información y consejo de cómo prevenir la concepción, en tanto que la ley de Connecticut establecía que era un delito el que cualquier persona usase drogas u otros artículos con ese fin. La Corte Suprema de los Estados Unidos, al tratar el caso, consideró que dicha ley estatal violaba la *privacy* individual en cuanto suponía una injerencia injustificada en la vida privada de los ciudadanos.

§ 23. ***EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ITALIANAS.*** — Algunas décadas después que el fenómeno de la "privacy" se había presentado en los Estados Unidos, y en medio de arduas disputas entre los hombres de derecho, la inquietud por proteger este aspecto de la vida personal, vinculado con la esfera de su intimidad, adquiere actualidad en la vieja Europa. La admisibilidad por la doctrina de este inédito interés existencial, diferente a la tutela del honor, del decoro y de la reputación, estuvo precedida de prolongadas discusiones que retardaron, en unos casos, e impidieron, en los más, la incorporación del derecho a la intimidad de la vida privada dentro del ordenamiento jurídico positivo.

A la elaboración jurisprudencial se debe que, en el caso específico de Italia, comenzara a tutelarse lo que se dio en llamar el derecho a la "riservatezza" o reserva de la vida privada. La doctrina italiana del

presente siglo, en lo atinente a este nuevo derecho subjetivo, nos muestra opiniones contradictorias, ya que mientras ilustres y conocidos juristas expresan su conformidad con esta inédita figura jurídica y, consiguientemente con la viabilidad de su protección, otros, en cambio, lo niegan o, al menos, manifiestan serias dudas al respecto.

Son, entre otros, De Cupis, Carnelutti, Ligi, Ravà, Ascarelli, algunos de aquellos notables juristas italianos que se mostraron favorables a la identificación de un interés existencial concerniente a la protección de una esfera destinada a la privacidad, a la reserva, a la vida íntima de la persona. Se recuerda, en lo que a la intimidad se refiere, una vivaz y notoria polémica en la que participaron, a través de diversas publicaciones, De Cupis y Carnelutti, como sostenedores del derecho, y Pugliese como opositor a esta nueva situación jurídica subjetiva. Giacobbe, Ondei y Carrozza se alinean también en una posición crítica [32].

Se señala a De Cupis como el más tenaz defensor de un derecho a la intimidad de la vida privada, al que define como "aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento, de parte de los otros, de cuanto se refiere a la persona en sí misma" [33]. Esta exclusión del conocimiento ajeno obedece a la necesidad, de orden espiritual, que se refiere a la exigencia de aislamiento moral, "de no-comunicación externa de cuanto corresponde a la persona: constituye, por lo tanto, una calidad moral de la persona misma" [34].

§ 24. ***TUTELA DE LA INTIMIDAD DE LA VIDA PRIVADA EN EL DERECHO FRANCÉS.*** – La doctrina francesa de la dé-

[32] Cfr. Palladino, *Rassegna della dottrina*, en Palladino - De Mattia - Galli, "Il diritto alla riservatezza", p. 91.

[33] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 283.

[34] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 285.

cada del 70, siguiendo también las precursoras huellas de una alerta jurisprudencia aparecida en los años 50 y 60, ofrece una valiosa contribución a través de la obra de conocidos autores como Roger Nerson, Raymond Lindon y Pierre Kayser. Así, el primero de ellos define la intimidad como un sector de la vida que la persona se reserva con el propósito de que los demás no tengan acceso a lo que constituye "lo esencial de la personalidad".

El combinado impulso de la jurisprudencia y la doctrina culmina con la promulgación de la ley 70-643, del 17 de julio de 1970, la que mediante su art. 22 modifica el art. 9º del Cód. Civil de 1804. Con esta ley se introduce en el texto del viejo *Code* el derecho "al respeto de la vida privada" y se faculta a los jueces para que, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, puedan dictar diversas medidas de urgencia que tiendan a impedir o hacer cesar los atentados dirigidos contra la vida privada de las personas. Se incluye así la acción inhibitoria.

La citada ley de 1970 no sólo conlleva la modificación del art. 9º del Cód. Civil sino que, a través de su art. 23, modifica los arts. 368 a 372 del Cód. Penal para introducir lo que la doctrina designa como delito de espionaje audiovisual. El primero de los indicados numerales sanciona con reclusión de hasta un año y con el pago de una indemnización de hasta cincuenta mil francos a quien, voluntariamente, atentase contra la intimidad de la vida privada de otro, "escuchando, registrando o transmitiendo, por medio de un aparato cualquiera, palabras pronunciadas, en un lugar privado, por una persona, sin su asentimiento". Se considera como delito, asimismo, "el fijar o transmitir, por medio de un aparato cualquiera, la imagen de una persona que se encuentra en un lugar privado, sin su asentimiento".

Un sector de la doctrina francesa ha criticado la redacción del nuevo texto en la parte en que se

hace referencia a "un lugar privado". Se sostiene que las palabras que conllevan un interés sólo de carácter privado pueden también ser pronunciadas en un lugar público, como es el caso de la calle o la mesa de un café. No se explica la razón por la que se excluya de protección las palabras pronunciadas por una persona en un lugar público, indiscretamente escuchadas y luego difundidas por un tercero sin el consentimiento del sujeto.

En lo que atañe a la tutela de la imagen, el mismo artículo sólo limita la difusión de ella cuando es captada en un lugar privado. En esta materia se observa que la jurisprudencia francesa no tutela la imagen de las personas cuando ellas se encuentran en un lugar público o caminando por las calles. Se considera que el hecho de que la persona transite por la calle supone un asentimiento tácito a la captación y consiguiente difusión de su imagen. Ello puede tal vez explicar el contenido del art. 368 del Cód. Penal francés, cuando no considera delito la difusión de imágenes de personas captadas en un lugar público.

La doctrina, al comentar un notorio pronunciamiento jurisprudencial, coincide con la tendencia de limitar la tutela de la imagen a sólo cuando ella es captada en un lugar privado. Esta actitud se puso en evidencia a raíz de la publicación del fallo recaído en el famoso "caso Laborde", dictado por un tribunal de París con fecha 3 de julio de 1974. El citado conflicto judicial se refería a que en su edición del 12 de diciembre de 1973, el periódico satírico de izquierda, *Le Canard enchainé*, informaba que una conocida persona había sido objeto, de parte de los servicios secretos franceses, de una tentativa de instalación de un sistema de interceptación de su servicio telefónico.

Posteriormente, con fecha 7 de enero de 1974, el periódico *Le point* acusaba al inspector Laborde de

haber dirigido la operación de referencia, insertando su fotografía al lado del artículo acusatorio. Frente a este hecho, Laborde alegó que se había violado su intimidad y el derecho a su imagen. El periódico respondió que su situación no estaba legalmente tutelada en cuanto su imagen había sido captada en un lugar público, es decir, en la calle, a la salida de su domicilio. La sentencia le dio la razón a Laborde, en tanto si bien la fotografía se había producido en la vía pública, ella no guardaba relación temporal con el hecho y, además, había sido tomada después de que el periodista había efectuado una vigilancia de muchas horas esperando la salida de Laborde de su domicilio. Este fallo despertó la airada protesta de un importante sector de la doctrina, el mismo que sostenía que no cabía tutelar la imagen de Laborde en la medida que había sido captada en un lugar público. La opinión generalizada fue de que la magistratura pretendía cubrir el trabajo de los servicios secretos.

Por nuestra parte, disentimos de la tendencia, tanto legislativa como jurisprudencial y doctrinaria, asumida en Francia en torno a limitar la tutela de la difusión de la imagen de una persona a sólo el caso en que ella fuese tomada en un lugar privado. Estimamos que el hecho de caminar por la calle supone un tácito asentimiento del sujeto para la captación de su imagen, pero sin que ello signifique, también y al mismo tiempo, una tácita autorización para su irrestricta difusión a través de los medios de comunicación social[35].

El art. 369 del Cód. Penal francés sanciona a quien "haya conservado a sabiendas, llevado o vo-

[35] En este sentido, la sentencia del 8/7/81 ha determinado que el asentimiento de una persona a la publicación de su fotografía, captada en un lugar público, no se presume. Ello significaría un nuevo punto de vista de la jurisprudencia francesa en esta materia.

luntariamente dejado llevar al conocimiento público o de un tercero, o utilizado públicamente o no, toda grabación o documento" que se hubiere obtenido por los medios a que hace referencia el art. 368, antes glosado. El art. 370, por su parte, sanciona también a quien a sabiendas haya publicado, en cualquier medio, el "montaje realizado con las palabras o las imágenes de una persona, sin su asentimiento, siempre que no sea evidente que no se trata de un montaje o salvo que no se haga expresa mención".

Dentro del ordenamiento jurídico francés, aparte de las disposiciones antes citadas, cabe referirse a la ley 78-17, del 6 de enero de 1978, que tutela la vida privada del sujeto puesta en peligro por los bancos de datos. Según lo enuncia el art. 1° de este dispositivo legal, la informática debe estar al servicio de cada ciudadano, por lo que ella no debe atentar contra la identidad humana, los derechos humanos, la vida privada o las libertades individuales o públicas. El art. 2° prescribe que, en ningún caso, los jueces podrán sustentar sus decisiones, en cuanto a una apreciación del comportamiento humano, tomando como base la información acumulada en una calculadora electrónica. De acuerdo con el art. 3°, cualquier sujeto tiene el derecho de conocer y de discutir la información y los razonamientos utilizados por la calculadora electrónica.

El derecho que el art. 35 de la ley confiere a la persona de conocer las informaciones acumuladas que le conciernen le permite exigir, de acuerdo con el art. 36, que ellas sean "rectificadas, completadas, clarificadas, puestas al día o canceladas las informaciones que sean inexactas, incompletas, equivocadas, superadas o cuya captación, utilización, comunicación o conservación esté prohibida". Se establece, asimismo, que la rectificación deberá ser de oficio si es que el organismo responsable de la

información se halla en conocimiento de la inexactitud de la misma. La ley, en su art. 43, establece sanciones para quien, con dolo y hasta con culpa, haya permitido la difusión de informaciones que puedan atentar contra la reputación o la intimidad de la persona.

Como puede apreciarse de lo anteriormente anotado, la legislación francesa es severa en lo que concierne a la protección de la intimidad de la vida privada, consagrando los correspondientes delitos en los que se puede incurrir al divulgarse, sin asentimiento de la persona, aspectos, palabras, imágenes o documentos relacionados con su vida privada.

§ 25. ***VIDA PRIVADA, INTIMIDAD, RESERVA Y SECRETO.*** – Se ha discutido en doctrina en torno a los alcances de las expresiones "vida privada", "intimidad", "secreto", "reserva". En cuanto al sentido de los términos "vida privada" e "intimidad", la doctrina no adopta una posición unánime. Tal vez la mayoría de los autores, entre los que se destacan los alemanes, consideran que la vida privada es el género, el mismo que incluye como núcleo central a la intimidad[36]. La intimidad vendría a ser la parte más reservada de la vida privada. Ésta sería la interpretación que surge, por ejemplo, del texto del art. 9° del Cód. Civil francés después de la inclusión en su texto, por mandato de la ley 643 del 17 de julio de 1970, del derecho a la intimidad de la vida privada. De este numeral se deduce, como lo consagra la jurisprudencia, que los conceptos de intimidad y de vida privada serían diversos. La "intimidad" resultaría ser un concepto más estricto y restringido que el de "vida privada", que lo incluiría.

Una corriente, que se nos ocurre minoritaria, adopta una posición diametralmente opuesta a la

[36] Ferreira Rubio, Delia M., *El derecho a la intimidad. Análisis del art. 1071 bis del Código Civil*, p. 39-40.

referida en el párrafo precedente. Este sector de la doctrina estima que la noción de "vida privada" es sólo un aspecto de un concepto más genérico como sería el de "intimidad". Para los autores que asumen esta posición, la "vida privada" comprende el núcleo más restringido de la "intimidad".

Consideramos que, en última instancia, la solución propuesta por el sector mayoritario es la más aceptable, en tanto que la noción de "intimidad" se podría presentar como el aspecto más reservado de lo que constituye la "vida privada". Sin embargo, por razones eminentemente prácticas y mientras no se alcance un consenso en esta difícil cuestión, somos partidarios de utilizar ambos términos como sinónimos.

En cuanto a la expresión "reserva" algunos autores suelen otorgarle el significado genérico de constituir "la aspiración del hombre de rodear de secreto, respecto a los otros hombres, algo que le atañe"[37]. Es decir, aquello que no debe ser divulgado masivamente. "Secreto", en cambio, sería aquello que no debe ser conocido, en absoluto, por ninguna otra persona. Resultaría ser, así, un concepto más restrictivo que el de "reserva" y, ciertamente, que aquel de "intimidad".

En lo que concierne a la distinción entre "reserva" y "secreto", estima De Cupis que se trata tan sólo de una diferencia de grado en relación con el bien tutelado, dentro de la cual el secreto adquiere la máxima intensidad[38]. De igual parecer es Cataudella, quien sostiene que "el interés garantizado con la tutela del secreto y la reserva es, por tanto, el mismo, pero diversamente graduado". De esta graduación, según el autor y en coincidencia con De Cupis, se deriva una diversa intensidad de la tu-

[37] Franceschelli, *Il diritto alla riservatezza*, p. 3 y 10.

[38] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 351.

tela[39]. En este mismo sentido se pronuncia Dogliotti, cuando afirma "que el secreto es un aspecto, si bien especial, de la protección de la reserva, de cuyo fundamento no parece sustancialmente prescindir..."[40].

Por su parte, Bianca, considera que la diferencia entre las nociones de "reserva" y "secreto" consiste en que, en el primer caso, se trata de evitar la difusión pública de los hechos de la vida privada, mientras que, en el "secreto", se prohíbe el abusivo conocimiento de parte de terceros de la vida privada ajena y de las comunicaciones sobre hechos reservados[41].

Expresa Santos Cifuentes una opinión similar al afirmar que por "secreto debe entenderse no lo reservado, la vida interior o soledad, sino aquellas situaciones, pensamientos y datos en general que pertenecen a la persona y que, por su índole o porque así lo quiere aquélla están destinados a no expandirse ni ser conocidos por terceros"[42]. Lo "secreto" resulta así aquello que se mantiene oculto, estrictamente alejado del conocimiento de los demás. En todo caso, lo secreto se refiere, para el autor, a un aspecto del derecho a la intimidad.

El art. 14 del Cód. Civil peruano, al referirse a la intimidad de la vida privada personal y familiar, no utiliza ninguna de las expresiones antes mencionadas, es decir, ni reserva ni secreto. Prescribe, tan sólo, que dicha intimidad no "puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona". La

[39] Cataudella, Antonino, *La tutela civile della vita privata*, p. 85.

[40] Dogliotti, *Le persone fisiche*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", p. 152.

[41] Bianca, Massimo C., *Diritto civile. 1.La norma giuridica. I soggetti*, p. 169-170.

[42] Cifuentes, Santos, *Los derechos personalísimos*, p. 346.

Constitución, en cambio, utiliza ambas locuciones. En el art. 2°, inc. 8°, prescribe que la persona tiene derecho al "secreto" de los papeles privados y las comunicaciones, mientras que, en el inc. 16 del mismo numeral, se faculta a la persona a "guardar reserva" sobre sus convicciones políticas, filosóficas y religiosas o de cualquier otra índole. Aparentemente, los constituyentes del 79 utilizaron indistintamente ambos conceptos.

§ 26. ***APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTIMIDAD DE LA VIDA PRIVADA.*** – El derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada. Es la exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje.

La vida privada está integrada por todas aquellas actividades y actitudes que, como se ha remarcado, carecen normalmente de trascendencia social en la medida que tienen que ver con la intimidad de la persona.

El ser humano necesita estar solo para descubrir su "yo", el mismo que se le revela en la soledad, en la intimidad del diálogo consigo mismo, sin testigos ni perturbaciones provenientes de su circunstancia, del mundo y de los "otros". Es sólo en cenobítico recogimiento que el hombre se adentra en los meandros de su "yo", aprehende su identidad y traza su destino. La soledad, sin embargo, no es un valor absoluto, no tiene sentido por sí misma, sino en tanto necesidad existencial transitoria del ser humano para interiorizarse, para replegarse, pero para su reinserción en la comunidad donde, con los "otros", se realiza plenamente. El "yo" se despliega coexistencialmente en la temporalidad. Lo expresado lleva a decir a Lepp que "la alternan-

cia entre soledad y comunicación con el otro debe ser el ritmo normal de una existencia auténtica"[43].

La soledad no aísla al hombre de modo radical y absoluto. No existe la soledad total, como tampoco podemos aludir a una comunicación que asfixie la subjetividad. Nadie puede abstraerse del mundo, sumiéndose en la incomunicación plena, cuando su ser es estructuralmente coexistencial. Pueden patentizarse, sin duda, diversos grados de soledad en concordancia con las posibilidades de cada hombre de lograr un relativo aislamiento. La intimidad, por lo demás, es frecuentemente compartida por dos o más personas, o puede aun extenderse al círculo familiar. Es dentro de este parámetro que debe comprenderse el concepto de soledad, en tanto representa el instante de máxima intimidad al cual puede acceder el ser humano de acuerdo con su estructura coexistencial.

Como lo precisara la Suprema Corte de Italia, "el derecho a la reserva consiste en la tutela de aquellas situaciones y actitudes estrechamente personales y familiares, las cuales, aunque se verificaran fuera del domicilio doméstico, no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable, contra las injerencias que, aunque se efectúen por medios lícitos, con finalidades no exclusivamente especulativas y sin ofensa del honor, la reputación o el decoro, no sean justificadas por intereses públicos preeminentes".

Resulta a todas luces intolerable para la tranquilidad y el sosiego espiritual, para la paz interior, para el equilibrio sicológico, estar sometido a todo tipo de intrusiones en relación con aquello que sólo está revestido de un exclusivo interés para la persona o para su familia. Aun en el caso de personajes

43 Lepp, *La comunicación de las existencias*, p. 20.

ampliamente conocidos por el público, como son aquellos de la vida política, artística o deportiva, el derecho a la intimidad de la vida privada no puede ser negado, como también lo precisa la Suprema Corte italiana, "sólo en consideración a su notoriedad, salvo que lo exijan un real interés social a la información u otras exigencias públicas".

Son muchas y muy diversas las maneras de invadir la esfera de la vida privada, de la intimidad del sujeto. Ellas van desde el espionaje al discreto seguimiento de la persona en el curso de sus cotidianas actividades; desde la revisión de documentos privados hasta la captación, a través de imágenes o registros de la voz, de situaciones vinculadas con la esfera privada. Estos pocos ejemplos nos muestran, además, la estrechísima vinculación entre la tutela de los actos de la vida privada y la protección de la imagen, de la voz, de los papeles privados, todas ellas expresiones que, en sentido amplio, se refieren a la intimidad de la vida privada. No obstante este parentesco, tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia comparadas han logrado distinguir estas específicas situaciones entre sí y otorgarles una adecuada tutela[44].

El Código Penal del Perú de 1991, al tipificar el delito de violación de la intimidad, formula precisas referencias en torno a ciertas modalidades de intrusión en la vida privada. En el art. 154 se lee que se viola la intimidad "ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos téc-

[44] El art. 14 del Cód. Civil peruano prescribe: "La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden". El art. 2°, inc. 8°, de la Constitución, expresa que toda persona tiene derecho "a la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones".

nicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años". En este primer párrafo del art. 154 se alude, como fluye de su texto, a la intrusión considerada en sí misma. Es decir, el acercarse o avecindarse a los hechos de la esfera de la intimidad de la vida privada con el definido propósito de observarlos, escucharlos o registrarlos. Se trata, en consecuencia, de la simple intrusión en la intimidad personal o familiar.

La pena impuesta por el Código Penal se agrava, pudiendo llegar hasta los tres años, si el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Ella podrá ser hasta de cuatro años si la revelación de las intimidades de la vida privada personal o familiar se efectúa utilizando algún medio de comunicación social. La pena será aún mayor si el agente violador de la intimidad es un funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo. En esta última hipótesis la pena puede alcanzar hasta los seis años y comprender la inhabilitación del cargo.

Todo lo hasta aquí expuesto evidencia la dificultad con que se tropieza en el justificado afán de la doctrina para llegar a una definición completa, satisfactoria y generalmente aceptada, de lo que se entiende por intimidad de la vida privada o, simplemente, intimidad. Para afrontar la ardua tarea de intentar definir lo que jurídicamente se comprende como la vida privada, los autores asumen, generalmente, dos vías opuestas: la de la negación y aquella otra que asume un carácter afirmativo. En el primero de dichos sentidos se le suele definir como lo contrario a lo que se entiende como vida pública o como aquello de nuestra vida que los demás no deben conocer. Esta vertiente definitoria ofrece las dificultades propias de toda definición por negación, empezando por la que obliga a conocer lo que se niega, sin comprender jamás el contenido mismo

de lo definido. Los resultados que se obtienen utilizando esta metodología son generalmente muy pobres.

Es siempre preferible la definición por afirmación, yendo directamente a comprender el sentido del concepto, sus alcances y matices. Dentro de esta metodología, algunos autores pretenden hacer una enumeración de todo aquello que en la vida de una persona podría calificarse de "íntimo", o "privado". Como se comprenderá, es muy difícil agotar el elenco de los actos que constituirían la esfera de la vida privada de una persona. Por lo demás, no todos coincidirían en el catálogo de las conductas tipificadas como pertenecientes al mundo de la privacidad. Ésta es una vía del todo intransitable, por lo que se la debe descartar.

Una ostensible peculiaridad del derecho a la intimidad es su contenido dinámico, cuya extensión varía, de acuerdo con diversas variables, no sólo de sujeto a sujeto sino también en relación con el mismo sujeto. Para Zeno-Zencovich las mencionadas variables están constituidas por los datos, por su manera de obtenerlos o de presentarlos, por los destinatarios, por el tiempo[45].

En lo que concierne a los datos materia de tutela, que constituyen el contenido mismo del derecho, existiría consenso en lo que atañe a ciertos hechos que conformarían el "núcleo" de la intimidad, como sería el caso de los asuntos sentimentales, sexuales, médicos del sujeto, aunque sus contornos no estén bien definidos. Zeno-Zencovich estima que al efecto bastaría pensar en la enfermedad de un Jefe de Estado. Por lo demás, debe tenerse presente que ciertos datos pueden considerarse reservados sobre

45 Zeno - Zencovich, Vincenzo, *Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza*, en "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", 1986-933.

la base de un criterio localista, como es el caso de aquello que se desarrolla en el ámbito del propio domicilio.

Existen ciertos hechos que siempre, y en cualquier caso, deben ser considerados como reservados. En lo que atañe al ordenamiento jurídico peruano, por ejemplo, el art. 2°, inc. 8°, de la Constitución, prescribe el secreto de los papeles privados, de las comunicaciones telegráficas y cablegráficas y prohibe la intervención de las telefónicas. Por su parte, el inc. 17 del mismo artículo establece el derecho a guardar reserva en lo que se refiere a las convicciones políticas, filosóficas y religiosas de la persona.

La noción de intimidad no puede, por otra parte, desligarse de aquella referente al ámbito social en el cual vive y actúa el sujeto de derecho. Es en relación con este particular ámbito que la tutela de la intimidad de la vida privada debe acentuarse o, más bien, liberalizarse.

Otra variable que debe tenerse en cuenta al establecer los alcances de la tutela del derecho a la intimidad es aquella atinente al tiempo en que se produjeron las acciones pasibles de tutela. La distancia temporal puede influir de manera notoria en la intensidad de la protección de la intimidad. Así, como lo señala Zeno-Zencovich, existen datos personales que siendo de dominio público en un primer momento, como es el caso de un delito, cesan de tener este carácter con el transcurso de algunos decenios.

De otro lado, acciones del sujeto que tienen en su momento el carácter de reservados, con el correr de los años o con un cambio en el contexto en que acaecieron, es posible que sean libremente difundidos. Así, un elenco que contuviera los números telefónicos privados, las direcciones de las residencias o centros de vacaciones, de lugares habitualmente frecuentados por notorios personajes de la vida pú-

blica, ya sean ellos artistas o políticos, constituye un elemento de la intimidad del sujeto, digno de tutela jurídica, durante la época en que tales personalidades tienen vigencia o presencia pública, lo que no acontece con el discurrir de los decenios.

No obstante lo expresado anteriormente, Novoa Monreal presenta diversas actividades, situaciones y fenómenos que, en la actualidad, pueden declararse como pertenecientes a la vida privada. Considera que el recuento es empírico y que tiene en cuenta diversas indicaciones de la doctrina. Así señala las creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas; aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual; aspectos embarazosos de la vida familiar; defectos o anomalías físicos o síquicos no ostensibles; comportamientos cuyo conocimiento por extraños desmejorarían su reputación; afecciones de salud que lo pudieran afectar en la vida social o profesional; contenido de comunicaciones de carácter personal; la vida pasada, cuando pudiera ser motivo de bochorno; orígenes familiares o cuestiones concernientes a la filiación que lastimen la posición social; el cumplimiento de las funciones fisiológicas; momentos penosos o de extremo abatimiento y, en general, cualquier hecho, dato o actividad que susciten turbación moral o síquica[46].

Dentro de la segunda vía, Novoa Monreal señala hasta tres elementos típicos que integrarían la noción de privacidad. En primer términc, deben tratarse de manifestaciones que normalmente se sustraigan del conocimiento de personas ajenas al círculo de la intimidad; en segundo lugar, que el conocimiento de tales manifestaciones de parte de terceros, provoque en la persona un estado de turbación moral al ver afectado su sentido del pudor o del re-

46 Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, p. 45-46.

cato; finalmente, que el sujeto no quiera que los demás tomen conocimiento de aquellos hechos[47]. La definición ofrece aspectos discutibles, pero constituye una importante hipótesis de trabajo.

No puede perderse de vista, tal como lo expresáramos precedentemente, que la noción de la intimidad es dinámica y, por tanto, relativa. En este sentido nos hemos referido, siguiendo a Zeno-Zencovich, a diversas variantes que actúan cuando es necesario precisar las fronteras del derecho a la intimidad. Todo ello lleva a decir a Ferreira Rubio, dentro de la misma línea de pensamiento, que los alcances, sentido e interpretación de lo que se entiende por intimidad, "varían de una época a otra, de un lugar a otro", y reafirma que "aun presenta variantes personales en ciertas ocasiones"[48]. Si bien es cierto que el ser humano requiere de un determinado ámbito privado o íntimo, esta necesidad varía de una persona a otra y, en cierta forma, está condicionada tanto por las costumbres como por la concepción del mundo que se profese. Algunos autores, como Rodotà, formulan al respecto una interpretación ideológica de la intimidad, expresando que dicho interés existencial es propio de la burguesía[49].

La intimidad es, sin duda, una exigencia espiritual que algunas personas sienten más intensamente que otras. Es la necesidad que, a veces, se experimenta con hondura, de recogerse sobre sí mismo, a mantenerse en soledad, libre de intrusiones. Es un repliegue de la personalidad, con el propósito de

[47] Novoa Monreal, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, p. 49.

[48] Ferreira Rubio, *El derecho a la intimidad*, p. 54.

[49] Cfr. Rodotà, Stefano, *La privacy tra individuo e collettività*, en varios, "Il diritto privato nella società moderna", p. 159 y siguientes.

"estar solo". Existe en el ser humano el requerimiento de mantener, libre de la curiosidad ajena, determinados actos de su vida carentes de un preponderante interés social. Como lo expresaran en su momento Warren y Brandeis, la privacidad supone, en términos generales, "el derecho a estar solos", a no ser importunados.

Como muy bien lo señala la doctrina, el ser humano requiere de una esfera reservada a la que no tengan acceso los demás, excepto aquellos que comparten la intimidad de la vida privada personal y familiar. En la Conferencia de Juristas Nórdicos, reunida en 1967, se aludía a la intimidad como el derecho a vivir con independencia la propia vida, "con un mínimo de injerencia ajena". En la noción de intimidad, como anota Georgina Battle, "palpita una idea de exclusión de la comunicación total, del conocimiento o de la intervención de los demás, a no ser que éstos, por razones especiales de convivencia, se encuentren llamados a participar de algún modo en nuestra vida elemental y reservada" [50].

El derecho a la intimidad de la vida privada no es, sin embargo, tutelado sin límites. No es, sin duda, un derecho absoluto. Existen ciertos casos en los cuales, por razones de interés social, son numerosas las disposiciones legales que constriñen el ámbito de la tutela de este derecho. Bastaría citar, al efecto, la situación derivada de la declaración de impuestos, mediante la cual se exponen diversos aspectos vinculados a la reserva de la vida personal. Otros casos son aquellos que imponen la disciplina en los lugares de readaptación o reclusión o en los que genera la vida militar.

Se ha observado que los personajes célebres, como es el caso de los políticos, los artistas o los de-

50 Battle Salls, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, p. 17.

portistas, deben ser más tolerantes, que aquellos sujetos que no lo son, en lo que atañe a la injerencia de los medios de comunicación en ciertos aspectos de su vida privada según el reclamo del interés social. Se reduce así el ámbito de su intimidad. Al respecto, De Cupis precisa que las "personas célebres han de soportar el sacrificio de su reserva personal, impuesto por el serio y justificado interés de la comunidad por conocer su efigie, su vida y sus obras"[51]. Es evidente que dicho interés se sustenta en la necesidad que tiene el público, sobre todo en el caso de los políticos, de conocer algunas actividades que le puedan ser útiles para una mejor y más precisa valoración de las virtudes, defectos y limitaciones del personaje que requiere su apoyo y sus votos. Se trata, en este caso, de un manifiesto interés social. No obstante, este requerimiento tiene, a su vez, su propio límite, cual es el que la publicidad de tales hechos no sea indiscreta, que no sirva sólo para satisfacer una morbosa e indebida curiosidad al margen de un legítimo interés. Como remarca De Cupis, este interés tiene que ser serio y justificado.

Se ha debatido en doctrina si el derecho a informar y a ser informado prevalece sobre el derecho a la intimidad cuando está en juego el interés social. La mayoría de los autores se declaran en favor de esta posición en base a que el bien común es superior al interés puramente individual. No todos los autores, sin embargo, comparten este criterio. Así, Cifuentes y Fernández al respecto sostienen que "el bien común encuentra sus límites en el reconocimiento y respeto de los derechos individuales y personalísimos, sin los cuales la persona desaparece". Y, agregan, que no es admisible sacrificarlos "por pretensiones y actos de otros o de

[51] De Cupis, Adriano, *Teoría y práctica del derecho civil*, p. 71.

todos los otros; no es justo satisfacer goces gregarios arrasando al individuo, dañándolo impunemente en sus bienes esenciales". Finalmente, declaran que ante un concepto absolutista de "bien común" "se levanta la figura personal como límite constitucionalmente cobijado"[52].

El personaje que se dirige al público en busca de consensos, si bien ha renunciado a un espacio de su intimidad, no ha abdicado plenamente a su derecho. Más allá del razonable interés del público de conocer ciertos aspectos de la vida privada de tales personas, existe un núcleo de la vida privada que no debe ser puesto de manifiesto en la medida que ello no contribuiría a que el público pudiera emitir un juicio crítico o valorar al personaje. Estos sujetos, ya sean políticos o artistas, no pierden, por esta calidad, su derecho a que se respete aquellas zonas de su vida privada que no tienen por qué ser expuestas al público en tanto son ajenas al interés social antes mencionado.

En cuanto a la situación de los menores se argumenta que ellos carecen de vida privada, en tanto se encuentran sometidos a la patria potestad. Por otra parte, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia sostiene la conveniencia de permitir entre los cónyuges, excepcionalmente, un recíproco control de la correspondencia y de las llamadas telefónicas. Esta discutible posición, que tendría como finalidad la de evitar la infidelidad y la formación de hogares paralelos, se sustentaría en el principio de tutela de la unidad de la familia.

Como es notorio, el más importante límite al que está sometido el derecho a la intimidad de la vida privada es el que surge de la exigencia de tu-

[52] Cifuentes, Santos - Fernández, Marta, *Rectificación. Respuesta. Réplica*, *LL*, 1990-E-583.

telar el derecho a la libre expresión del pensamiento a través de los medios de comunicación social. Como ocurre también tratándose de un posible conflicto entre la libertad de información o de crónica y el derecho a la identidad personal, corresponderá a la jurisprudencia, en cada caso, resolver con racional equilibrio la situación planteada, teniendo plena conciencia de la singular importancia de los valores que se hallan en juego. En todo caso, y tal como se ha señalado, cabe reiterar que el derecho a la intimidad sólo cede ante un manifiesto interés social.

Se suele considerar que el derecho a la intimidad de la vida privada tiene ciertos caracteres que son comunes, generalmente, a los demás derechos de la persona. Se le considera como un derecho innato, es decir, como una exigencia existencial; vitalicio, en cuanto acompaña a la persona hasta su muerte; extrapatrimonial, en la medida que no tiene significación económica; válido *erga omnes*, en cuanto se puede oponer, en general, a los demás; relativamente indisponible, en tanto si bien no es disponible en sí mismo, de modo absoluto, puede liberarse de responsabilidad del ofensor[53].

Es ilustrativo, al efecto de conocer algún caso emblemático que podría orientarnos en cuanto se refiere a la posición de la jurisprudencia comparada, el glosar brevemente una conocida sentencia emitida por el Tribunal de Roma, con fecha 12 de febrero de 1973. En ella se expresa que el "derecho de crónica, tutelado constitucionalmente, no puede sobrepasar la finalidad para la cual ha sido concebido, en referencia a las exigencias de información de la colectividad, ni puede traducirse en una incontrolada divulgación de noticias inexactas

[53] Zavala de González, Matilde M., *Derecho a la intimidad*, p. 38-39.

y tendenciosamente representadas, ni puede limitar los derechos de la persona humana, tutelados también ellos por los preceptos constitucionales, que constituyen patrimonio inalienable del ser humano".

§ 27. *TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA VIDA PRIVADA.* – Como en el caso de la identidad personal, correspondió también a la jurisprudencia italiana acoger, aún sin norma jurídica expresa que tipificara un autónomo derecho subjetivo, el evidente interés existencial vinculado a la necesidad de disfrutar de un espacio o ámbito de privacidad, exigencia que experimenta el sujeto, cada vez más intensamente, en cuanto le ha tocado vivir en un mundo donde la intrusión, bajo diversas y sofisticadas modalidades, ha alcanzado un especial refinamiento y un espectacular y creciente desarrollo.

Es por ello interesante y conveniente revisar, en lo tocante al asunto del cual nos venimos ocupando, aunque fuere someramente, la evolución que ha experimentado la jurisprudencia italiana. Advertimos al respecto que los casos más notorios que ha afrontado dicha jurisprudencia han sido protagonizados por personajes célebres, ampliamente conocidos por el público, vinculados a la música, el cine, la historia, entre otras actividades. Nos referimos, entre ellos, a un filme sobre la vida del famoso tenor Enrico Caruso, vigente en las décadas de los años veinte y treinta; a una divulgada obra referida a las relaciones sentimentales de Claretta Petacci con Benito Mussolini y a un servicio fotográfico sobre la bella princesa Soraya, quien fuera retratada en prendas íntimas en el interior de su villa privada[54].

[54] Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, 1.1, p. 173.

Es importante, en relación con tan emblemáticos casos, referirse a la evolución operada en la jurisprudencia italiana. En este sentido debe señalarse que la Corte de Casación, en 1956, no acogió el reclamo de tutela de la intimidad de la vida privada que fue de su conocimiento. La Corte resolvió en sentido negativo sobre la base del formal y controvertido argumento de que no existía en el ordenamiento jurídico italiano un específico derecho subjetivo que tutelara el interés existencial de reserva de la vida privada[55]. Este insólito fallo contradecía una tendencia jurisprudencial, forjada en las instancias inferiores, favorable a la protección de este hasta entonces inédito interés personal. Los fallos de los jueces y de los tribunales se fundaban, en vía analógica, en las normas preexistentes relativas a la tutela de la imagen.

El Tribunal de Roma, que conoció la causa, sólo se refirió a los derechos referentes al honor, al decoro y a la reputación, pero no asumió la problemática inherente a la intimidad del artista, aun en el supuesto de no haberse lesionado ninguno de tales intereses. En la sentencia se afirma que es posible "evocar en un filme, aun sin el asentimiento de los sucesores, la vida de una persona célebre, con la excepción de aquellos episodios cuya divulgación pueda producir un perjuicio al honor, al decoro y a la reputación de la persona representada".

La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso del tenor Enrico Caruso ignoró también la incipiente doctrina desarrollada en aquel tiempo sobre la temática de la intimidad de la vida privada. Nos referimos, entre otros, a los precursores trabajos de Adriano De Cupis[56].

[55] Nos referimos a la sentencia de la Corte de Casación del 22/12/56.

[56] Cfr. Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, 1.1, p. 174.

La segunda sentencia de la Corte de Casación, referida al caso de las relaciones sentimentales entre Claretta Petacci y Benito Mussolini, se dicta el 20 de abril de 1963[57]. Habían transcurrido siete años desde la expedición del discutido fallo sobre el asunto del tenor Enrico Caruso. En este tiempo la doctrina mostraba nuevos desarrollos sobre el derecho a la intimidad. Tal vez ello, unido a los sucesivos pronunciamientos de los jueces de instancias inferiores, determinaron que la sentencia de 1963, apartándose de la solución negativa ofrecida por la de 1956, acogiese la demanda de tutela de la intimidad de la vida privada. No obstante, en ella no se reconoce, de modo explícito, la presencia de un específico interés existencial a la reserva de la vida privada. El fallo expresaba que la divulgación de noticias sobre la vida privada de una persona era lesiva a la "libertad de autodeterminación en el desarrollo de la personalidad del hombre como individuo".

La Corte de Casación, con fecha 27 de mayo de 1975[58], siguiendo una expresa indicación de la Corte Constitucional resuelve un nuevo caso, el de Soraya, configurando un autónomo derecho a la intimidad de la vida privada. La Corte Constitucional, en su pronunciamiento de fecha 12 de abril de 1973, había incluido expresamente el derecho a la intimidad entre los derechos inviolables del hombre. Es decir, consideraba el derecho a la intimidad como uno de aquellos "derechos inviolables" a los que se refiere el art. 2° de la Const. italiana el mismo que, como lo hemos advertido en su lugar, opera como una cláusula general y abierta de tutela integral de la persona humana.

[57] Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, 1.1, p. 174.

[58] Cfr. Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, 1.1, p. 174.

Como lo hemos anotado (ver § 24), la jurisprudencia francesa, desde la década de los años 50, empezó a tutelar la vida privada de las personas, aunque sólo desde 1970 cuenta con un derecho subjetivo en el cual sustentarse, el mismo que está diseñado normativamente en el art. 9° del Cód. Civil. Entre los numerosos casos acogidos por la siempre alerta y ágil jurisprudencia francesa de años recientes, bastaría citar algunos casos emblemáticos, basados en el respeto a las diversas manifestaciones de la vida privada del sujeto. Tal vez uno de los que alcanzó mayor notoriedad pública fue el relacionado con el filme "Le voyou", del famoso director Claude Lelouch. El caso fue definitivamente resuelto mediante sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de París con fecha 16 de marzo de 1973.

En la mencionada película se narra el rapto de un niño organizado por un siniestro personaje que, en cierto pasaje del filme decía llamarse Henry Chemin, el que se desempeñaba como director de relaciones públicas de la fábrica de automóviles "Simca". Resulta que en la vida real existía una persona de ese mismo nombre la cual, por añadidura, había coincidentemente ocupado también el mismo cargo en dicha fábrica.

Al haberse lesionado, a través del filme, el honor, la reputación y la reserva de la vida privada y ante una demanda del auténtico Henry Chemin, se obtuvo que el juez de la causa, tutelando estos diversos intereses existenciales comprometidos en la cinta, ordenara la supresión de la secuencia en que se le aludía expresamente, así como al pago de una reparación de doce mil francos por el daño producido. Para el juez que conoció la demanda, el daño se originaba en el hecho de que la mención del demandante que se hacía en el filme en cuestión, era socialmente reprobable en tanto que se trataba del papel de un raptor y a la circunstancia de que los

amigos y conocidos de Chemin podrían pensar que su intervención en el filme fue por él autorizada a cambio de una determinada compensación económica [59].

§ 28. ***Distinción conceptual entre el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad personal.*** – La evidente positiva evolución que se advierte en los últimos años en lo que concierne a la precisión conceptual y sistematización de los derechos de la persona, se hace patente en tanto que, de la protección del aislamiento personal, de la reserva sobre los hechos de la vida privada, de la "defensa de la curiosidad e indiscreción ajenas, se pasa a la tutela de un profundo aspecto de la persona, al que se le considera en una dimensión activa". Nos referimos, en este último caso, a la protección de la identidad personal, al ser "uno mismo" [60].

Los conceptos de intimidad e identidad están profunda y esencialmente vinculados en la medida que ambos se refieren a dos aspectos indisolubles de la personalidad. Para que el ser humano pueda aprehenderse como "único", captarse en su "mismidad", requiere salir transitoriamente de los afanes y trajines de la cotidianidad. La propia identidad, si bien no puede forjarse sino en comunicación con los demás, exige que la persona rompa momentáneamente los lazos que la unen a su contorno, a su circunstancia, para volcarse sobre sí misma, interiorizarse, vivir la experiencia de la soledad como repliegue del "yo", para tener conciencia de su "verdad personal", de su auténtica identidad, y proyectarse al futuro.

[59] Cendon, Paolo, *Profili della tutela della vita privata in Francia*, en varios, "Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia. Due sperienze a confronto", p. 123 y siguientes.

[60] Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 185.

Lo anteriormente expresado supone, como anota Lepp, que "sólo en la soledad el 'yo' se capta de modo conscientemente a sí mismo y aprehende el sentido verdadero de la existencia"[61]. De ahí que la soledad, la vivencia de la intimidad, permite al ser humano, a cada ser humano, iniciar el proceso de búsqueda y descubrimiento de su propia identidad personal. Es así que intimidad e identidad se exigen recíprocamente para la forja y aprehensión de la personalidad.

En lo que atañe a la identidad personal, y tal como se ha precisado en su lugar, el interés jurídicamente tutelado es el de la "mismidad" del ser humano, el de su personalidad desplegada a través de actitudes, conductas, opciones de vida, características, atributos, opiniones realmente vertidas, proyectadas hacia el mundo exterior. Es decir, se protege lo que se suele designar como aquello que constituye el patrimonio ideológico-cultural considerado latamente, en su máxima amplitud, en sus varias expresiones y realizaciones. En síntesis, se tutela lo que representa la "verdad histórica personal". En la intimidad, en cambio, es indiferente el problema de la verdad.

En el caso de la situación jurídica subjetiva relativa a la intimidad de la vida privada, los intereses existenciales que tutela el derecho son diversos de aquellos protegidos en el caso del derecho a la identidad personal. La privacidad es el espacio que el sujeto reserva para su vida íntima, representa un interés existencial distinto a tutelar que aquel que tiene que ver con el respeto a la "verdad personal", que supone un interés tendiente a evitar que se altere o desvirtúe la proyección social de la personalidad individual en base a datos objetivos. Los intereses tutelados resultan así, en cada caso, diferentes,

[61] Lepp, *La comunicación de las existencias*, p. 12.

por lo que no cabe confundirlos no obstante su vinculación esencial.

La distinción entre las nociones de intimidad de la vida privada, de una parte, y de identidad personal, de la otra, es evidente desde que, como se ha anotado, cada una de estas situaciones jurídicas subjetivas se refiere a diversos intereses existenciales cuya protección de parte del derecho es una exigencia de la persona. La intimidad, como apunta Zeno-Zencovich, tiene que ver con el complejo de los asuntos privados del sujeto, los que se sustraen de la ajena intrusión, precisamente por este carácter íntimo que los rodea. La calidad de asuntos privados, propios de la esfera de la intimidad, son aquellos mayormente irrelevantes al interés público, salvo casos específicamente enmarcados por la ley. Son, en síntesis, los que carecen de una definida importancia para lo que se entiende por "interés social".

La identidad personal, en cambio, consiste en un conjunto de conductas referidas a la actividad pública de la persona, que apuntan a su proyección social. Las conductas que tienen que ver con la identidad conforman todo aquello de la persona que, contrariamente a lo que acontece tratándose de la intimidad, no permanece en el mundo de la reserva y que, por lo tanto, interesa aislar del conocimiento de los demás por carecer de una remarcable connotación social. En el caso de la identidad personal, por el contrario, se alude al aspecto de la persona que se proyecta al exterior, que se somete objetivamente al conocimiento de los demás, que se hace público. Es decir, aquello que constituye un aspecto de la persona que se proyecta al mundo exterior, que se somete objetivamente al conocimiento de los demás.

Estas dos diferentes vertientes de la persona, la intimidad de la vida privada y la identidad perso-

nal, estas dos distintas maneras de ser, contienen, como señala Zeno-Zencovich, aparentes contradicciones que experimenta la propia personalidad, en cuanto la persona, por un lado, "quiere permanecer escondida, al reparo de injerencias externas y, de la otra, desea manifestarse hacia el exterior con la máxima claridad posible" [62].

De lo expuesto se desprende, con precisión, que cada uno de estos aspectos de la personalidad responde a intereses que son distinguibles entre sí. Cada uno de ellos está gobernado por principios opuestos, por movimientos que se nos aparecen contrapuestos. En el caso de la intimidad de la vida privada está en juego la soledad, la *reserva* o el *secreto* de los actos de la vida privada, en tanto que es la *verdad* aquel que gravita en el de la identidad personal.

El derecho a la intimidad de la vida privada y el derecho a la identidad personal, no obstante referirse a aspectos de un mismo sujeto, se ubican en diversos planos conceptuales. Cada uno de estos intereses existenciales exige un especial desarrollo y tratamiento jurídico, una adecuada y diversa tutela de parte del derecho. En el caso de la intimidad se prescinde de la proyección externa de la personalidad. Por el contrario, lo que busca la persona es el respeto de su sentimiento y deseo de soledad, de recogimiento casi cenobítico, de no comunicación con el mundo exterior. El sujeto exige que aquellas acciones, pensamientos o actitudes, por estar vinculados con el núcleo de la privacidad, no sean de conocimiento de los demás. Se trata de evitar la ajena intrusión.

En el caso del interés existencial relativo a la identidad personal, lo que reclama la persona es

[62] Zeno - Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, p. 351.

otro comportamiento de parte de los terceros. En esta especial situación el sujeto exige respeto por la "verdad personal" proyectada hacia el exterior. La personalidad del sujeto, con sus características y atributos, con sus dotes y deméritos, debe ser fielmente recogida por los demás, cuidando de no alterarla ni de apartarse de la verdad histórica.

De lo hasta aquí expuesto se deduce prístinamente que ambas figuras jurídicas, significan, en sí mismas, distintos intereses existenciales del sujeto que reclaman una también diversa tutela jurídica.

No obstante lo escrito, y como lo señaláramos precedentemente, entre derecho a la identidad personal y derecho a la intimidad de la vida privada existen, como no podía ser de otra manera, puntos de convergencia, "en particular ahí donde la combinación de datos, reservados o no, permitan una radiografía de un sujeto, poniendo en evidencia su identidad"[63]. Ello, como señala Zeno-Zencovich, puede ocurrir sobre todo en relación con el uso de calculadoras electrónicas, en las que se recoge información de todo género[64]. En cualquier caso, debe tenerse siempre presente que ambos aspectos de la personalidad coinciden, en fin de cuentas, al encontrar su común fundamento jurídico en la unidad de la persona humana.

No todos los autores, sin embargo, se muestran concordes en cuanto a la distinción entre identidad personal e intimidad de la vida privada. Fois, entre otros juristas italianos, al advertir que no existe una adecuada y suficiente elaboración dogmática en lo que concierne al derecho a la identidad personal, sostiene que la problemática

63 Zeno - Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, p. 352.

64 Zeno - Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, p. 352.

de la identidad debe ser asumida dentro de los alcances del derecho a la privacidad [65].

Al comentar la ejecutoria de la Corte de Casación italiana, de fecha 22 de junio de 1985 (ver § 9, g), precisábamos, según se recordará, cómo en dicha sentencia se resumían diestramente los distingos entre derecho a la identidad personal y los demás derechos de la persona con los que guardaba especial afinidad. En lo que se refiere a la diferencia conceptual entre derecho a la identidad personal y derecho a la intimidad, el mencionado fallo apuntaba que mientras el primero "asegura la fiel representación de la propia proyección social", el segundo, en cambio, garantiza "la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable". De este preciso modo la ejecutoria procedía a resumir la diferencia que puede encontrarse entre ambas situaciones jurídicas subjetivas.

En lo que se refiere al ordenamiento jurídico peruano, cabe recordar que el art. 2°, inc. 5°, de la Constitución, reconoce el derecho que tiene cada persona a que la esfera de su intimidad sea respetada por los demás y, consiguientemente, no sea puesta de manifiesto ante terceros. El art. 14 del Cód. Civil determina, por su parte, que la intimidad de la vida privada personal y familiar no puede ser divulgada sin el asentimiento de la persona o, si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, excluyentemente y en este orden. El numeral 17 del mismo Código establece que la violación de cualquier derecho de la persona contemplado por el Código en su Sección correspondiente, confiere al agraviado o a sus here-

[65] Fois, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti dell'uomo*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 42.

deros acción para exigir la cesación de los actos lesivos. El art. 1985 del citado cuerpo legal prescribe, sin limitación alguna, la reparación del daño a la persona o daño no patrimonial[66].

C) Derechos al honor y a la reputación

§ 29. ***Distinción entre derecho a la identidad personal y derecho al honor.*** – El derecho al honor y el derecho a la reputación tutelan intereses existenciales contiguos pero no coincidentes con aquel que es el contenido del derecho a la identidad personal[67]. La doctrina, que en esta materia muestra una abundante bibliografía, se ha encargado, no sin esfuerzo, en formular la distinción conceptual correspondiente, diferenciando intereses existenciales que no deben ser confundidos entre ellos.

Una distinción de carácter general y pragmática entre el interés que se reconoce en la identidad personal y los intereses atinentes al honor y a la reputación radica, según De Martini, en que estos últimos son objeto de una especial tutela, la cual, esencialmente, es de orden penal. La violación de los derechos al honor y a la reputación origina, normalmente, sanciones de ese carácter. En estos casos, por lo tanto, está en juego un interés que prevalentemente es de orden público y se requiere la presencia del dolo. El delito subsiste, por ello, aun en el caso de que el sujeto no se sienta ofendido. De

[66] El art. 1985 del Cód. Civil peruano prescribe: "La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción o la omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

[67] De Martini, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 147.

otra parte, como señala el mismo autor, tanto los intereses existenciales relativos al honor como a la reputación son también tutelados aun en la eventualidad de que los hechos en que se sustancia el agravio sean verdaderos [68].

El interés concerniente al honor se instala en la dimensión de la subjetividad. El honor consiste en el sentimiento que tiene la persona en relación a su propia valía. Es la estima y respeto a la propia dignidad. Significa, por lo tanto, un momento referido a la autoestima personal. El honor encuentra sustento en "la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes" respecto del prójimo y de nosotros mismos [69]. El honor es el íntimo y raigal valor moral de la persona [70].

El honor se presenta como una necesidad existencial del ser humano. Por ello es que Lepp afirma que "para existir en el sentido propio del término, no basta con tomar conciencia de sí; es necesario también emitir un juicio de valor sobre sí mismo". El juicio propio, como anota Lepp, sólo es posible si el "yo" sabe que es sujeto, por lo que "puede contemplarse con alguna objetividad". Es así que cada sujeto es capaz de establecer su propia medida en lo que concierne a su valor personal [71].

Un sector de la doctrina, en la que identificamos el pensamiento de Castán Tobeñas, suele mencio-

[68] De Martini, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 147.

[69] La que se consigna es una de las definiciones que aparecen en el Diccionario de la Real Academia Española. Sobre el tema, cfr. Castán Vásquez, José M., *La protección al honor en el derecho español*, en separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1958, y Zeno - Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, ya citado.

[70] Fernández Sessarego, *Derecho de las personas*, p. 45.

[71] Lepp, *La comunicación de las existencias*, p. 24.

nar dos vertientes en cuanto al concepto de honor. Una, como lo hemos puesto de manifiesto, resulta ser de carácter subjetivo. La otra, en cambio, está referida, según el autor, a una dimensión objetiva. Nosotros preferimos ubicar al honor en el mundo de la subjetividad, como movimiento personal de recóndita autoestima. Consideramos que la expresión objetiva está dada por el reconocimiento que de nuestra dignidad personal formulan los demás. A esta figura objetiva, que está constituida por el aprecio social que merece el sujeto, la designamos como reputación y se le debe dar un tratamiento jurídico diferenciado, como lo apreciaremos más adelante[72].

Si el honor es un sentimiento que tiene que ver con la estima de nuestra propia dignidad, la identidad personal, en cambio y tal como se la ha definido, atiende a la proyección social de la personalidad en su plenitud de verdad. En la identidad personal asistimos a un momento prevalentemente objetivo, en cuanto ella se refiere a la percepción externa, a cargo de terceros, que se da y se tiene de la persona.

Como ocurre en el caso de la imagen, puede suceder que se lesione simultáneamente los intereses atinentes al honor y a la identidad personal. No obstante, de esta circunstancia no se deriva el que se confundan ambos intereses. Cada uno de ellos conserva su propia relativa autonomía conceptual dentro de lo que significan los derechos de la persona en orden a su esencial unidad y común fundamento.

Una adicional nota distintiva entre los derechos al honor y a la identidad personal es aquella que

[72] Cifuentes - Fernández, consideran que el honor tiene un doble significado. Se trata de la fama, que tiene un sentido objetivo, y la autoestima, que es de carácter subjetivo (cfr. *Rectificación. Respuesta. Réplica*, *LL*, 1990-E-583).

consiste en que, para que exista lesión a la identidad personal no se requiere, necesariamente, que la inexactitud en cuanto a la "verdad personal" signifique una alteración de índole negativa, en desmedro de la calidad de la persona. Una simple y nuda alteración sustancial de alguna importante característica o atributo definitorio de la personalidad del sujeto, aun en la hipótesis de que ello le resulte favorable, supone una lesión a dicha verdad personal, que es el núcleo del interés jurídicamente protegido por el derecho a la identidad. En cambio, tratándose del honor de la persona, es indispensable que para que surja una agresión deba producirse una ofensa al sentimiento del propio valor personal, lo que siempre significa estar ante la presencia de una nota de carácter negativo, salvo el caso de la injuria.

§ 30. ***DESLINDE JURISFRUDENCIAL ENTRE DERECHO A LA IDENTIDAD Y DERECHO AL HONOR.*** – La jurisprudencia comparada ha contribuido al deslinde de las nociones de identidad personal y honor. Cabe recordar, a este propósito, los pronunciamientos del pretor de Roma, del 2 de junio de 1980 y del 11 de mayo de 1981, y las sentencias emanadas del Tribunal de Roma con fechas 27 de marzo y 7 de noviembre de 1984, entre tantos otros significativos pronunciamientos en esta materia (ver § 9, c, e y f).

El juez, en el fallo de 1981, precisaba que el derecho a la identidad personal es distinto al del honor, en tanto aparece como una ulterior elaboración del mismo. Por su parte, el Tribunal de Roma, en su pronunciamiento de 7 de noviembre de 1984, sostenía que la lesión a la identidad personal, mediante la atribución de características que no son propias de la personalidad puede "no constituir perjuicio para la dignidad y la reputación".

El distingo conceptual entre identidad personal y honor se reafirma mediante el tantas veces citado

fallo de la Corte de Casación de 1985. En este iluminado y sintético pronunciamiento se hace notar que la lesión al interés representado por la identidad personal puede verificarse "mediante una acción que, al mismo tiempo, no sea ofensiva al honor y a la reputación" (ver § 9, g).

§ 31. ***Distinción entre los conceptos jurídicos de honor y de reputación.*** – La relación que existe entre los intereses relativos a la identidad personal y a la propia reputación debe ser tratada con independencia conceptual de la que se advierte entre aquella situación jurídica y el interés concerniente al honor. Para una más precisa elucidación de este asunto es conveniente, como cuestión previa, referirse a la distinción entre los intereses del honor y de la reputación.

El honor, tal como se ha apreciado en parágrafos anteriores, es una situación jurídica subjetiva vinculada a la estima que la persona tiene de sí misma, es decir, se trata de un sentimiento del propio valor personal. El honor, como lo subraya De Cupis, es el "sentimiento o conciencia de la propia dignidad personal"[73]. Por ser un sentimiento, se despliega en el mundo de la subjetividad. El honor tiene que ver con la esfera íntima de la personalidad y se constituye como el respeto que se guarda hacia uno mismo. Es una situación subjetiva, en la que se prescinde de la valoración que los demás puedan tener de una determinada persona.

La reputación, en cambio, atiende a la valoración que del sujeto tienen los "otros" en el ámbito de la comunidad. Es un juicio crítico que los demás elaboran en torno a cierta persona. Es aquello que también se conoce como la fama o la "imagen social" de la persona. Es por ello que en el caso de

[73] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 251.

la reputación debe mencionarse la presencia de un elemento concreto, el mismo que está representado por la estima que los demás puedan tener en relación a una persona. Vinculada con la vida social del sujeto, la reputación trasciende el plano de la subjetividad personal.

Como a menudo ocurre en el área de la ciencia jurídica, no todos los autores comparten las apreciaciones antes formuladas en torno a la distinción entre los intereses atinentes al honor y a la reputación. De Cupis, por ejemplo, considera que la expresión "honor" tiene hasta tres acepciones, una de las cuales comprende el concepto de reputación que hemos ofrecido. Según este autor, en un primer sentido, honor significa el íntimo valor moral del hombre. En este contenido el honor carece de tutela jurídica. En una segunda acepción, el honor tiene que ver con la estima de los terceros, con el buen nombre o la fama de la persona. Finalmente, en un tercer sentido, el honor aparece ligado al "sentimiento y conciencia de la propia dignidad personal". Como se puede apreciar, para De Cupis la reputación vendría a ser una de las tres significaciones comprendidas dentro del amplio concepto de honor[74].

Por su parte, Castán Vásquez manifiesta que al jurista interesan los dos aspectos del honor, tanto el subjetivo como el objetivo, "y de ninguno de ellos se puede prescindir"[75]. Es digna de recogerse la distinción que Castán Vásquez formula entre "honor" y "honores", ya que el honor "puede perderse en el mismo momento en que se están alcanzando los honores y puede ganarse mientras se pierden és-

[74] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 251-253.

[75] Castán Vásquez, *La protección al honor en el derecho español*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1958, p. 6.

tos". Y es que, como señala, "la verdadera honra radica más en la noble conducta propia que en las altas recompensas ajenas"[76].

Encuentra Rescigno que en el honor "se encierra un subjetivo sentimiento de bienestar síquico", mientras que la reputación "refleja, en cambio, los modos de ser y de presentarse de cada cual". La reputación se despliega, de este modo, en una "dimensión comunitaria y, por lo tanto, social"[77].

La principal y más difundida forma de lesión a la reputación es, como precisa Zeno-Zencovich, la atribución a la persona de un hecho que no corresponde a la verdad, que es de suyo falso, inexacto. Esta situación, según el autor, en alguna medida se refleja también en lo que se refiere al honor[78]. Esta incidencia de la verdad en el caso de la reputación, como en cualquier otra circunstancia atinente al derecho, hace de suyo problemática la cuestión relativa a la reputación.

La conexión entre honor y reputación, como se ha advertido, es del todo sutil. Podríamos referirnos a ambos intereses como si fueran las dos caras de una medalla. Es por ello muy difícil precisar en qué momento se ofende el honor y cuándo se lesiona la reputación. No obstante, consideramos que entre ambos conceptos hay una diferencia que no pasa inadvertida, aunque por la estrecha vinculación existente sea posible que, jurídicamente, pueda reunírseles bajo una misma situación jurídica subjetiva para el efecto de su tutela integral.

[76] Castán Vásquez, *La protección al honor en el derecho español*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1958, p. 6.

[77] Rescigno, Pietro, en la presentación del libro *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, de Zeno - Zencovich, p. XXIII.

[78] Zeno - Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, p. 105.

Con referencia a lo que venimos expresando, en cuanto a las diferencias entre honor y reputación, no obstante sus muy estrechas relaciones, cabe señalar que es posible que se lesione el honor –la autoestima– de una persona a través de imputaciones agraviantes que conduzcan a dicha persona a no sentirse digna sino incumpliente de sus propios deberes, especialmente morales, sin que este hecho aislado influya negativamente al extremo de alterar la reputación de que socialmente goza, es decir, la estima que los demás le guardan. Contrariamente, puede ocurrir que por la divulgación de hechos axiológicamente reprobables, se resienta y sufra deterioro la reputación de la persona, es decir, la consideración que los demás le tienen, sin que este evento determine que el sujeto se sienta lesionado en su propia autoestima. A esta reacción de la persona podrían atribuírsele diversas hipotéticas explicaciones. Así, puede suceder que la persona esté tan segura de sí misma ante la imputación de hechos agraviantes, falsos y desvaliosos, que su honor no sufra mella. Puede también darse el caso de que la autoestima de una persona sea tan pobre que la erosión de su reputación no le afecte en su honor.

§ 32. ***DELIMITACIÓN CONCEPTUAL ENTRE DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y DERECHO A LA REPUTACIÓN.*** – La importancia de la verdad en la definición de la reputación, hace que esta situación jurídica subjetiva se encuentre íntimamente entrelazada con aquella de la identidad personal. La verdad, como ya se ha advertido, ocupa un lugar central en la formación del concepto jurídico relativo a la identidad personal. Esta estrecha vinculación –a la que habría que agregar aquella que ambas figuras guardan con la de la intimidad– hace que la distinción entre ellas se convierta en una cuestión compleja de desentrañar. No obstante, y pese a las dificultades que hay

que afrontar, es posible trazar una relativa línea de confín entre las nociones de reputación e identidad personal.

La identidad personal, como se ha evidenciado, se constituye por la proyección social de la personalidad del sujeto y por el conocimiento que de ella tienen los demás. Es decir, nos encontramos frente a un problema de orden gnoseológico, que atañe al conocimiento de lo que representa y significa la persona en su vida de relación. En el caso de la reputación, por el contrario, lo prevalente no es la presencia de un elemento gnoseológico, que tiene que ver con la verdad histórica, sino la valoración que de la persona se forja la colectividad. Tratándose de la reputación, en consecuencia, lo que asume relevancia es un juicio de valor, una apreciación axiológica, un pronunciamiento crítico.

En la identidad personal se halla en juego "la verdad histórica" del sujeto. En la reputación, además de la verdad, debe tenerse presente la valoración vivenciada por los demás en cuanto al sujeto.

En la identidad personal, el sujeto exige que no se falsee su "verdad histórica", mientras que en la reputación se atiende a la fama, al buen nombre, al prestigio, a la reacción que, con cierta carga ético-subjetiva, los demás se forjan en cuanto a "su verdad". En la reputación, a partir de la verdad, los "otros" valoran la personalidad. De esta actitud axiológica, que se añade a la puramente gnoseológica, surge la reputación de la persona. Es decir, la "opinión" que los demás tienen del sujeto.

D) Derecho personal del autor

§ 33. ***Algunas precisiones sobre el derecho del autor.*** – En este parágrafo nos referiremos a las relaciones entre el derecho a la identidad personal, en

su vertiente dinámica, y el derecho personal del autor. Es decir, a aquellos aspectos de naturaleza no patrimonial que vinculan al autor, al inventor o al artista, con el producto de su talento, de su ingenio, de su imaginación o inventiva. Se trata específicamente del derecho que tiene el autor a que se le reconozca como el creador de su obra, la misma que no debe ser alterada o mutilada sin su expresa autorización. Se tutela expresamente el interés existencial a que la autoría y la obra sean respetadas y que permanezcan intangibles a través del tiempo. Es decir, a lo que se suele designar por algún sector de la doctrina como la "paternidad de la obra".

La "paternidad de la obra" con sus consecuencias jurídicas representa, tal como lo advirtiera Piola-Caselli[79] a finales de los años veinte, un derecho diverso, por su naturaleza extrapatrimonial, a aquel otro derecho que goza el autor de disponer de su obra a título oneroso. Es decir, de lo que se suele también conocer como el derecho de "propiedad sobre la obra". El primer derecho, el de carácter personal, prevalece y acompaña al autor aun después de haber transferido el producto de su ingenio. Es así que el derecho personal del autor, en tanto es inherente al sujeto, se mantiene incólume aun en la circunstancia en que éste enajene, por cualquier título, el producto de su creación intelectual o artística. Se ha hecho notar, con razón, que esta duplicidad de derechos contenidos bajo el rubro genérico y equívoco de derechos de autor, es fuente de con-

[79] Entre las obras de Piola - Caselli cabe citar: *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, en "Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza" al cuidado de Fiore y luego de Brugi, parte IV, 1927; *Codice del diritto d'autore*. Commentario della nuova legge 22 aprile 1941, nº 633, 1943 y, juntamente con Arienzo y Bile, la voz *Diritti d'autore*, en "Novissimo Digesto italiano".

fusiones ya que con la misma denominación se identifican derechos diversos.

En doctrina se considera que el derecho personal del autor sobre la obra de su ingenio, le concede diversas prerrogativas aparte de aquélla, específica y cardinal, referente a que se le reconozca la paternidad de la misma. En este sentido se suele mencionar el derecho a que se respete la integridad de la obra, el poder de modificarla, continuarla, concluirla, o simplemente conservarla inédita. A estas prerrogativas habría que agregar la de mantener el anonimato, retractarse o arrepentirse de su contenido, retirarla de la circulación.

Se considera que el derecho personal del autor comprende dos categorías de objetos. El primer grupo está constituido por las ideas "cuya utilidad consiste en la idoneidad a ser usadas para la producción de otros bienes o servicios"[80]. Se suele denominar "invenciones" a este tipo de ideas objeto de tutela por el derecho personal en referencia. El segundo grupo está integrado por aquellas ideas cuya utilidad consiste en su propia comunicación, ya que, como anotan Auletta y Mangini, ellas producen en el espíritu humano "un goce, una elevación, un perfeccionamiento"[81].

La doctrina considera que la creatividad u originalidad es la nota que debe caracterizar a las ideas que constituyen el objeto del derecho personal del autor y cuya paternidad reclama y merece, por consiguiente, tutela jurídica. Se protege, de este modo, el resultado del ingenio que resulta ser un producto propio y único del autor, que no es copia,

[80] Auletta, Giuseppe - Mangini, Vito, *Marchio. Diritto d'autore sulle opere dell'ingegnio*, en "Commentario del Codice Civile", p. 147.

[81] Auletta - Mangini, *Marchio. Diritto d'autore sulle opere dell'ingegnio*, en "Commentario del Codice Civile", p. 148.

calco ni repetición de ideas ajenas, tomadas de otros. No obstante, generalmente se estima que también es susceptible de protección la original combinación, sistematización o mixtura de ideas que no son propias del autor.

El derecho personal (o moral, como también se le designa) del autor denota estrechos vínculos con la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal. La doctrina advierte, sin excepción alguna, la íntima conexión existente entre la creación intelectual y la calificación de la personalidad del autor. La obra del intelecto, la creación humana, resulta ser un momento de alta y significativa expresión de la personalidad, de lo que cada sujeto es en sí mismo. Ella se constituye en una forma de proyección social de la personalidad. En el derecho de autor, en cuanto concierne a su vertiente personal, se protege, como se ha señalado, la paternidad intelectual sobre la obra del ingenio, de la inventiva o de la creación artística de la persona. Es decir, sobre una específica y trascendente expresión del ser de la persona.

En el caso del derecho personal del autor es posible apreciar una muy calificada y significativa presencia social del ser humano, la que requiere de un reconocimiento de parte de la comunidad y de una consiguiente protección jurídica. A través de la obra del ingenio o del sentido artístico se identifica a la persona, sobre todo si existe una continuidad productiva en una determinada dirección creadora. Mediante el derecho de autor se tutela una "manera de ser" del sujeto, por lo que resulta una exigencia existencial a que se reconozca a cierta persona como el creador de una determinada obra, como también se protege la integridad de la obra en sí misma, en lo que atañe a su contenido. Éste no puede ser alterado o modificado, en forma alguna, sin la autorización expresa del autor, en tanto re-

presenta una importante faceta de la "verdad personal" del creador de la obra.

La obra intelectual o artística, el producto de la inventiva y del ingenio, es un elocuente índice revelador de la personalidad del autor. Éste se identifica con su creación y, a su vez, ella lo identifica en sociedad, en cuanto es una importante dimensión de su proyección comunitaria. Por ello, no existe duda de que al protegerse los intereses personales del autor, de todo lo que caracteriza su paternidad intelectual, se está también tutelando la identidad misma del sujeto en una de las más notorias y singulares manifestaciones de su personalidad. A través de la obra se proyecta socialmente, de modo por demás notorio, la personalidad del autor.

Un sector de la doctrina sostiene, en tal sentido, que el derecho personal del autor debe considerarse como un aspecto particular de un derecho más amplio, "dirigido a garantizar la real proyección social del sujeto y que, el interés a aparecer como autor de la obra del ingenio, constituye una manifestación del interés a devenir, en el ámbito social, aquello que realmente se es"[82]. En base a esta verificación se ha llegado también a afirmar que la protección de la calidad de autor no es un fin en sí mismo, sino que adquiere relieve en el sentido de ser una calificación del sujeto. De ahí que el derecho a la tutela de la paternidad de la obra es instrumental en relación con el interés consistente en la calificación personal del autor[83].

§ 34. ***Relación entre derecho a la identidad personal y derecho de autor.*** – El estrecho ligamen exis-

[82] Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, p. 67-68.

[83] Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, p. 68.

tente entre identidad y derecho personal del autor, al cual se ha hecho referencia, se hace patente a través de ciertos poderes que, un sector de la doctrina y cierta legislación, conceden al autor para modificar la obra y hasta para retirarla de la circulación. Estas acciones sólo serían admisibles en el caso de que el autor no se reconociese más en la obra producida y ello, a su vez, tuviere graves repercusiones en cuanto a la proyección social de su personalidad. Es decir, si la obra o el producto de su creación no reflejasen más su real personalidad, si ellos no se ajustasen de modo absoluto a una nueva posición ideológica o moral asumida por el autor en el decurso de su existencia.

La obra, según el criterio dominante, debe trasuntar el pensamiento o la concepción del mundo que el autor profesa. Ella debe guardar correspondencia con su actual modo de sentir o de pensar. Si ello no ocurriese, si las convicciones personales o los sentimientos del autor se alejasen con el tiempo del contenido de la obra, si ésta no proyectase más su personalidad, el autor tiene el poder de adecuar la obra a su actual manera de ser y de pensar o, simplemente, de retirarla de la circulación. Esta extrema solución se justificaría sólo en el caso de que el autor considerase intolerable, en cuanto a su actual identidad, la representación que de su personalidad dimana de aquella obra.

La extrema solución propuesta operaría exclusivamente en la eventualidad de producirse la elocuente ruptura del vínculo espiritual entre el autor y su obra, el mismo que refleja la identidad personal del autor. En esta hipótesis, la ulterior intervención del autor sobre su obra puede consistir en una simple enmienda o, si fuere el caso, en una profunda y hasta radical transformación. No puede soslayarse que estas situaciones no son frecuentes. Son, más bien, excepcionales. En todo caso, las

modificaciones que el autor pudiera introducir en la obra, aparte de ser a su costa, no deben alterar ni el carácter ni el destino de la obra.

Si la transformación operada en la personalidad del autor es radical y profunda, nos hallamos ante una situación límite en la que cabe plantear hasta el retiro de la obra de la circulación. En esta extrema hipótesis estaría comprometida la paternidad intelectual y la consiguiente proyección social del autor. En esta contingencia, el hecho de la modificación de la obra podría resultar una solución tal vez hasta insuficiente para el propósito perseguido de salvaguarda de la "verdad personal", de la verdad histórica.

El interés del autor se centra, en el caso anteriormente referido, en evitar una más amplia difusión de la obra en cuanto ella refleja una identidad en la que la persona ya no se reconoce. El autor debe, por ello, tratar de limitar al máximo posible su circulación, en tanto la obra ha devenido en un elemento distorsionante de un "nuevo" aspecto de su personalidad. De este modo, se obtiene que un menor número de personas conozca aquella obra, la que ya no es más considerada como la expresión comunitaria de la personalidad del autor. Es decir, de una obra que, por la evolución de los rasgos ideológicos definitorios del autor, no denota su completa y cabal "verdad personal".

La legislación italiana sobre derechos del autor, entre otras, autoriza a éste a proceder al retiro de la obra del comercio. Ello será sólo posible si se presentaran "graves razones morales" que desembocaran en un repudio de la obra, en un total desconocimiento de su paternidad intelectual[84]. Esta actitud

[84] La referida prerrogativa se establece tanto en el art. 2582 del Cód. Civil italiano como en el art. 142 de la ley de derechos de autor.

es considerada lícita si en el espíritu del autor se hiciera presente una crisis, de tal magnitud y repercusión, que sea capaz de crear en él una "insuperable fractura respecto a la obra precedentemente creada"[85]. Como es comprensible, se trata de una solución extrema, a la cual se recurre ante una situación límite y, por ende, como está dicho, del todo excepcional.

Corresponderá al juez, en la eventualidad antes citada, el apreciar y calibrar debidamente el caso sometido a su conocimiento. De aceptarse el reclamo del autor en el sentido de que se impida, por mandato judicial, la ulterior circulación de la obra, es evidente que ella no podrá ser objeto de reproducción o reimpresión, quedando a salvo la indemnización debida al editor por el perjuicio ocasionado, si fuere éste el caso.

Con modalidad y alcances parcialmente diversos, las legislaciones sobre el derecho de autor, tanto de Alemania como de Francia, reconocen el derecho del autor a impedir, en los casos límites antes señalados, la circulación de la obra, aun después de la cesión de los correspondientes derechos de su utilización económica. En las citadas legislaciones se admite también el derecho del autor a impedir futuras publicaciones de la obra, cuando ésta no refleja más la "verdad personal".

El art. 18 del Cód. Civil peruano establece que los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la respectiva ley. El Código se refiere a la ley 13.714, del 31 de octubre de 1961[86].

[85] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 600.

[86] El siguiente es el texto del art. 18 del Cód. Civil peruano: "Los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o

Según el art. 34 de la citada ley, el autor tiene el derecho de rectificarse, aun después de haber transferido sus derechos económicos sobre la obra. En esta hipótesis, está facultado para retirar del poder del editor los ejemplares que el autor considere "incompatibles con su actual condición intelectual o moral". Es obvio que, en esta circunstancia, el autor debe indemnizar previamente a quienes resultaren perjudicados como consecuencia de su unilateral decisión.

Dicho texto legal pone en evidencia la tutela que la legislación peruana concede al sujeto en lo que atañe a la afirmación de su personalidad. La identidad personal, reflejada en esta situación a través de la creación intelectual, denota un relevante aspecto de la identidad que la ley protege. La personalidad, que se forja con el correr del tiempo, significa un proceso de dinámico desarrollo y perfección del bagaje ideológico, intelectual y moral del sujeto. La persona, en el decurso de la vida, puede cambiar sus esquemas intelectuales o apartarse radicalmente de ellos. Esto es posible en cuanto la existencia es una experiencia de libertad, en tanto la vida es un quehacer que fluye lábil y huidizo, en perenne movimiento. El ser humano no es un ente acabado, terminado, sólido, macizo. Por el contrario, él es un ente que se proyecta en el tiempo y que va haciendo su vida, a través de afirmaciones y negaciones, a menudo en juego dialéctico.

El art. 34 de la ley de derechos de autor vigente en el Perú, expresa también que, si la obra se hallare en el dominio público, podrá ser libremente reimpresa, "pero se deberá dejar constancia, en este caso, de que se trata de una obra que el autor había rectificado o repudiado". Es decir, que aun en la

---

modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia".

eventualidad de que la obra esté en circulación, el autor tiene el derecho de dejar constancia de su no-identificación con la misma. Esta decisión deberá aparecer en la obra, a fin de que quede a salvo la actual identidad personal del autor.

E) Derecho a la información

§ 35. ***Consideraciones generales sobre la problemática relación entre el derecho a la identidad personal y el derecho a la información.*** – Las más arduas discusiones en torno a la autonomía de la situación jurídica subjetiva relativa a la identidad personal se originan, tal como se ha apreciado precedentemente, cuando los juristas afrontan la problemática referente a los reales o supuestos límites que tal situación impondría en relación con el derecho a la información, en tanto este último constituye un aspecto de la libertad de expresión. Este espinoso y delicado asunto resulta ser, para un sector de la doctrina, un factor que genera graves dudas en cuanto a los alcances y linderos teóricos del derecho a la identidad personal, las mismas que, en concepto de dichos autores, no habrían sido total y satisfactoriamente superadas a la fecha.

Para otro sector de la doctrina, más radical que el anterior, dicha problemática le ofrece un sólido argumento que se utiliza para negar, de plano, la autonomía de la situación jurídica subjetiva definida como identidad personal o, al menos, para propugnar la subordinación o dependencia de este derecho con relación a la libertad de expresión.

La situación que se crea por la vinculación existente entre el derecho a la identidad y la libertad de información se yergue, sin duda, en el problema más complejo y de difícil solución que se presenta en la doctrina en lo que atañe a la elaboración dog-

mática de la nueva figura jurídica de la identidad personal. Asistimos, en este caso, a un inocultable conflicto --que algunos juristas magnifican y otros tratan de resolver– entre el interés, prevalentemente individual, que corresponde a la identidad personal, y el interés, preponderantemente público, relativo a la circulación de las informaciones y al consiguiente control social que de ella emerge.

Como nos lo recuerda Bonilini, se trata de dos derechos de igual rango que exigen protección jurídica. Entre ellos surge permanentemente un conflicto no resuelto, un antagonismo siempre presente. Nadie esconde la dificultad que se debe enfrentar cuando se busca un mecanismo apropiado que salvaguarde el derecho de expresión sin sacrificar el derecho a la identidad personal. Bonilini reconoce que los afanes por encontrar tal mecanismo no han sido aún suficientes, pese a las finas y elegantes disertaciones sobre el tema. No existe, para él, una segura clave de solución al conflicto planteado entre tales intereses existenciales[87].

Se trata de una frecuente confrontación entre dos intereses, ambos dignos de tutela jurídica, que obliga a la nada fácil, pero imprescindible tarea, de conciliar estas situaciones que se presentan como opuestas exigencias. Afirmar el derecho a la identidad personal conlleva, para un sector de la doctrina, una cierta limitación y control del derecho a informar o derecho de crónica, como algunos también lo designan.

La delicada relación entre libertad de información y derecho a la identidad personal conduce a preguntarse, como lo hace Boneschi con propiedad, si jurídicamente debe prevalecer la situación jurídica subjetiva definida como identidad personal o si,

87 Bonilini, Giovanni, *Il danno non patrimoniale*, p. 6-7.

por el contrario, debe tenderse a asegurar la correcta difusión de las noticias en "el respeto, de parte de los medios de comunicación de masas, no sólo a la verdad de los hechos sino también de la compleja posición moral, social y política en la cual el sujeto se reconoce e identifica"[88].

Es lícito interrogarse, expresa dicho autor, en torno a si no es también cierto que cuanto mayor es el interés de contar con una sociedad democrática, fundada en el diálogo, tanto mayor ha de ser el interés concerniente al "bien" de la verdad histórica, al de la identidad de cada cual, de la información leal y correcta, a fin de que el ciudadano pueda escoger, con conocimiento de causa, y no basado en datos deformados o falsificados, las alternativas existenciales que surgen de la verdad de los hechos[89]. La regulación jurídica tendiente a lograr un justo equilibrio entre los derechos a la identidad personal y el derecho a informar es, para Boneschi, en términos amplísimos, un problema político.

No cabe duda alguna de que el derecho a la información, en tanto manifestación de la libertad de pensamiento y expresión, es un elemento esencial y, por ende, indispensable, de la vida democrática y la civilizada convivencia. Como toda situación jurídica subjetiva, la información se constituye en un derecho-deber, ya que el derecho a comunicar noticias supone la correlativa existencia de un interés difuso a que dicha información sea correcta, veraz, completa y tenga al público totalmente informado. Los usuarios de los medios de comunicación sólo

[88] Boneschi, Luca, *L'informazione come essenza della democrazia moderna: la strada della disciplina giuridica per difendere i valori della persona e per attaccare il potere dei mezzi di comunicazione*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 3.

[89] Boneschi, *L'informazione come essenza della democrazia moderna*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 3.

podrán emitir un juicio equilibrado y racional sobre el acontecer si dichos medios cumplen cabalmente con este deber a su cargo que, correlativamente, es un derecho difuso del cual son titulares todos y cada uno de los integrantes de una determinada sociedad beneficiaria de la información.

Lo anteriormente expuesto significa, en otros términos, que en la situación jurídica subjetiva referente a la información, se advierte la presencia de un ineludible deber del o de los titulares del derecho subjetivo frente a la sociedad. Nos referimos, como se ha apuntado en el párrafo precedente, al ineludible y no siempre cumplido deber de brindar a la comunidad una información veraz, oportuna, seria, carente de sensacionalismo deformante, inspirada en los principios éticos dominantes y de acuerdo con el orden público. Es un deber imputable al titular del derecho a informar, el que por esta razón, integra la respectiva situación jurídica subjetiva.

El interés comunitario implicaría, asimismo, la exigencia frente a los medios de comunicación social, a que se proceda a distinguir, con toda nitidez, lo que es una nota informativa sobre hechos, real e históricamente acaecidos, de otra editorial que conlleva la opinión o el comentario del medio de información frente a tales sucesos. Es de la mayor importancia, para evitar confundir al público, que no se mezcle en una misma nota la información, pulcramente real e histórica, con la respetable pero subjetiva opinión del medio de comunicación que brinda la noticia.

Lo expresado no quiere significar, sin embargo, que la información sea, en sí misma, del todo objetiva en la medida que la noticia es vertida por un ser humano determinado, a su manera y con su estilo, con competencia profesional o sin ella. Pero, aunque no pueda pretenderse que la objetividad sea

completa, total, absoluta, debe exigirse que la noticia sea siempre veraz, redactada con probidad.

El interés que asiste a la comunidad a ser debidamente informada, se erige así en lo que un importante sector de juristas suele actualmente denominar con la expresión de "interés difuso". Entiéndese, por algunos juristas, que el interés difuso no se identifica ni con el interés personal, individual, ni con un interés social, imputable a una determinada organización jurídica colectiva. Se trataría, según ellos, de un interés que está "delante del interés individual pero detrás del interés colectivo, y que respecto a estos otros dos tipos de intereses, los dotaría casi de una diversa naturaleza"[90]. Otro notorio y actual interés difuso es aquel que corresponde, a cualquier miembro de una comunidad nacional, de accionar en defensa del medio ambiente o del uso racional de los recursos naturales.

No todos los juristas coinciden, sin embargo, con un planteamiento como el que se ha descripto en el párrafo precedente. Se sostiene, en contrario, que todo derecho sólo puede ser atribuido a personas. Los intereses difusos, en consecuencia, deben tener como destinatarios a las personas que requieren de una determinada tutela. En el caso de los intereses difusos lo que varía es sólo el modo a través del cual el interés es protegido y el grado de dicha tutela. Así, Roppo estima, por ello, que un interés se identifica como "difuso" cuando empieza a ser tutelado por los jueces, para convertirse después en un probable interés "social" y, finalmente, si es especialmente relevante para el ordenamiento, adquirir la categoría de interés "público"[91].

[90] Roppo, *Diritti della personalità*, en "L'informazione e i diritti della persona", p. 32, y Dogliotti, *Le persone fisiche*, p. 184.

[91] Roppo, *Diritti della personalità*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 32-33.

Como con precisión lo anota Rescigno, citando a Cuffaro, existe en la materia del derecho-deber a la información un dato de indudable certeza. Se trata del hecho que, en el fenómeno de la comunicación social, los destinatarios de la información no han encontrado, todavía, "una persuasiva colocación en el ámbito de aquellas situaciones jurídicas subjetivas que en el campo del derecho privado expresan el relieve atribuido a una necesidad merecedora de tutela"[92]. Esto acontece, como se subraya con acierto, por la prevalente atención que el derecho presta, explicablemente, a los aspectos atinentes a la libertad de expresión y, por otra parte, a la equivocada percepción que se tiene del derecho al desconocer su dimensión intersubjetiva. Es decir, a aquella visión, exclusiva y estrechamente individualista que atribuye al derecho subjetivo el carácter de absoluto, perdiendo de vista la función social que le compete.

Es por ello que, tratándose de la situación jurídica subjetiva atinente a la información, sólo se tiene en consideración el instante en que se ejerce el derecho, el interés del que disfruta de la facultad, pero se deja de lado, se descuida o ignora, el derecho de los destinatarios de la información. Así, como señala Rescigno, quedan en la sombra los intereses y la posición del destinatario de la información desposeído de tutela jurídica.

La enorme influencia que ejercen en los tiempos que corren los medios de comunicación en una sociedad de masas, hace que se debata si la información es un derecho o, más bien, un poder. De ahí que el nudo fundamental del problema es el de cómo, mediante qué medios, es posible constreñir a

92 Rescigno, Pietro, *Sui profili civilistici del diritto all'informazione*, en Rivista "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", 1987-17.

este supuesto "cuarto poder" a cumplir con sus deberes frente a la sociedad sin atentar, ni tan siquiera mínimamente, contra el derecho a informar. Los deberes en cuestión consisten, básicamente y como se ha expresado, en informar de conformidad con la verdad histórica, éticamente y respetando, al mismo tiempo, los fundamentales derechos de la persona, como son, entre otros, la identidad personal, la intimidad de la vida privada, el honor y la reputación. Todo ello, repetimos, sin trabar en nada el ejercicio del derecho-deber a la información al que tenemos derecho como miembros de una determinada comunidad.

Podemos sintetizar lo planteado en el párrafo anterior expresando que el derecho a informar otorga a los medios de comunicación un inmenso poder orientador de la opinión pública, lo que aumenta su responsabilidad. Por ello, este enorme poder deber ser ejercido con sensatez, con prudencia, con probidad.

El problema jurídico que suscita la confrontación del derecho a la identidad personal, por un lado, y el de la libertad de información, por el otro –los que resultan ser intereses interdependientes–, da lugar a una batalla jurídica que, como apunta Rescigno, comporta a menudo un riesgo en cuanto a la libertad de informar, riesgo del que debemos tener plena y total conciencia[93]. Es grave tentación de los gobiernos autoritarios, de todo jaez, el limitar, en su provecho, la libertad de expresión y, consiguientemente, la de informar sin censura, trabas o cortapisas. La historia, lamentablemente, nos muestra un variado repertorio de casos, de diversa gravedad, en los que se han manipulado los

[93] Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 190.

medios de comunicación en beneficio del gobierno de turno. Por ser demasiado conocidos no vale la pena mencionarlos en esta oportunidad.

En el centro del problema al que nos venimos refiriendo se sitúa la verdad y la historicidad de los hechos que la información pone de manifiesto. Rescigno estima, sin embargo, que las nociones de verdad e historicidad son extremadamente relativas. De ahí que el autor deje sentado que "donde exista la posibilidad de una reconstrucción que deba ser considerada como de general aceptación, la *versión* del sujeto no puede sacrificar la libertad del informador" [94].

Tratar y analizar serena y objetivamente el tema propuesto exige, como cuestión previa, precisar los confines dentro de los cuales debe ser tutelada la identidad personal. Significa, en otros términos, determinar los límites de la protección que merece la identidad personal en relación con el derecho a informar, que es una manifestación de la más amplia libertad de expresión. Supone, por tanto, delimitar el espacio de la situación jurídica subjetiva correspondiente a la identidad personal, como expresión de la libertad de ser "uno mismo", frente a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento a que se refiere, expresamente, el art. 2°, inc. 4°, de la Const. peruana.

En última instancia, situados siempre en el nivel constitucional, se trata de una confrontación entre los derechos tutelados a través del art. 2°, incs. 1° y 5°, de dicha Constitución, de un lado y, del otro, las libertades antes referidas. El inc. 1° se refiere al libre desarrollo de la personalidad y el 5° protege al sujeto frente a "afirmaciones inexactas".

94 Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 192.

De este insoslayable análisis jurídico, de suyo arduo y difícil, debería surgir, si ello fuese posible, un planteamiento destinado a resolver el delicado y complejo conflicto de intereses que el caso entraña.

Como es fácil deducir, el tema que venimos tratando es fuente de intenso debate doctrinario. Los autores adoptan diversas y encontradas posiciones en cuanto al asunto de la confrontación entre el derecho a la identidad y el derecho a la información. Ello es de suyo explicable, en cuanto es sumamente difícil poner de acuerdo a los juristas en una materia tan delicada y discutible.

En primer término, el hombre de derecho debe convencerse de la necesidad jurídica de tutelar un bien tan preciado como es el de la identidad personal. Y, luego, en un segundo momento, delimitar los espacios jurídicos que corresponden a la identidad y a la información, respectivamente, en caso de colisión y conflicto de intereses contrapuestos.

§ 36. ***CONFRONTACIÓN DOCTRINARIA ENTRE DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN.*** — Las posiciones que adoptan los juristas en la materia bajo comentario, oscilan desde la que dispensa una entusiasta acogida al nuevo derecho a la identidad personal, hasta la que rechaza esta nueva figura, en tanto constituiría un peligroso atentado contra la libertad de manifestación del pensamiento. Entre estas dos extremas actitudes distinguimos una tercera posición la cual, sin negar la existencia de una situación jurídica subjetiva, como es la relativa a la identidad personal, muestra una mayor o menor preocupación por las negativas repercusiones que, para la libertad de información, podrían derivarse de admitirse la autonomía del derecho a la identidad personal.

En cuanto al problema referente a la compatibilidad entre la tutela de la identidad personal y la li-

bertad de manifestación del pensamiento, es dable identificar un sector de la doctrina que sostiene la tesis de que entre ambos derechos existe un contraste insuperable. En este caso, se afirma, debe privilegiarse la libertad de expresión a través del "sagrado derecho a informar". Esta posición tiene, a nivel del derecho comparado, un sólido respaldo constitucional en el área de los países democráticos. Ella cuenta, además, con el decisivo apoyo de los medios de comunicación social los que, como es explicable, son muy sensibles frente a la formulación de un derecho que supone un determinado límite, cierto o supuesto, a la libertad de informar.

Es así que frente a la "verdad" de la persona y el respeto a la exactitud histórica del dato, un sector de la doctrina opta por privilegiar la libertad de expresión, en la hipótesis de que cualquier afirmación del derecho a la identidad personal significaría un peligro, real o aparente, al derecho a la libre búsqueda del dato y a la consiguiente información.

En la tesis que rechaza el derecho a la identidad personal, subyace un fundado temor en cuanto a una inadecuada o exagerada aplicación judicial de dicho derecho, situación que comportaría un riesgo en lo que atañe a la libre circulación de las noticias. La libertad de información es tan importante para la convivencia civilizada y democrática, que cualquier posible o hasta imaginable riesgo suscita profundas preocupaciones y no pocas explicables suspicacias.

Dentro de la posición que afirma la preeminencia de la libertad de información sobre la identidad personal podemos citar, en la doctrina italiana, la neta postura que al respecto asume Fois. Este autor expresa que en caso de conflicto entre dichos intereses debe prevalecer, de conformidad con la Constitución italiana, la libertad de información. Esta libertad, por consiguiente, no encuentra un lí-

mite genérico en el derecho a la identidad personal. Lo que resulta inviolable, en su opinión, es la libertad de informar[95]. En este orden de ideas sostiene que la información, desde el punto de vista constitucional, debe ser configurada como libertad y nunca como poder.

Situándose en la misma dirección de pensamiento, De Martini al reconocer que el derecho a la identidad personal significa una inevitable frontera, más o menos evidente y consistente, a la libertad de manifestación del pensamiento, expresa que la verdad no constituye un límite genérico a dicha libertad, "en el sentido de que ésta deba tener en cuenta y respetar toda verdad y/o todas las verdades"[96].

El referido autor afirma que la verdad se erige como un "límite relativo y específico, en el sentido que escogida la noticia a difundir, ésta deba ser difundida verazmente"[97]. Es así que, según el autor, el límite de la verdad, dentro de esta perspectiva, no toca ni el momento de la decisión en cuanto a la noticia a comunicar, ni aquel vinculado con el comentario o con la difusión de meras opiniones.

Al compartir similar posición, Auteri expresa su preocupación en el sentido de que la tutela de la identidad personal podría derivar en un inevitable y grave conflicto con el derecho a la libre expresión del pensamiento. El reconocimiento del derecho a la identidad personal, desde su punto de vista, pone

[95] Fois, *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 163.

[96] De Martini, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 149.

[97] De Martini, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 149.

un límite "incierto y opinable a la posibilidad de que los otros reconstruyan e interpreten" los hechos que, en su trama y complejidad, constituyen dicha identidad[98]. Este límite resulta, en opinión de Auteri, extremadamente grave, ya que si la tutela de la identidad personal fuese verdaderamente efectiva "induciría a quien formula la información a autocensurarse".

El autor concluye afirmando que el ejercicio judicial del derecho a la identidad personal, terminaría por confiar al juez el delicado deber de escribir la "historia de una persona, sustituyéndose al historiador al efecto de hacer una síntesis de la orientación del significado de la historia de un hombre o de un partido o de una asociación"[99]. Esta consideración, entre otras, sirve de base para que Auteri manifieste sus dudas sobre la oportunidad de elaborar un derecho a la identidad personal. Dudas que se traducirían en negar a la persona el fundamental derecho a ser reconocida tal como "ella es".

§ 37. ***POSIBILIDAD DE COMPATIBILIZAR LOS INTERESES REFERENTES A LA IDENTIDAD PERSONAL Y A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.*** – No todos los autores, sin embargo, comparten la posición que hemos comentado en precedencia. En efecto, parece ser que en la doctrina actual prevalece la opinión que estima que es un deber de la ciencia jurídica encontrar un sistema que compatibilice los intereses representados por la identidad personal, de una parte y, de la otra, por el derecho a informar y a ser informado, en tanto ambos son derechos fundamentales de la persona humana.

[98] Auteri, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 102.

[99] Auteri, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 102.

Los que propugnan la tendencia que encuentra indispensable la conciliación entre tales intereses dignos de tutela, se sustentan en el hecho incontrastable de que existe un verdadero y real interés existencial, representado por la identidad personal, el mismo que debe necesariamente ser acogido y protegido por el derecho. A partir de esta evidencia, se argumenta que es ineludible tarea del derecho la preeminente tutela del bien supremo representado por la persona humana. Es así que, al advertirse un interés personal relevante, éste no puede quedar sin una debida y oportuna tutela.

Los sostenedores de la existencia de una situación jurídica subjetiva, como es la referente a la identidad personal, expresan que no es dable plantear el problema de la confrontación entre este interés y el de la información en términos puramente abstractos, es decir, exclusivamente "cuantitativos". Este procedimiento constituye, en su opinión, un grave error. El caso propuesto debe afrontarse, por el contrario, de modo concreto.

Analizar el problema tratado desde un punto de vista concreto permite advertir, según Dogliotti, que de una parte se encuentran sujetos, públicos o privados, detentadores del poder de expresión del pensamiento y poseedores de los medios de comunicación, mientras que, de la otra, hallamos al titular del derecho a la identidad personal. Este último sujeto se presenta como un individuo carente de tal poder o, en todo caso, decidido a no utilizarlo. En esta coyuntura el derecho a la identidad personal vendría a ser, como observa dicho autor, "un reclamo de contra-poder para los sujetos que no tienen, precisamente, el poder de gobierno de la información" [100].

[100] Dogliotti, *Le persone fisiche*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", p. 104.

En todo caso, ante el conflicto de intereses que se ha hecho patente resulta prematuro, en el estado actual de la cuestión, aventurar un balance definitivo de la problemática planteada. No obstante, como certeramente apunta Dogliotti, no cabe sino reiterar la significativa relevancia que en nuestros días asume la tutela de la identidad personal, en el "ámbito de la más amplia protección de la personalidad".

El problema del contraste de intereses entre el derecho a la identidad y la libertad de información se disipa en gran medida, si se tiene en cuenta que lo que es digno de tutela no es la imagen que cada sujeto tiene de sí mismo. No se trata de aceptar, sin más, la pretensión sicológica o mental del sujeto que sustenta su identidad en una exclusiva visión de raíz subjetiva. Por el contrario, lo que resulta del todo inobjetable es que la identidad personal debe apoyarse, fundamentalmente, en elementos objetivos, en comportamientos y situaciones explícitas, en manifestaciones exteriores de la personalidad. Se trata de proteger una "verdad históricamente comprobada".

Sólo a través de una evaluación objetiva es posible definir y precisar el real perfil, la proyección social, de la identidad personal. Actuar de manera diferente, es decir, aceptando única o preferentemente la "versión" del titular del derecho, conduciría a una inaceptable limitación a la libertad de informar, la misma que se enmarca dentro del más amplio respeto a la libertad de expresión.

Algunos autores, al observar la amplitud tanto del poder que se confiere, en ciertos países, al derecho a informar como a la simultánea ausencia de una adecuada protección del interés personal, representado por el derecho a la identidad, propugnan un replanteamiento de esta crucial problemática jurídica. Ciertamente, no se trata de apelar a la

simple solución, atentatoria del derecho de propiedad e inconveniente para el desarrollo de la democracia, de transferir la propiedad de los medios de comunicación, sino de diseñar una política legislativa que constriña a dichos medios, sin menoscabo de la libertad de expresión y del derecho de crítica, a ceñirse a la verdad histórica de los hechos materia de la información. Ello es indispensable en tanto se protege la "verdad personal", de una parte, y se contribuye del mejor modo posible a que los usuarios de tales medios estén en condiciones de comprender y juzgar, de la otra.

Dentro de la línea de pensamiento expresada en el párrafo anterior, Roppo sostiene que el proceso referente a la información requiere de reformas capaces de innovar todo el sistema de poder que la gobierna. En expresa mención al caso italiano, y al disentir de la posición sustentada por Sergio Fois, manifiesta que el modo correcto de concebir el estatuto constitucional sobre la información es aquel que lo presenta, más allá que un derecho, como un verdadero y propio poder. En este sentido se ha llegado a afirmar que la libertad de información es un "derecho" ejercitado por un verdadero "poder"[101].

El llamado "cuarto poder" se presenta, según los autores que se alinean en la posición crítica de Roppo, como dotado de una enorme influencia, como un poder enorme y en expansión. Como apunta Boneschi, este poder "es tanto más grande cuanto en mayor medida la organización democrática reclama participación y consenso, y cuanto más el medio de información es en sentido único, por lo que no consiente diálogo, debate, respuesta". La necesidad que experimentan los gobiernos de obte-

[101] Roppo, *Diritti della personalità*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 31.

ner el consenso ciudadano ante sus decisiones hace que "el problema de la información sea afrontado y resuelto, en las democracias modernas, en clave de poder, es decir, de posesión de los medios" [102].

De la premisa anteriormente planteada, Roppo deduce que, el diseñar un diverso sistema de la información significaría, en concreto, hacer referencia a los sujetos a quienes se les debe asegurar tutela jurídica, así como organizar un sistema tal de "contrapoder" que ofrezca a las desvalidas minorías un "arma de defensa para la afirmación y la valorización de sus pretensiones a una plena y libre expansión de su personalidad" [103].

El planteamiento de un nuevo sistema de la información es, para Roppo, un importante prerrequisito para alcanzar resultados significativos en la tutela de la persona, en general, y de la identidad personal, en particular. El "cómo" y el "cuánto" de esta tutela depende, en última instancia, de una decisión de carácter eminentemente político. Es fundamental, a este respecto, diseñar una certera política legislativa que encuentre un sagaz equilibrio entre dos facultades que el derecho no puede soslayar. No cabe ocultar que lo jurídico significa, precisamente y en última instancia, el resolver conflictos de intereses opuestos según una determinada valoración. El derecho tiene pues, necesariamente, que afrontar esta, sin duda, espinosa situación.

§ 38. ***AUTÓNOMA Y CONTEMPORÁNEA TUTELA DE LA IDENTIDAD PERSONAL Y DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.*** — En la actualidad, son cada vez más numerosos los autores que asumen una sensata posición frente al

[102] Boneschi, *L'informazione come essenza della democrazia moderna*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 6.

[103] Roppo, *Diritti della personalità*, en "L'informazione e i diritti della persona", p. 31-32.

problema del conflicto de intereses que venimos analizando. Un consistente sector de la doctrina, al superar situaciones extremas que renuncian a resolver la cuestión planteada, afronta el delicado asunto con un criterio realista. La claridad conceptual se va abriendo paso. Y es que no es posible ocultar que ambos intereses son dignos de autónoma tutela. En efecto, sin una libre circulación de las noticias no cabe una convivencia democrática y civilizada, pero sin el respeto a la identidad personal se agravia al sujeto humano en la "mismidad" de su ser. Por ello, es preciso buscar un racional y justo punto de equilibrio entre tales intereses en caso de contraposición que, sin limitar la libertad de informar y de ser informado, logre el respeto a la identidad de la persona humana.

El planteamiento referido en el párrafo anterior nos parece teóricamente inobjetable, si nos atenemos al valor intrínseco de los intereses en juego. No obstante, no podemos ignorar las dificultades que se presentan, en la práctica, al pretender transcribir normativamente esta delicada exigencia. Tampoco se nos ocultan los riesgos que supone el operar una legislación reguladora de la información. Son, en todo caso, riesgos inevitables que no es posible soslayar cuando se alcanza un determinado nivel de cultura cívica, política y jurídica. Y, por cierto, de una determinada sensibilidad por los valores éticos.

Los riesgos previsibles, antes mencionados, disminuyen, sin duda, en relación directa con la madurez cívica, el desarrollo cultural, la sensibilidad democrática, el amor a la libertad y la estabilidad socioeconómica de un pueblo.

La ausencia de una regulación de la prensa obliga a que el vacío jurídico deba ser necesariamente llenado por la ética o por la jurisprudencia, llegado el caso. Es, sin duda, un hermoso ideal el lograr,

como sistemáticamente se pretende de parte de los medios de comunicación, la autodisciplina ética de la información. Si este ideal se convirtiera en norma consuetudinaria de convivencia humana, esta actitud debería interpretarse como la más extraordinaria expresión de cultura, civismo y sentido moral de una determinada comunidad. Lamentablemente, con frecuencia este ideal resulta inalcanzable ya que algunos medios de comunicación, por afán competitivo o necesidad de sobrevivencia, recurren a informaciones escandalosas atentatorias, algunas veces, contra la identidad, la intimidad o el honor de las personas. Ello, sin mencionar el grave impacto que puede causar en la formación de los niños y adolescentes el ofrecer información o entretenimiento que explota la violencia o la pornografía.

Todo lo anteriormente expuesto lleva a decir a Scalisi que "la garantía de los derechos de información y de crónica no es proponible ni concebible en términos alternativos o, aun peor, de antítesis respecto a la cuestión de la tutela de la identidad personal y viceversa"[104]. Observa el autor que, tanto en un caso como en el otro, se está en presencia de expresiones de un mismo e idéntico fenómeno, reconducibles a la libertad de expresión. De ahí que, según su parecer, el verdadero problema no se encuentra en la dificultad de escoger entre un principio constitucionalmente protegido, como es el caso de la libertad de expresión, y el principio opuesto representado por la tutela de la identidad de la persona, sino que más bien existe la necesidad de encontrar el justo equilibrio entre la protección que debe dispensarse a ambos intereses.

104 Scalisi, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 129.

Del modo propuesto, según Scalisi, se llega a la esencia misma de lo que significa la valoración normativa, en tanto es verdad que el derecho no tiene sólo una función selectiva sino que también es síntesis mediadora y ordenadora de formas jurídicas de intereses humanos, individuales o sociales, "también contrapuestos, pero igualmente merecedores de tutela" [105].

En base al criterio antes expuesto, no cabe plantear el problema en términos que supongan considerar que el derecho a la identidad personal signifique la existencia de límites a la libertad de expresión del pensamiento. Ésta es una perspectiva inadmisible, ya que resulta ser, de una parte, residual y, de la otra, negativa. Residual en tanto pretende iniciar la tutela de la identidad ahí donde termina la protección de la libertad de información y, negativa, en la medida que hace depender la valoración de la ilicitud de la lesión a la identidad personal, de la violación de otra prescripción jurídica respecto de aquella que se contrae a la tutela de la identidad. O, dicho en otros términos, del abuso de un derecho diverso, como es el de la libertad de expresión.

Deduce Scalisi, de todo lo anteriormente expuesto, que no es posible restringir el ámbito de operatividad de la tutela de la identidad personal dentro de los límites conformados por los derechos de información y de crónica. La identidad personal se debe colocar en el mismo plano que aquellos derechos y la calificación de ilicitud, por lo tanto, "debe operarse sobre la base de autónomos criterios valorativos derivados de la misma normativa

[105] Scalisi, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 130.

de tutela del interés respectivo"[106]. De ahí que la cuestión del equilibrio entre los mencionados intereses no puede establecerse "sobre la base de criterios *a priori*, generales y absolutos, abstractos en cuanto tales de la peculiaridad de los hechos concretos"[107].

En opinión de Scalisi la pertinente metodología debe ser fijada de modo unívoco y riguroso. Ella se resume en la exigencia de contemperar ambos intereses en la preliminar individualización y definición de la situación jurídica subjetiva referente a la identidad personal, normativamente tutelable y tutelada. De esto dependerá la relevancia o no de la lesión que pueda inferirse y no de la modalidad de ejercicio de los derechos de información y de crónica. En consecuencia, debe descartarse efectuar tal moderación en el "plano de la determinación de la lesión relevante y de la consecuente responsabilidad".

En síntesis, puede concluirse que la doctrina dominante se aleja de las exclusiones de uno u otro interés en materia de tutela jurídica. Se advierte que ella más bien se inclina por afirmar la necesidad de encontrar, como lo apunta Cendon, "un razonable punto de equilibrio entre el respeto de la persona humana y la garantía de la libertad de información". En esta frase Cendon resume la corriente doctrinaria que aparece como prevaleciente en la actualidad[108].

106 Scalisi, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 130-131.

107 Scalisi, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", p. 131.

108 Cendon, Paolo, *L'esperienza francese in tema di informazione*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 317.

La posición antes referida, que considera como un ineludible deber de política legislativa el conciliar ambos intereses, es del todo explicable. Es consistente afirmar que por ser la persona el bien supremo de la sociedad y del Estado, es digna, por su propia naturaleza, de una amplia e integral tutela jurídica. Si esto es verdad, no puede dejarse de considerar al interés relativo a la identidad personal como una situación jurídica subjetiva plena de autonomía jurídica. Pero, de otra parte, no puede desconocerse que el derecho de expresión, y la consiguiente libertad de información y de crónica, se erige como una de las más preciosas conquistas de nuestra cultura. Esta libertad se constituye en un punto de firme e insustituible referencia para un régimen que se precie de democrático.

Ambos intereses, el de la identidad personal y el de la información, deben ser tutelados por el derecho, en base a lo que cada uno de ellos de suyo representa y no en función uno de otro. Es decir que, no obstante su interdependencia, no debe ninguno de ellos perder su autonomía jurídica para convertirse en un simple "límite" del otro.

Es deseable que los derechos de la persona sean respetados por los medios de comunicación social cuando la totalidad de los mismos logre autodisciplinarse en la práctica de la puntual observación de lo que constituye sus deberes frente a la persona humana. Dicha autodisciplina se sustenta, en el caso del Perú, en los arts. 1° y 4° de la Constitución, en los que se prescribe que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado y tutela, con la máxima amplitud, los derechos que le son inherentes al permitir la analogía y autorizar al juez a proteger cualquier interés existencial que derive de la dignidad de la persona. El marco de tutela del ser humano, en el ordenamiento jurídico peruano, no reconoce límite alguno como puede observarse

de una simple lectura de los numerales anteriormente citados.

El derecho de informar es esencial en una democracia. No es posible gobernar sin comunicar, ya que por este medio se obtiene el necesario consenso ciudadano. El art. 2º, inc. 5º, de la Constitución peruana establece que toda persona tiene derecho "a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento algunos, bajo responsabilidades de ley". Es de toda evidencia, como se ha señalado enfáticamente y lo reitera Perlingieri, que "la información en una sociedad democrática representa el fundamento de la participación del ciudadano en la vida del país y, por tanto, del mismo correcto funcionamiento de las instituciones"[109]. Nos interesa, en el presente caso, no abundar en el indiscutido derecho-deber a informar y ser informado, sino a las "responsabilidades de ley", mencionadas en la regla antes glosada.

Ciertamente que tales responsabilidades o deberes a cargo de quienes ejercen el derecho a informar se enmarcan, fundamentalmente, dentro de los dispositivos constitucionales que hemos citado, es decir, los arts. 1º y 4º. Estas prescripciones, de amplio alcance, se pueden concretar a través, al menos, de dos claros deberes a cargo de los medios de comunicación social. Ellos son tanto el respeto a la verdad histórica del hecho como el efectuar una neta distinción entre la información, que debe ser objetiva, y el comentario, opinión o crítica en que se concreta la libertad de expresión. Estos dos de-

[109] Perlingieri, Pietro, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1986-3-624.

CAPÍTULO IV

IDENTIDAD DEL SUJETO COLECTIVO

§ 39. ***LA TUTELA DE LA IDENTIDAD DEL GRUPO.*** – Uno de los temas que ha suscitado la inquietud de los juristas es el que concierne a la posibilidad de extender al grupo, a una determinada colectividad, la misma protección que se otorga a la persona individual en el área de los derechos de la personalidad. Se trata, en este caso, de grupos tales como la nación, la etnia, la familia, la asociación, la sociedad, el partido político, entre otros. El asunto, explicablemente, ha originado arduas discusiones que aún no han concluido.

En lo que atañe específicamente al derecho a la identidad personal, los juristas se preguntan si es posible tutelar también la identidad de dichas colectividades operantes en la vida social. El problema fundamental es el de precisar si tal protección corresponde sólo a la persona individual que integra el grupo o si también se puede reconocer a este último una determinada identidad "colectiva". Es decir, si debe jurídicamente tutelarse la paternidad de lo que constituyen las acciones que lo definen y los principios que lo inspiran. La situación planteada se hace más ostensible tratándose de los partidos políticos o de minorías étnicas o lingüísticas.

§ 40. ***POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA DOCTRINA.*** – En lo que respecta al asunto propuesto, se sue-

le citar, entre algunas otras, una sentencia de la Corte Suprema de Italia[1], mediante la cual se ampara la acción interpuesta por la Orden de Periodistas de Palermo en defensa de un sector de sus agremiados. En este fallo se argumenta que es legítimo el que la Orden accione autónomamente para el efecto de tutelar de agresiones o difamaciones la actividad periodística de sus agremiados. Tommasini, refiriéndose a tal pronunciamiento, aclara que, si bien él no alude específicamente a un caso relacionado con la identidad sino más bien con actitudes difamatoriás, la motivación puede extenderse a situaciones en que se trate de proteger la identidad.

El caso citado no se contrae concretamente a la tutela de la identidad del grupo sino que, como se aprecia, él se refiere a la protección de un sector de sus miembros. El problema que se propone es si el grupo, tratándose de una exigencia de verdad, puede actuar legítimamente en defensa de la identidad de sus miembros, la misma que se confunde con la del grupo. Es decir, si se extiende al individuo, como un reflejo, la identidad de la colectividad, ya sea ella la familia, un partido político o una asociación cualquiera. Se entiende que en esta hipótesis, como observa el autor, los sujetos interesados no actúan, o están ausentes o han muerto.

En un extenso ensayo, Giacobbe analiza el problema de la tutela de la identidad del grupo dentro de la elaboración jurisprudencial italiana, materia a la que califica como una de las más delicadas y complejas en lo que atañe a la protección de la persona[2].

[1] La referida sentencia tiene el nº 3955 y se expidió con fecha 24/4/79.

[2] Nos referimos al ensayo de Giacobbe, Giovanni, *Il diritto alla identità personale dei gruppi organizzati: riflessioni sulla elaborazione giurisprudenziale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 110 y siguientes. Sobre el argumento se han pro-

La primera comprobación a la que llega Giacobbe es que la jurisprudencia italiana ha tenido una significativa evolución en lo que concierne a la tutela del grupo. Ello obedece, entre otras razones, a la exigencia de adecuar los instrumentos jurídicos a una realidad en constante cambio. En esta dirección ha evolucionado también la doctrina, la misma que mediante originales trabajos de Galgano y de Rescigno, entre otros autores, ha profundizado el estudio de la compleja disciplina jurídica de las organizaciones de personas no inscriptas o no reconocidas, según sea el caso[3]. Cabe señalar, a este propósito, las investigaciones realizadas en torno a las asociaciones y a los comités no inscriptos, a los partidos políticos y a los sindicatos.

Es posible identificar en la jurisprudencia, según Giacobbe, una orientación unívoca y precisa en el sentido de que, en los tiempos que corren, los grupos político-sindicales no sólo persiguen fines específicos, como sería lograr la captura del poder o conseguir mejoras salariales. Dichas colectividades pretenden también obtener adhesiones ideológicas en función de una determinada línea política, en la más amplia acepción de este vocablo. Esta agregación ideológica es, precisamente, la que identifica o caracteriza al grupo en la dialéctica de las

---

nunciado otros autores, entre los que cabe recordar a Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 189; Tommasini, *L'identità dei soggetti*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 87; Auteri, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 102-103; Alpa, *Un questionario sul diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 21; Boneschi, *L'informazione como essenza della democrazia moderna*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 8.

[3] Cfr. Rescigno, Pietro, *Persona e comunità*, reedición 1988; Galgano, Francesco, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, en "Commentario del Codice Civile", 2ª ed., y del mismo autor, *Delle persone giuridiche*.

fuerzas políticas y sociales. Es aquí donde surge la problemática de la tutela de su identidad, en la que se incluyen las respectivas denominaciones y los símbolos que distinguen a tales grupos.

Dentro de la perspectiva antes referida es que se ha producido, en algún caso, la tutela jurisprudencial de la identidad del grupo. Ello es posible en la medida que una colectividad, especialmente política, es portadora de un patrimonio ideológico y de conducta política, a través del cual se la identifica dentro del conjunto de las fuerzas sociales.

Los autores que en Italia aceptan que la identidad del grupo constituye un interés jurídico tutelable, fundamentan tal protección en lo dispuesto en los arts. 2º y 18 de la Constitución de su país. El primero de dichos numerales prescribe la tutela de la persona no sólo en su individualidad sino también en su despliegue existencial dentro de las formaciones sociales a las que pertenece. Es decir, se garantiza el desarrollo de la personalidad del individuo en el seno de una organización social. Este precepto constitucional encuentra su razón de ser en la estructura coexistencial de la persona, a la cual nos hemos referido en otro lugar. Esta norma, al superar una concepción puramente individualista de la persona, propicia que la dimensión de solidaridad presida la convivencia social.

El art. 18 de la mencionada Constitución prescribe la libertad de asociación la cual, según Giacobbe, si de una parte significa un límite a la intervención del Estado, de la otra contiene una precisa dirección legislativa, en el sentido de que debe brindarse al grupo social o político una adecuada tutela en lo que a su identidad se refiere[4].

[4] Giacobbe, *Il diritto alla identità personale dei gruppi organizzati*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 115.

§ 41. ***La identidad nacional.*** – La identidad del grupo social puede, sin duda, alcanzar a toda una etnia o a una nación determinada. El grupo, en estos casos, reconoce la presencia de ciertas connotaciones que lo diferencia de otros grupos sociales. Estos elementos pueden ser la lengua, la religión, las costumbres, las aspiraciones colectivas, las raíces comunes, la historia, entre otros. La conjunción de estos factores, y de otros adicionales que son propios de cada nación, permiten que frecuentemente se aluda a la identidad nacional.

Es interesante referir, a propósito de la identidad nacional, algunas pertinentes reflexiones de Francisco Miró Quesada. Para este pensador la expresión "identidad" es ambigua, ya que se utiliza en diversos sentidos:

a) Identidad se refiere a un conjunto de notas o rasgos comunes que tienen los entes, lo que permite reconocerlos y diferenciarlos de los demás. Es lo que hace que el "yo" sea idéntico a sí mismo, que cada persona sea un sujeto único e irrepetible. Este sentido es así perfectamente aplicable a la identidad personal a la que nos hemos referido en el presente texto.

b) Tratándose de una sociedad determinada, la identidad supone que todos o la gran mayoría de sus integrantes tienen ciertos rasgos comunes y que, además, dicha colectividad tiene conciencia de ello.

c) La identidad es tan sólo un ideal. No se refiere por ello a lo que se hace patente en una sociedad dada, sino más bien a los rasgos comunes que quisiéramos que dicha comunidad poseyera[5].

Al referirse a la identidad nacional, Tamayo Herrera manifiesta que es posible encontrar dos iden-

[5] Miró Quesada, Francisco C., *¿Existe identidad nacional?*, en "El Comercio", Lima, 28/7/85, p. 9.

tidades. Una de ellas, inauténtica, sería la identidad "oficial", es decir, "aquella que segrega todo Estado organizado como expresión coercitiva de un momento histórico y social". Esta identidad vendría a ser una identidad subrepticia, "la del grupo o clase, que embozado, dirige o utiliza el siempre poderoso aparato estatal". La otra identidad, la que podríamos considerar como auténtica, sería aquella "que corresponde a una colectividad más amplia que la etnia, la clase, la región o el grupo social, aquella que se identifica con la nación o más correctamente en el mundo moderno con el Estado-Nación"[6].

La identidad nacional es para Tamayo Herrera "un sentimiento de pertenencia a una nación, conciencia colectiva de un ser que nos une pese a nuestras diferencias, ramillete de vivencias y características compartidas". La identidad nacional es, para el autor, la más amplia de las identidades colectivas, pero la menos "natural" y, al mismo tiempo, la más decisiva, "porque tiene detrás el poderoso aparato del Estado-Nación"[7].

La identidad nacional en sociedades disímiles, como es el caso de la peruana, hace que Tamayo Herrera sostenga que es imposible pretender que todos los miembros de un Estado-Nación compartan una conciencia y una identidad nacional absolutamente homogéneas. Lo más que puede comprobarse en este caso es que la identidad nacional, aun en las naciones aparentemente más heterogéneas, es el hecho de que sus integrantes comparten algunas características comunes[8].

[6] Tamayo Herrera, José, *Regionalización e identidad nacional*, Lima, Centro de Estudios País y Región, 1983, p. 89.

[7] Tamayo Herrera, *Regionalización e identidad nacional*, p. 89-90.

[8] Tamayo Herrera, *Regionalización e identidad nacional*, p. 90.

CAPÍTULO V

PROBLEMÁTICA ACTUAL SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

§ 42. *INTRODUCCIÓN.* – Antes de abordar el delicado asunto referente a la identidad sexual, estimamos necesario formular en las páginas siguientes un breve resumen de ciertas cuestiones polémicas en torno a la identidad personal. Algunos de los aspectos que serán analizados han sido ya materia de una más detenida atención en su momento. No obstante, por razones sistemáticas, estimamos que vale la pena incidir en ellos en forma escueta y a manera de síntesis.

Se trata de revisar, sucintamente, los temas sobre los cuales aún no existe unanimidad de pareceres o sobre los que subsisten algunas dudas. A pesar de ello, nada de lo que expongamos a continuación significa, desde nuestro punto de vista, una crítica en cuanto a la necesaria vigencia de esta nueva situación jurídica subjetiva. Estamos convencidos de que existe en la persona humana un evidente e insoslayable interés existencial para que se le reconozca socialmente en todo cuanto ella "es", que se respete su "verdad personal", es decir, que no se alteren o desnaturalicen todos y cada uno de sus atributos y características, de lo que constituye su propio perfil cultural. Se hace patente la exigencia de protección jurídica de este interés consistente

en que no se distorsione de manera notoria la proyección de la personalidad de cada cual. En síntesis, en que cada uno sea *cierta* persona, "uno mismo".

El que perduren algunas perplejidades, inherentes a toda figura jurídica en proceso de elaboración dogmática, no resta, a nuestro entender, la validez del interés existencial atinente a la identidad personal y la consiguiente exigencia de su adecuada tutela jurídica. Esperemos que en el proceso de desarrollo científico de esta nueva figura se vayan clarificando algunas dudas, se decanten ciertos conceptos, a fin de eliminar o reducir, al máximo posible, las críticas que se han esgrimido en tiempos recientes. En todo caso, los juristas estamos habituados al debate, a la confrontación de ideas y puntos de vista, a la diferencia de matices. No es nada fácil que todos, absolutamente todos, coincidan en determinadas cuestiones. El derecho, que es primariamente vida, refleja su problemática, su impredecibilidad y sus contradicciones. No es, ni de lejos, una ciencia exacta.

§ 43. ***EL SUSTENTO JURÍDICO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.*** – De todo lo hasta aquí expuesto sobre el nuevo derecho a la identidad personal surge con claridad que la jurisprudencia de algunos países, basada en principios generales de rango constitucional, que funcionan como cláusulas generales y abiertas, tutele jurídicamente el interés existencial que se define como el de la identidad personal. Éste constituye el concreto caso de Italia, cuya jurisprudencia al respecto hemos revisado y comentado.

La doctrina, al surgir en la jurisprudencia la cuestión referente a la identidad personal, le ha dedicado al tema, en años recientes, una aguda y crítica reflexión. Podríamos decir que la mayoría de los escasos autores que han estudiado el tema expresan su parecer favorable en cuanto a la existen-

cia de este interés personal, el mismo que exige de una adecuada y oportuna protección de parte del derecho.

La jurisprudencia italiana ha identificado en el art. 2º de la Constitución aquella cláusula general que permite la tutela integral y unitaria de la persona humana. Su texto, que hemos comentado en su lugar, sirve de fundamento normativo a la admisión del derecho a la identidad y a su consiguiente tutela. En lo que concierne a la operatividad de la nueva figura jurídica, la jurisprudencia utiliza la vía analógica, aplicando al efecto las disposiciones relativas al derecho al nombre.

En lo que respecta al Perú, estimamos que el ejemplar art. 4º de la Constitución de 1979 funciona como cláusula general y abierta para posibilitar la tutela de cualquier interés existencial que, derivado de la propia dignidad de la persona humana, merezca protección jurídica, aun en el caso de que no exista una norma expresa y típica que aluda a dicho interés mediante un específico y reconocido derecho subjetivo. Aún más, hemos encontrado que el art. 2º, inc. 5º, de nuestra carta constitucional, sin nominarlo, tutela el interés existencial de la identidad personal, al permitir la rectificación de "noticias inexactas" sobre la "verdad personal".

Aparte de los numerales citados, encontramos en la Constitución una probable indirecta referencia al derecho a la identidad personal. En efecto, en el art. 2º, inc. 1º, se tutelan los derechos que en doctrina se designan como los esencialísimos entre los esenciales o, simplemente, los fundamentales. Ellos son, para el caso, la vida, el nombre, la integridad física y la libertad, en este orden. Se observa que en el elenco aparece, contrariamente a lo que generalmente sucede en la doctrina, que entre tales derechos fundamentales de la persona se considere al nombre. Al respecto, somos del parecer que, sin

tener plena conciencia de ello, los constituyentes de 1979 intuyeron la necesidad de tutelar la identidad personal, a la que aludieron indirectamente confundiéndola con el nombre. Este hecho no nos debería llamar mayormente la atención en tanto que dicha confusión subsiste hasta nuestros días en amplios círculos jurídicos, especialmente en aquellos no necesariamente familiarizados con el derecho civil.

No obstante lo expresado en los párrafos precedentes, debe considerarse, a título de cuestión previa, que al referirnos al interés correspondiente a la identidad personal, aludimos a la protección del bien supremo del derecho, constituido por la persona humana. Es conveniente aclarar, de una vez por todas, que este "bien" en que consiste la persona humana no puede ser tratado, manipulado y protegido jurídicamente utilizando las categorías y los instrumentos que tradicionalmente se reservan para los bienes patrimoniales. La persona humana, en cuanto sujeto de derecho, reclama de un peculiar instrumental jurídico y de un tratamiento acorde con su dignidad de ser libre y creador.

El planteamiento de fondo, contenido en el párrafo anterior, nos lleva al convencimiento de la escasa utilidad de vincular la tutela de los derechos de la persona a normas atributivas de verdaderos y propios derechos subjetivos. En este sentido se orienta un sector de la doctrina de hoy que estima que la tutela de la persona humana ha de ser unitaria e integral, por lo que no puede estar sujeta a la necesaria presencia, en el ordenamiento jurídico, de derechos subjetivos a la tradicional usanza del derecho patrimonial. La protección de la persona humana, que deriva de su propia dignidad de ser libre y creador, exige una tutela, pronta y eficaz, que no puede estar siempre y necesariamente vinculada a la previa existencia de derechos subjetivos típicos.

La historia reciente nos muestra que esta tesis, quizás, aún no suficientemente desarrollada y divulgada, ha sido acogida de parte de lúcidos juristas de vanguardia que han comprendido la especial calidad que asume la persona humana como centro y eje del derecho. Esta especial situación no tolera que se le trate con las mismas categorías e instrumentos de los que se vale la ciencia jurídica para referirse a los bienes-objetos que le sirven al ser humano para realizarse como persona, es decir, como ser libre y creador, calidad que no comparte con los demás seres de la naturaleza y de la que deriva, precisamente, su propia dignidad.

Un sector de vanguardia de la actual doctrina, de raíz personalista, acoge esta posición que, sustentada en la realidad de la existencia humana, le confiere el tratamiento jurídico que ella exige. Son cada vez más numerosos los autores que se afilian a esta posición. Bastaría citar, a título de ejemplo, algunos pocos pero notorios nombres, como los de Perlingieri, Busnelli, Alpa y Bessone quienes, al lado de otros aún escasos ilustres juristas, contribuyen actualmente a darle al derecho un nuevo y radical planteamiento innovador. Se trata de una ciencia jurídica que estima, a la manera de Kant, que el ser humano es un fin en sí mismo y no un simple instrumento, categoría esta última que comparten todos los otros seres de la naturaleza.

Un sector mayoritario de la doctrina no logra aún desprenderse de la carga, del pesado lastre, que significa una formación intelectual de corte individualista y patrimonialista. Esta tesis, que proviene de la Revolución francesa y que consagran las constituciones y los códigos del siglo pasado y numerosos del actual, ha influido profundamente en la doctrina jurídica y seguramente pasará aún un buen tiempo para que las nuevas ideas, centradas en la realidad de la existencia, logren permearla.

Lo que resulta alentador, y no deja de ser sorprendente para los juristas que pertenecemos a un sistema como el romano-germánico, presidido por la ley como fuente de derecho, es la posición que ha asumido un creativo sector que ha comprendido el papel de la persona humana en el derecho. A este lúcido y atento sector de la jurisprudencia italiana se debe, por ejemplo, la primigenia elaboración, dentro de nuestro sistema, del derecho a la reserva y, en los tiempos que corren, de la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal. Todos los juristas se muestran acordes en alabar esta lección tutelar de la jurisprudencia en lo que concierne a la persona humana. Así, entre muchos otros, Ponzanelli reconoce que en esta materia la jurisprudencia "se ha revelado siempre lista a intervenir en lo que atañe a nuevos aspectos en los cuales puede articularse la personalidad del sujeto"[1].

En síntesis, el supuesto del cual partimos para el análisis efectuado en torno a la nueva situación jurídica subjetiva, es el de considerar a la persona humana, por su especial calidad ontológica y derivada dignidad, el de constituirse, en cuanto fin en sí misma, en el indiscutible sujeto del derecho. Ello equivale a afirmar que toda la estructura jurídica tiene, como objetivo central y primario, conferirle su más amplia tutela, sin necesidad de contar dentro del ordenamiento positivo, previamente, con específicos y típicos derechos subjetivos.

La doctrina más atenta ha comprendido que para asegurar a la persona humana, en tanto "bien supremo" del derecho, su unitaria e integral tutela, se hace indispensable partir de los principios constitucionales que, a la manera de cláusulas generales

[1] Ponzanelli, *Il caso Veronesi e la Corte di Cassazione*, en "Responsabilità Civile e Previdenza", 1985-590.

y abiertas, facilitan su más amplia y oportuna protección, utilizando en su aplicación la vía analógica.

Lo anteriormente expuesto permite comprender cuánta razón tiene Macioce cuando expresa que "meditar hoy sobre el tema de la identidad personal significa... coger un momento esencial del proceso que tiende a asegurar al individuo una tutela siempre más intensa y eficaz de su personalidad" [2].

La persona humana es un valor unitario. Esta realidad nos fuerza a comprender que los múltiples intereses existenciales que podamos identificar, son sólo aspectos o facetas de la personalidad que deben siempre reconducirse a la inescindible unidad del ser humano. Existe, entre todos ellos, una recíproca conexión, una interacción e interdependencia que se explica, precisamente, porque la persona es su común y único fudamento. A ella, por tanto, se reconducen y en ella se sustentan.

Esta realidad unitaria del ser humano, y la esencial vinculación entre sus diversos intereses existenciales, hace muy difícil la tarea teórica y científica de distinguir, con prístina claridad y en el terreno concreto y dinámico de la vida, cada uno de tales intereses. Es evidente la dificultad con que se tropieza para diferenciar, con nitidez, unos intereses de otros que le son vecinos. Estos obstáculos se han podido apreciar, en parte, cuando hemos procedido al deslinde conceptual entre el derecho a la identidad personal y otros derechos de la persona con los que guarda estrecha conexión. Las interferencias y superposiciones, como lo hemos verificado, se presentan con inusitada frecuencia. La lesión de un derecho se produce, de sólito, a través de otro derecho que le sirve de medio o, como también suele acaecer, se advierte la simultánea lesión de

[2] Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, p. 1.

varios intereses que se hallan íntimamente emparentados. La identidad personal opera, así, como centro de incidencia de situaciones existenciales convergentes.

§ 44. ***LA CUESTIÓN PREVIA REFERENTE A LA TIPICIDAD O NO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA.*** – La cuestión previa, que se abre como preámbulo del tratamiento de la situación jurídica subjetiva referida a la identidad personal, se deriva del supuesto al que hemos hecho mención en el parágrafo precedente. Se trata de determinar si existe, como sostiene un sector dominante de la doctrina, una pluralidad de derechos subjetivos de la persona o si, por el contrario, como algunos pocos autores aseveran, hallamos un único derecho que integra y conjuga a todos los tradicionales derechos de la personalidad.

Como tesis alternativa frente a la disyunción planteada encontramos aquella que, a partir de la estructura unitaria del ser humano, considera que la persona humana merece una tutela acorde con su realidad, es decir unitaria e integral, por lo que ella debe fundarse en un principio constitucional, general y abierto, que subyace en el texto de las más modernas constituciones. Es el caso del art. 2º de la Constitución italiana, del art. 10 de la española y del art. 4º de la del Perú.

Sin embargo, del hecho de que la persona debe ser unitaria e integralmente tutelada, no deriva el que se le reconozca la existencia de un solo derecho. La exigencia de esta tutela unitaria e integral no impide que el ordenamiento, conforme la doctrina y la jurisprudencia vayan identificando singulares intereses existenciales dignos de tutela, les brinde su reconocimiento normativo mediante la creación de sendos derechos subjetivos. Esta posición, que compartimos, se sustenta en la comprobación histórica de que estos derechos subjetivos se van con-

figurando, paulatinamente, a través del tiempo, por lo que no constituyen un número cerrado y definitivo de derechos. La especial calidad ontológica de la persona determina que, de vez en cuando, se detecten nuevos intereses existenciales dignos de tutela que obligan a su eventual protección aun en ausencia de un específico y típico derecho subjetivo. En este caso, se debe recurrir a la cláusula general, de rango constitucional, que asegura la total protección de la persona humana.

En otros términos, los derechos de la persona no conforman un catálogo cerrado y plural de derechos subjetivos, independientes unos de otros, que agotan, en un momento histórico dado, la tutela integral de la persona humana. Cada uno de tales derechos, en esencial vinculación con los demás –en la medida que reconocen un único fundamento–, tutela un aspecto del rico y complejo universo personal. Cada uno de tales derechos subjetivos protege una de las múltiples facetas que articulan la personalidad, sin que pueda considerárseles como existencialmente autónomos, aunque teóricamente puedan ser sistematizados, tratados y definidos.

No es del caso discutir sobre la tipicidad o no de los derechos de la persona. Es evidente que, una vez que se identifica un nuevo interés existencial, que emana de la propia dignidad de la persona en tanto ser libre y creador, que exige de tutela jurídica, se proceda a elaborar, a nivel de la ciencia jurídica, una nueva situación jurídica subjetiva que regule dicha protección dentro de los principios generales del derecho. Éste es el proceso que se advierte en la experiencia jurídica. No obstante, lo expresado no impide que, con anterioridad al desarrollo dogmático de la nueva figura jurídica, se proceda, con toda celeridad y sin esperar dicha elaboración, a la eficaz, amplia y oportuna tutela de la persona humana. Es decir, aun antes de contar

con una norma típica que aloje tal derecho en el ordenamiento jurídico positivo.

En síntesis, si bien existe una pluralidad de derechos de la persona, ello no significa que cada uno de tales derechos sea esencialmente autónomo en tanto la tutela de la persona humana, por su propia calidad ontológica, debe ser unitaria e integral. De donde se desprende que, a pesar de que existan específicas situaciones jurídicas subjetivas, que protegen determinados aspectos de la compleja personalidad humana, ello no es obstáculo para que, fundándose en una cláusula general de rango constitucional, se proceda sin dilación a tutelar un nuevo interés existencial aunque, como se ha repetido con insistencia, no se cuenta en el ordenamiento jurídico con un típico derecho subjetivo[3].

§ 45. ***CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.*** – Como se ha podido advertir a través del presente trabajo, existe un manojo de cuestiones que aún son problemáticas en lo que concierne al derecho a la identidad personal, hecho que no es de extrañar si se tiene en cuenta, como es obvio, que se trata de una nueva figura jurídica en pleno proceso de elaboración dogmática. Se aguardan al respecto futuros desarrollos, precisiones y ajustes conceptuales, decantación teórica, aplicación jurisprudencial. Todo ello, con el tiempo, tendrá como probable resultado la superación de algunas dudas aún pendientes y el consiguiente afianzamiento de la nueva situación jurídica subjetiva.

En primer término, nos encontramos con la cuestión concerniente al contenido mismo del derecho a la identidad personal, en cuanto específico in-

[3] Fernández Sessarego, Carlos, *Tutela jurídica de la persona*, en Revista "El Jurista", año I, nº 1, p. 65 y siguientes.

terés digno de tutela, así como a cuáles son sus límites en relación con los demás derechos de la persona. Sobre este aspecto, salvo algunas aisladas voces, no se niega la real presencia del interés existencial concerniente a la identidad personal. Los mayores intentos, como es el emprendido por Fois, se enderezan a subordinarlo al derecho a la información. Para este autor, la libre manifestación del pensamiento tendría una preeminente posición constitucional respecto del derecho a la identidad personal [4].

Los escasos opositores a este derecho hallan en este punto, de posible colisión con el interés relativo a la libertad de información, el argumento adecuado para sustentar su duda o su rechazo. Evocamos la perplejidad de Auteri frente a la configuración del derecho a la identidad personal formulada por algunos autores. En su opinión, la identidad personal "iría inevitable y gravemente en conflicto con el derecho a la libre manifestación del pensamiento" [5].

Estas perplejidades y temores aconsejan, en concepto de Rescigno, a fijar los límites del derecho a la identidad personal, ya que "circunscripto el derecho a la identidad puede encontrar menos aversión y desconfianza y puede servir a dar una respuesta positiva al problema que emerge de conciliar la pretensión del individuo a ver garantizada su identidad y la libertad de manifestación del pensamiento con la finalidad de informar" [6].

[4] Fois, *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 163.

[5] Auteri, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 101.

[6] Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 189.

La determinación de los confines entre el derecho a la identidad personal, en su dimensión dinámica, con los de los otros derechos de la persona es una cuestión que, en nuestro concepto, está siendo superada tanto en mérito a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales como por la elaboración de la doctrina. El problema más importante afrontado por la doctrina y la jurisprudencia en el último quinquenio ha sido, como lo anota Ponzanelli, el "de conciliar la protección acordada a la identidad personal con el reconocimiento de otros derechos fundamentales de la persona"[7]. En otro lugar hemos revisado, con cierto detenimiento, la problemática relativa a la distinción existente entre el derecho a la identidad y otros derechos que le son particularmente vecinos, intentando establecer la coordinación que se presenta en la esfera de su tutela basados en la protección integral y unitaria de la persona humana. Nos referimos al caso de los derechos a los signos distintivos, a la imagen, a la intimidad, al honor, a la reputación, al derecho personal del autor, al derecho a la información, entre otros.

Estimamos, sin embargo, que el punto conflictivo se encuentra circunscripto a la determinación casuística de los límites, siempre móviles y discutibles, entre el derecho a la identidad y el derecho a la libre emisión del pensamiento a través de la información. En su lugar nos hemos referido a las diversas opiniones prevalentes sobre tan espinoso asunto.

Conviene a esta altura del trabajo recordar, para una mejor aprehensión de la temática tratada que, desde nuestro punto de vista y tal como se ha seña-

[7] Ponzanelli, *Il caso Veronesi e la Corte di Cassazione*, en "Responsabilità Civile e Previdenza", 1985-590.

lado, un genérico y amplio concepto de identidad personal comprende tanto una identidad estática, como es el caso del nombre y de la imagen, y una identidad dinámica que se manifiesta a través de la proyección social de la personalidad. No obstante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se reserva la expresión identidad personal para referirse a la segunda de tales acepciones.

§ 46. ***VINCULACIÓN ESENCIAL ENTRE LOS DERECHOS DE LA PERSONA.*** – A modo de conclusión de lo expresado a través de la revisión efectuada en páginas precedentes del asunto atinente al deslinde conceptual entre el derecho a la identidad personal y los demás derechos de la persona, antes referidos, cabe reafirmar nuestra posición en tanto considera que la inescindible unidad ontológica en que consiste la persona humana exige, en consecuencia, que su tratamiento jurídico sea también unitario e integral. De ahí que la existencia de una miríada de derechos de la persona dentro de los ordenamientos jurídicos positivos signifique, tan sólo, el que cada uno de ellos protege un determinado interés existencial, sin que esto suponga que todos los derechos de la persona no sean interdependientes. Los derechos de la persona, en cuanto tutelan específicos intereses existenciales, se hallan esencialmente vinculados. Todos ellos reconocen a la persona humana como su único fundamento.

La estrecha vinculación entre los derechos de la persona se hace patente en la realidad de la vida. Ocurre así, a menudo, que a través de un determinado interés existencial, utilizado como simple medio o vehículo, se lesione un distinto interés. Y no es infrecuente, tampoco, que se produzca una simultánea lesión de varios derechos. Pero esta circunstancia, que se presenta en la experiencia, no genera el que se confundan conceptualmente los di-

versos intereses existenciales afectados y que son dignos de tutela jurídica.

§ 47. ***El problema relativo a la determinación de la "verdad" personal.*** – En materia de identidad personal suelen existir dos verdades, la subjetiva y la objetiva, las que pueden coincidir o diferir. Cuando ocurre esta segunda hipótesis, surge el problema relativo a cuál de las dos "verdades" debe ser materia de tutela jurídica. Como se ha señalado en su oportunidad, la verdad subjetiva puede ser aparente, simulada o ficticia. Es decir, la proyección social de la personalidad que el sujeto pretende difundir no coincide con la "verdad histórica". La verdad objetiva, que es la que jurídicamente se tutela, es la que se forja a través de hechos ciertos, históricamente comprobables, de opiniones realmente vertidas, de ideas efectivamente expresadas. Es la verdad real, que surge de la experiencia y que no se configura basada en simples deseos o pensamientos no expresados.

En la hipótesis de confrontación entre dos "verdades", la subjetiva y la objetiva, a pesar de algunas pocas voces dubitativas, la opinión que prevalece es aquella que considera que la "verdad" tutelable es la objetiva, la histórica, la real y no aquella de raíz subjetiva. Dogliotti resume esta opinión, generalmente aceptada, cuando señala que si bien cada persona puede tener una propia representación o imagen de su personalidad, que puede ser diferente de la real o, al menos, diversa de la que aparece ante los demás, la tutela "debe fundarse sobre hechos objetivos, sobre comportamientos externos y explícitos..."[8].

[8] Dogliotti, *Diritto alla identità e tutela della persona*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 174.

No obstante lo anteriormente expresado, podemos citar algún matiz diverso de opinión. A este efecto cabe recordar la posición de De Martini quien, si bien afirma que la tutela jurídica de la identidad personal no puede extenderse hasta comprender la protección de la verdad subjetiva, en aparente contradicción sostiene que la verdad de la que se puede exigir respeto es una verdad constituida por "la medida de las representaciones subjetivas, en una sociedad dada, de una determinada persona, cual resultante de hechos, situaciones y comportamientos a ella referidos"[9].

§ 48. ***Otras cuestiones problemáticas en torno al derecho a la identidad personal.*** – Una cuestión vinculada a la "verdad" personal es la referente a la posibilidad de que ella varíe con el transcurso del tiempo. Esto es posible, y diríamos que hasta inevitable. El problema, en realidad, no radica en la modificación de ciertos aspectos de la personalidad sino en la intensidad y radicalidad del proceso de cambio que experimente la persona. Como con certeza señala Rescigno, no se puede desconocer "la libertad de repensamiento, de rechazo de ideas antiguas, la posibilidad de renegar y hasta de traicionar"[10].

Las modificaciones que, con el tiempo, se van produciendo en la personalidad se explican si tenemos en cuenta la calidad de ser libre que detenta la persona humana. Esta libertad conlleva al arrepentimiento, a desechar creencias o ideologías del pasado, a modificar su propia visión del mundo y,

[9] De Martini, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 175.

[10] Rescigno, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 193.

con ella, sus ideas políticas. La libertad hace del hombre un ser impredecible.

En la historia, en la temporalidad, se revela el ser. La verdad en la historia, como apunta Jaspers, "existe en todo momento y nunca, siempre en movimiento, y se pierde cuando parece haberse convertido en posesión definitiva"[11]. La verdad personal se construye, se modifica y se pierde con el transcurrir del tiempo. El ser humano no es un ser hecho de una sola vez y para siempre, acabado y finito, sino que su vida es un quehacer constante, permanente, cotidiano. La vida es dinámica, fluye desplegada en el tiempo.

La identidad personal tiene que ser determinada, caso por caso, de parte del juez. Al juzgador compete evaluar la proyección social de cada cual, basado en datos objetivos. Y en esta comprobación de la verdad personal se puede admitir un cambio en la personalidad. Al tratar la cuestión relativa a la vinculación existente entre la identidad personal y el derecho de autor, analizamos esta problemática cuando nos referimos al hecho de cómo el autor puede solicitar y obtener el retiro de la circulación pública de una obra que, en su concepto, no refleja más su identidad personal.

Una cuestión debatida desde siempre, y que tiene directa relación con nuestro tema, es la relativa a la reparación del daño no patrimonial que puede derivarse de la lesión de un derecho de la persona. En esta materia, como es sabido, las opiniones están encontradas. Para algunos autores no tiene ningún efecto reparador o, como sostiene De Martini, resulta ser un instrumento "de modesta eficacia, y francamente, al estado actual, privado de cualquier capacidad de resarcimiento"[12].

[11] Jaspers, *La fe filosófica*, p. 130.

[12] De Martini, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in*

Como se verá más adelante, la opinión dominante de la doctrina se inclina por utilizar un conjunto de medidas reparatorias del daño a la persona, como pueden ser la rectificación, la publicidad de las sentencias, pero sin que ello elimine, cuando fuere el caso, una compensación económica. Es evidente que el dinero no resarce un daño a la persona, de suyo invalorable en dinero, pero ayuda a ser más llevadera la situación posterior a la lesión. Con el dinero la persona puede darse algunas satisfacciones que, al menos, la distraigan temporalmente de sus preocupaciones y aflicciones.

---

tema di diritto alla identità personale, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 152.

CAPÍTULO VI

TUTELA DE LA IDENTIDAD PERSONAL

§ 49. ***PRINCIPIOS GENERALES DE TUTELA DE LA PERSONA.*** – Referirse a la tutela de la persona humana, *en sí misma*, cualquiera sea el interés que se pretenda proteger, supone tener en cuenta, como previo punto de partida, la naturaleza misma del ser humano, es decir, del sujeto materia de la protección. Obviamente, aludimos al "sujeto" y no a cualquier objeto del mundo exterior que debe ser también tutelado en cuanto sobre él gravita un interés patrimonial de la persona, como es el caso de la propiedad de un determinado bien.

La persona humana no es un bien que, *per se*, tenga significación económica. No es una cosa, un objeto del mundo exterior, terminado, compacto, acabado. Ella no es un instrumento sino un fin en sí misma. La persona humana es un ser libre y creador, que tiene que hacer su vida "en el mundo", con los "otros" y con las "cosas". Los "otros", con los que debe coexistir, en comunicación, son también fines en sí mismos. Las "cosas", en cambio, son sólo *instrumentos*, con prescindencia de que sean más o menos indispensables para la realización de la persona. Los objetos, las cosas, al margen de la jerarquía o la importancia que asuman "en" y "para" la vida, serán siempre meros instrumentos y nunca fines.

La naturaleza del ser humano, su específica calidad existencial, su dignidad de ser libre y creador, lo hacen ser el "sujeto" del derecho, su centro y eje. Esto significa, en pocas palabras, que el derecho está a su servicio en cuanto estructura primordialmente destinada a su liberación, es decir, al pleno desarrollo de su personalidad. El ser humano, a fin de cuenta, es el creador del derecho, para luego convertirse en su protagonista al someterse a sus valiosos dictados. Por ello, como lo enfatiza Perlingieri, el respeto a la persona humana asume, tanto en el ordenamiento jurídico italiano como en el peruano, la calidad de valor primario, al punto tal de "identificar y caracterizar el orden público constitucional"[1]. Ello está ampliamente corroborado por los textos de los arts. 1º y 4º de la Const. peruana.

El hombre es el autor del derecho, del que se vale para poder coexistir en una sociedad que debería organizarse de una manera justa, segura y solidaria donde, al reinar la paz, pueda él realizarse en tanto ser libre. Una realización que implica, fundamentalmente, estar al servicio de los demás, en cuanto ello representa el medio más efectivo para lograr el bien común, que es el de todos y el de cada uno de los integrantes de la sociedad.

El derecho es una exigencia de la naturaleza humana, una estructura de la misma. La persona debe convivir, en tanto es un ser que, sin dejar de ser "él mismo" –singularidad existencial única e irrepetible– es también, simultáneamente, un ser coexistencial en estructural comunión con los demás. La dimensión coexistencial del hombre significa que requiere de los "otros" para poder vivir. El ser humano es social por naturaleza. No se le puede concebir, ni pensar, ni imaginar fuera de lo

[1] Perlingieri, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1986-3-626.

social, aunque ello no suponga que se confunda, que se pierda, en la masa, en el conjunto. Es "él mismo" pero coexistiendo, de modo ineludible, en sociedad.

Este ser, que es la persona humana, diferente de los demás seres de la naturaleza, exige una tutela adecuada a su específica calidad existencial. La tutela tiene que amoldarse al ente protegido. Debe respetar sus características. Ser, en una palabra, idónea.

Todo lo anteriormente expuesto nos permite distinguir, con nitidez, que los medios de tutela reclamados por el ser humano no son los mismos que el derecho utiliza para la protección de los bienes de los cuales se sirve para realizarse como tal. No es posible aplicar a la persona medios de tutela que sólo son aptos para proteger bienes que tienen un sentido económico, que pertenecen al patrimonio material de la persona. Es imposible equiparar la tutela de un interés patrimonial, como la propiedad de un predio o la de un reloj, con la protección de la libertad, la intimidad, la identidad o el honor de la persona.

Debemos remarcar, con énfasis, la diferencia entre persona y cosa para luego distinguir los medios destinados a la tutela de la persona de aquellos otros dirigidos a la protección de las "cosas", en tanto existe la equivocada tendencia de asimilar, para esta finalidad, ambos conceptos. Un sector de la doctrina, influido por una tradición individualista y patrimonialista imperante en el derecho, llega al extremo de negar la plena tutela ante un daño infligido a la persona, por considerar "técnicamente inaplicables" a ésta los medios jurídicos empleados para la protección del patrimonio. De ser cierta esta hipótesis, el daño a la persona quedaría sin reparación y el agresor no estaría sujeto a una sanción civil.

La propiedad privada es, para aquel sector de la doctrina al cual nos venimos refiriendo, un derecho subjetivo absoluto, inviolable y hasta sagrado. Bajo esta óptica, de corte patrimonialista, se juzga y aprecia todo lo jurídico. El derecho, por ende, gira en su torno. Es, basado en esta estrecha visión del derecho, que la protección de los intereses patrimoniales, que tienen como objeto los bienes exteriores al hombre, resulta ser lo verdaderamente importante. De esta concepción del derecho deriva la pretensión de aplicar a la tutela de la persona, de modo mimético, los medios técnicos de que se vale el ordenamiento jurídico para la tradicional protección del patrimonio. Esta actitud implica, como es obvio, una grave confusión de fondo. Ella consiste en no tener en cuenta la calidad existencial, propia y diferente de la persona humana, en relación con las "cosas", de las cuales se vale para convivir.

Para el sector del pensamiento jurídico tradicional sólo son dignos de resarcimiento el daño emergente y el lucro cesante y, muy limitadamente, el daño moral, entendido este último como dolor, pena o sufrimiento. Se llega así a admitir, por algunos autores, la reparación, a través de una equitativa compensación en dinero, del sentimiento de dolor experimentado por la persona, no obstante lo cual, con frecuencia, se discute la "posibilidad" misma de dicha indemnización. En síntesis, para un hasta ahora apreciable sector de la doctrina, sólo es resarcible lo que tiene un valor económico, es decir, lo que se mide en dinero. Como el sujeto carece de significación económica resulta imposible, dentro de esta lógica, reparar en dinero un daño a la persona de carácter no patrimonial.

La posición patrimonialista que venimos comentando parte de dos graves errores que bien vale la pena señalar, aunque fuere sumariamente. El primero de ellos es el no advertir la calidad existen-

cial de la persona humana, en cuanto ser libre y creador, diferente a la entidad de las cosas. El segundo, que deriva del anterior, es el desconocer que la persona humana se constituye, *per se*, en un valor carente de significación económica. Un sector de la doctrina, sustentado en ambos errores, se muestra aparentemente incapacitado para comprender que la protección de la persona, por su propia calidad ontológica, debe sustraerse a una lógica patrimonialista. Y al afrontar dicha limitación gnoseológica, concluye sosteniendo la imposibilidad de reparar un daño causado a la persona, considerada en sí misma, sin confundirla con un bien dotado de significación económica, mensurable en dinero.

Los graves errores de fondo antes mencionados impiden, injustamente, compensar en dinero, cuando ello fuere conveniente, un daño infligido a la persona cuando carece de repercusión económica. Dicho sector de la doctrina, cuando plantea la tutela de la persona y, consiguientemente propone la reparación de un daño a ella ocasionado, aplica mecánicamente a la protección del ser humano los criterios, la técnica y los métodos propios utilizados para la protección de intereses de carácter patrimonial. Es decir, toma en préstamo dichos medios para emplearlos en la tutela de intereses cuyo objeto está constituido por un ser de diversa naturaleza.

La concepción patrimonialista, en lo que atañe a la tutela de la persona, tiene además como sustento un tercer error, el mismo que dimana de una comprensión exclusivamente individualista del ser humano. Nos referimos, en este caso, al equivocado y limitado enfoque de lo que significa la persona humana, el que es propio de la teoría que se suele designar como "atomista". Es decir, de aquella concepción que, basada en una lógica eminentemente patrimonialista, concibe la tutela de la persona a través de una multiplicidad de derechos que

protegen, autónomamente, aspectos parciales de la compleja realidad en que consiste el ser humano.

La persona, de conformidad con una visión atomista, es "lotizada" en diversos y autónomos bienes susceptibles de protección jurídica, desconectados unos de otros y sin ninguna referencia a su único fundamento. Esta desintegración de la persona en diversos fragmentos o piezas, concebida a imagen y semejanza del universo patrimonial, atenta contra su protección unitaria e integral. Bajo la concepción atomista, que desvincula cada derecho de su centro referencial que es el "yo", sólo se aprecian los derechos de la persona que tienen una significación económica, cuantificables monetariamente. Se consuma así la mecánica y absurda proyección de la teoría de la defensa de la propiedad privada sobre la tutela de los derechos de la persona.

Una correcta visión de la tutela de la persona debe tratar de superar la mencionada teoría atomista. La persona humana es un valor unitario, inescindible, que debe ser integralmente protegido, aunque se pueden desarrollar diversos derechos subjetivos que se hagan cargo de determinadas "maneras de ser" de la persona. Como lo hemos apuntado en su lugar, todos los derechos de la persona se refieren a un único fundamento que es la persona en sí misma.

Frente a los errores de fondo antes enunciados, un sector de la doctrina propone emancipar la tutela de la persona, por lo que ella significa en cuanto ente dotado de propia dignidad, de aquellos criterios y técnicas tradicionales del derecho que giran en torno y privilegian jurídicamente al patrimonio material.

Lo que se pretende es centrar el derecho teniendo como eje, como factor jerárquicamente superior, a la persona humana. Dentro de esta nueva perspectiva el patrimonio material, en tanto es de natu-

raleza instrumental, se halla sometido a la persona humana.

Por lo expuesto es fácil comprender cómo una propuesta personalista desemboca, inevitablemente, en un replanteamiento del sentido y la finalidad misma del derecho. La concepción personalista sostiene que no se puede seguir pensando en la persona como si fuera una "cosa" más, arrojada entre las cosas del mundo. Al concebirse al ser humano como dotado de una especial calidad no cabe sino apreciarlo ontológicamente de modo distinto al que corresponde a las cosas. De este planteamiento deriva la necesidad de darle un trato jurídico diferenciado y especial. A un ser libre y creador, que tiene que hacer su vida cotidianamente entre los otros y las cosas, que es por tanto impredecible, cuyo destino está en juego, no se le puede asimilar, sin más, a otro bien de la naturaleza, acabado y compacto, carente de libertad y capacidad creadora, condenado a continuar siendo por siempre como es.

Si la persona humana es ontológicamente distinta de los otros bienes de la naturaleza debe ser jurídicamente tratada también de manera diferente. No es por ello de igual entidad y trascendencia un daño causado a un bien material, a una cosa cualquiera del mundo exterior, que el generado a la persona. No es cualitativamente lo mismo, sin duda, dañar un bien del mundo exterior, como un automóvil, que lesionar la honra y la reputación de la persona. Se trata de daños causados a entes de diversa naturaleza, de distinta calidad ontológica. Daños que, en consecuencia, requieren también de una disímil tutela y reparación sobre la base de un nuevo enfoque.

Confundir la calidad ontológica del ser humano con aquella de las cosas del mundo exterior, conocidas por el hombre, es el origen de todas las dificultades que encuentra la doctrina en lo que concierne

a la protección de la persona humana y a la incapacidad de concebir la necesaria y adecuada reparación de un daño a ella causado. Es impracticable emplear los mismos criterios y técnicas de protección que el derecho ha utilizado, por siglos, para la defensa del patrimonio a la tutela del ser humano. Es imposible, en síntesis, "cosificar" a la persona humana para el efecto de su tutela por el derecho.

No puede pretenderse, porque no es jurídicamente posible, tutelar a la persona con la lógica y los instrumentos que el invidualismo utilizó, y continúa usando, para proteger la propiedad de las cosas. A la lógica de la propiedad se la debe sustituir por otra que no sólo considere simples derechos abstractos sino que tenga en cuenta a la persona tal cual es, investida de un determinado *status*, asumiendo una posición en el ámbito social. De ahí que sea indispensable reformular las técnicas de protección jurídica del ser humano.

§ 50. ***Tutela integral de la persona.*** – El ser humano es una unidad inescindible, en la que se conjugan naturaleza y espíritu, soma y sique. Este peculiar ser exige, en consecuencia, de una tutela que se adecue a sus específicas características. Por ello, en principio, la persona no puede ser "lotizada" en partes independientes, con pretensión de autonomía, desintegrarse en piezas, de cada una de las cuales se hace cargo un determinado derecho subjetivo. Si bien el ser humano es complejo y presenta infinidad de aspectos y facetas, no es posible considerarlo como una multiplicidad de partes independientes unas de otras. Por el contrario, sin negar la presencia de todos aquellos aspectos o "maneras de ser", el ser humano es uno y todo se refiere, en última instancia, al "yo".

La particular naturaleza del ser humano exige, primariamente, una tutela que lo considere como

una indisoluble unidad, por lo que la más reciente técnica legislativa tiende a protegerlo a través de cláusulas generales y abiertas, preferentemente de rango constitucional, que permiten la integral protección de la persona, aun en la hipótesis de ausencia de verdaderos y perfectos derechos subjetivos.

La tutela integral de la persona se aleja de las posiciones extremas, ya sea de la que reduce a sólo uno los derechos de la persona, como de aquella otra que, al atomizarla, pretende tutelarla a través de una multiplicidad de desarticulados e inconexos derechos subjetivos que se refieren, en cada caso, a un determinado aspecto de la persona. La tutela integral de la persona combina ambas posiciones, ya que no considera inadecuada la presencia de un conjunto de derechos subjetivos típicos, que se hagan cargo de diversos intereses existenciales, siempre que se tenga presente que todos ellos se vinculan esencialmente ya que se refieren a un solo y único "yo". Pero, al mismo tiempo, al lado de esa multiplicidad de derechos subjetivos, no debe desconocerse la posibilidad de que, a través de una cláusula general y abierta, se pueda proteger cualquier interés existencial aun en el caso que no estuviere expresamente tutelado por un derecho subjetivo.

La posición antes enunciada se va abriendo paso en el derecho comparado. Advertimos así que en los más recientes ordenamientos jurídicos positivos coexisten, al lado de una cláusula general y abierta de tutela del ser humano, un conjunto de derechos subjetivos que se hacen cargo, como está dicho, de un aspecto o "manera de ser" de la persona. En este sentido, cabría referirse tanto al art. 2° de la Const. italiana de 1947 como a los arts. 1° y 4° de la Const. peruana de 1979. Iguales disposiciones se hallan también en algunos códigos civiles, como serían los casos del alemán o el peruano.

El art. 2° de la Const. italiana, como ha sido anteriormente mencionado, prescribe que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo o integrando las formaciones sociales dentro de las cuales desarrolla su personalidad. Esta cláusula general ha permitido que la jurisprudencia haya podido tutelar intereses existenciales no reconocidos como derechos subjetivos perfectos. Es el caso, entre otros, del derecho a la intimidad o el correspondiente a la identidad personal.

El art. 1° de la Const. peruana de 1979 enuncia que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado y prescribe que todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. A mayor abundamiento, y para que no quede duda alguna, el numeral 4° establece paradigmáticamente que la tutela de la persona trasciende la normatividad constitucional y que, por ende, no se limita a la reductiva protección que le puede brindar el ordenamiento jurídico positivo. Por el contrario, es también digno de tutela cualquier otro interés existencial análogo a los expresamente tipificados por el ordenamiento o que, a pesar de no ser reconocido por la Constitución o las leyes, derive de la dignidad de la persona humana.

La doctrina alemana reconoce la existencia de una cláusula general y abierta de tutela de la persona (*General Klausel*), la que se cobija en el § 823 del Cód. Civil alemán, en tanto admite la posible existencia de "ulteriores derechos" de la persona aparte de aquellos específicamente diseñados en el BGB.

El art. 5° del Cód. Civil peruano de 1984, al referirse expresamente a la tutela de la vida, la libertad, la integridad física y el honor, no agota ni limita la protección a sólo estos aspectos fundamentales de la personalidad, sino que, por el contrario, deja abierta la posibilidad de tutela de los "demás inhe-

rentes a la persona humana"[2]. De este modo, el Código Civil guarda concordancia con la cláusula general de tutela de la persona contenida en el art. 4º de la Constitución.

De todo lo hasta aquí expuesto sobre la tutela integral de la persona cabe sintetizar que, contrariamente a lo que ocurría en el pasado, dicha protección asume en la actualidad rango constitucional, como lo evidencia de manera palmaria la Constitución peruana de 1979. Esta tutela es cada vez desarrollada más extensa y minuciosamente por la codificación civil, a través de acciones preventivas y mediante el diseño de nuevos derechos subjetivos. En esta tarea cabe destacar el importante papel que cumple, en ciertos países, una creativa, lúcida y alerta jurisprudencia. Esta situación supera aquella imperante hasta hace no mucho donde la tutela de los derechos de la persona estaba librada a las sanciones de carácter penal.

En cuanto a lo expresado en el párrafo precedente cabe mencionar que en el Perú, antes de la promulgación tanto de la Constitución de 1979 como del Código Civil de 1984, la tutela de la persona se centraba básicamente a través de las nociones y de las correspondientes sanciones contenidas en el Código Penal. Ni la Constitución de 1933 ni el Código Civil de 1936 contenían, aunque resulte hoy sorprendente, ninguna norma en la cual se alojara el derecho a la vida, a la integridad sicosomática, al honor y a la reputación, entre otros derechos fundamentales de la persona. No obstante, en el derogado Código Penal de 1924, sí se tipificaban como delitos sujetos a sanción tanto el atentado contra la

[2] El art. 5º del Cód. Civil peruano prescribe: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden sufrir limitación voluntaria salvo lo dispuesto en el art. 6º".

vida –homicidio y aborto–, contra la integridad corporal –lesiones– y contra el honor –injuria, difamación–. En algún lugar hemos anotado que la probable razón de esta paradójica situación se debía tanto a la escasa importancia asignada a la persona dentro de los ordenamientos jurídicos provenientes del siglo XIX como a la influencia del iusnaturalismo.

Como es sabido, los ordenamientos que reconocen su raíz en el siglo XIX privilegian la tutela del patrimonio sobre la persona, cuya protección quedaba librada a las disposiciones contenidas en el Código Penal, por lo que se asignaba escasa o nula importancia a la reparación civil del daño causado a la persona. En la actualidad, como se ha anotado, la tutela de la persona asume rango constitucional y, como señala Perlingieri, existe un "loable intento, manifestado desde hace tiempo, de liberar cada vez más la protección civilista de la posición subordinada y sirviente de las sanciones y nociones penales"[3].

Este autor refiere, al explicar la nueva situación que se observa en los tiempos que corren, que en las más recientes constituciones, como la italiana o la peruana, no sólo se regulan, como era tradicional, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos sino, también y sobre todo, entre los propios ciudadanos. Esto permite un nuevo enfoque de la tutela de la dignidad de la persona humana contra los privilegios de los poderes emergentes, como el de la información, o frente a las crecientes amenazas provenientes de los ostensibles avances a nivel tecnológico.

§ 51. ***INSTRUMENTOS DE TUTELA DE LA PERSONA.*** – La experiencia nos muestra que no es suficiente con-

[3] Perlingieri, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1986-3-626.

tar, como de hecho se cuenta en la actualidad, con el abstracto reconocimiento de los derechos de la persona, por más amplio que él pueda ser, como de hecho también ocurre. El ordenamiento jurídico debe asumir como tarea prioritaria el proveer a una suficiente, eficaz y rápida tutela de los derechos que garantiza.

La más reciente orientación, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, se caracteriza, contrariamente a lo que acontecía en un pasado inmediato, por haber elaborado criterios de tutela de la persona que, como advierte Dogliotti, se expresa en modelos muy elásticos y amplios para la admisión de las instancias resarcitorias[4]. Este movimiento, sustentado en una concepción personalista, postula que la violación de cualquier interés existencial o derecho de la persona, aunque no genere consecuencias patrimoniales, no puede quedar libre de reparación bajo el falso postulado de que carece de reflejos patrimoniales. La fórmula generalmente admitida por la doctrina de vanguardia se concreta en el hecho de que ningún daño al sujeto de derecho, tenga o no consecuencias patrimoniales, debe quedar sin reparar.

Existen daños que, a pesar de no tener efectos patrimoniales inmediatos, producen graves estragos en la personalidad del sujeto. Es el caso, entre otros, de los que frustran, de raíz, un proyecto de vida en pleno desarrollo. De un proyecto de vida por y en el cual adquiere sentido la existencia misma de la persona. Alguna vez hemos mencionado, a manera de ejemplo, la grave frustración existencial que experimenta un pianista famoso que pierde algunos dedos de la mano, lo que lo imposibilita,

[4] Dogliotti, *Le persone fisiche*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", p. 47 y ss., y *Diritto alla identità e tutela della persona*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 173.

por ende, de realizarse como tal. Este daño al "proyecto de vida" carece de significación económica, no obstante lo cual tiene consecuencias muy graves que pueden conducir, como efecto de un vacío existencial, hasta el suicidio. Ello, claro está, aparte del daño emergente y el lucro cesante simultáneamente causados por el agente de la acción ilícita.

Es evidente que, en el ejemplo propuesto, no sólo deben ser materia de resarcimiento los daños de los cuales se derivan consecuencias patrimoniales, sino que también debe repararse aquel daño radical al proyecto existencial, el mismo que no tiene una traducción en dinero. Este hecho circunstancial no elimina la real existencia de un daño injusto que exige algún tipo de reparación.

La reparación del daño al sujeto, de carácter no patrimonial, es independiente del resarcimiento de las consecuencias que sí tienen significación económica, valorable en dinero; y admite diversos modos que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado, no sin oposición y debate, en tiempos recientes. Dentro de ellos es posible considerar la reparación en dinero que, si bien no traduce la magnitud del daño, brinda a la víctima la oportunidad de gozar de algunas satisfacciones que, en alguna medida, puedan mitigar o atenuar sus efectos. Dentro de una concepción personalista del derecho se admite este tipo de reparación en dinero, no obstante las dificultades de orden práctico que presenta y el hecho de dejar librado al precedente jurisprudencial el monto de dicha reparación. En ciertos países se han confeccionado algunas tablas de valores que son útiles para el juez en el momento de fijar la correspondiente indemnización. Dichas tablas (baremos) no son de obligatoria aplicación por el juzgador, pero le proporcionan una muy importante orientación para alejarse de la absoluta arbitrariedad.

Un sector de la doctrina, sin embargo, se muestra reacio a admitir una reparación en dinero de un daño a la persona de consecuencias carentes de significación económica. Aferrados a criterios tradicionales se oponen, llegado el caso, a considerar como posible y justo este tipo de indemnización. Según lo señala Dogliotti, la posición que postula la reparación en dinero de un daño a la persona no ha adquirido aún el desarrollo que se merece en virtud de "obstáculos de orden dogmático opuestos por una tradición doctrinal prejuiciosamente desfavorable a extender el área de los daños resarcibles más allá de la lesión de bienes económicos o de intereses fornidos de una inmediata relevancia económica".

Con el exclusivo propósito didáctico de precisar la distinción existente en cuanto a la responsabilidad civil entre la lógica patrimonialista, de una parte, y la personalista, de la otra, sugerimos en un anterior trabajo[5] un reacomodo linguístico. En virtud del mismo proponíamos reservar la voz "resarcir" para referirse, de acuerdo con una arraigada tradición, a la indemnización de daños con consecuencias patrimoniales, valorizables en dinero, mientras que planteábamos el uso del vocablo "reparar" para mencionar la compensación pecuniaria o no de un daño carente de reflejos económicos.

El verbo "resarcir" tiene su origen etimológico en la voz latina *resarcire* y significa "indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio". Desde una óptica jurídica la expresión "resarcimiento" conlleva una connotación pecuniaria. Se trata, en general y ordinariamente, de una suma de dinero que el agente del daño entrega al agraviado

[5] Esta propuesta aparece originalmente en el trabajo *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en "Libro Homenaje a José León Barandiarán", p. 206, nota 50, y luego es recogida en "Nuevas tendencias en el derecho de las personas", p. 261 y siguientes.

para "restituir una cosa a su estado anterior". Existe una proporcionalidad o equivalencia entre el monto de la indemnización y el daño causado. El resarcimiento en especie, utilizado menos frecuentemente, supone la reposición de la cosa dañada por otra similar.

El verbo "reparar", en una de sus acepciones, significa, precisamente, "desagraviar, satisfacer al ofendido". El desagraviar o el brindar satisfacciones a la víctima del daño, por cualquier medio idóneo, no se reduce ni identifica con la función patrimonialista propia del resarcimiento. Existen diversas maneras, no necesariamente con significación económica, a través de las cuales puede repararse un daño a la persona o daño subjetivo. Pero, aun en el caso de producirse una indemnización en dinero, ello no comporta la idea de restituir las cosas a su estado anterior –lo que es imposible–, sino la de proporcionar a la víctima del daño la posibilidad de algún disfrute espiritual, un goce o alegría, determinado entretenimiento que atenúe a amengüe los efectos del daño injusto.

Nuestra propuesta tiene como precedente la opinión vertida, en 1962, por Ravazzoni, para quien la entrega de una compensación en dinero por un daño al sujeto, carente de efectos patrimoniales, no constituye un verdadero y propio resarcimiento a la manera clásica y según la tradición, sino que es una "reparación". A este propósito expresa que "la mejor doctrina italiana, desde hace tiempo, concuerda en afirmar que se trata de una reparación y no de un resarcimiento"[6].

La doctrina más alerta considera en nuestros días que la tutela integral de la persona debe ser,

[6] Ravazzoni, Alberto, *La riparazione del danno non patrimoniale*, p. 146.

fundamentalmente, de carácter preventivo. Por ello se ha desarrollado notablemente la acción de amparo, dentro del marco constitucional, y la acción inhibitoria en el derecho civil. Ambas tienden a evitar la consumación de una amenaza que podría causar un daño o, en caso de haberse producido, el obtener su cesación. Todo ello, sin perjuicio de reclamar, si fuere el caso, una reparación en dinero o en utilizar, además, otros recursos que franquea la ley.

Tratándose de la persona los modelos tradicionales fracasan en tanto no comprenden las hipótesis de protección en las cuales "la necesidad de tutela tiene en consideración la exigencia de prevenir y/o de impedir que se produzcan violaciones en un inmediato futuro, otorgando así una relativa seguridad", por lo que la acción inhibitoria no tiene "una función represiva sino preventiva" en lo que a la tutela se refiere[7].

En el caso del Perú se logró incorporar en el art. 295 de la Constitución la acción de amparo con aquella doble finalidad preventiva. En este artículo se prescribe que la acción de amparo "cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona". Sólo se excluye de este artículo la tutela de la libertad, la que se reserva a la acción de hábeas corpus.

En el art. 17 del Cód. Civil de 1984, apartándose del modelo constitucional y no obstante la amplia propuesta contenida en el Proyecto, se acogió restrictivamente la acción inhibitoria, reduciéndola sólo al efecto de hacer cesar un acto lesivo. Se dejó de lado la posibilidad de accionar frente a una amenaza dañina, cierta e inminente. El menciona-

[7] Di Majo, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, p. 81.

do art. 17 expresa: "La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos". Por lo demás, como se puede también apreciar de la redacción del numeral, se limita absurdamente la protección a sólo los derechos a que se refiere el título del Código referente a los derechos de la persona. Se aleja también de este modo de los dispositivos constitucionales, sobre todo del contenido en el art. 4°, que prescribe no sólo la protección de los derechos subjetivos típicos consignados por el ordenamiento positivo sino que, además de autorizarse el empleo de la analogía, la tutela se hace extensiva a cualquier interés existencial derivado de la dignidad de la persona humana[8].

De lo anteriormente expresado se puede sintetizar que la tutela integral y preventiva son las notas fundamentales en lo que concierne a la más eficiente protección de la persona humana. Dentro de estos principios medulares son diversos los instrumentos de tutela que, en cada caso, dada la peculiaridad del derecho o del interés existencial lesionado, es posible utilizar.

La nota fundamental en lo que atañe a la tutela de la persona es que ningún daño contra ella cometido –aun tratándose de los concebidos– pueda quedar sin reparar, es decir, sin que se ofrezca a la víctima una debida "satisfacción". Para ello, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han venido elaborando diversos medios idóneos de protección. De ahí que Di Majo pueda afirmar que en este terreno aparecen indudables signos de renovación en lo que concierne a la reflexión jurídica. Destaca, precisamente,

[8] Una crítica al art. 17 en referencia puede encontrarse en Fernández Sessarego, *Derecho de las personas*, 3ª ed., p. 66 y siguientes.

que en esta obra el mayor aporte ha sido recibido de parte de la doctrina y de la jurisprudencia aunque, en mayor medida, las más diversas solicitudes de tutela provienen del cuerpo social[9].

Sustentados en el amplio marco que confieren los arts. 1°, 2°, 4° y 295 de la Const. peruana, tantas veces referidos, así como en el dispositivo contenido en el art. 17 del Cód. Civil de 1984, podemos afirmar que el juzgador cuenta con la posibilidad de utilizar diversos y variados medios de tutela frente a la simple amenaza o a la violación de cualquier derecho de la persona. Dependerá, en cada caso, ante la particularidad del derecho lesionado, la adopción de la reparación del daño que fuere más idónea. Se trata de brindar a la víctima una adecuada, pronta, eficiente y eficaz satisfacción.

Entre los medios que el juez dispone para reparar un daño subjetivo[10] se encuentran, sin que la enumeración sea exhaustiva, los siguientes:

a) La publicación de la sentencia de condena al autor del agravio, lo que produce una explicable y necesaria satisfacción a la víctima, devolviéndole la tranquilidad y la paz perdidas, y que restablece la verdad de los hechos, según los casos.

b) La retractación, es decir, el reconocimiento de parte del agresor del daño infligido.

c) La utilización de la acción de rectificación, que es la respuesta de la víctima frente a la lesión sufrida, la misma que aparece en el medio de comunicación a través del cual se ha producido el daño.

9 Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, p. 3.

10 Utilizamos la expresión daño subjetivo en lugar de la más difundida de "daño a la persona" a fin de adecuarnos a los alcances derivados de la aplicación del art. 1° del Cód. Civil peruano, en tanto el concebido y la persona individual, o natural, son considerados sujetos de derecho. Por ello, con la expresión daño subjetivo comprendemos ambas situaciones.

d) La supresión de los escritos mediante los cuales se ha agraviado a la persona.

e) La difusión de declaraciones, comunicados o documentos que permitan restablecer la verdad y satisfacer a la víctima del daño.

f) La supresión de los escritos agraviantes.

g) La reparación mediante la entrega de una suma de dinero que tienda a otorgar al agraviado algún tipo de satisfacción.

El ejercicio de la acción de rectificación o respuesta, la publicación de la sentencia condenatoria y la supresión de los escritos a través de los cuales se ha lesionado algún o algunos de los derechos de la persona son formas de reparación específica o reposición *in natura*[11]. Según Cifuentes y Fernández trátase de "medios de reintegro que satisfacen el bien extrapatrimonial desmedrado". Si bien no existe "reemplazo de un bien perdido por otro, ni compostura o arreglo del bien desmerecido" sí existe, en cambio, "devolución *in natura*, develándose la verdad que la sentencia declaró"[12]. En este mismo sentido se pronuncia De Cupis[13].

La utilización de alguno o algunos de los medios de tutela, antes mencionados, depende de la naturaleza del bien personal que haya sido lesionado. Corresponderá al juez apreciar la idoneidad del instrumento de protección de la persona que sea más eficaz en orden a obtener la debida y justa reparación del daño cometido.

§ 52. ***PROBLEMÁTICA INHERENTE A LA TUTELA DE LA IDENTIDAD PERSONAL.*** – La tutela jurídica del interés

[11] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 413.

[12] Cifuentes - Fernández, *Rectificación. Respuesta. Réplica*, *LL*, 1990-E-583.

[13] De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 16.

necesidad y viabilidad de reparación del daño a la persona, por cualquiera de los medios que fueran idóneos para otorgarle una debida y justa satisfacción.

El primer problema que surge tratándose de la tutela de la identidad personal es el relativo a su extensión. La protección jurídica, en principio, debe alcanzar y potencialmente cubrir todos los múltiples y complejos aspectos de la rica personalidad del sujeto. Esta potencial extensión de la tutela de la identidad, en la medida que se relaciona con los vastos atributos y características definitorios de la personalidad, hace que ella necesariamente interfiera con la protección de otros derechos de la persona. La esencial vinculación entre todos los derechos de la persona en cuanto cada uno de ellos, en última instancia, se refieren y remiten al "yo", trae como normal consecuencia el que no siempre sea fácil distinguir con pulcritud, frente al evento dañoso, cuál o cuáles de los intereses existenciales han sido lesionados. La revisión de las conexiones existentes entre el derecho a la identidad personal, en su aspecto dinámico, puestas de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y a las que hemos hecho referencia en su lugar ha sido ilustrativa en cuanto nos ha mostrado una variada casuística al respecto.

Si lo que se trata de tutelar es la "verdad personal", no resulta difícil comprender la amplitud que ella, de suyo, adquiere. Esta peculiaridad hace que se diferencie de la protección que brinda el derecho a otros aspectos concretos de la personalidad, como, por ejemplo, del honor, la intimidad de la vida privada o la imagen. En estas hipótesis no existen mayores inconvenientes para precisar el bien que ha sido lesionado, ya sea que se trate de la autoestima del sujeto, el ámbito de la vida cotidiana que debe permanecer al margen de la curiosidad pública por carecer de interés social o la divulga-

existencial relativo a la identidad personal se nos aparece como una cuestión problemática. Son varios los asuntos pendientes de resolver o de dudosa y discutible solución que aún subsisten en esta materia, que inducen a ciertos autores a no reconocer la reparación del daño causado a la persona frente a la negación o falseamiento de la verdad personal. No obstante, y es conveniente aclararlo, en nuestro concepto ningún problema debería impedir o retardar la protección jurídica de la identidad personal en cuanto indiscutible interés existencial que deriva de la dignidad misma de la persona.

El que se admita, con objetividad científica, la presencia de ciertos temas no suficientemente aclarados según la opinión de algunos autores, y mientras se culmina la construcción científica del correspondiente derecho subjetivo, no supone, en ningún caso, el que no estemos convencidos y seguros de la fundamental importancia que encierra la tutela de un interés personal de primer orden en lo que significa la protección integral y radical del ser humano. La tutela de la identidad personal representa la defensa de la "mismidad" de la persona frente a toda acción tendiente a desfigurarla. La tutela de la identidad personal equivale a la protección de mi específica "manera de ser", de lo que real y verdaderamente "soy yo".

No es imaginable dejar indefensa a la persona frente a una agresión de la magnitud que adquiere aquella que niega o desnaturaliza su "verdad histórica". Como certeramente comenta Auletta, si el resarcimiento del daño material fuese el único y válido, "no existirían remedios contra los daños personales"[14]. Y esto es del todo inadmisible. A la altura de nuestro tiempo está fuera de discusión la

[14] Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, p. 153.

ción de la efigie sin el previo asentimiento de la persona.

En cambio, tratándose de la tutela de la "verdad personal", es fácil imaginar los variados aspectos definitorios de la personalidad que se deben proteger para que aquella verdad histórica no sea alterada en su desmedro, desfigurándola en sentido negativo, las más de las veces, o en sentido positivo, beneficiándola. No puede perderse de vista que referirse a la protección de la "verdad personal" supone mantener intactas las notas resaltantes de la personalidad. La protección debe operar cada vez que se falsee la "verdad" del sujeto, lo que hace que él sea tal cual es. Es decir, cuando la persona es representada con "atribución de caracteres, calidad, aspectos inexistentes o diversos de los reales o también con omisión de elementos propios"[15]. Por ello, la tutela de la identidad personal deberá operar cada vez que se desnaturalice alguno de tales atributos o caracteres que definen, en alguna medida, la personalidad del sujeto.

Son pues varias y distintas las hipótesis que deberán ser cubiertas a través de una idónea protección jurídica.

Si lo que debe salvaguardarse mediante la tutela de la identidad es la "verdad personal", el respeto a la fidelidad histórica, ella puede ser también desnaturalizada mediante una alteración de la personalidad para "mejor", atribuyendo a la persona atributos o caracteres que la benefician en cuanto a una mejor imagen social. Según De Cupis esta alteración de la personalidad podría considerarse ilegítima en tanto desfigura la real proyección de la misma[16].

15 De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 409.

16 De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 409.

Es necesario advertir que las desnaturalizaciones en lo que concierne a la "verdad personal" deben incidir en aspectos sustanciales o definitorios de la personalidad. El falseamiento de la verdad debe ser de una magnitud tal que distorsione la identidad del sujeto. Y ello sólo es posible si los atentados contra este interés existencial tienen una real importancia, capaz de proyectar una imagen social del sujeto diferente de lo que constituye su personalidad. De ahí que una leve alteración de la verdad personal, aunque en rigor podría considerarse violatoria de tal interés existencial, no es sancionable en tanto no tiene la intensidad de modificar la representación social de la persona.

Esta posición es también sostenida por De Cupis, quien opina que las desnaturalizaciones de la personalidad, para que sean jurídicamente tutelables, no deben incidir sobre sus elementos accidentales o secundarios, sino que deben tratarse de deformaciones relacionadas con uno o más de sus elementos esenciales. De otro modo, según el autor, se estaría protegiendo un sentimiento demasiado celoso y puntilloso de la propia personalidad, lo que no es precisamente el objetivo de la tutela jurídica de la identidad personal.

El problema de esta tutela se ubica, como se ha apreciado, dentro del complejo y discutido sistema de la responsabilidad civil o, mejor aún, dentro de la teoría del daño. Y más precisamente, se inserta en lo que de reciente se identifica como "daño a la persona" o, como es más perspicuo, "daño subjetivo". No es éste el lugar para exponer los más novedosos avances en esta materia. Ello ya ha sido tratado por cierta doctrina europea de vanguardia[17]. Aun más, la tutela del daño a la persona ha

[17] Sobre el tema cfr. Fernández Sessarego, *El daño a la perso-*

sido incorporada en el art. 1985 del Cód. Civil peruano de 1984. Se ha viabilizado así legalmente, sin limitación alguna, la posibilidad de accionar para obtener la reparación de un daño a la persona, ya sea pecuniariamente o a través de cualquier otro instrumento idóneo para brindarle una necesaria y justa satisfacción frente a la violación de un derecho o de un cierto interés existencial.

Atentar contra la identidad personal supone causar un daño a la persona de carácter no patrimonial, es decir, de un daño al sujeto sin los reflejos económicos derivados de un daño emergente o de un lucro cesante. Se trata así de un daño de naturaleza extrapatrimonial digno de tutela jurídica.

El juez, ante un daño a la identidad personal, deberá evaluar cuidadosamente todo lo que concierne a los aspectos destacados que definen la personalidad del agraviado, a fin de distinguir si lo que se ha lesionado es uno esencial o uno meramente accidental o secundario de la misma. Deberá también tener en cuenta la gravedad y trascendencia de la lesión y las repercusiones que ella acarrea en el mundo interior o síquico del sujeto. Prestará atención a la real repercusión que ha tenido el daño, al grado de turbación, desazón o desequilibrio emocional causados al sujeto. Ello en tanto los efectos del daño causado varían de sujeto a sujeto según su especial sensibilidad, personalidad, situación social, etcétera.

El juez, en cualquier caso, deberá omitir para el juzgamiento del caso sometido a su jurisdicción lo que constituye la "verdad subjetiva", cuando ella esté alejada de la "verdad objetiva" o histórica. Es

---

na en el Código Civil de 1984, en "Libro Homenaje a José León Barandiarán", p. 164 y ss., y en "Nuevas tendencias en el derecho de las personas", p. 261 y siguientes.

decir, deberá tomar en consideración la proyección social de la personalidad, tal cual ella aparece en el mundo fenoménico.

§ 53. ***Medios de tutela de la identidad personal.*** – En cuanto al derecho a la identidad personal cabe indicar que, por ser del todo novedoso, es que no se encuentra en la legislación comparada un conjunto de medidas específicas para su debida tutela. En ausencia de un concreto fundamento legal debe recurrirse, para su protección, a la vía analógica. Tales medios deben buscarse dentro de los que tutelan otros derechos de la persona. Así, han de hallarse entre las medidas dispuestas para la protección del honor, de la vida privada, del nombre, de la reputación, de la imagen [18].

La tutela por excelencia, tratándose de cualquier derecho de la persona y, por ende, de la identidad personal, es la que reviste un carácter preventivo. Para el efecto, las legislaciones más modernas y sensibles a la protección integral de la persona consideran la posibilidad de accionar a través de la acción de amparo o de la acción inhibitoria, tal como lo hemos puesto de manifiesto en precedencia. Estas acciones permiten anticiparse al daño, ante una amenaza cierta e inminente, o hacer cesar un daño en proceso de consumación, lo más rápido posible. La doctrina que en la actualidad se ocupa de la tutela de los derechos y de los intereses existenciales se pronuncia de modo unánime en el sentido de que la protección preventiva, a través de acciones de urgencia, son las más eficaces en esta prioritaria tutela.

En este sentido opinan diversos autores que se han ocupado de la materia. Auletta afirma que los

[18] Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, p. 262-263.

derechos de la persona pueden ser sólo adecuadamente protegidos a través de medidas preventivas. Esta afirmación vale, por tanto, tratándose de la identidad personal. La legislación italiana, a la que se refiere Auletta, permite el secuestro preventivo del medio de comunicación cuando ello es materialmente posible dada la característica del mismo. El secuestro es "un medio idóneo para impedir un perjuicio inminente e irreparable". Esta acción se viabiliza en aplicación del art. 700 del Código de Procedimientos Civiles de Italia.

Sin embargo, ello no es factible en el caso de la prensa periódica en atención a lo dispuesto en el art. 21 de la Constitución, que la tutela como instrumento de expresión del pensamiento, y a que la ley del 8 de febrero de 1940, relativa a la prensa, no especifica cuáles son las violaciones que hacen posible tal recurso. Para ello se acude generalmente al decreto legislativo 561, del 31 de mayo de 1946, que autoriza el secuestro de los medios de prensa bajo determinadas circunstancias.

En esta materia, como lo recuerda Auletta, la Corte Constitucional, tratándose del caso de la divulgación de la imagen, ha sostenido que el secuestro permitido por el art. 10 del Cód. Civil no es de carácter preventivo sino aquel sucesivo a la violación del derecho. En la sentencia que comenta el autor se aprecia que dicha tutela no opera en la hipótesis de que la noticia tenga importancia social, por lo que sólo sería factible en caso de que se trate de una información que carezca de esta finalidad. La solución de la Corte ha merecido la crítica de algunos sectores de la doctrina[19].

Observa Auletta que un resultado análogo al secuestro se puede obtener mediante una orden judi-

[19] Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, p. 171 y siguientes.

cial de destrucción del medio lesivo, hecho expresamente contemplado en los arts. 158 y 159 de la ley de derechos de autor. Sin embargo, estima que ésta es una medida abstracta, ya que a iguales resultados se llega aplicando el secuestro. Es conveniente aclarar que todas las hipótesis tratadas por Auletta, y a las que nos hemos venido refiriendo, se centran en la protección del derecho a la intimidad de la vida privada, de la imagen y del honor, aunque estimamos que, en principio, ellas podrían hacerse extensivas al caso de violación del derecho a la identidad personal[20].

Los jueces franceses, en cambio, aun antes de la entrada en vigor de la ley del 17 de julio de 1970, que modificó el art. 9° del Cód. Civil propiciando una amplia tutela de la vida privada, han concedido siempre el secuestro cuando se trataba de un atentado intolerable contra la intimidad de la vida privada. La violación se considera intolerable en el caso de que la noticia se refiriese a un menor de edad o cuando no había sido autorizada la divulgación de una noticia o de una imagen y ello causaba un grave perjuicio al sujeto implicado.

El art. 22 de la citada ley de 1970 dice que "cualquiera tiene el derecho al respeto de su vida privada". El art. 23 establece que "los jueces pueden, sin perjuicio del resarcimiento del daño sufrido, prescribir todas las medidas, como el secuestro u otra, adecuadas a impedir o a hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada". Y agrega que estas medidas, en caso de urgencia, pueden ser dictadas *en referé*. Se citan y conocen numerosos antecedentes jurisprudenciales, generalmente referidos a personajes célebres vinculados al mundo del espectáculo. Así, son famosos los casos de publi-

[20] Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, p. 178.

cación de noticias o fotos lesivas a la intimidad tratándose de artistas como Brigitte Bardot. Fue muy publicitado un fallo que admite el secuestro del medio que publicó la fotografía del hijo de Gérard Philipe, tomada por un reportero gráfico que se había infiltrado en un hospital para captarla y luego difundirla sin asentimiento del famoso actor[21].

No es fácil, sin embargo, anticiparse a una amenaza, acertar con precisión sobre la inminencia de un daño potencial. El ámbito de operatividad de la acción inhibitoria tendiente a prevenir una amenaza es, por ello, reducido. No es el caso, ciertamente, de la acción inhibitoria dirigida a hacer cesar, lo más rápido posible, una agresión continuada y en acto, cuyos efectos parcialmente ya se han producido.

Los medios de tutela empleados para la salvaguarda de la identidad personal son los que comúnmente se utilizan para la protección de los demás derechos o intereses de la persona. La finalidad que debe alcanzarse mediante tales instrumentos es la de prevenir o hacer cesar el agravio y, en su caso, otorgar a la víctima del acto lesivo todas las satisfacciones posibles. En este último orden de ideas el juez debe analizar las circunstancias del caso y escoger el medio o los medios de tutela más adecuados para reparar el daño causado. Es decir, debe decidir, casuísticamente, por el instrumento que resulte idóneo para eliminar o contrarrestar las consecuencias del acto dañino. Entre tales medios debe también considerarse, si el caso lo amerita, la reparación en dinero, la misma que tiene como objetivo el que la víctima pueda disfrutar de algunas satisfacciones que amengüen el impacto del agravio que injustamente se le ha causado.

21 Cendon, *L'esperienza francese in tema di informazione*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", p. 323 y siguientes.

Tratándose del restablecimiento de la "verdad personal" alterada prevalece, sin embargo, una tutela mediante medios distintos a aquel referido a la reparación en dinero, sin que por ello, como está dicho, deba descartarse este tipo de satisfacción a la víctima de la lesión. No es el caso, ciertamente, de la tutela de otros intereses o derechos de la persona, donde es mucho más frecuente la reparación pecuniaria, pese a que ésta cuenta, todavía, con algunos polémicos adversarios inspirados, la mayor parte de las veces, por una concepción de corte patrimonialista o economicista.

Es interesante anotar, como lo hace Auletta, que no siempre la reparación en forma específica logra eliminar integralmente el daño producido, por lo que es normal que en el empleo de dichos medios de tutela se acompañe una reparación en dinero.

Especial eficacia, tratándose de la reparación del daño causado a la identidad personal en su aspecto dinámico, puede obtenerse a través de la utilización de lo que se conoce como rectificación, respuesta o réplica. Este medio de reparación es generalmente adecuado para obtener el restablecimiento de la "verdad personal" que ha sido desnaturalizada, falseada o de algún modo distorsionada a través de un medio de comunicación. El empleo de este instrumento de tutela se halla generalmente previsto en aquellos países que cuentan con una ley que regula los medios de comunicación, frecuentemente conocida como legislación de prensa. Así, el indebidamente llamado "derecho" de rectificación o respuesta[22] está prescripto, en el caso de Italia, en el art. 8º de la ley 47 del 8 de febrero de 1940, en su

[22] Auletta, Tommaso, *La riparazione del danno per la diffusione de notizie contrarie a verità*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 120.

nueva versión dispuesta por el art. 42 de la ley 416 del 5 de agosto de 1981, que regula la difusión de noticias a través de la prensa periódica, y en el art. 7º de la ley 103 del 14 de abril de 1975 en lo que se refiere a las transmisiones radio-televisivas. Para la utilización de este medio de tutela no se requiere de intervención judicial, salvo el caso, claro está, que el medio de comunicación que recoge un presunto daño a la identidad de una persona se niegue a cumplir con su deber.

Es del caso precisar, con el ánimo de disipar ciertos errores, que el acudir a la acción de respuesta no requiere que se haya producido un atentado contra el honor o la reputación del sujeto, ni se vincula necesariamente con escritos que caen en el ámbito penal o simplemente culposos. El uso de la respuesta se relaciona directamente, en el caso bajo comentario, a la difusión, por cualquier medio de comunicación, de versiones inexactas en relación con la persona. La inserción de una rectificación no es una pena sino una forma de reparar un daño a la persona. La respuesta, como anota Ballester, constituye un "genuino elemento informativo" que "ayuda al lector a formarse un juicio imparcial"[23]. La respuesta responde a la necesidad de toda persona, como se sostenía en Suiza en 1974 por la Comisión Lüchinger, de "poder justificar a los ojos de la opinión pública, cuando los medios de masa han divulgado, al respecto, alegaciones que atentan contra sus intereses personales"[24]. Ello, en función del "contraste entre la gran vulnerabilidad del individuo y la enorme potencia de los medios de masa".

La acción de respuesta o de rectificación no es nueva. Sus antecedentes se remontan a fines del

[23] Ballester, Eliel C., *Derecho de respuesta*, p. 8.

[24] Ballester, *Derecho de respuesta*, p. 7-8.

siglo XVIII y se asocia con la Revolución francesa. El 25 de marzo de 1822 se sancionó en Francia una ley cuyo art. 11 prescribía: "Los propietarios de todo diario o escrito periódico están obligados a insertar dentro de los tres días de la recepción o en el número más próximo, si éste no se publicase antes de la expiración de los tres días, la respuesta de toda persona nombrada o designada en el diario o escrito periódico, bajo pena de multa de cincuenta a quinientos francos, sin perjuicio de otras penas y daños o intereses a los que el artículo incriminado pudiera dar lugar. Esta inserción será gratuita y la respuesta podrá tener el doble de la extensión del artículo a que se refiera".

Como se puede apreciar el art. 11 no se limita a la rectificación en el caso de una publicación que contuviese una inexactitud sobre la persona, sino que se extiende a todo caso en que la persona es simplemente nombrada o designada. La respuesta debería publicarse con prontitud y gratuitamente. Aun más, con sorprendente generosidad, explicable por el momento histórico en que se dicta la ley, se confiere al sujeto aludido el derecho de disponer el doble del espacio que el periódico dedicó a su persona[25].

El art. 28 del Cód. Civil suizo autoriza la inserción judicial del pronunciamiento sobre la divulgación ilícita de hechos inexactos. En Alemania la jurisprudencia tutela el derecho de respuesta a través de una interpretación analógica de los § 18, 823 y 1004 del Cód. Civil. A nivel constitucional la acción de rectificación ha sido incorporada por las Constituciones del Brasil, Portugal, Grecia, Yugoslavia, El Salvador, Guatemala y Perú[26].

[25] Ballester, *Derecho de respuesta*, p. 1 y siguientes.

[26] Ballester, *Derecho de respuesta*, p. 34.

El encuadramiento legal de la respuesta o rectificación asume diversas expresiones en el derecho comparado. En efecto, y tal como se ha mencionado, en algunos países se incorpora en la Constitución o en los códigos civiles, mientras que otros se incluyen en las denominadas "leyes de prensa" o de "medios de comunicación".

La rectificación, en el caso de la lesión a la identidad personal, es un medio de reparación especial en tanto no interesa averiguar ni probar la culpa del medio de comunicación que ha agredido a la persona, alterando aspectos definitorios de su personalidad a través de informaciones o comentarios que no guardan concordancia histórica con la "verdad personal" de la víctima del daño. Esta posición ha sido asumida por la legislación italiana vigente, ya que se prescinde para la inserción de la respuesta del agraviado, del fundamento que ella pueda tener. Basta para el efecto, como apunta Auletta, el que el interesado en la rectificación a través de una valoración subjetiva, estime que las noticias divulgadas no responden a su "verdad". Aun más, es suficiente que dichas noticias, pese a ser verdaderas, lesionen su "dignidad". En esta hipótesis, el concepto "dignidad" es más amplio y difuso que el de honor o reputación. Por ello, tratándose de la prensa, no sólo se publican "rectificaciones", en sentido estricto, sino también "declaraciones"[27].

[27] La ley dice textualmente que "las declaraciones o las rectificaciones de los sujetos de quienes se han publicado imágenes o a los cuales le hayan sido atribuidos actos o pensamientos o afirmaciones por ellos considerados lesivos a su dignidad o contrarios a la verdad, siempre que las declaraciones o las rectificaciones no tengan contenido susceptible de incriminación penal". En el caso de la rectificación de noticias propaladas por la televisión la ley respectiva dice, en cambio, que "cualquiera que se considere lesionado en sus intereses materiales o morales por transmisiones contrarias a la verdad, tiene el derecho de solicitar se transmita la

Lo expuesto permite a Auletta concluir que, según la normatividad vigente en Italia, la finalidad de la rectificación no es "restablecer la verdad de los hechos sino mostrar la incertidumbre o la posible diversa interpretación de los mismos"[28]. Esta interpretación se reduce al texto de la ley de prensa, es decir, la del 8 de febrero de 1948. De acuerdo con la opinión del autor es también factible, según la ley, que el interesado utilice la rectificación en el caso de simples omisiones de hechos clarificadores de otros que han sido revelados por el medio de comunicación respectivo.

Considera Auletta que la ley que regula las informaciones radio-televisivas no contiene una prescripción similar a la que se ha hecho mención tratándose de la prensa periódica. En efecto, según señala el autor, la ley del 14 de abril de 1975 prevé el empleo de la rectificación o respuesta del presunto agraviado en el caso de que las noticias sean efectivamente contrarias a la verdad. De este modo, y a diferencia de lo que acontece en el caso de la prensa, el director del medio de comunicación de que se trate tiene la atribución, aunque implícita, de controlar el fundamento de la rectificación en sí misma[29].

La paridad de tratamiento jurídico entre la rectificación cuando se trata de noticias divulgadas por la prensa y cuando ello ocurre por la televisión, se extiende también a la modalidad operativa. Así, mientras que los cotidianos deben publicar la recti-

---

pertinente rectificación". En esta última hipótesis se restringe la rectificación al caso de noticias contrarias a la verdad, sin mencionarse la posibilidad de efectuar "declaraciones" cuando el sujeto estime que ha sido lesionada su dignidad.

[28] Auletta, *La riparazione del danno*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 120.

[29] Auletta, *La riparazione del danno*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 122.

ficación no más allá de dos días de efectuada la solicitud, colocándola en la parte alta de la misma página del periódico en que se ofreció la noticia, para los programas televisivos se establece genéricamente que la rectificación ha de hacerse "sin demora" y que "salvo casos de particular relevancia" deben efectuarse "en el ámbito de la pertinente transmisión". Tratándose de la prensa se precisa, además, que la rectificación debe insertarse íntegramente, con una extensión no mayor a las treinta líneas.

Esta disparidad en el tratamiento jurídico es criticada por Perlingieri, que la califica de injusta, máxime si la Corte Constitucional, en el año 1974, consideró al derecho de rectificación como un derecho humano fundamental[30].

Para que la rectificación constituya un "preclaro medio de defensa y desagravio"[31], es necesario que ella sea debidamente regulada, como acontece en algunos países, a fin de que reúna ciertos requisitos mínimos para que sea un medio de tutela eficaz. En la legislación comparada se señala que la rectificación, como es obvio, debe difundirse por el medio en que se produjo el hecho lesivo, en la misma sección, utilizándose similares caracteres y brindándole el mismo espacio concedido a la noticia que alteró la "verdad personal" del agraviado. La respuesta debe ser publicada en un breve plazo, generalmente estimado dentro de las 48 horas siguientes a la inserción de la falsa noticia. Todos estos lógicos requisitos están dirigidos a obtener que entre la noticia y la rectificación o respuesta

30 La sentencia referida es la nº 225 del 10/7/74, publicada en "Giurisprudenza Costituzionale", 1974-I-1775 y siguientes. Cfr. Perlingieri, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1986-3-631.

31 Cifuentes - Fernández, *Rectificación. Respuesta. Réplica*, p. 1.

exista un justo equilibrio en cuanto a su magnitud y sus alcances.

El conjunto de elementos que debe reunir la difusión de la rectificación tiende a evitar que la presunta víctima quede desamparada o, en el mejor de los casos, en manifiesta desventaja frente al poderío del medio de comunicación responsable de la inexacta información. Se trata de evitar que la publicación de la rectificación resulte ineficaz, ya sea porque se produzca extemporáneamente, o se le "esconda" otorgándole un espacio diminuto, inadecuado.

En el Perú la rectificación es una garantía brindada por la propia Constitución. En el art. 2°, inc. 5°, se prescribe que "toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley". Como se puede apreciar, la Constitución permite, de modo genérico, a quien se sienta afectado por una falsa noticia utilizar el recurso de la rectificación. Lamentablemente, no existe una precisa legislación al respecto.

Otro medio de tutela frecuentemente empleado es el que se refiere a la publicación de la sentencia de condena, en el caso de que no haya sido posible hacer uso del recurso de rectificación o se requiera de una reparación adicional. Se trata, sin duda, de un medio eficaz si dicha publicación se realiza dentro de la misma magnitud y alcances en que se produjo el hecho lesivo contra la identidad de cierta persona.

A estos medios de tutela se pueden agregar otros que se utilizan en el derecho comparado. Así, cabe citar la difusión de declaraciones, comunicados, documentos, con el propósito de restablecer la verdad de la noticia. Como señala Auletta, el me-

Capítulo VII

IDENTIDAD SEXUAL

A) El sexo como problema médico-legal

§ 54. *El problema de la identidad sexual.* – Uno de los aspectos más delicados y discutidos de la identidad personal es el concerniente a la identidad sexual.

Sin embargo, el asunto no es tratado, generalmente, dentro de esta perspectiva sino más bien como un tema vinculado a la tutela de la integridad física del sujeto y a la problemática de los actos de disposición del propio cuerpo. Y, recientemente, como una dimensión del libre desarrollo de la personalidad y de la salud, entendida como bienestar integral. En la actualidad, más allá de cualquier duda, no se discute que el sexo constituye uno de los caracteres primarios de la identidad personal.

El problema de la identidad sexual, como lo señalan Garutti y Macioce, no es nuevo pero tampoco puede decirse ni siquiera que es tradicional. Son contados los ordenamientos jurídicos que en la actualidad regulan expresamente la materia. No obstante, en ausencia de una específica disciplina normativa no faltan ciertos dispositivos dentro de los ordenamientos jurídicos que, de alguna manera, re-

gulan algunos aspectos fundamentales de la identidad sexual[1].

La identidad sexual, al igual que lo que acontece con la identidad personal, ofrece también una doble vertiente. De un lado, es posible referirse al sexo desde un punto de vista estático. Biológicamente, salvo rarísimas excepciones, el sexo se identifica por sus caracteres anatómicos y fisiológicos y por su morfología exterior. Es el sexo con que se nace y con el cual el sujeto se inscribe en el correspondiente registro del estado civil. De otro lado, es posible aludir a un sexo dinámico, referido a la personalidad misma de la persona, a su actitud sicosocial, a su modo de comportarse, a sus hábitos y modales. Esta doble vertiente es generalmente coincidente en cada sujeto. Es decir, al sexo biológico, cromosómico y registral corresponde el sexo sicológico-social. No obstante, excepcionalmente, se presentan situaciones problemáticas como son los casos de "intersexualidad" y aquellos otros en los que se observa una elocuente disociación entre tales vertientes. Nos referimos, expresamente, al caso del denominado "transexual".

El problema del transexual no ha sido suficientemente estudiado por la ciencia. Existen aún zonas de penumbra, vacilaciones, preguntas que no hallan una categórica respuesta. Estamos, en algunos casos, frente a hipótesis formuladas por los científicos. No obstante esta falta de certeza, la vida nos muestra situaciones humanas, a veces dramáticas, en las que determinados sujetos buscan afanosamente una solución adecuada, que satisfaga sus más hondas expectativas existenciales.

En época reciente ciertas certezas, sobre las que hasta no hace mucho tiempo atrás nadie dudaba,

[1] Garutti, Massimo - Macioce, Francesco, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-273.

han comenzado a repensarse, a replantearse. Por ejemplo, nadie dudaba del instante en el cual el hombre moría. Era una certeza que ello ocurría cuando cesaba la función cardiorrespiratoria. Se utilizaba, al efecto, una metáfora para aludir a este momento, a la hora cero. Se decía que el ser humano "había exhalado el último suspiro" o, también, que "su corazón había cesado de latir". A raíz del progreso de las ciencias médicas, y de la cirugía en especial, empezaron a producirse los trasplantes de órganos. Ante esta realidad, la noción de muerte varió, la certeza dejó de ser tal en cuanto al instante de la muerte. Así, contemporáneamente, se afirma que la muerte ocurre cuando cesa, definitiva e irreversiblemente, la actividad cerebral[2].

Hasta no hace mucho, también, la clasificación de los sexos era un absoluto que no reconocía matices ni incertidumbres. Frente a nuevas evidencias surgidas de la realidad, la ciencia somete a las antiguas certezas sobre el concepto, la naturaleza y las cualidades del sexo, a un sistemático análisis y a meticulosos exámenes. Esto permite decir a Kennedy que "el sistema existente (como método de división de las personas en uno u otro sexo) produce desafortunadas consecuencias y debe ser abandonado"[3].

La ciencia, aun antes de conocer a fondo las causas profundas de la problemática de la transe-

[2] En el Perú tuvo que modificarse la ley 23.415, del 1 de junio de 1982, que regula los trasplantes de órganos, para adecuarla, en lo que al instante de la muerte se refiere, a los avances de la ciencia. En esta ley se establece que la muerte ocurre en el momento de la cesación de la función cardiorrespiratoria o cerebral. Esta disyunción fue superada por la ley 24.703, del 19 de junio de 1987, la misma que prescribe que se considera muerte a la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral.

[3] Kennedy, I., *Transexualismo and Single-sex Marriage*, en "Treat me right", p. 258.

xualidad, ha efectuado algunas polémicas propuestas que han llegado hasta la admisión de intervenciones quirúrgicas, en los casos límite, con la finalidad de superar la disociación que se observa en el transexual entre su sexo cromosómico y su sexo sicológico. Mediante tal intervención se pretende adecuar, al máximo posible, la apariencia sexual externa del transexual a su sexo sicológico. El derecho, evidentemente, espera una total clarificación científica para lograr una plena unificación de criterios, un consenso, entre los juristas en lo que a esta delicada materia se refiere.

El derecho enfrenta, básicamente, dos problemas.

a) El primero se contrae a la cuestión misma de la identidad sexual en el caso de observarse una disociación profunda entre el sexo biológico y registral y el sexo sicológico-social. Es decir, entre la expresión estática y aquella dinámica de la sexualidad. En esta situación las respuestas no son coincidentes, ya que un sector de la doctrina considera que el sexo es inmutable y que corresponde a aquel con el que la persona nace. Otro sector, en cambio, otorga preponderancia al sexo sicológico-social como apreciaremos en los siguientes parágrafos. Para los que asumen esta última posición el sexo no es inmodificable, estático. No es un estado que la persona adquiere de una vez y para siempre. De lo sucintamente expuesto se desprende que la identidad sexual es un problema pendiente, que ni la ciencia ni el derecho han terminado de afrontar.

b) El segundo problema no es menos arduo. Si se admite la posibilidad de que la identidad sexual se define, en última instancia, en base a la vertiente sicosocial, es comprensible deducir que se tratará, de conformidad con los avances de la ciencia, de adecuar el sexo estático al sexo sicosocial que es el profundamente querido y vivido por el sujeto, con el cual se identifica plenamente. En esta hipótesis

puede hablarse de una cierta modalidad de "cambio de sexo", que se contrae realmente a adecuar, al máximo posible, la morfología genital exterior del sujeto al sexo vivido y sentido.

Se trata de lograr, en lo posible, la mayor aproximación a la apariencia sexual del sexo con el cual la persona se identifica sicosocialmente. Para este efecto se recurre tanto a intervenciones quirúrgicas como a tratamientos y terapias médicas.

La identidad sexual constituye un importante aspecto de la identidad personal, en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. De ahí que no puede prescindirse de su tratamiento cuando se hace referencia a la temática de la identidad personal, pese a los problemas aún irresolutos.

La identidad sexual se halla, al igual que la identidad personal, en estrecha conexión con una pluralidad de derechos de la persona, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad sicosomática y con el que se contrae a la disposición del propio cuerpo. La discusión preliminar que se plantea en torno de la identidad sexual tiene, además, un punto de partida previo, el que consiste en precisar de qué manera se constituye y determina el sexo de una persona.

A diferencia de lo que acontece en la literatura científica médica sobre el tema, que es relativamente profusa, se advierte, en cambio, una cierta despreocupación y desinterés de parte de la ciencia jurídica por afrontar, desde su perspectiva, el problema referente a la identidad sexual y a la consiguiente posibilidad de un "cambio de sexo" dentro de los alcances que han de precisarse más adelante. Son escasos los autores que tratan este delicado asunto, de profundo contenido humano, no obstante que, como apunta Perlingieri, no es ni conve-

niente ni proficuo eludirlo[4]. Es cierto que el interés por la materia se acentúa en aquellas sociedades donde el fenómeno del transexualismo adquiere cierta consideración, al punto de convertirse en un problema social que el derecho no puede soslayar.

En el mismo sentido de lo opinado por Perlingieri, consideran Garutti y Macioce que en el actual momento histórico de afirmación de los derechos de la persona, de sus libertades fundamentales, de la transformación de las costumbres, el problema de la identidad sexual no puede ser eludido por el derecho. Ellos estiman que, cualquiera sea la valoración moral que se pueda formular al respecto, es deber de los juristas el proporcionar una adecuada respuesta "tratando de encontrar, si es posible, un fundamento normativo del derecho a la identidad sexual"[5].

La adecuada respuesta que se reclama del derecho no puede, sin embargo, precipitarse. Ella tiene que ser la natural consecuencia de un profundo y detenido estudio –que está en marcha– multi e interdisciplinario, en el que están comprometidas diversas disciplinas, de la moral a las ciencias médicas, de la sicología a la sociología.

§ 55. ***Distinción entre género y sexo.*** – Una primera precisión, útil cuando se aborda la cuestión relativa al sexo, es la que se refiere al deslinde, bastante común, que efectúa la doctrina más atenta y sensible entre los términos "sexo" y "género". Esta distinción se sitúa dentro de una perspectiva que considera al sexo como un hecho complejo, en el

[4] Perlingieri, Pietro, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, en D'Addino, Paola - Perlingieri, Pietro - Stanzione, Pasquale, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 40.

[5] Garutti - Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-278 y 279.

que confluyen e interactúan diversos elementos. Los especialistas suelen mencionar un conjunto de factores como son, en síntesis, aquellos de orden biológico, de carácter sicológico o de naturaleza jurídico-social.

A partir de una visión en la cual dichos elementos se presentan estrechamente interconectados, se suele reservar la expresión "sexo" para referirse a sus connotaciones anatómicas y fisiológicas, mientras que al término "género" se le otorga un contenido conceptualmente más extenso, dentro del cual se comprende "todo aquello que de innato y de adquirido se encuentra en la sexualidad humana y, sobre todo, el momento sicológico y cultural"[6].

Una ulterior distinción, mencionada por los especialistas, es la que contrapone aquello que es estrictamente de orden "genital" frente a lo que se concreta con la expresión "sexualidad". Dentro del primer aspecto se alude a la anatomía funcional del aparato genital, mientras que a la "sexualidad" se le atribuye un más vasto contenido que comprende "todas las manifestaciones del instinto sexual y todas las normas sociales, jurídicas y religiosas que lo regulan y castigan"[7].

Mientras que lo genital se agota en el ámbito de lo biológico, la sexualidad, a más de abarcarlo, "tiene interferencias con múltiples órganos, con funciones extraordinariamente diversas dentro de ellos, con varias disciplinas médicas"[8].

[6] Stanzione, Pasquale, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 15.

[7] Pellegrini, R., voz *Sessualità*, en "Novissimo Digesto Italiano", t. XII, p. 234.

[8] Pellegrini, voz *Sessualità*, en "Novissimo Digesto Italiano", t. XII, p. 234.

§ 56. ***DIVERSAS POSICIONES EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL SEXO.*** – En doctrina se enfrentan diversas posiciones, fácilmente identificables, en lo tocante a la constitución y determinación del sexo personal. Un sector de la misma considera como criterio prevaleciente –y hasta exclusivo– para conocer el sexo de la persona, aquel que está dado por la morfología de los órganos genitales exteriores del sujeto, es decir, por la apariencia física. Se trata, en este caso, del sexo originario o biológico, el mismo que coincide con el que aparece inscripto en el registro del estado civil. Para los que propugnan esta solución, el sexo se constituye en un elemento inmutable, en una condición inmodificable del sujeto, que se adquiere por el hecho del nacimiento. Esta posición, que privilegia el elemento objetivo, se sustenta también en razones de seguridad y certeza jurídicas, las mismas que, según se precisa, deben presidir las relaciones de la vida social en cuanto al sexo de las personas.

El planteamiento anterior tiene así, como supuesto básico, el hecho de la inmutabilidad del sexo originario y la consiguiente ineficacia e ilegitimidad de las terapias médicas o intervenciones quirúrgicas tendientes a obtener ciertas modificaciones del aparato genital externo para adecuarlo a las exigencias sicosociales de una determinada persona, varón o mujer, a la que se conoce y denomina como "transexual"[9]. Con cargo a retornar sobre el particular, es del caso adelantar que el llamado

[9] No encontramos esta voz en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970. El diccionario italiano "Il nuovo Zingarelli", Bolonia, 1983, se refiere a esta voz expresando: "Persona cuyo sexo no es anatómicamente cierto o que siendo anatómicamente normal, se considera perteneciente al otro sexo, del cual aspira asumir sus características. Quien, nacido o registrado según un sexo, ha asumido, también por medio de intervenciones quirúrgicas, las características fisiológicas del otro sexo".

transexual, desde una perspectiva médico-legal, es el sujeto "que siente, como algo que no le es propio, el sexo que le ha sido registralmente asignado". Por ello considera que el sexo con el cual nació es un "error de la naturaleza", por lo que "no sólo se comporta y se viste como un individuo del sexo opuesto sino que, sobre todo, tiene como máxima aspiración aquella de poder adecuar, a cualquier costo, la propia estructura anatómica a la del sexo que siente como propio y verdaderamente suyo" [10].

El sexo, para esta posición, es aquel con el que se nace y que no es dable cambiar, como está dicho, mediante tratamientos médico-quirúrgicos de cualquier género. Esta propuesta significa asumir un punto de vista estático y unilateral de la sexualidad, dentro de la cual se privilegia lo estrictamente de orden "genital", entendiéndose esta expresión con la connotación que le hemos atribuido anteriormente. De acuerdo con este planteamiento, lo único posible y lícito en el caso de un transexual sería el someterlo a un tratamiento médico-síquico que sea indicado y necesario para obtener la afirmación de su único sexo, que no es otro que el originario adquirido por el hecho determinante del nacimiento.

Se discute sobre a quién correspondió acuñar la expresión "transexualismo" para definir un estado intersexual. Como anota Stanzione (*Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", Harry Benjamin reivindica la creación de dicho término (cfr. del autor, *Il fenomeno transessuale*). Otros autores, sin embargo, adjudican a D. O. Cauldwell este hecho. Para una bibliografía sobre el tema cfr. Stanzione, obra cit., p. 22, nota 25. Sobre la evolución histórica del problema cfr. Lorè, Cosimo - Martini, Paolo, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, p. 17 y siguientes.

[10] Esta definición fue formulada por los médicos legales C. Schwarzenberg y T. L. Schwarzenberg, en *Spunti medico-legali in tema di volontaria modificazione dei caratteri sessuali sterni e di psicosessualità*, en "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1973-564.

Dentro de la posición antes expuesta, lo decisivo consistiría en adoptar oportunamente las medidas preventivas y de rehabilitación que fueran indispensables a fin de lograr la afirmación del sexo biológico, es decir, de aquel con el cual se nació. Para los que sostienen este punto de vista, el problema del llamado "transexualismo" es, a menudo, el resultado de factores sicológicos, ambientales o educativos, o el producto de su combinación. En esta situación el paciente debe ser tratado hormonalmente o mediante una adecuada sicoterapia destinada a apoyar su propia identidad sexual que es, según afirman, aquella de carácter biológico-registral.

Para Varga la cirugía no es una buena terapia para curar los desórdenes sicológicos. El sexo cromosómico no se cambia, por lo que sostiene que todo se reduce a un cambio de los órganos genitales para asemejarse al sexo opuesto, ya que las personas que se someten a la intervención quirúrgica quedan como mujeres o varones sólo en apariencia. El autor llega a sostener, al respecto, que "el cambio de sexo sólo se produce en la mente de los pacientes", los mismos que "viven un mundo de ensueño que con dificultad puede llamarse un buen ajuste sicológico a la realidad". Sin embargo, añade que un buen número de moralistas está de acuerdo con aquellos siquiatras que afirman que la cirugía sí constituye una buena terapia [11]. De otro lado, en su opinión, "una cirugía tan drástica que sólo ofrece un carácter cosmético no encuentra justificación moral" [12].

En apoyo de su tesis, contraria a las intervenciones quirúrgicas, Varga cita un estudio del profe-

[11] Varga, Andrew C., *Bioética. Principales problemas*, p. 252.

[12] Varga, *Bioética. Principales problemas*, p. 253.

sor John K. Meyer, jefe de la unidad de consulta acerca del comportamiento sexual de la Clínica John Hopkins, publicado en agosto de 1979 en la Revista "Archives of General Psychiatry". En este estudio el citado profesor reunió datos sobre 100 personas en el año 1971. Según se relata, al profesor Meyer le fue posible seguir la vida de 50 de ellas, de las cuales 15 se habían sometido a la cirugía de cambio de sexo y 35 habían recibido terapia de consejería siquiátrica. Después de observarse el desenvolvimiento en la vida de aquel grupo humano, encontró que las personas que habían recibido tratamiento siquiátrico mostraban un ajuste a la vida más satisfactorio que el que presentaban aquellas que habían sido operadas. Dentro de estas últimas advirtió que muchos de los problemas sicológicos más agudos no habían sido superados [13].

Los resultados de las observaciones y estudios realizados por Meyer hacen que se muestre dudoso sobre los beneficios que la cirugía puede reportar a los pacientes que a ella se someten. Estima que la mayoría de los que solicitan tal intervención quirúrgica son jóvenes que atraviesan ciertos cambios y crisis de desarrollo o personas que han llegado a una edad madura, las que también se encuentran dentro de una crisis en relación con su problema de muerte, retiro u otras situaciones de tensión propias de la edad. Por todo lo expuesto Meyer considera que la siquiatría se muestra más eficaz para resolver estos problemas de la "reasignación" de sexo [14].

En actitud antagónica se sitúan quienes, contrariamente a lo expresado, postulan que el sexo en la transexualidad no es sólo una expresión puramente

[13] Varga, *Bioética. Principales problemas*, p. 253.
[14] Varga, *Bioética. Principales problemas*, p. 253.

biológica, somática, fundada únicamente en una mera apariencia física, sino que entraña también una dimensión sicológica, un cierto comportamiento social, una vigencia profunda de la persona que consiste en "sentirse" y estar "convencida" de pertenecer a un sexo diverso de aquel que la naturaleza "erróneamente" le asignó.

Los autores que adhieren a esta posición consideran que el sexo no es un factor inmutable de la personalidad sino que, por el contrario, su característica es la de presentarse como un elemento dinámico. El sexo, para este sector de la doctrina, no es sólo una expresión física, una determinada configuración somática, sino que también, y fundamentalmente, consiste en una actitud sicológica, en un sentimiento, en una opción personal, en una constante vivencia. En base a este planteamiento, se preconiza la libertad del sujeto para vivir según el sexo que concilie con su decidida inclinación sicosomática, con aquel con el que se siente existencialmente identificado. En consecuencia, dentro de estos parámetros, la adecuación de los caracteres genitales al sexo "sentido y vivido" es un hecho posible y deseable, por lo que debería ser considerado como lícito, en tanto se origina en un acto de libre decisión del sujeto, teniéndose siempre en cuenta el interés de los terceros.

Dentro de este orden de ideas es del caso precisar que, entre los partidarios de recurrir a una intervención quirúrgica para la "reasignación de sexo", un sector estima que se debería optar por tal operación sólo ante el fracaso del tratamiento siquiátrico a que debería someterse el transexual. Para ellos, no sería dable admitir una solución radical sin que antes el transexual se someta a un examen completo con el objeto de determinar si la persona del transexual, real y efectivamente, ha de beneficiarse con la cirugía. Al respecto, Varga anota que la Clí-

nica John Hopkins, hasta antes que dejara de practicar este tipo de intervenciones, recibía, en la década de los años 70, hasta cien solicitudes por año, de las cuales sólo aceptaba cinco o seis[15].

Otro sector, por el contrario, considera que en la solución del problema existencial del transexual no debería aceptarse la interferencia de terceros, incluyendo la de la magistratura. Estiman que corresponde enteramente al transexual adoptar una libre y personal decisión en torno a la intervención quirúrgica, respetándose su intimidad y sus convicciones morales.

Cabe señalar que en el estado actual del conocimiento científico no es posible modificar el sexo cromosómico del sujeto, el que se mantiene invariable cualquiera sea el tipo de terapia o de intervención quirúrgica a que se le someta. Ello ocurre, por tanto, en el caso en que a través de tales intervenciones se modifican los caracteres de los genitales exteriores de la persona a fin de cambiar la apariencia del sujeto para adecuarla a la del sexo opuesto al originario. No obstante, los partidarios de la necesidad de esta clase de intervenciones consideran que, si bien lo anteriormente expresado es científicamente cierto, ello no puede justificar, por carecer de realismo, el que no se admita y permita al transexual modificar su apariencia genital exterior a fin de adecuar –al menos dentro de esta limitación, hasta ahora radical– su morfología sexual a la del sexo vivido y sentido. Ello significa, para los que adhieren a esta posición, eliminar el drama existencial que vive el transexual que, de lo contrario, no tendría solución.

Los científicos que en los últimos tiempos sostienen que es inevitable una intervención quirúrgi-

15 Varga, *Bioética. Principales problemas*, p. 253.

ca en el caso de los transexuales dirigida a superar la disociación que sexualmente presentan, se sustentan en los resultados de las investigaciones de los conocidos estudiosos estadounidenses Master y Johnson. Según estos autores debe descartarse la terapia del transexual a base de hormonas, en la medida que este tratamiento sólo aumenta la libido o deseo erótico del transexual, sin que reoriente su alterada preferencia erótica.

§ 57. *La complejidad del sexo.* – De lo expuesto en los párrafos precedentes se deduce que, a estar a lo opinado por los especialistas, el sexo es, de suyo, un asunto complejo dentro de la rica e impredecible personalidad humana, el mismo que, consiguientemente, no se agota dentro de un simple y unilateral tratamiento del problema. El sexo, se afirma, es un "dato integral de la personalidad, determinado por un conjunto de factores de los cuales debe facilitarse o buscarse su equilibrio"[16].

El sexo, o más precisamente el género, se presenta como un hecho en el cual se integran e interactúan diversos elementos estrechamente vinculados en un delicado engranaje, del que aún queda mucho por descifrar. Es así que, en síntesis, al lado del factor representado por lo biológico deben tenerse en consideración otros elementos como los constituidos por la vertiente sicológica y por el perfil jurídico-social. Los especialistas, por ello, suelen discurrir en torno al sexo morfológico, al cromosómico, al gonádico[17], al genético, al sicológico, al social, al jurídico.

[16] Patti, Salvatore, *Identità sessuale e tutela della persona*, en "Nuove Leggi Civili Commentata", 1986-351.

[17] La gónada es la glándula productora de gametos masculinos o femeninos.

elementos, en tanto es el resultado de vivencias, de sentimientos profundos que determinan manifestaciones típicas atribuibles tanto a uno como a otro género, como es el caso del instinto maternal, el instinto de agresividad, el interés por los hijos, inclinaciones, gustos y preferencias, dirección de la libido, comportamientos, maneras, modales y hábitos de vida.

Dentro de esta multiplicidad de variables, tal como se ha indicado, el único elemento de certeza para determinar desde un punto de vista biológico el sexo del sujeto, es el dato cromosómico, el que es inmutable desde el momento de la concepción y no es posible de modificar por acción de los otros elementos o por intervenciones naturales o externas. El problema del transexualismo consiste, precisamente, en una definitiva disociación que se presenta en el sujeto entre este elemento y su perfil sicosocial.

Las más recientes investigaciones científicas, de las cuales se espera aún mayores y más profundos desarrollos, no obstante los evidentes progresos obtenidos en la materia, han permitido tomar conciencia de la complejidad de todo cuanto se relaciona con la constitución y determinación del género y con todo lo atinente a la sexualidad en general. El problema se acentúa cuando se pretende señalar, dentro de los indicados elementos que componen el sexo, aquel que podría ser prevaleciente, y hasta determinante, en lo que concierne a su constitución.

Las investigaciones que en estos días se vienen desarrollando en Australia, de comprobarse a plenitud en un futuro inmediato, podrían ofrecer una explicación, con sustento biológico, del fenómeno de la transexualidad. En efecto, según noticias procedentes de ese país, los científicos habrían descubierto que en el cerebro, más precisamente en el

Desde un punto de vista científico se identifican hasta seis elementos que, en su conjunto, configuran el sexo de uń sujeto[18]. Se precisan así:

a) El dato cromosómico, constituido por el patrimonio celular heredado en el instante de la concepción y que, como es sabido, consiste en 23 pares de cromosomas, 22 de los cuales son comunes a ambos sexos.

b) Los caracteres sexuales gonádicos, condicionados por los cromosómicos, que están representados por los ovarios y por los testículos, según el sexo, y que contribuyen a determinar los caracteres sexuales hormonales y genitales.

c) Los caracteres hormonales, condicionados por la actividad endocrina de específicos órganos anatómicos –como la hipófisis, las glándulas corticosubrenales, gonádicas– que presentan efectos prevalecientemente femeninos (estrógenos) o masculinos (testosterona).

d) Los elementos genitales, representados por los caracteres externos que permiten una primera diferenciación sexual que hace posible determinar el sexo del recién nacido para los efectos registrales.

e) Los elementos anatómicos, definidos secundarios, individualizables exteriormente como es el caso, entre otros, del desarrollo pélvico y la distribución de la vellosidad, los mismos que pueden ser modificados a través de específicos productos hormonales.

f) El elemento sicológico, cuya importancia ha sido puesta de manifiesto en tiempos recientes. Este factor, aunque condicionado por factores hormonales y genitales, puede disociarse de los anteriores

[18] En la precisión de los caracteres sexuales seguimos a Perticone, Giacomo, *Il transessualismo nelle leggi e nella giurisprudenza*, en "Quaderni della Giustizia", 1986-II-78 y 79.

hipotálamo –que comprende algunos órganos importantes como la hipófisis– existen unas células relacionadas con la función sexual de la persona.

De conformidad con tales investigaciones, estas células que se encuentran en una placa del hipotálamo determinarían la conducta o comportamiento sexual del sujeto, ya sea como varón o mujer, sin que ello se traduzca en una variante del factor cromosómico. Se ha señalado por los referidos investigadores que la alteración de los núcleos de tales células, que copan su conformación en detrimento del espacio reservado al citoplasma, incidiría en la preferencia erótica de la persona, independientemente, como se ha dicho, de su constitución cromosómica. Los núcleos agigantados alterarían así la conducta sexual estándar.

Los cromosomas, si bien no se alteran en virtud de la situación antes descripta, estarían condicionados, según dichos investigadores, por aquellas células que, agigantadas en su núcleo, determinan una preferencia erótica distinta a la cromosomial.

Se sospecha que se trata de un hecho biológico de orden congénito que va madurando con el transcurso de los años, por lo cual, en el caso de los transexuales, existiría un componente biológico u orgánico además del sicosocial. De comprobarse dichas investigaciones, podría sostenerse, en un próximo futuro, que el problema del transexualismo, que aparece como una "disociación" entre los factores biológicos y los sicosociales que componen la sexualidad, no es del todo exacto. En efecto, si fuera cierto el planteamiento expuesto, el transexualismo tendría también una base biológica. Si esto se comprobase, el problema del transexual debería describirse como el de una persona en la cual se advierte una disociación entre el factor cromosómico, de un lado, y el resto de los componentes biosicosociales, del otro.

Los científicos piensan que el intentar un tratamiento para combatir el engrandecimiento de los núcleos de dichas células, situadas en el hipotálamo, podría convertir a la persona en un sujeto con un comportamiento sexualmente indiferente.

Como se señala en la doctrina, y lo avala el sentido común, la armoniosa conjunción y concordancia de tan variados elementos resulta ser presupuesto o condición indispensable para el sano equilibrio sexual del sujeto. Ello depende, en última instancia, de una constante y normal convergencia de tales factores constitutivos del sexo, ya que un desigual desarrollo de los mismos originaría situaciones que se alejarían de lo que podría estimarse como un estado sexual carente de anomalías.

Lo ideal en este caso, como apuntan los expertos, es la permanente y equilibrada asociación de dichos elementos, dentro de una delicada y armoniosa integración en la que cada uno de ellos cumple su propio papel. Los problemas en torno a la incertidumbre en cuanto a la identidad sexual surgen cuando se manifiesta una ausencia de armonía entre los varios perfiles que definen integralmente al sexo. Es así que una elocuente disociación entre el factor biológico y el sicológico-social genera una situación en la que se advierte una seria perturbación de la personalidad que atormenta al sujeto y que debería ser tratada y corregida del modo más adecuado.

Los elementos antes citados, constitutivos del sexo, no son estables, por lo que debería descartarse, según calificadas opiniones, una concepción estática o inmutable de la sexualidad. Como bien lo sabemos, la personalidad se encuentra en permanente evolución. El ser humano, a diferencia de las cosas, no es algo acabado, terminado, compacto. La vida humana es un constante e ininterrumpido quehacer, un fluido discurrir entre el instante de la

concepción, que es el comienzo de la vida, y el de la muerte, que es el fin de la existencia. En concordancia con lo expresado por Perlingieri, cabe sostener, por ello, que carece de validez la posición que considera al género como un elemento inmutable de la persona, que se adquiere jurídicamente y para siempre con la inscripción en el registro del estado civil [19].

La presencia de una multiplicidad de elementos que concurren a la conformación del género y que constituyen la sexualidad pueden generar, como se ha señalado, discordancias entre alguno o algunos de ellos. Esta indeseable hipótesis, que lamentablemente se presenta en la realidad coexistencial, nos coloca en la difícil coyuntura de inquirir, tanto en el plano médico como en el jurídico y en el de la vida de relación social, sobre cuál de los indicados elementos conformantes del género es el que prevalecería para el efecto de la determinación del sexo de la persona.

La solución del problema planteado no es un asunto pacífico si se le enfoca desde una perspectiva médico-científica. No lo es tampoco si nos situamos en la sensible dimensión de lo jurídico. Para el derecho, y en relación con una determinada finalidad, no es sólo relevante, como apunta Perlingieri, el sexo sicológico-social o aquel de carácter biológico, sino que deben considerarse todos y cada uno de los perfiles que concurren a la delicada definición de lo que constituye el género al cual se adscribe la persona. Es decir que, para una particular finalidad, alguno de ellos puede tener ocasionalmente una mayor relevancia para el derecho. No obstante, es conveniente advertir que es opinión

19 Perlingieri, *Note introduttive*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giurice del transesualismo", p. 38.

prevaleciente la que estima que "para la mayor parte de las hipótesis es el perfil sicológico, aun más que el estructural y el biológico, el que prevalece como criterio calificante en dicha disciplina" [20].

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. Finocchiaro sostiene que la individualización del sexo de la persona debe ser, por tanto, conducida a la luz de un análisis comparativo de los diversos elementos, tales como el patrimonio cromosómico, los caracteres sexuales primarios, los caracteres sexuales secundarios, el aspecto sicológico, los que, variables en el tiempo y condicionados por factores ambientales, familiares, sociales y de intervenciones quirúrgicas, "permiten comprobar, en concreto, el real sexo del sujeto, sin permanecer vinculados a axiomas ya superados (el sexo se constituye únicamente por el patrimonio cromosómico) o a inútiles prejuicios (no se puede intervenir sobre los órganos genitales externos de una persona para su modificación)" [21].

§ 58. ***Alcances de la adecuación de sexo.*** – Como ya lo hemos expresado, el denominado "cambio de sexo" es un tema que ha sido y sigue siendo objeto de discusión. La pregunta sobre la posibilidad y alcances médicos y jurídicos de dicha mutación merece el intento de formular una respuesta a nivel del actual desarrollo de la investigación científica.

El cambio de sexo, en sentido amplio, es decir, entendido como género (ver § 55), constituye un fe-

[20] Perlingieri, *Note introduttive*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridice del transessualismo", p. 42.

[21] Finocchiaro, Mario, *"Ei fu" (qualche considerazione sugli interventi chirurgici c.d. demolitori degli organi genitali esterni)* en "Giustizia Civile", 1980-I-1520.

nómeno histórico-social, por el cual determinadas personas, que nacen con las características biológicas que la ubican normalmente dentro de un sexo, pretenden y logran la adecuación quirúrgica de sus genitales exteriores al sexo que sienten como propio. Nos hemos referido brevemente al transexual que, no obstante pertenecer biológicamente y desde su nacimiento a un sexo, con el que aparece inscripto en el registro del estado civil, siente y vive como si fuera del sexo opuesto.

En el caso propuesto, con la ayuda de la cirugía, el transexual consigue superar la disociación existente entre su configuración biológica, de un lado, y su perfil sicosocial, del otro. De este modo se produce, en un sentido amplio y para los efectos de la realización personal del transexual, el fenómeno que se designa latamente como "cambio de sexo".

Si nos colocamos en una posición rigurosa debemos reconocer que, a pesar de la inclinación sicológica manifestada por el sujeto y de su efectivo comportamiento como el de una persona perteneciente al sexo opuesto al registral, la intervención quirúrgica a la que se somete el transexual como un medio de liberación, comporta sólo la adecuación de los caracteres sexuales externos del sujeto al sexo sentido y, por tal, deseado.

La cirugía demoledora-reconstructiva es, como indica Varga, radical y compleja, pese a lo cual, en última instancia no logra cambiar el sexo cromosómico. En el varón, como lo describe el autor, la operación "consiste en la remoción de los testículos, la amputación del pene y la formación de una vagina artificial valiéndose de partes del pene". A ello se agrega la disminución de la manzana de Adán y el aumento del volumen de los senos a través de implantes de silicona. En el caso de la cirugía de mujer a hombre, "se suprimen los ovarios y el útero, los senos se reducen en tamaño y se fabrica

un pene artificial". Esta operación va acompañada de otros recursos para imitar una especie de erección del pene artificial[22].

En otros términos, la operación demoledora y reconstructiva del aparato genital, tendiente a aproximar lo más posible al sujeto al sexo existencialmente vivido, no significa un cambio radical de su estructura biológica. La intervención quirúrgica no logra modificar la conformación genética y cromosómica del sujeto, las que se mantienen inalterables después de practicada la citada operación. En síntesis, y desde este estricto punto de vista, los resultados satisfactorios de la citada intervención quirúrgica autorizarían a referirse tan sólo a lo que podría designarse como un simulacro en cuanto al cambio biológico del sexo de la persona, sin que ello represente, en esta dimensión, la real y total adquisición de un "nuevo" sexo. En todo caso, dicha operación lograría el objetivo propuesto de eliminar una disociación que repercutía, de modo grave, en el nivel sicosocial del sujeto. Ella permite "adecuar" los genitales del transexual –su apariencia– a los del sexo sentido y vivido.

Lo expresado en el párrafo anterior se refleja claramente en el texto de la ley alemana de 1980 sobre la materia. Esta ley, a la que nos referiremos en su lugar (ver § 80), considera en su art. 8º que uno de los presupuestos para el cambio de sexo es el que el sujeto se someta a una "operación quirúrgica de sus atributos sexuales externos, con la cual se alcance una clara aproximación al cuadro morfológico del otro sexo". Como se aprecia del texto antes glosado, de lo que se trata realmente es de adecuar, lo más posible, la apariencia de los genitales externos al sexo efectivamente sentido y vivido por el sujeto.

[22] Varga, *Bioética. Principales problemas*, p. 251-252.

Lo manifestado en párrafos precedentes en cuanto a los alcances de la expresión "cambio de sexo" como resultado de una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva, suscita discusión y encontradas opiniones. Según lo expresa Stanzione, a la altura del actual desarrollo científico en cuanto a la cuestión atinente a los resultados de dichas operaciones, sería preferible abstenerse de emitir un juicio global y genérico. Es prudente, en todo caso, limitarse a seguir el desarrollo del proceso que se opera en cada caso, de modo singular[23].

Como señala el propio Stanzione, la práctica de la citada operación quirúrgica no comporta, bajo el aspecto genético, la presencia de nuevos elementos en la situación originaria del sujeto. Es decir que, en sentido estricto, bajo el perfil genético, el varón no deja de ser hombre ni la mujer de ser tal. La emasculación o la esterilización que, en cuanto operaciones demoledoras, pueden practicarse en el paciente y las variantes morfológicas que se introduzcan en los órganos genitales no comportan, pese a su gravedad, un cambio a nivel cromosómico[24].

No obstante la opinión vertida por Stanzione, lo importante de la intervención quirúrgica en lo que se refiere a la existencia del transexual no reside, en última instancia, en el cambio del factor cromosómico "Y" por el "X" o viceversa, sino liberarlo del tormento que supone el dramático y cotidiano conflicto entre una apariencia sexual, que se rechaza con vehemencia, y el sexo sicosocial que es realmente sentido y vivido, intensa y raigalmente, por

23 Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 33.

24 Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 34.

el transexual. Frente a este abismal conflicto entre un factor cromosómico, que el transexual no advierte ni le interesa, y el liberarlo de tal situación devolviéndole el equilibrio y la paz buscada, pensamos que no cabe duda en someterlo a una intervención quirúrgica ante el fracaso de las terapias que se hubieren empleado. Si se trata comprobadamente de un auténtico transexual, la ciencia y el derecho deben ayudarlo a cumplir su opción existencial y devolverle la salud perdida. Y esta ayuda, ante el fracaso de las terapias siquiátricas y hormonales, no es otra, como acabamos de sostener, que permitir al transexual la adecuación sexual que decididamente pretende y anhela al efecto de superar la disociación entre una apariencia –que le repugna– y su verdadero y profundo sentir coincidente con un comportamiento contrario a su factor cromosómico.

Lo expresado anteriormente tendría una base aún más sólida de comprobarse el resultado de las investigaciones de los científicos australianos, a las que nos hemos referido en su lugar (ver § 57), en el sentido de que el transexualismo no sólo sería una definida tendencia sicosocial contraria a la biológica, sino que se sustentaría en una alteración del núcleo de ciertas células que, instaladas en el hipotálamo, condicionan –sin cambiarlo– el factor cromosómico, determinando, en última instancia, el comportamiento del transexual. Conducta sexual que, ciertamente, no coincidiría con dicho originario factor.

De lo hasta aquí expuesto resulta que el denominado "cambio de sexo" supone, de una parte, una adecuación morfológica para destruir una disociación entre el sexo biológico y el sicosocial y, de la otra, para operar una modificación de carácter jurídico que tiene que ver con el género y el prenombre anotados en los registros del estado civil.

No todos los autores que admiten la posibilidad jurídica de permitir un cambio de sexo coinciden, sin embargo, en lo que concierne al procedimiento que debería seguirse para obtener dicha finalidad. Para una significativa minoría, bastaría para el efecto la libre y arbitraria declaración del sujeto, basada en sus propias vivencias, sin mayor formalidad o condiciones. Otros, en cambio, exigen que para tal mutación exista una previa autorización administrativa, como es el caso de Austria y Dinamarca, o una sentencia judicial como acontece en Suiza. Finalmente, el sector mayoritario considera necesaria la vigencia de un específico dispositivo legal que fije los requisitos y las garantías pertinentes. La gravedad de la transformación a operarse exige, por razones de orden público, un detenido tratamiento legal.

Ello ya ocurre, con mayor o menor acierto, en Suecia, Alemania Federal e Italia. En igual situación se encuentran algunos Estados de Norteamérica, como Arizona, California, Louisiana, Illinois, New York, algunas provincias del Canadá y Sud África, hasta donde alcanza nuestra información (ver § 77).

A nuestro parecer, la adecuación sexual buscada por el transexual debe ser el resultado de un procedimiento judicial reservado cuando se demuestren ineficaces, como pareciera que ocurre según la experiencia científica, cualquier tipo de terapia. En esta situación, los jueces tendrán que evaluar la prueba presentada por el peticionante y, muy especialmente, los peritajes producidos por expertos en materia de transexualismo así como entrevistarse con el recurrente para apreciar, personalmente, la dimensión del conflicto existencial vivido por el transexual. Por lo demás, comprobado a plenitud el fenómeno de transexualidad que presenta el peticionario, deberán autorizar la intervención quirúr-

gica de adecuación sexual, una vez que se le haya informado, con la mayor amplitud y detalle posibles, las consecuencias irreversibles de tal operación.

En un segundo momento, cumplida y comprobada pericialmente la intervención quirúrgica, se procederá a resolver el caso, autorizando la modificación registral del prenombre del transexual.

§ 59. ***LICITUD DE LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS DESTINADAS A AFIRMAR EL SEXO ORIGINARIO.*** – Más allá del debate bosquejado en torno a la admisibilidad jurídica del cambio de sexo y al procedimiento que debería seguirse para el efecto, nadie discute, a nivel de la doctrina, la pertinencia y licitud de las operaciones quirúrgicas que se dirigen a coadyuvar en la definición de un caso de ambigüedad en cuanto a los caracteres sexuales externos de la persona. Ello suele acontecer una vez que, por un proceso de evolución natural, resulta posible precisar, en alguna medida y a través de determinadas manifestaciones, el sexo que corresponde a la persona.

En la hipótesis antes señalada no se trata, por cierto, de un cambio de sexo, a la manera y dentro de los alcances perfilados con anterioridad, sino que, por el contrario, el objetivo perseguido es el de contribuir, mediante el apoyo de la cirugía, a afirmar el sexo de la persona una vez que, por el transcurso del tiempo, se ha logrado una cierta precisión sexual[25]. Igual cosa podríase decir de las operaciones destinadas a corregir malformaciones de los genitales exteriores, situación que está expresamente contemplada en la ley sueca (ver § 79).

En los medios científicos se señala que muchas incertidumbres y esfuerzos interpretativos en torno

[25] Sobre este tema nos remitimos a los § 60 a 63.

a la problemática del transexualismo podrían ser rápidamente superados si se confirmara, a plenitud, un reciente descubrimiento de la ciencia médica. Se trata de una prueba biológica y objetiva que parte de la individualización del llamado antígeno H-Y, que es un componente glicoproteico de la membrana de la célula masculina [26].

Las mujeres, en relación al citado antígeno H-Y, dan resultados negativos. Algunos investigadores alemanes, como señalan Patti y Will, han comprobado que casi la totalidad de los transexuales hombre-mujer no poseen, como sería de esperar, el mencionado antígeno, lo que sí acontece tratándose de los transexuales mujer-varón. Si los resultados de estas investigaciones confirmasen su exactitud, resultaría evidente que el elemento síquico del transexual, opuesto al somático, contaría con la posibilidad de ser verificado en el plano objetivo a través de la comprobación "de la discordancia entre las características externas de un sexo y la presencia (o ausencia) del antígeno H-Y: es decir, de una discordancia entre elementos físicos" [27].

B) El fenómeno del transexualismo y su relevancia jurídica

§ 60. ***El transexualismo como fenómeno social.*** — Es innegable, al margen de toda discusión teórica sobre el denominado cambio de sexo y de sus posibilidades y resultados, la presencia en la realidad

[26] Como señala Patti, este descubrimiento no ha sido confirmado. A él se refiere la obra de Eicher, *Transsexualität*, p. 52 y siguientes. Cfr. Patti, Salvatore, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, en "Rivista Critica del Diritto Privato", jun. 1984, p. 342, así como Patti, Salvatore - Will, Michael R., *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 14.

[27] Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 15.

social del fenómeno designado con la expresión "transexualismo"[28]. Este término ha sido recientemente acuñado a nivel científico, no obstante que el síndrome es conocido desde antiguo. Existen testimonios de esta inversión sicosexual que se remontan a la época clásica. No es, por tanto, una manifestación de los tiempos que corren ni es tampoco una expresión exclusiva de nuestra cultura, por lo que debe ser examinada en su real perspectiva histórica[29].

El fenómeno del transexualismo alcanza notoriedad a partir del famoso caso de "Christine" Jorgensen, el mismo que mereció una amplia e inusual divulgación a través de los medios de comunicación del mundo entero[30]. Ello fue explicable, en su momento, por tratarse de la primera intervención quirúrgica conocida de "conversión" que, practicada a comienzos de la década de los cincuenta, fue descripta con minuciosidad científica en las revistas especializadas de la época.

El autor de la operación del soldado Jorgensen, el médico Christian Hamburger, anunció en aquel momento que el problema de la "conversión" sexual había sido definitivamente resuelto en la totalidad de sus aspectos, ya fueren plásticos, anatómicos, sexuales y sicológicos. Indicó, asimismo, que había recibido, con oportunidad de la intervención quirúrgica, 483 cartas tanto en danés como en holandés, inglés, francés, italiano, noruego, portugués, español y sueco. De estas comunicaciones, 375 correspondían a hombres y 108 a mujeres. Todas

28 Nos remitimos a la anterior nota 9.

29 Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 20-21.

30 Lorè - Martini, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, p. 22.

estas personas deseaban someterse a una intervención quirúrgica de adecuación de sus genitales exteriores. Basado en esta vasta documentación, el médico en referencia escribió un minucioso ensayo sobre la materia[31].

Al transexualismo se lo describe como una situación existencial que se despliega en la dimensión intersubjetiva y que, por lo tanto, no puede ser ajeno a una valoración ética y jurídica. Como señala Dogliotti, se entiende por transexualismo, en general, "el cambio de sexo, el pasaje de un sexo al otro, como consecuencia de una evolución natural o de intervenciones externas, operaciones quirúrgicas o terapias hormonales". Considera, sin embargo, que más específicamente y más correctamente debería distinguirse entre "transexualismo" e "intersexualidad". En el transexualismo se produce el cambio como consecuencia de intervenciones externas en casos de contraste insuperable entre sexo biológico y sexo sicosocial. Tratándose de la intersexualidad se advierte un cambio por evolución natural, ayudado en cualquier caso por intervenciones quirúrgicas de leve entidad, frecuentemente relacionadas con situaciones originarias de incertidumbre en cuanto al sexo[32].

Compete al derecho definir si, en el caso del cambio de sexo, nos encontramos frente a un fenómeno social que, en principio, debería ser permitido o prohibido. Si se optara por la primera alternativa deberán precisarse las reglas de conducta que armonicen el interés personal con el interés social, especialmente con los que radican en el ámbito de la familia. Es ésta, sin duda, una problemática

31 Chaves, Antonio, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1981-I-62.

32 Dogliotti, Massimo, voz *Transessualismo (Profili giuridici)*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, p. 786.

compleja en la que están comprometidas diversas disciplinas de lo humano, como la moral, la filosofía, la sicología, la sociología, la siquiatría, la antropología, el derecho, entre otras.

La solución del problema del transexualismo por el derecho requiere, por lo expuesto, de una previa consulta multi e interdisciplinaria, sin la que no le será posible al jurista o al juez emitir un pronunciamiento debidamente sustentado. Fundadamente, y como generalmente acontece, se hace necesaria una confrontación entre los hallazgos de la ciencia y los dictados de la moral. Ello, como emerge de este trabajo, no es una tarea fácil. De ahí que no exista concordancia en las propuestas jurídicas, no obstante que se advierte la prevalencia de una corriente humanista que privilegia la personalidad misma del sujeto antes que su conformación corpórea.

§ 61. ***El síndrome del transexualismo.*** – El transexualismo, como señala Ramacci, es una cuestión que se halla en una situación fronteriza, de penumbra, en la que se "comprende y confunde, a menudo dramáticamente, normalidad y desviación, apariencia orgánica e inclinación síquica, vida individual y vida de relación, sexo como identificación y sexo como prisión"[33]. Es un problema de frontera entre lo conocido y lo desconocido, donde se confrontan opuestas ideologías y diversas jerarquías de valores. El transexual representa emblemáticamente "la patología de lo incierto, del sexualmente inclasificable".

El transexualismo se suele considerar como un síndrome caracterizado por el hecho de que una

[33] Ramacci, Fabrizio, en la *Presentazione* del libro de Lorè - Martini, "Aspetti medico-legali del transessualismo".

persona, que desde un punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto. O, mejor dicho, de vivir a la manera en que lo hacen los sujetos del género contrario. El transexual tiene un profundo sentimiento de pertenecer al "otro" sexo, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica. Ella, sin embargo, está poseída de una incontrolada aspiración a modificar quirúrgicamente su propio sexo somático –que le resulta intolerable– para el efecto de obtener el reconocimiento jurídico de tal transformación[34].

El transexual es el sujeto en el que se aprecia un elocuente y definido contraste entre el elemento físico, es decir, sus características sexuales exteriores, y aquel de naturaleza síquica. Ello conduce al transexual a una angustiosa y afanosa búsqueda de una correspondencia entre su apariencia física, que considera como "un maléfico error de la naturaleza", y sus comportamientos, hábitos, gestos, vestidos, ademanes y actitudes, en general, que son propios del sexo que realmente "siente", que hondamente vivencia en la cotidianidad. Esta manifiesta tendencia, destinada a lograr su propia identidad sexual, a "ser uno mismo", lleva a los transexuales, movidos por una constante desesperación, a someterse a intervenciones quirúrgicas de sus genitales, que le son mortificantes e insoportables, para "sustituirlos" por los que corresponden a su estado sicológico y a sus costumbres de vida.

En el caso de los transexuales, como apuntan Garutti y Macioce, el problema de la identidad se-

[34] Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 129 y Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 12.

xual se presenta dramáticamente, ya que se trata de sujetos que aparentemente pertenecen y están constreñidos a vivir dentro de un género, mientras que están convencidos de pertenecer al otro sexo por lo que buscan "crear en sí todos los caracteres del sexo hacia el cual están orientados, pero también de conseguir el reconocimiento jurídico de aquella que asumen es su realidad sexual"[35].

En síntesis, y tal como lo resume Stanzione, al nivel del estado actual de las investigaciones científicas en la materia, existen dos claros síntomas que denotan la presencia de un transexual. El primero de ellos es el sentimiento, difuso y profundo, de pertenecer al sexo opuesto a aquel que, desde el nacimiento, le asignó la naturaleza y cuyas características biológicas son evidentes y normales. El segundo síntoma es el de poseer un invencible deseo de cambiar de sexo dentro de las posibilidades de la ciencia y para los efectos de que se le reconozca jurídicamente un "nuevo estado".

En lo que concierne al primero de tales síntomas, anteriormente enumerados, el transexual siente realmente y está racionalmente convencido de ser, tal como se ha señalado, "víctima de un trágico error de la naturaleza que ha operado una fractura entre la siquis y la realidad corporal"[36]. El "convencimiento" de pertenecer a un sexo diferente al que la naturaleza le asignó es un factor infaltable y definitorio en el específico caso del transexual.

Este anormal dualismo se manifiesta desde la infancia y se traduce a través del comportamiento del niño o de la niña, de su afición a los juegos del

[35] Garutti - Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-283.

[36] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 24.

sexo contrario al biológico, mediante las amistades que frecuenta, en relación con sus ademanes, gestos, preferencias, modos de caminar y expresarse. Sus reacciones son, en general, las propias del sexo opuesto al registral. Según los datos proporcionados por la medicina legal, el sexo sicológico se adquiriría entre los dos y los cuatro años de edad. Esta orientación sicosexual se desarrolla en evidente contraste con las indicaciones cromosómicas[37].

Con el arribo de la pubertad y de la adolescencia el transexual adquiere mayor conciencia de su situación y el conflicto interior se agudiza. Se trata, como anota Stanzione, de un doble conflicto, de los cuales el primero tiene como ámbito el propio mundo interior de la persona. El transexual "siente disgusto por sus órganos genitales y por los otros atributos físicos de un sexo que no lo siente como propio", así como es también víctima de una laceración somática y síquica que absorbe y compromete cada uno de los aspectos de su vida[38].

El segundo de dichos conflictos se despliega en el mundo de la intersubjetividad y está representado por el enfrentamiento del transexual con la curiosidad de los terceros o por la abierta hostilidad proveniente del ambiente en el que desenvuelve sus actividades. La actitud comunitaria, que frecuentemente es de rechazo y de marginación, suele afectar al transexual, el que se encierra en sí mismo, se aisla, se incomunica y hace uso de una vestimenta con la cual trata de ocultar su indeseada realidad biológica.

El proceso del transexual no se detiene, sin em-

[37] Garutti - Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-288.

[38] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 24.

bargo, en el fenómeno conocido bajo la expresión de "travestimento"[39] sino que, al tener evidencia de la "precariedad y de la insatisfacción de tal procedimiento", espera y busca una transformación más radical concorde con su honda convicción personal. Es éste el instante en que el transexual recurre al médico a fin de someterse a la terapia hormonal y a la intervención quirúrgica destinada a obtener una "conversión" que es apreciada por el sujeto como una auténtica liberación. La intervención quirúrgica suele ser, de este modo, el único recurso efectivo con que cuenta el "verdadero" transexual para superar sus conflictos éticos, religiosos, sicológicos y sociales[40]. La aspiración final del transexual es el que se le reconozca jurídicamente en su nuevo estado en cuanto a su género y lograr el consiguiente cambio de sexo y de prenombre en el registro del estado civil. Es decir, de vivir en concordancia con su identidad sexual y, consiguientemente, de su verdadera y plena identidad personal en la medida que ésta comprende a aquélla.

Los síntomas del auténtico transexual son conocidos y no trata de ocultarlos o disimularlos a partir de una toma de conciencia de su conflictiva situación, la que constituye su drama vivencial. Si los síntomas y el proceso a que está sometido el transexual son manifiestos, no ocurre otro tanto tratándose de la causa o las causas que originan el transexualismo. En este aspecto existe incertidumbre, la misma que la ciencia no ha logrado todavía despejar de modo absoluto y satisfactorio.

[39] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 25.

[40] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 25.

Esta circunstancia repercute en lo que concierne a las técnicas terapéuticas, por lo que "es sintomático que no se discurra nunca sobre una solución total de curación sino, al máximo, de adaptación, de regularización, de persecución de una mayor tranquilidad síquica y social" [41].

Mueve a desconcierto que del examen de múltiples casos de transexualismo no se logren comprobar anomalías morfológicas en los sujetos sometidos a observación y diagnóstico. De otra parte, los especialistas opinan que los valores hormonales se conservan dentro de lo normal, lo que excluiría un origen endocrino de la transexualidad. Todo ello conduce a esperar que en un futuro puedan profundizarse las investigaciones en este campo a fin de obtener mayores precisiones en lo que al tema se refiere.

Hemos hecho expresa referencia en páginas precedentes a ciertas investigaciones en curso cuyos resultados, de ser suficientemente comprobados, podrían ofrecer importantes aportes para la comprensión del fenómeno del transexualismo. Nos hemos referido, así, a las recientes investigaciones según las cuales el transexualismo respondería a un proceso de engrandecimiento del núcleo de ciertas células instaladas en el hipotálamo, las que condicionarían el factor cromosómico (ver § 57) reorientando la inclinación sexual del sujeto. También se ha aludido a aquellas otras para las cuales sería decisiva la prueba biológica y objetiva que parte de la individualización del antígeno H-Y, que es un componente glicoproteico de la membrana de la célula masculina. Ante esta prueba, como se ha señalado, las mujeres dan resultados negativos, mientras

[41] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 30-32.

que los transexuales hombre-mujer no poseen, como sería el caso, el mencionado antígeno, lo que sí sucede tratándose de los transexuales mujer-varón (ver § 59).

Es de advertir que la doctrina tampoco se ha puesto de acuerdo en la pretensión de encontrar una derivación sicopatológica del transexualismo. Algunos autores ponen de relieve manifestaciones de tipo neurótico, mientras que otros destacan graves formas de sicosis, hasta llegar a casos extremos en los cuales se hace referencia al delirio paranoico y esquizofrénico[42].

La presencia cada vez más visible del fenómeno del transexualismo, especialmente en algunos países que no es del caso enumerar, unido al actual desarrollo científico, ha motivado que, por lo menos, a partir de la década de los 50, la doctrina jurídica asuma, aunque limitadamente, esta particular problemática intersubjetiva a fin de proporcionarle un adecuado tratamiento en consideración a la realidad social y a los principios morales vigentes, así como al actual desarrollo de la ciencia. En contraste con esta actitud, y como es costumbre, correspondió a la jurisprudencia, ante el casi general vacío de disposiciones legales sobre la materia, resolver algunos casos vinculados con la problemática planteada.

§ 62. ***Los estados intersexuales.*** – La ciencia nos muestra que la distinción entre la masculinidad y la feminidad no es absoluta ni definitiva[43]. La tradicional concepción que patentiza una total y ta-

[42] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 30-31.

[43] Perlingieri, *Note introduttive*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 38.

jante diferencia entre uno y otro género, ha tenido que ceder el paso a una nueva visión en la cual masculinidad y feminidad no son dos valores netamente opuestos, sino grados sucesivos del desarrollo de una única función, como es la de la sexualidad. Esta última encuentra "su momento de mayor vigor en el período intermedio de la vida, con diferencias que son puramente cuantitativas y cronológicas de un sexo al otro"[44].

El sexo se presenta así como un hecho complejo, en el cual los elementos biológicos se hallan estrechamente ligados con aquellos otros de carácter sicológico y social. Encuéntranse diversas modalidades, tipos y subtipos de sexo, como son el cromosómico, el gonádico, el morfológico, el sicológico, el legal. Según los científicos, desde un punto de vista rigurosamente biológico, tienen preeminencia las dos primeras modalidades, mientras que las otras influyen sobre la siquis y la vida de relación en general.

La sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad. Existe un comportamiento generalmente masculino y otro propio de la feminidad. La sexualidad compromete e impregna todas las actividades del ser humano y lo identifica socialmente. La morfología sexual, aunque constituye un elemento fundamental, no agota, sin embargo, la sexualidad.

La ciencia ha puesto de manifiesto que existe lo que podríamos designar como una situación de "intersexualidad", es decir, puntos intermedios entre dos extremos teóricamente precisos y definidos. Ello, en virtud de que todos los seres humanos "en-

[44] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 13.

cierran en sí mismos la posibilidad de entrambos sexos", por lo que la mujer y el varón se diferencian solamente en términos cuantitativos. De ahí la dificultad de encontrar índices exactos de distinción sexual. Algunos autores proponen como criterios válidos para la identificación sexual tanto al elemento sicosexual como la capacidad copulativa [45].

Bajo la genérica expresión de "estados intersexuales" se ha querido comprender todas las diversas hipótesis de falta de homogeneidad no sólo en relación con los factores biológicos y morfológicos sino también entre éstos y los elementos sicológicos. Como acota Benjamín, los estudiosos norteamericanos incluyen en tal expresión solamente los casos de hermafroditismo y de seudohermafroditismo, mientras que los científicos europeos la utilizan otorgándole un más amplio contenido, al incorporar en ella situaciones tales como la de los "travestis", los transexuales y hasta los homosexuales [46].

Es útil mencionar, aunque fuere de modo esquemático, algunos signos sicobiológicos que, según los especialistas, caracterizan a cada uno de esos casos a fin de distinguirlos, al nivel del actual desarrollo científico, de aquel propio del transexual, que es al que nos referimos exclusivamente en el presente trabajo.

Son numerosas las hipótesis en las que, en una misma persona, se hacen ostensibles las características de los dos sexos. Ello suele ocurrir ya sea tratándose tanto de los caracteres anatómicos como de los funcionales, los mismos que pueden presentarse

[45] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 13.

[46] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 17.

en proporciones equivalentes o con prevalencia de alguno de ellos[47].

La situación más elocuente, pero al mismo tiempo la menos frecuente[48], es la del llamado hermafroditismo verdadero (*hermaphroditi perfecti*), designación que se emplea para diferenciarlo del seudohermafroditismo (*hermaphroditi imperfecti*). El primero de ellos, como lo señala la literatura especializada[49], es un síndrome que se caracteriza "por la presencia simultánea, en el mismo individuo, de la gónada masculina y de aquella femenina", cuya coexistencia "influye, de modo variable, sobre la conformación de los genitales externos, el aspecto somático y el comportamiento síquico"[50]. Los hermafroditas se consideraban simultáneamente dotados de órganos genitales masculinos y femeninos completos y perfectos, por lo que se hallaban en grado de cumplir indiferentemente actos sexuales sea de uno o del otro sexo[51].

Las características correspondientes a los dos sexos se encuentran muy definidas. Los hermafroditas no pueden engendrar ni tener hijos.

47 Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 19-20.

48 Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 17.

49 Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 18.

50 Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 18.

51 A este propósito Patti sostiene que la ciencia médica moderna admite sólo casos de hermafroditismo imperfecto o seudohermafroditismo (cfr. *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, en "Rivista Critica del Diritto Privato", jun. 1984, p. 342).

El seudohermafroditismo, tanto masculino como femenino, representa la carencia, en un mismo individuo, de homogeneidad entre los órganos genitales externos y el sexo genético, no obstante lo cual predominan las características correspondientes a uno de los dos sexos. Existe, en consecuencia, un sexo dominante. Ello permite hacer referencia a un seudohermafroditismo masculino y a uno femenino. Es decir, que se encuentran varones con expresiones anatómicas propias del sexo femenino y viceversa. Esta situación se diferencia del transexualismo en tanto en éste no se presentan anomalías a nivel de la gónada o en lo que atañe a los genitales externos[52].

El hermafrodita, a diferencia del transexual, no se siente prisionero de un cuerpo que no guarda correspondencia con su orientación sicosexual. Por ende, no aspira a una modificación de sus genitales externos sino, tan sólo, a superar el estado de ambigüedad que lo atenaza. La medicina lo ayudará a definir su sexo, mas no a cambiarlo. Los ordenamientos jurídicos no han puesto obstáculo ni limitaciones para cualquier intervención quirúrgica destinada a evidenciar su verdadero sexo según y de conformidad con la natural evolución experimentada por el sujeto.

Más complejo resulta el distinguir entre lo que se conoce con el término de "travestis" y el transexualismo. Ambas anormalidades se fundan "en una misma condición sicopatológica, es decir en la desorientación y en la incertidumbre del rol en cuanto al sexo y al género"[53]. No obstante, se tien-

[52] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 26.

[53] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 26.

de a sostener que el fenómeno de los "travestis" es la expresión más moderada de dicha sicopatología, considerándose a la del transexual como la más grave y extrema.

Se suele precisar al respecto que el uso de vestimentas del sexo contrario al originario está presente en ambas situaciones aunque, como señala Stanzione, ella representa para el transexual el "contenido mínimo" de su drama. Esta metamorfosis externa no colma su profundo sentimiento y su consiguiente aspiración a un "cambio de sexo".

Se ha propuesto una clasificación de los "travestis" en tres grupos en consonancia con el cuadro clínico que presentan.

a) En el primer grupo estarían involucrados todos aquellos que aspiran simplemente a endosar, de modo esporádico y transitorio, la vestimenta del sexo contrario y a movilizarse con dicho ropaje. La mayor parte de las personas que conforman este grupo "siente, vive, trabaja como cualquier individuo de su propio sexo"[54].

b) El segundo grupo representaría un estadio intermedio entre el "travesti" y el transexual. Para los que integran este sector la vestimenta les resulta insuficiente para colmar sus aspiraciones. Desean alguna otra variación física, "tentando de avecindarse al otro sexo, sin pretender todavía la modificación quirúrgica de sus genitales"[55].

c) En un tercer grupo se suele colocar a los sujetos que se pueden considerar como los verdaderos transexuales, situación dentro de la cual la de-

[54] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 27.

[55] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 27.

sorientación de rol sexual es completa. La persona inmersa en este estado "odia sus propios órganos sexuales, la conformación física, la distribución de la vellosidad, la vestimenta: él vive sólo en función del día en que, a través de una operación de conversión, podrá obtener la liberación total"[56].

Como conclusión de lo anteriormente expuesto se comprueban las dificultades con que se suele tropezar cuando se pretende hacer una distinción neta y definitiva entre los integrantes de los diversos grupos antes referidos. El problema, como se ha podido apreciar, se plantea fundamentalmente en cuanto al grado o intensidad de la aspiración a vivir, parcial o totalmente, como un ser de sexo diverso al originario. Como corolario podría decirse que queda flotando una nota de vaguedad e insatisfacción en cuanto a la mencionada clasificación.

El transexualismo, por su parte, se diferencia claramente del homosexualismo. Este término incluye tanto a los homosexuales como a las lesbianas, razón por la cual es más comprensivo que cualquiera de estos últimos. En el caso del transexual el deseo de pertenecer al género opuesto es permanente y obsesivo, por lo que los transexuales están decididos a modificar su aspecto sexual mediante una dolorosa intervención quirúrgica a fin de adecuarlo al que corresponde a su propia vivencia. El transexual, tal como se ha apuntado, siente profunda repugnancia por sus órganos genitales, a los que califica como el resultado de un "error de la naturaleza". De otra parte, y en mérito a una honda convicción, no tiene un sentimiento de culpa en lo que atañe a sus relaciones amorosas y sexuales[57].

[56] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 29.

[57] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transes-*

El isosexual, en cambio, carece de tales precisas características. De ahí que no esté decidido a modificar su morfología sexual ni experimenta repugnancia por sus órganos sexuales sino que, por el contrario, siente por ellos atracción y complacencia. De otro lado, los isosexuales, generalmente, tienen un sentimiento de culpa en tanto son conscientes de la anormalidad de su comportamiento.

Se sostiene, por lo demás, que según el estado actual de los conocimientos científicos, el transexual varón no desea tener relaciones homosexuales, sino más bien la unión con una pareja heterosexual y, como señala Chaves, "después de una lograda operación que modifique sus genitales". A partir de este nuevo estado se encontrará en la posibilidad de tener relaciones sexuales normales con un varón [58].

§ 63. ***La problemática relativa a la identidad sexual.*** – El limitado debate jurídico que se ha desarrollado en torno al sexo, desde hace por lo menos dos décadas, tiene como principal finalidad definir si es lícito o no el admitir un cambio de sexo en base al "convencimiento" de la persona de pertenecer, por su inclinación sicológica, comportamientos y actitudes, al género contrario al de su origen, con las consiguientes repercusiones que ello significa en la vida de relación social.

Como ya lo hemos advertido y se desprende de las propias páginas de este trabajo, el enfoque jurídico debe estar precedido de un estudio multi e interdisciplinario esclarecedor de las bases científicas y morales del problema del transexual. La cues-

---

sualismo, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 41.

58 Chaves, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1981-I-71.

tión no es pacífica, como también se advertirá, ya que ni los científicos ni los moralistas nos ofrecen una respuesta unánime sobre tan delicado y humano asunto. Los juristas y los jueces, por tanto, han de permanecer atentos ante los nuevos aportes que, sin duda, ha de brindarnos la ciencia en un futuro que no vislumbramos distante.

Han sido y son numerosos los interrogantes formulados al respecto por los juristas que se han ocupado del problema en cuestión. Así, ellos se preguntan si sería jurídicamente posible que la persona decida, libre y arbitrariamente, un cambio de sexo o, como sostiene Perlingieri, que éste sea "una consecuencia de terapias e intervenciones quirúrgicas destinadas a favorecer una natural tendencia, o a evitar efectos negativos sobre su salud"[59].

Tema de cuestionamiento en esta delicada materia es el que concierne, en caso de admitirse la adecuación sexual, el procedimiento a seguir. Podrían, al respecto, formularse diversas hipótesis. Para ciertos autores debería permitirse que la adecuación sexual se limite a un simple procedimiento de carácter administrativo o judicial, mientras que un importante sector estima que, tratándose de un asunto que tiene que ver con el orden público en tanto comporta no sólo un cambio de estado sino también de nombre, debería ser regulado por un dispositivo legal que prescribiese el procedimiento judicial que autorizaría tal adecuación sexual.

Es dable también inquirir si la determinación sexual, y la consiguiente identidad personal, responde solamente a un "convencimiento subjetivo" o si, por el contrario, depende también de elementos físico-objetivos. De otra parte, cabe interrogar-

[59] Perlingieri, *Note introduttive*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici dei transessualismo", p. 42.

se sobre si el cambio de sexo comporta un atentado contra la integridad sicosomática de la persona. Finalmente, es posible preguntarse si la mutación de sexo es un asunto que tiene que hacer con la identidad personal y si, desde un punto de vista social, es conveniente propiciar o no la legitimación del cambio de sexo.

Las preguntas que hemos formulado en precedencia encierran sólo algunas de las múltiples y arduas cuestiones problemáticas que el jurista contemporáneo debe responder cuando afronta el asunto de la identidad sexual. Como es posible advertir, la temática involucrada en dichas inquisiciones no puede considerarse como materia de fácil solución por sus implicancias tanto con la libertad de la persona como con el interés social en juego.

Se observa, en los últimos tiempos, un desarrollo doctrinario cada vez mayor en cuanto al tema que nos ocupa. Ello puede explicarse por la circunstancia de que algunos países del sistema jurídico romano-germánico han regulado, en años recientes, la materia concerniente al "cambio de sexo". En dichas legislaciones se establecen los respectivos requisitos que son exigibles para lograr tal propósito, así como los procedimientos para conseguirlo.

Cabe preguntarse si la reciente experiencia legislativa de algunos contados países, a que hemos hecho mención, indicaría que nos encontramos ante una generalizada tendencia dirigida a favorecer el cambio de sexo dentro de ciertos parámetros. Al respecto, es posible afirmar que, si bien en determinados países se ha visto la conveniencia de otorgar relevancia jurídica al cambio de sexo, ello no puede interpretarse como que asistimos a un generalizado movimiento jurídico en tal sentido. El que en ciertos países se haya legislado sobre la materia denota que en ellos se produjo un definido hecho social, como fue la incidencia de una fuerte pre-

sión de un sector de la opinión pública proclive a que se normara adecuadamente una situación dada en la realidad y que se encontraba marginada por la ley.

Tenemos presente, por haber vivido en Italia en los años precedentes a la promulgación de la ley de 1982, las constantes y espectaculares movilizaciones efectuadas ante el Parlamento, producidas en el curso de los años setenta, de parte de diversas y pugnaces organizaciones de "transexuales" así como de otros grupos que compartían su reclamo, con el definido propósito de obtener la regularización jurídica del cambio de sexo. Estas movilizaciones se concretaban tanto en bulliciosas manifestaciones públicas como en sostenidas campañas de un sector de los medios de comunicación. Es así que recordamos, en calidad de anécdota, la realización de un "sit inn" en la plaza romana de Montecitorio, lugar en que se encuentra ubicado el barroco y bello edificio de la Cámara de Diputados de ese país[60].

Aunque la cuestión de la permisibilidad legal del "cambio de sexo" está sujeta actualmente a valoración y debate, puede adelantarse que, llegado el hipotético caso de tener que legislar sobre la materia en base a una insoslayable realidad social y a un reclamo comunitario, debería tenerse presente que la legislación a dictarse requeriría que se contemplase, simultánea y equilibradamente, tanto el interés privado, representado por las comprobadas y definidas exigencias existenciales de ciertas personas, como el interés social que un cambio de sexo

60 La presión social hizo que el partido radical presentara a la Cámara de Diputados un proyecto de ley, con fecha 27/2/80, dirigido a modificar el art. 454 del Cód. Civil a fin de permitir la inscripción de las sentencias de cambio de sexo. Este proyecto no prosperó. Finalmente, se dictó la ley de 1982 sobre la materia, a la que nos referiremos más adelante.

de suyo implica, sobre todo en lo que atañe al grupo familiar.

No pueden ignorarse, en su momento, las graves repercusiones que un cambio de sexo produce, en ciertos casos, en la relación social de las personas directa o indirectamente implicadas en el asunto. Sus efectos se hacen sentir en todo cuanto concierne a la vida conyugal y familiar. No son difíciles de imaginar las perturbaciones que se originan tratándose de una persona que, después de haber contraído matrimonio y procreado hijos, decide cambiar de sexo.

El problema jurídico atinente al denominado "cambio de sexo" se presenta, obviamente, en aquellos países que no han dictado normas reguladoras de esta eventualidad, en tanto las circunstancias sociales no lo han hecho necesario. En estos países se ha de recurrir, para resolver el caso, a los principios generales del derecho. Básicamente, en esta situación el juez se ha de enfrentar al reto de encontrar aquellas normas que, pese a tratarse de un acto que atenta contra la integridad física (no la sicofísica) del sujeto, concretándose en una disminución permanente y grave, puedan jurídicamente permitirlo en vista del drama existencial que el caso representa y en el hecho de que no se trata, en sentido estricto de una mutilación sino de una adecuación morfolófica (ver § 64 a 67).

C) El cambio de sexo y el libre desarrollo de la personalidad

§ 64. *El debate doctrinario en curso.* – El incipiente debate jurídico en torno a la mutación de sexo se centra en el asunto concerniente a las relaciones que existen entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y a la

identidad sexual, de un lado, y el derecho a la integridad sicofísica, el orden público y las buenas costumbres y el derecho-deber a procrear, del otro. Esta cuestión se afinca en la dogmática jurídica luego de haber sido superados, en la medida que ello es posible, los problemas morales, sicológicos, filosóficos, médicos y sociales que tan delicado asunto suele suscitar por su complejidad e importancia existencial.

Como ya se ha referido (ver § 58), la confrontación de opiniones en cuanto a los reales y efectivos alcances del denominado "cambio de sexo", aún no se ha cerrado. Se discute, a nivel de la doctrina, si dicha mutación sexual, tal como en la actualidad se practica en los países que legalmente la admiten, representa ciertamente el cruzar, definitiva e irreversiblemente, la frontera que separa un género de otro, pese a que, en el nivel actual de la ciencia, es sabido que el sexo cromosómico, adquirido con el nacimiento, se mantiene inalterable no obstante todas las intervenciones médico-quirúrgicas que puedan realizarse. Las posiciones sobre el tema no son ni pacíficas ni concordantes sino que, por el contrario, y tal como se ha expuesto, ellas están enfrentadas.

Existen autores que, al considerar que el sexo no se reduce a los aspectos biológico-somáticos de la persona sino que los trasciende, sitúan el problema prevalecientemente en un plano sicológico, dentro del cual se privilegian las inclinaciones sicosociales de un determinado sujeto por el género opuesto a aquél, de carácter cromosómico, que le pertenece por el hecho del nacimiento. Los autores que propugnan este planteamiento, al colocar la cuestión en un nivel sicológico, estiman que por no ser las fronteras entre la masculinidad y la feminidad ni precisas ni inmodificables, el sexo no es ni definitivo ni inmutable. Ello, a pesar de que el sexo cro-

mosómico es invariable desde el nacimiento y hasta la muerte de la persona.

Otros autores, fundándose en un punto de vista médico-científico, aseveran, por el contrario, que el denominado "cambio de sexo" constituye, en la práctica, una simple intervención quirúrgica plástica de los genitales exteriores. Ella, en consecuencia, sólo está dirigida a modificar la "apariencia" sexual, sin que tal operación incida, real y efectivamente, en el cambio de sexo originario. La ciencia ha demostrado, manifiestan, que el sexo cromosómico, con el cual nace el sujeto, es inmodificable, pese a todas las intervenciones médico-quirúrgicas que, a la postre, se puedan hacer. Ellas sólo incidirán en los caracteres sexuales secundarios, en la morfología de los genitales exteriores.

Para los autores que se ubican en la posición antes enunciada sólo serían permisibles las intervenciones quirúrgicas destinadas, específicamente, a la afirmación del sexo originario cuando en la primera etapa de la vida existió una indefinición sexual. Es decir, en los casos de intersexualidad. Se trataría, en consecuencia, de un tratamiento médico-quirúrgico dirigido a cooperar con la naturaleza para lograr la definición del sexo biológico. Los propugnadores de esta tesis, frente a un caso de manifiesta inclinación sicológica por el género opuesto, aconsejan utilizar terapias adecuadas destinadas a obtener la superación de un problema sicológico, siempre dentro del declarado propósito de contribuir a afianzar el sexo registral, si fuere el caso.

Como se desprende de todo lo hasta aquí dicho y de aquello que surgirá en las diversas secuencias de este trabajo, debe entenderse que la expresión "cambio de sexo" tiene un preciso significado, ya que no se trata de una modificación radical del sexo cromosómico-genético, que es inalterable en la per-

sona, sino de una adecuación de los genitales exteriores para eliminar la disociación que se presenta en el transexual entre el sexo en referencia y el sicosocial. A través de un tratamiento médico y, fundamentalmente, por una intervención quirúrgica se trata de avecindar, al máximo posible, la morfología exterior del sujeto a la del sexo sicológico, es decir, al que dimana de su personalidad, de su profundo existencial modo de sentir y vivir, en consonancia con el libre desarrollo de su personalidad, superando así el grave problema humano que atormenta al transexual. Todo ello, claro está, dentro de los dictados de la moral, las exigencias del orden público y el respeto al derecho de los demás.

§ 65. ***La valoración ética del cambio de sexo.*** – El cambio de sexo no es exclusivamente un problema médico-científico, como el que hemos esbozado en el parágrafo precedente, sino que debe tenerse también en cuenta una valoración ética en cuanto a lo que él significa. En realidad, no hay actividad humana frente a la cual pueda omitirse un juicio de valor.

Para un sector de la doctrina que se ocupa del cambio de sexo, esta supuesta operación constituye un acto que va contra los dictados de la naturaleza, por lo que resultaría, además de éticamente inadmisible, del todo inconveniente. Para otros, en cambio, la valoración de este hecho es diferente. Éstos sostienen que cada persona, mientras no cause perjuicio a los demás, está en condiciones de decidir libremente su "modo de vivir", por lo que puede escoger su propia identidad sexual sin que ello signifique una actitud reñida con la ética social.

Para los autores que adhieren a la primera de dichas posiciones, el cambio de sexo resulta ser un escándalo intolerable o, al menos, una situación desagradable el tener que admitir la posibilidad o

existencia de prácticas quirúrgicas utilizadas para satisfacer inclinaciones que no coinciden con el sexo que la sabia naturaleza otorgó a cada cual. Para los autores que se sitúan en la posición contraria, el cambio de sexo constituye un acto de liberación que guarda concordancia con el derecho fundamental a desarrollar libremente la personalidad, obtener equilibrio y bienestar sicológico y con aquel de afirmar su propia identidad. Ambas valoraciones, la favorable y la opuesta al cambio de sexo, responden obviamente a una postura subjetiva, por lo que obedecen, en última instancia, a una particular visión del hombre, a una determinada concepción del mundo.

No faltan opiniones en el sentido de que lo importante y éticamente decisivo no es "vivir" como mujer o como varón sino, en cualquier caso, hacerlo honestamente, en la más amplia acepción del vocablo, sin perjudicar en lo más mínimo el interés de los demás. Se trata, como en todas las situaciones coexistenciales, de conciliar el supremo interés de la persona humana con el interés de los demás, con el interés social y con el interés público. En todo caso, por ello, no puede estar librado, única y exclusivamente, al arbitrio de la persona sino que, desde nuestro punto de vista, es indispensable un cierto control social que tutele el interés de los terceros, a quienes podría afectar una modificación del estado sexual de un sujeto, y el orden público vinculado a la necesaria certeza que debe presidir las relaciones jurídicas.

El derecho, no podemos perderlo de vista, tiene un primario sentido liberador de la persona. Es decir, que está destinado a asegurar a cada ser humano, fundado en su propia dignidad, su realización personal. El derecho, al regular conductas humanas intersubjetivas según valores, debe otorgar a cada sujeto, dentro del respeto al derecho aje-

no y enderezado al bien común, la posibilidad de elegir, en cuanto ser libre, su proyecto de vida. El derecho, creado por el hombre, es así un instrumento de su liberación permanente, una continuada posibilidad de encontrar su propia identidad, de ser conforme a su libre elección. En el caso de los transexuales, que encierra un profundo drama humano en el cual el propio cuerpo, su morfología exterior, le impide vivir de acuerdo con su elección no existe otra alternativa que, agotadas todas las otras que brinda la ciencia, ayudarlos a ser como "decidieron ser". Es decir, colaborar con ellos en superar la disociación cuerpo-sique, favoreciendo sus tendencias naturales, su irrenunciable vocación a vivir un determinado sexo. A diferencia de los homosexuales o los travestis, el transexual es un ser atormentado, que no puede oponerse a una fuerza irresistible, incontrolada, superior a su voluntad.

No existe otra solución posible, ante el fracaso de los tratamientos médicos, siquiátricos, hormonales. No cabe exterminarlos, ni concentrarlos, ni marginarlos. Debemos darles la oportunidad de realizarse, de insertarse en la sociedad tal como son, y no mantenerlos viviendo en la prisión de una apariencia, de una mentira, de una falsa moral. Lo moral es vivir honestamente su propia situación, ya sea como hombre o como mujer y no llevar una vida de frustración en la cual se es "aparente y formalmente" de un sexo mientras que el comportamiento social, visible y elocuente, corresponde al del sexo opuesto. ¿Es honesto permitir este engaño en nombre de la genética, de los cromosomas, de una moral que no se sustenta en la conciencia de la propia persona?

Por todo lo dicho con anterioridad es conveniente, si se admite la posibilidad de que la persona encuentre su propia identidad y de que socialmente se le reconozca, regular tan delicada como ardua

materia. No opinamos que la solución del asunto relativo a la identidad sexual, en los casos conflictivos, se asigne –como ocurre en Dinamarca o en Austria– a la administración pública, ni tampoco que quede librada al criterio subjetivo del juez a quien se somete un caso de "cambio de sexo". Llegado el caso, si la comunidad lo reclama, será indispensable regular la materia, como lo han hecho países tales como Suecia, Alemania o Italia, después de una cuidadosa valoración ética y de una adecuada ponderación de los intereses en juego, teniendo siempre a la vista los principios generales medulares de nuestra Constitución.

§ 66. ***POSICIÓN FAVORABLE A LA REGULARIZACIÓN DEL CAMBIO DE SEXO.*** – En el terreno jurídico, a nivel de la dogmática, se discute la relación que pudiera haber entre el absoluto "convencimiento" del sujeto de pertenecer a un sexo opuesto al originario y la situación jurídica subjetiva relativa a la libertad personal. En otros términos, el problema se plantea en el sentido de saber si la decisión de cambiar de sexo se encuadra dentro del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, del derecho a la salud y a la propia identidad sexual o si, por el contrario, ella se opone al derecho a la integridad sicofísica, al orden público y a las buenas costumbres, que le sirven de límite social, y al derecho a procrear.

El art. 2º, inc. 1º, de la Constitución del Perú y el art. 5º del Cód. Civil consagran la situación jurídica subjetiva atinente a la libertad personal o, como lo enuncia la Constitución, al libre desarrollo de la personalidad. El ordenamiento jurídico nacional tutela, de la forma más amplia que pueda imaginarse, el derecho de cada cual al desenvolvimiento de su personalidad dentro de la comunidad, en concordancia con el interés social y dentro del orden público y las buenas costumbres. Esta mis-

ma solución, con diversas formulaciones técnico-linguísticas, la hallamos en casi todas las constituciones de los países democráticos.

Como ocurre con toda situación jurídica subjetiva debe contemplarse, también en este caso, aparte del propio derecho subjetivo, el correspondiente derecho a los demás que, correlativamente, constituye un deber para el jurídicamente facultado. Es decir, partimos de la nueva perspectiva en que se suele comprender al derecho subjetivo, es decir, como una "situación jurídica subjetiva" en la cual, junto al propio derecho, se halla siempre presente, en cierta y variable medida, el derecho de los demás. En otras palabras, dentro de una visión que no admite derechos subjetivos absolutos en tanto ellos son contrarios a la naturaleza coexistencial del ser humano.

En términos generales el derecho de los demás, que es deber para el facultado, se halla presente y está representado por lo que se designa como interés social y, principalmente, por el orden público y las buenas costumbres. Claro está que, al lado de estos deberes jurídicos generales, que emanan del ordenamiento jurídico positivo, existen otros deberes específicos, que emergen de la propia naturaleza de una determinada institución jurídica, los que también son pertinentes e integran, en consecuencia, la correspondiente situación jurídica subjetiva. Bastaría citar a este propósito, entre otros deberes genéricos, los principios de la buena fe, la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos y la diligencia ordinaria. En el lenguaje común se suele graficar muy claramente esta particular situación cuando se suele decir que "la libertad de uno termina donde comienza la libertad del otro".

No hay pues derecho subjetivo sin que, a su lado, dentro de lo que se designa como "situación jurídica", no aparezcan deberes, ya sean ellos gené-

ricos, derivados de los principios generales del ordenamiento jurídico, o específicos, atinentes a cada institución en particular. Así, todo acreedor está sometido al deber genérico que emerge, por ejemplo, del principio de la buena fe o de la prohibición del ejercicio abusivo de su derecho subjetivo, y simultáneamente el acreedor está también sujeto al específico deber que nace de la propia situación en la que se halla colocado su deudor. Así, dicho deber representa para el obligado un derecho subjetivo, ya que, por ejemplo, la buena fe le impide al acreedor rechazar un pago que se ajusta a lo pactado. De igual modo, el derecho del deudor de liberarse de la deuda –que integra su situación jurídica– obliga al acreedor a aceptar el pago, so pena de incurrir en mora y de asumir los riesgos que se deriven de la imposibilidad sobreviniente de la prestación.

Es decir, como lo hemos remarcado, no existen derechos subjetivos absolutos, ilimitados, en la medida que el ser humano es coexistencial por naturaleza, por lo que se encuentra inserto en una comunidad con la cual debe necesariamente conciliar sus personales intereses, sin que ello signifique sumisión existencial ni a la sociedad ni al Estado.

El derecho a la libertad, radicalmente ligado al derecho a la vida, supone nada menos que la posibilidad natural de todo ser humano de realizarse libremente como tal. La vida es un bien, es un don precioso, que debe utilizarse de acuerdo con los fines axiológicos que cada persona se propone. La vida es una hermosa tarea, una extraordinaria y única obra de arte, que el hombre, que cada hombre, trata de ejecutar de la mejor manera posible, dentro de los humanos condicionamientos provenientes tanto de la propia naturaleza, del mundo interior, como de los "otros" y del mundo exterior. Paradójicamente, esos mismos obstáculos son también, en otras circunstancias, siempre y necesaria-

mente, instrumentos de los cuales se vale el hombre para realizarse como persona. Sin ellos no podría existir.

El derecho a la libertad supone, por tanto, la posibilidad de "todo ser humano a decidirse por un proyecto de vida dentro del bien común, de realizarse plenamente como hombre". En otros términos, de poder hacer todo aquello que está jurídicamente permitido, que no esté expresamente prohibido, siempre que no atente contra intereses ajenos, el interés social, y no signifique un abuso del derecho. El hombre, en cuanto ser ontológicamente libre, proyecta su vida, escoge opciones de acuerdo con su íntima vocación y a las posibilidades que le ofrece el mundo, tanto el interior como el exterior. El horizonte con que cuenta el ser humano para preferir un determinado proyecto ante un inmenso abanico de posibilidades existenciales, es de orden axiológico. Son los valores los que dan sentido a la vida.

La Constitución peruana se refiere a dicha situación jurídica subjetiva fundamental como el derecho que tiene el ser humano al libre desenvolvimiento de su personalidad. Es dentro de este amplio marco referencial que se inserta el supuesto derecho a la identidad en el plano de la sexualidad. Nos referimos a la posibilidad de vivir de acuerdo con el sexo que existencialmente el sujeto "siente" como propio, que responde a las profundas inclinaciones sicológicas de la persona, a sus costumbres, hábitos, reflejos, actitudes, estilo. Es decir, el derecho a realizarse como persona dentro de aquel género, opuesto a su sexo originario –cromosómico y registral– al cual el sujeto está "convencido" de pertenecer, que siente hondamente, raigalmente. Los que sostienen la posibilidad de admitir legalmente la "conversión de sexo", que supone un cambio en curso de la identidad dinámica y uno futuro de la

identidad estática a través de la modificación del prenombre, encuentran en la libertad personal el fundamento último para proceder a la adecuación somática del sexo de la persona de conformidad con sus aspiraciones sicoexistenciales.

El debate jurídico, que se inserta ineludiblemente dentro de un genérico marco interdisciplinario gira, así, en torno a si la mutación de sexo se conforma o no con el derecho de cada cual al libre desenvolvimiento de su personalidad. Los propugnadores de la legalización del cambio de sexo, que deriva en una modificación registral del prenombre, no albergan dudas en cuanto a que la decisión de quien está "convencido" de pertenecer al género contrario dentro del cual nació, condice con el derecho a desarrollar libremente la propia personalidad, siempre que no se agravie el derecho de los demás.

Se sostiene, por dichos autores, que el sexo no es una fatalidad biológica sino, fundamentalmente, una opción existencial. En consecuencia, el ser humano puede escoger vivir dentro del sexo que más conviene a su íntima vocación existencial, a sus tendencias sicológicas más profundas. Los propugnadores de la regulación legal de la mutación de sexo afirman que un cambio de sexo, tratándose de un hombre o de una mujer solteros, no ofende a los demás ni causa problemas de orden social.

Por el contrario, anotan que esta "adecuación", en lo que se refiere a la identidad sexual, permite al ser humano superar un estado de angustiosa indefinición que sí es perturbador, contrario a su salud, entendida ésta como un estado de bienestar general de la persona. El cambio de sexo, sostienen, es una exigencia del sujeto a su plena identidad, a vivir su propia "verdad personal" y a proyectarla socialmente.

De otra parte, el sector de la doctrina favorable a la adecuación sexual a fin de satisfacer una exigencia existencial del sujeto, sustenta también su posición en el derecho del transexual a su salud integral, que es de carácter sicosomático. El desequilibrio emocional, la perenne angustia, el drama íntimo del transexual, supone, precisamente, la ausencia de un estado de salud integral, de bienestar síquico. Los ordenamientos jurídicos, por lo general a nivel constitucional, tutelan la salud integral de las personas. El art. 15 de la Constitución del Perú prescribe que "todos tienen derecho a la protección de la salud integral".

Si, de acuerdo con los avances de la ciencia, se deja atrás el principio de la "inmutabilidad" del sexo –no obstante la invariabilidad del sexo cromosómico–, debería concluirse por admitir, dentro de un preciso marco legal, el que la persona, al ejercer su derecho a su libre desenvolvimiento, opte por el sexo que "siente" como propio, al cual está absolutamente "convencido" de pertenecer, el que responde a sus inclinaciones sicológicas, que se adecua con sus actitudes y costumbres.

Dentro del principio de la libertad personal se encuadraría, según dichos autores, el derecho que cada persona tiene a que se le reconozca socialmente y se le atribuya una determinada identidad sexual, la misma que corresponde a su verdad personal, a su particular "manera de ser".

La identidad sexual, como es fácil apreciar, se enmarca dentro de la situación jurídica subjetiva referente a la identidad personal, en cuanto esta última es la síntesis o complejo de lo que significa la personalidad entendida como una totalidad. La verdad sexual, en otras palabras, se inserta dentro del más amplio espectro de la verdad personal, se constituye como un importante aspecto del concepto genérico de la identidad personal.

Como en síntesis expresan Garutti y Macioce, es evidente que la exigencia de una efectiva actuación de los principios constitucionales y, en particular, el respeto de la dignidad del hombre así como el desarrollo de la personalidad conduce "a la comprobación de que estos valores serían afectados y comprometidos si no se consintiese a la persona misma el derecho de ser aquello que realmente es" [61].

§ 67. ***Posición contraria a la admisión del cambio de sexo.*** – Los adversarios del llamado cambio de sexo expresan que el derecho a la libertad personal, como todas las demás situaciones jurídicas subjetivas, supone en el sujeto, frente al derecho de los demás, un correlativo deber a su cargo. Ello en virtud de que, como lo hemos expresado, no existen derechos subjetivos absolutos en tanto que, siendo el derecho una experiencia de intersubjetividad, todo derecho subjetivo se presenta simultáneamente como un derecho-deber. En otras palabras, la libertad personal, esgrimida como fundamento del cambio de sexo, tiene muy claras limitaciones ya sea en el interés social, el orden público como en las buenas costumbres.

Existen autores que se oponen de manera tajante a una adecuación del sexo somático al sexo sicológico argumentando, en términos generales, que desde la óptica de la medida legal se trata de una involución sicosexual del sujeto, la misma que responde a una cuestión más patológica –o una desviación– que a una razón fisiológica. Por ello, se sostiene, cualquier intervención quirúrgica que pueda efectuarse, por más perfecta que ella sea, no realiza

[61] Garutti - Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-280.

jamás un verdadero y propio cambio de sexo. Debe admitirse, en consecuencia, que según esta línea argumental, el único instrumento terapéutico posible frente al caso de un transexual es una eficaz profilaxis que estabilice sicológicamente el sexo originario [62].

Por otra parte, se sostiene por aquellos que niegan toda prevalencia al sexo sicológico, que resulta del todo irrelevante la intervención quirúrgica que pueda operarse en el caso de un transexual, ya que ella está dirigida a lograr sólo "un simulacro", una simple apariencia en cuanto a los órganos sexuales externos.

Se argumenta, por los opositores a una transformación sexual, que son precisamente razones de orden público las que limitan el cambio de sexo. Ellas se refieren a la necesidad social de certeza en cuanto a la identidad personal, y esto sólo se obtiene si se guarda concordancia entre la realidad y el sexo originario que figura en los registros del estado civil. Un cambio de sexo, se asevera, atenta contra la certeza que se requiere en lo que atañe a la identificación personal. De otra parte, los adversarios al cambio de sexo esgrimen un argumento de carácter ético, en cuanto sostienen que tal mutación sexual no condice con las buenas costumbres que deben regir la convivencia humana.

En lo que concierne al primer argumento expuesto por los opositores a la admisión legal del cambio de sexo, o sea el referente a la necesidad de certeza jurídica, debe tenerse en cuenta que es del todo discutible, ya que el procedimiento judicial que conduce al cambio de sexo en los países que lo han legalizado, tiene como finalidad última la ade-

[62] Caruso, Antonino, *Il cambiamento di sesso: orientamenti giurisprudenziali e dottrinari*, en "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1978-707 y siguientes.

cuación de la partida de nacimiento al nuevo estado sexual adquirido por el sujeto como consecuencia de una intervención quirúrgica autorizada por el juez, teniendo a la vista una pericia médico-sicológica. Es decir, se obtiene precisamente la certidumbre que emana de los registros del estado civil.

En lo que atañe al segundo argumento, es decir el referido a las buenas costumbres, se observa que por tratarse de una valoración ética, ella está librada al consenso, a los criterios mayoritariamente imperantes en una sociedad dada. Existe, sin duda, en cada comunidad y en cada época una posición ética compartida que responde a una cierta concepción del mundo.

De otra parte, lo que resulta atentatorio contra las buenas costumbres, contra lo que es natural y socialmente aceptable, es que el sujeto, genéticamente varón, actúe y se comporte como mujer. Ello sí puede devenir en un escándalo que la comunidad rechaza. Lo sensato, lo honesto, sería que se permita a aquel "varón" vivir de conformidad con el llamado profundo de su propio "yo", ser auténtico, asumir plenamente su propia identidad personal no contribuyendo a su frustración existencial.

Finalmente, en los países en los que no se ha legalizado la adecuación sexual a través de intervenciones quirúrgicas, se suele sostener que ellas son atentatorias en lo que concierne a la integridad física del sujeto, ya que causan en él una disminución permanente y grave. Se rebate esta posición argumentando que el derecho a la integridad protegido por los ordenamientos jurídicos se refiere a una integridad "sicofísica", que la persona humana constituye una unidad inescindible de ambos aspectos. De ahí que la oposición a efectuar intervenciones quirúrgicas de adecuación de los genitales exteriores resulta ser, precisamente, lacerante de la integridad síquica del sujeto.

D) Relación de la identidad sexual con otros derechos de la persona

§ 68. ***La salud como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad.*** – El planteamiento referido en el parágrafo anterior sitúa el cambio de sexo en la perspectiva del derecho que tiene todo ser humano al libre desenvolvimiento de su personalidad dentro del bien común. Adicionalmente, se suele mencionar otro derecho fundamental de la persona que afianzaría la posición permisiva de la "reasignación" del sexo dentro del marco de una adecuada regulación legal. Nos referimos al derecho a la salud.

El derecho a la salud, al cual no se hace frecuente referencia dentro de la doctrina jurídica del Perú, está consagrado por el art. 15 de la Constitución. El mencionado dispositivo prescribe que "todos tienen derecho a la protección de la salud". Como ya lo hemos recordado en otro lugar, el concepto "salud" debe entenderse dentro de su más amplia acepción. La salud, como acertadamente se ha dicho, no sólo es no estar enfermo sino, fundamentalmente, el sentirse bien, el vivenciar un estado de bienestar integral. Es decir, la salud no debe comprenderse como un hecho negativo, en función de la enfermedad, sino más bien como una situación positiva al vincularla a la noción de bienestar.

La salud, como lo subraya Busnelli, no sólo tiene un sentido exclusivamente biológico, sino que debe ser considerada como "bien instrumental necesario a la protección y desarrollo de la personalidad del individuo"[63]. Esta comprensiva noción de

[63] Busnelli, Francesco D., *Danno biologico e danno alla salute* en "La valutazione del danno alla salute", p. 7.

salud se recoge en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que data de 1946. En él se declara que la salud es un estado de completo bienestar síquico, mental y social, por lo que no consiste, solamente, en una "ausencia de enfermedad".

El mencionado art. 15 de la Const. peruana encuentra su natural complemento en lo dispuesto en el art. 12 del mismo texto normativo. Según este dispositivo el Estado "garantiza el derecho de todos a la seguridad social". Y, dentro de la seguridad social, se considera como objetivo primordial el cubrir no sólo el riesgo de enfermedad sino también otros propios de la vida del sujeto, tales como la maternidad, la invalidez, el desempleo, la vejez, la muerte, la viudez, la orfandad.

La doctrina es unánime al reconocer, en base a lo expuesto, que la salud no se reduce sólo al aspecto físico del sujeto sino que ella abarca la salud síquica, la misma que comprende la salud sexual ya que, como anotan Garutti y Macioce, "el bienestar sicofísico del individuo se vería turbado si no le fuese reconocida su real identidad sexual"[64].

§ 69. ***La salud del transexual.*** – Un transexual, si nos atenemos a la amplia noción de salud que hemos enunciado, debería ser comprendido entre los sujetos carentes de salud. El transexual, antes de su conversión legal al sexo "vivido", que implica también un reconocimiento social de su identidad, no tiene estabilidad emocional ni equilibrio síquico. Vive preso de una "angustia existencial" que lo priva de la paz y del sosiego, de la serenidad. Su vida transcurre en una constante pugna por lograr ser socialmente admitido en su verdadera identidad se-

[64] Garutti - Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-281.

xual, manifestada a través de la comunitaria proyección de su personalidad. El estado del transexual se puede definir como uno carente de aquello en que consiste la salud, entendida como bienestar integral.

El transexual es un ser humano atormentado, que posee sentimientos contradictorios, que se avergüenza de una situación que generalmente no es social ni éticamente aceptada o, al menos, tolerada y respetada. A veces esta circunstancia puede conducir al transexual a asumir una actitud cínica, y hasta de escándalo, en su afán por llamar la atención, por reclamar la comprensión social que se le niega. A ello lo puede empujar la persecución de que es objeto, en su incontrolado afán de afirmar su "verdadero" sexo, el que realmente siente y vive. Todo ello determina que el transexual sea presa de una permanente perturbación síquica.

En el ordenamiento jurídico italiano se recurre al art. 32 de la Constitución, que garantiza la tutela de la salud, como uno de los argumentos esgrimidos, antes y después de la ley de 1982 que regula el cambio de sexo, para sostener la necesidad de permitir dicha transformación de la identidad del sujeto.

Si bien en la actualidad la mayoría de los autores no consideran al "transexual" como un "enfermo" en el sentido tradicional del término, ello no significa que goce de perfecta salud, entendida ésta como bienestar integral. Es por esta situación que se utiliza el argumento de devolver la salud al "transexual" para viabilizar las intervenciones quirúrgicas destinadas a eliminar la disociación o contraposición existente en su personalidad entre el aspecto somático, de una parte, y el síquico, de la otra. Estas operaciones permiten superar el estado de anormalidad sicológica en que vive el sujeto, al conciliar el aspecto somático con el síquico. De obtenerse este resultado se lograría que desapareciese una

atormentada situación y que el sujeto alcanzase, por ende, el bienestar deseado.

Como Patti lo hace notar, "el deseo invencible del transexual de obtener el reconocimiento en cuanto que pertenece al otro sexo se expresa, de su parte, en la voluntad de someterse a una intervención quirúrgica demoledora y reconstructiva que opere, en lo que fuere posible, la transformación anatómica de los órganos genitales"[65]. Esta operación es apreciada por el transexual como una liberación en cuanto "la presencia del órgano genital del sexo rechazado origina disgusto y estados de grave sufrimiento y de profunda angustia"[66]. Es la lucha del transexual por hacer patente su "verdad personal" en lo que atañe a la proyección de su personalidad. Es decir, de hacer valer su identidad personal.

De acuerdo con el actual desarrollo de la ciencia, se suele generalmente admitir que el síndrome del "transexual" no puede ser eficazmente superado mediante terapias hormonales ni tampoco con sesiones de sicoterapia, al menos en los transexuales adultos. Se reconoce que sólo a través de operaciones quirúrgicas se puede llegar a resultados satisfactorios, como se ha verificado en la mayoría de los casos sometidos a dicho tratamiento. El transexual exige la adecuación de su apariencia genital externa con su sexo sicosocial, con aquel vivido y sentido. La experiencia también demuestra que, en la mayoría de los casos, el "transexual" que ha sido sometido a una intervención quirúrgica, está capacitado para tener relaciones sexuales con una persona del sexo opuesto. Es decir, con un sujeto del sexo al cual el "transexual" estaba originalmen-

65 Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 129.

66 Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 129.

te adscripto de conformidad con el registro del estado civil[67]. Se excluye, obviamente, la posibilidad de procrear.

No todos los autores ni la jurisprudencia han acogido el derecho que tiene el transexual a disfrutar de salud integral. En efecto, se ha contrapuesto a este derecho aquel otro, más general, de respeto a la persona humana. En este sentido, la Corte de Casación italiana, mediante sentencia 515 del 20 de junio de 1983 encontró un contraste entre los arts. 1°, 2° y 3° de la ley 164 de rectificación de sexo, del 14 de abril de 1982, con dicho principio general[68]. Este hecho originó que la Corte de Casación expresara sus dudas sobre la constitucionalidad de esta ley. El debate suscitado sobre esta cuestión concluyó cuando la Corte Constitucional, mediante sentencia 161 del 24 de mayo de 1984, declaró inadmisible el planteamiento de inconstitucionalidad de la mencionada ley de rectificación de sexo[69].

En relación con el debate en torno a la constitucionalidad de la ley 164, se ha observado que no es comprensible cómo el derecho a la salud y la identidad personal de un sujeto que de modo radical "rechaza su propia estructura física como extraña a sí mismo, pueda ser tutelada impidiendo una adecuación física y jurídica tal de permitir la superación de un estado que... compromete grandemente su rol social y coacta cualquier aspiración"[70].

[67] Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 32 y siguientes.

[68] La sentencia se publicó en "Giustizia Civile", 1983-I-3242, con nota de Finocchiaro.

[69] El fallo se publicó en "Foro Italiano", 1985-I-2162, con nota de Moccia.

[70] Coco, Marco, *Transessuale coniugato con prole: un'ipotesi ancor più complessa di mutamento di sesso*, en "Giurisprudenza di Merito", 1987-660.

Se argumenta, en fin, que el cambio de sexo se justifica en cuanto no se trataría de una libre y arbitraria decisión del transexual, sino "como una consecuencia de terapias y de intervenciones quirúrgicas dirigidas a secundar una tendencia natural, o para evitar efectos negativos sobre la salud como, por ejemplo, una grave neurosis, o sobre el comportamiento de la persona" [71].

Tratándose del Perú, en lo que atañe a la salud, aparte de recurrir al amplio y paradigmático contenido del art. 4° de la Constitución, tantas veces mencionado, cabe también referirse a la prescripción del art. 15 de la Carta Magna. En este numeral se tutela la "salud integral" de las personas. En efecto, de acuerdo con el texto del art. 15 "todos tienen el derecho a la protección de la salud integral". Como se aprecia de la transcripción que hemos efectuado, este artículo se refiere expresamente a la "salud integral" noción que coincide con la de salud "sicofísica" y, ciertamente, con la de bienestar integral según lo conceptuado por la Organización Mundial de la Salud.

§ 70. ***El cambio de sexo y el derecho-deber a procrear.*** – El cambio de sexo comporta una grave consecuencia en lo que se refiere al derecho a procrear. La mutación sexual que se experimenta, como consecuencia de una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva impide, dentro del desarrollo científico actual, que el sujeto pueda procrear. Esto significa, por tanto, que el "transexual", al solicitar la adecuación quirúrgica de sus órganos genitales, está renunciando a un derecho fundamental como es el que está representado por su capacidad

[71] Chaves, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1981-I-64.

de procrear. Ello constituye un aspecto muy importante de la problemática en torno a los derechos de la persona si nos colocamos, como en todas las situaciones jurídicas subjetivas, dentro de una perspectiva social. Es interés primordial de la humanidad mantener la especie, la misma que se vería amenazada en un mundo en el cual fuesen hipotética mayoría los transexuales sometidos a operaciones quirúrgicas de transformación sexual.

El problema del cambio de sexo no sólo está intimamente ligado con el derecho a la libertad personal, o derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que también lo está con la situación jurídica subjetiva relativa a la procreación. El primero de estos derechos fundamentales, que reconoce como límite el representado por el interés social, avalaría la posibilidad de optar por una especial vivencia existencial, siempre que ella se mantuviera dentro del indicado confín. De otra parte, sin embargo, la mutación de sexo se encuentra también en estrecha conexión con el derecho-deber referente a la procreación. Es interés primario del género humano la conservación de la especie y poblar, racional y planificadamente, el planeta en que vivimos.

Como repetidamente se ha puesto de manifiesto a través del presente trabajo, toda situación jurídica subjetiva no sólo atiende al derecho subjetivo de la persona facultada sino que también en ella están presentes los intereses, los derechos subjetivos de los demás, en alguna medida y según los casos. Tratándose de la situación jurídica subjetiva relativa a la procreación, observamos que al lado del derecho fundamental a procrear, a perpetuarse genéticamente, existe el derecho de los demás a que el sujeto no renuncie a este derecho esencial en tanto ello iría contra el interés de la humanidad de conservar la especie humana. Al haber dejado atrás la concepción de los derechos subjetivos absolutos, es

conveniente precisar los linderos dentro de los cuales se puede ejercer cualquier pretensión subjetiva.

§ 71. ***El derecho a la integridad sicosomática y el cambio de sexo.*** – En principio, el sujeto puede disponer de su cuerpo dentro de ciertos precisos límites referidos a la integridad física, la conservación de su salud y el respeto al orden público y las buenas costumbres, es decir, sin dejar de tener en cuenta el interés social. Nuevamente nos encontramos con una situación jurídica subjetiva en la que se equilibran, en distinta medida según el caso, el interés privado y el interés público, el derecho y el deber.

Dentro de la legislación comparada, el art 5° del Cód. Civil italiano prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Algunos autores consideran que las intervenciones quirúrgicas de adecuación de los órganos genitales exteriores no pueden considerarse como contrarias al orden público o a las buenas costumbres, por lo que el problema se concretaría a saber si, de acuerdo con la evolución científica no "se imponga una ampliación del concepto de integridad física para incluir la no menos importante noción de integridad síquica"[72].

Dentro de esta perspectiva, el art. 6° del Cód. Civil peruano regula el derecho a la integridad sico-

[72] El art. 6° del Cód. Civil peruano de 1984, al igual que el art. 5°, se refieren expresamente a la "integridad física". Ello en virtud de que el art. 2°, inc. 1°, de la Constitución de 1979 alude, dentro de los derechos de la persona, a la integridad "física". En la Exposición de motivos del mencionado Código se aclara, sin embargo, que "al mencionarse la integridad física debe entenderse que ella se refiere al cuerpo, es decir, a la inescindible unidad sicosomática". Cfr. Fernández Sessarego, *Derecho de las personas*, p. 43.

somática al disponer, excepcional y negativamente, que "los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres"[73].

No obstante lo preceptuado, el mencionado dispositivo prescribe que son válidos los actos de disposición que supongan una disminución permanente, si es que son motivados por un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Estos actos excepcionales tienen como claro límite el deber de conservar la propia salud, que es el correlato de un interés social de que cada persona se encuentre en óptimas condiciones para contribuir al bien común. De ahí que el art. 7° del Cód. Civil peruano señale que la cesión de órganos o tejidos que no se regeneran no "debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante"[74].

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, tal como se ha señalado (ver § 67), encuentra en la situación jurídica subjetiva atinente a la integridad física un decisivo argumento que oponer al denominado cambio de sexo. Se sostiene, por los autores que participan de dicha corriente doctrinaria, que las intervenciones quirúrgicas, dirigidas a eliminar la disociación entre lo somático y lo síquico, "terminan por complicar la anormalidad del sujeto". Para este sector de la doctrina tales

[73] Fernández Sessarego, *Derecho de las personas*, p. 51 y siguientes.

[74] El art. 7° del Cód. Civil peruano dice: "La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante".

operaciones sólo logran atribuir al sujeto, de modo "parcial y sustancialmente aparente", un sexo diverso al originario. De otra parte, lo que se logra con dichas intervenciones es privarlo irreversiblemente de la función endocrina y de la capacidad procreativa, lo que significa una disminución grave y permanente de la integridad física.

Los opositores a las intervenciones quirúrgicas destinadas a lo que consideran un aparente cambio de sexo, estiman que en base a la situación jurídica subjetiva relativa a la integridad física, tal como se ha remarcado, no es lícito privar a la persona de su función endocrina y de su consiguiente capacidad procreativa. Se trata de una función fundamental destinada a conservar la especie humana, por lo que el derecho subjetivo a disponer del propio cuerpo está limitado por este específico interés social. De ahí que cada sujeto, frente al interés de orden público antes mencionado, tiene el deber de no realizar actos de disposición de su propio cuerpo en cuanto puedan significar la pérdida permanente de una importante función del ser humano.

Este sector de la doctrina sustenta su posición en los textos constitucionales y civiles de diversos países en los cuales se tutela la integridad sicosomática. En el Perú, aparte de los dispositivos del Código Civil antes referidos, el art. 2°, inc. 1°, de la Constitución protege la integridad "física", comprendiéndose en ella, obviamente, la plena capacidad de la función procreativa. De ahí que, si se considerara al sexo como una "fatalidad biológica", sería jurídicamente impracticable el cambio de sexo.

Frente a este planteamiento, que coloca el acento en el aspecto biológico o somático de la persona, se alza aquella posición, a la cual ya nos hemos referido, en el sentido de que el sexo no es sólo un fenómeno somático sino que debe atenderse en este caso, de modo preferente, a la vertiente síquica del

sujeto. Esta confrontación hace que el problema no encuentre una fácil, pacífica y concorde solución.

En el caso del cambio de sexo se presenta un claro conflicto entre diversos derechos de la persona. Esta circunstancia no es extraña en esta delicada y sensible área de la disciplina jurídica. Hemos tenido oportunidad, en otro lugar (ver § 36), de enfrentarnos a situaciones similares, de contraste entre algunos derechos de la persona. Uno de los más agudos es, sin duda, el que se presenta entre el derecho a la identidad personal, de una parte, y el derecho a la información, de la otra. En el caso del cambio de sexo asistimos también, como se ha expresado, a la confrontación entre distintos derechos de la persona.

El conflicto de derechos, en la específica situación relativa al cambio de sexo, es ostensible. De un lado la persona reclama, basada en el fundamental derecho a la libertad personal, que se le permita acceder al libre desenvolvimiento de su personalidad, dentro de los límites del interés social y los principios éticos dominantes en una comunidad dada. El sujeto exige también hacer efectivo su derecho a la salud, a fin de alcanzar un estado de equilibrio emocional, de tranquilidad síquica, que lo conducirá a disfrutar de una sensación de bienestar integral. Frente a los dos derechos antes mencionados, que sustentarían la posibilidad de recurrir a intervenciones quirúrgicas demoledoras-reconstructivas, dirigidas a obtener un cambio somático para adecuar el cuerpo a una decidida tendencia sicológica, se alza la situación jurídica subjetiva relativa a la integridad física, dentro de los alcances que han sido precedentemente enunciados.

La posición que se adopte frente al conflicto de derechos antes referido depende o está condicionada por los supuestos que se utilicen como fundamentos para una coherente argumentación. Si se

parte del punto de vista de considerar al sexo como una realidad somática inmutable, es lógico derivar de ello que cualquier intervención quirúrgica tendiente a obtener como resultado un cambio de sexo es del todo irrelevante. Dicha operación, como se ha señalado, tiene efectos meramente plásticos, que inciden en la apariencia exterior, pero que no producen una auténtica mutación sexual. A través de tales intervenciones, se sostiene, no se logra el anhelado cambio de sexo originario. Por lo demás, se alega que dichas operaciones lesionan la integridad sicosomática del sujeto, en tanto lo privan de su capacidad procreativa.

Por el contrario, si el supuesto del cual se parte es aquel que considera que el sexo se constituye, de modo preeminente, como un fenómeno síquico, que responde por tanto a las inclinaciones, sentimientos, actitudes y costumbres de cada persona, el cambio de sexo es una exigencia, un interés personal prevaleciente. Para ello, encuentran como fundamento el derecho del sujeto al libre desarrollo de su personalidad que la Constitución y el Código Civil garantizan. Si esto es así, la intervención quirúrgica, que es una adecuación de los órganos genitales a dicho raigal sentimiento de la persona, no atenta ni lesiona la integridad sicosomática. Por el contrario, dicha intervención quirúrgica resulta sicológicamente liberadora para el sujeto. La persona obtiene, a través de ella, una sensación de bienestar, que significa, en última instancia, adquirir un estado de equilibrio y una estabilidad sicológica. Ello supone, por tanto, disfrutar de una sensación de bienestar integral, lo que equivale a un genérico concepto de salud.

Si nos colocamos dentro de esta específica óptica, la intervención quirúrgica destinada a lograr un cambio de sexo, aunque éste no fuere radical desde un punto de vista biológico, tendría como resultado

que el sujeto, sometido a dicha intervención, demoledora y reconstructiva de los órganos genitales, adquiriese una "integridad sicológica" de la que no disfrutaba al no sentirse identificado con su sexo de origen. Dentro de esta visión, la "integridad síquica" responde y equivale a un profundo convencimiento de pertenecer al género opuesto a aquel con que la naturaleza originariamente lo signó.

De todo lo anteriormente expuesto se ha podido percibir parte de la compleja problemática en torno a la identidad sexual, derecho que conlleva al excepcional cambio de sexo, casuísticamente considerado, dentro de determinados límites que responden al interés social. En otros términos, la aspiración o interés personal al cambio del sexo de origen debe enmarcarse dentro de precisos linderos, procurando no lesionar el derecho de los demás que podría ser afectado por dicho cambio. Nos referimos, como ejemplo, a los efectos que tal mutación sexual origina en el seno de la familia.

§ 72. ***Derecho a la intimidad y cambio de sexo.*** – En doctrina y en jurisprudencia se ha planteado el problema relativo a si un transexual debe ser tutelado en lo que concierne a la intimidad de su vida privada. Un sector mayoritario considera que el transexual, como cualquier otro sujeto, debe ser protegido en lo que atañe a la esfera de la reserva de su vida íntima. No obstante, no puede ocultarse que este asunto plantea un "delicado problema de equilibrio entre exigencias de tutela de la intimidad del sujeto que ha cambiado de sexo, de un lado, y exigencias de certeza para los terceros en lo que concierne al desarrollo de las relaciones jurídicas, del otro"[75].

[75] Mantovani, Manuela, *Norme in materia di rettificazione di*

La ley italiana 164 sobre rectificación de sexo, del 14 de abril de 1982 establece en su art. 5º que las partidas del estado civil que expidan, por el organismo competente, referidas a la persona del transexual sometido a un procedimiento judicial de rectificación de sexo deben contener tan sólo la indicación del nuevo sexo y nombre. Con esta prescripción el legislador italiano pretende cancelar el pasado del transexual, en tanto se supone que si se revelara su problemática continuarían, en parte, los inconvenientes que tuvo que afrontar antes del cambio de sexo. No hay pues duda en lo que concierne a la configuración de un derecho a la reserva de la vida privada en favor del transexual, sin que ello suponga que no existan ciertos límites en el ejercicio de este derecho. Toda la problemática del transexual gira en torno a su exigencia existencial de vivir y de ser socialmente reconocido con el sexo al que siente pertenecer[76].

Esta solución, que protege la intimidad del sujeto que ha cambiado de sexo, ha sido criticada por otro sector de la doctrina. Se sostiene que quien contrae nupcias con un sujeto que ha cambiado de sexo tiene derecho a saber si podrá tener descendencia, lo que ciertamente no será posible en esta específica situación. Uno de los fines del matrimonio es, ciertamente, el tener hijos, lo que se frustraría en el caso bajo comentario, por lo que no cabe mantener al cónyuge en la ignorancia. La tutela de la intimidad del transexual acarrea el sacrificio de apreciables intereses de terceros a conocer la verdad.

---

atribuzione di sesso, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-II-13.

[76] Patti, Salvatore, *Sul diritto alla riservatezza della persona transessuale*, en "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", 1986-906.

Algún autor, frente a la observación formulada en el párrafo anterior apunta que en la mencionada situación, el cónyuge que ha contraído matrimonio con el transexual podrá hacer valer los remedios previstos en el Código Civil italiano, como sería el solicitar la anulación del matrimonio por error sobre "la calidad esencial del cónyuge en sí mismo"[77]. La norma recurrida es el art. 122 de dicho Código que disciplina el error sobre la condición del cónyuge debido a la existencia de "una enfermedad física o síquica o de una anomalía o desviación sexual, tal de impedir el desarrollo de la vida conyugal". Es evidente que en este caso la tutela de la intimidad no puede significar el sacrificio de los intereses tutelados de modo general por el ordenamiento jurídico[78].

Existe jurisprudencia comparada a través de la cual se percibe la tendencia anteriormente puesta de manifiesto la que, sin embargo, tiene en cuenta los límites del derecho. Se cita así, entre otras, una sentencia del Tribunal en lo penal de Livorno que se ocupó de un caso de divulgación de noticias periodísticas sobre el pasado de un transexual que había obtenido una sentencia de rectificación de sexo. El recurrente había solicitado en su demanda una reparación por la ofensa al honor que se le había inferido con tal hecho, y reclamaba también por lo que consideraba una ilegítima invasión a la esfera de su

[77] Coco, *Transessuale coniugato con prole*, en "Giurisprudenza di Merito", 1987-662.

[78] El matrimonio de la persona, que a través de una intervención quirúrgica, ha adquirido legalmente el derecho a que se le reconozca como perteneciente al sexo contrario al biológico, conlleva también un problema moral. En opinión de Varga –que no admite el llamado cambio de sexo– el matrimonio de dichas personas, si bien legalmente no es entre homosexuales, en la realidad lo es entre personas pertenecientes a un mismo sexo, por lo que, desde el punto de vista moral, no encuentra justificación alguna. Varga, *Bioética. Principales problemas*, p. 253.

privacidad. El Tribunal amparó la demanda en lo concerniente a la tutela de la intimidad de la vida privada pero la desestimó en el extremo referido a una supuesta ofensa al honor del reclamante.

La ley sueca del 21 de abril de 1972 es mucho más tajante y clara que la ley italiana, antes aludida, en lo que atañe a la tutela de la intimidad del transexual que se ha sometido a un cambio legal de sexo. El art. 7º de la referida ley expresa que quien de alguna manera ha tenido intervención en el procedimiento judicial correspondiente, está impedido de pronunciarse sobre todo cuanto ha sido de su conocimiento sobre la vida privada del interesado. El dispositivo contiene una sanción para la persona que incumpla el mandamiento de la ley e indica que "quien contraviene la prohibición conscientemente o por negligencia es penado con una reparación civil o con la cárcel hasta por un año". En lo que concierne al procedimiento se señala que la acción tendrá lugar como consecuencia de una querella interpuesta por el interesado o de oficio si el interés público exige una acción penal.

Son explicables las diferencias que se advierten entre la ley italiana y la sueca, en lo que concierne a la intimidad de la vida privada del transexual. Debe recordarse, a este propósito, que la ley italiana (ver § 82) permite la mutación de sexo de personas casadas y no exige que el que se somete a las intervenciones del caso carezca de capacidad de procreación. La ley sueca es estricta en lo que se refiere a la protección de la intimidad de la vida privada del transexual que se somete a un procedimiento judicial de cambio de sexo. Para esta última ley, como más ampliamente se verá en su lugar (ver § 79), son requisitos para la mutación de sexo que el interesado sea soltero e incapaz de procrear. Esto supone que el interesado, si no tiene una congénita deficiencia para generar, deberá ser esterilizado.

§ 73. *Cambio de sexo y orden público.* – Dentro de la esencial y compleja compenetración existente entre los derechos de la persona, en la medida que todos ellos se refieren a un solo y mismo ser, debemos advertir la relación que existe entre la identidad personal, en cuanto interés prevalecientemente subjetivo, y la necesidad del preeminente interés público representado por la exigencia de certeza en lo que concierne a la identificación del sujeto. Es así fácil apreciar cómo el derecho a la identidad personal se constituye como una situación jurídica subjetiva dentro de la cual confluyen el interés personal y aquel otro de orden público y social.

Es de interés social la identificación estática de las personas para poderlas ubicar e individualizar dentro de la sociedad. Esta identificación se materializa frecuentemente a través de las partidas que, relativas a cada sujeto, aparecen en el registro del estado civil. Los datos que ahí figuran deben corresponder a la verdad personal para satisfacer la exigencia comunitaria de certidumbre en lo que concierne a la identificación del sujeto.

El interés público relativo a la exigencia de certeza en las relaciones intersubjetivas, comprende otros aspectos que no pueden ser descuidados cuando se indaga por soluciones jurídicas adecuadas al problema de la mutación de sexo. Existe una variada gama de consecuencias, en las que está en juego el interés público, como son las que se contraen al matrimonio, al servicio militar, a las sucesiones, a los casos de internamiento hospitalario o penitenciario, a las relaciones de trabajo, entre otras situaciones que requieren de certeza.

Existe, sin duda y como se ha remarcado, un innegable e insoslayable interés del ser humano en lo que atañe a la afirmación y reconocimiento social de su identidad personal, de la cual constituye ele-

mento integrante la identidad sexual. Pero, y del mismo modo, en cuanto se trata de una situación jurídica subjetiva y en la medida que no existen derechos subjetivos absolutos, se observa una gravitación del interés social y público en lo que concierne al derecho a la identidad personal. Ello obliga al legislador y al juez, en su caso, y como ocurre en todas las situaciones jurídicas subjetivas, a buscar un justo equilibrio entre los intereses en juego, teniendo presente que la sociedad y el Estado están al servicio de la persona.

En todo caso es conveniente recordar que no siempre la declaración del hecho del nacimiento recoge, en forma correcta, la información en cuanto al sexo de la persona. Nos referimos a los casos de intersexualidad donde la morfología genital exterior no está definida y es necesario esperar la evolución natural del sujeto y, si fuera el caso, la ayuda de intervenciones médico-quirúrgicas tendientes a definir el sexo. Es obvio que en estas situaciones la certeza es cuestionable.

El caso de los transexuales es diferente. Aunque la mutación sexual no es involuntaria, como en las situaciones de intersexualidad, sino que, por el contrario, obedece a una libre opción del interesado, esta decisión debe, precisamente atendiendo a razones de orden público, ser judicialmente autorizada, luego de un procedimiento en el que se compruebe, a plenitud, que se ha producido en el transexual la aproximación o avecindamiento de la morfología de los órganos genitales externos a aquellos del sexo al cual sicosocialmente se aspira. Por razones de orden público, por necesidad de certeza jurídica, todo cambio de sexo debe ser previamente autorizado por el órgano jurisdiccional del Estado y, consecuentemente, ser inscripto en los registros del estado civil. En este sentido se pronuncia la legislación comparada en la materia.

E) El cambio de sexo y las relaciones familiares

§ 74. *Problemática familar del transexual.* – Uno de los graves problemas, no sólo de carácter privado sino también de orden público que se derivan del cambio de sexo, es aquel que se relaciona con las repercusiones, a todas luces negativas, que éste conlleva en lo tocante a las relaciones familiares. Nos referimos a la situación que se puede presentar cuando la persona que se somete a una intervención quirúrgica, destinada a lograr una mutación de sexo, está casada y tiene descendencia o, sin haber contraído matrimonio, tiene hijos.

El problema planteado supone el despejar varios interrogantes. La cuestión previa, de aceptarse la posibilidad jurídica de cambiar de sexo dentro de ciertas específicas circunstancias y de acuerdo con muy precisos requisitos –como ocurre en la legislación comparada–, es la de saber si una persona casada podría, en principio, proceder legítimamente a un cambio de sexo. Ésta es la temática medular a la cual debe atenderse de modo preferente y previo. Es importante, por ello, sopesar cuidadosamente los conflictos de intereses que una pretensión de tal naturaleza ha de desencadenar y, de ser el caso, brindarle una justa y adecuada solución jurídica.

Si se admite que el transexual tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad y alcanzar la normalidad en cuanto a su salud se refiere, no puede perderse de vista el interés genérico que frente a estos pretendidos derechos tiene la humanidad, entendida como el sujeto colectivo de la máxima dimensión, y, específicamente, los miembros de su familia, como es el caso del cónyuge y de los hijos.

Bajo tales supuestos, y en la hipótesis de que la ley facultase al transexual casado a adecuar su sexo

originario a aquel que "siente", cabe inquirir sobre si el cónyuge del transexual tendría derecho a solicitar el divorcio o si, por el contrario, la sentencia que acogiese dicho cambio de sexo disolvería automáticamente el matrimonio. Esto en cuanto se refiere a las relaciones conyugales, ya que podríase también preguntar sobre la incidencia del cambio de sexo en lo concerniente a las relaciones con los hijos. Todos estos interrogantes se formulan como hipótesis de trabajo, ya que se supone que, de admitirse jurídicamente el cambio de sexo y de dictarse una ley al respecto, el legislador debería necesariamente afrontar esta temática salvaguardando el derecho de la familia.

Es fácil comprender las muy graves consecuencias que para la vida familiar, protegida por las diversas constituciones que rigen a los Estados del planeta, tendría el facilitar al transexual casado, en mérito a causales sobrevinientes al matrimonio, el cambio de sexo. Aparte de la destrucción de la vida familiar se lesionaría el derecho del cónyuge y el de los hijos, en particular si son menores de edad.

La sicología contemporánea ha demostrado, de modo fehaciente, que el niño para desarrollarse equilibradamente necesita vivir en un ambiente sereno, en el cual se sienta afectivamente acogido. El niño, desde los primeros días de nacido requiere, para su armónico despliegue sicológico, el contar con elementos parentales bien definidos. En otros términos, el niño necesita tanto de la madre como de la figura paterna. Exige de una familia bien constituida.

La posición expuesta explica que en los últimos tiempos se prefiera otorgar a los niños huérfanos y a los moral o materialmente abandonados, lo que suele designarse como un "hogar sustituto". La idea del orfelinato ha sido superada, ya que en este ambiente el niño no puede suplir su exigencia exis-

tencial de afecto proveniente de "un" padre y de "una" madre.

No es el caso referirse en este lugar a la biografía de muchos delincuentes o inadaptados sociales que no lograron superar su carencia afectiva en los años decisivos de su infancia.

Si, por un lado, el cónyuge ve frustrado su matrimonio, del otro, los hijos menores quedarán desconcertados frente a la mutación sexual del padre o de la madre. De repente, sin comprenderlo, tendrán dos padres o dos madres, según el caso. Es fácil imaginar el daño que en la formación del niño puede producir esta insólita situación. El problema no se reduce, por cierto, a que el juez pueda, llegado el caso hipotético, determinar a quién corresponde la tenencia de los hijos menores o fijar las reglas de las visitas y aquellas concernientes al mantenimiento de los mismos. No se trata de manipular objetos inanimados e insensibles. La situación, como es fácil percibir, es mucho más profunda y preocupante. Ello obliga a tener muy en cuenta este aspecto en lo que atañe a un posible cambio de sexo de una persona casada.

Por otro lado, no puede perderse de vista que las soluciones de la legislación comparada que permiten la posibilidad de una adecuación quirúrgica de los genitales exteriores a los del sexo opuesto al originario, es decir, al sexo sentido y vivido por el transexual, configura una noción de identidad sexual de la persona que no está dirigida a la prolongación de la especie. Como señala Pezzini, esta situación se refleja en el matrimonio en tanto éste, que exige la heterosexualidad, pierde esta característica ya que, al considerar la ley como disuelto automáticamente el matrimonio del transexual, le permite volverse a casar con un sujeto del sexo al cual originariamente pertenece el transexual. El matrimonio, de este modo y como lo señala la autora, ya

no estaría fundado sobre la diferenciación sexual que posibilita la procreación[79].

§ 75. ***SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA DEL TRANSEXUAL Y SU INCIDENCIA FAMILIAR.*** – Para comprender esta preocupante problemática debe tenerse en cuenta que, como hemos insistido en diversos pasajes de este trabajo, no existen derechos subjetivos "puros y absolutos", tal como lo considera una tradición de raíz netamente individualista. El derecho, en tanto fenómeno coexistencial o social, se despliega en un plano intersubjetivo. Es su razón de ser. De ahí que todo derecho subjetivo, como se ha señalado, debe atender, en diversa medida, según los casos y circunstancias, al interés social. Todo derecho subjetivo es así, en última instancia, un derecho-deber del titular al que corresponde un deber-derecho del obligado. Si bien en el caso del facultado el derecho subjetivo es lo preeminente, no está ausente en su "situación" un deber frente a los demás. De otro lado, en el supuesto del obligado, si el deber es lo definitorio, no puede prescindirse en su "situación" de un cierto derecho frente al acreedor.

¿Cuál sería la "situación jurídica subjetiva" del transexual de acuerdo con lo anteriormente bosquejado? Si se admitiera la posibilidad del cambio de sexo como derecho a definir la propia identidad personal, en concordancia con los derechos a la libertad personal y a la salud de que goza toda persona, es necesario determinar los alcances de esta específica "situación jurídica subjetiva". De un lado, tenemos la facultad de la persona a ser "ella misma", es decir, a definir su identidad personal en lo que concierne a su proyección social. La persona aspira a ser vista, tratada y considerada como del

[79] Pezzini, Barbara, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1984-II-472 y 473.

sexo que "siente", según el cual vive y se comporta, y no bajo la óptica de su sexo registral.

Pero, dentro de la situación jurídica subjetiva expuesta, en la cual se ha perfilado el aspecto definitorio concerniente a la facultad jurídica, es dable preguntarse por el correlativo derecho que los demás podrían alegar frente a tal derecho subjetivo. O, en otros términos, por el deber que, dentro de su específica situación jurídica subjetiva, le es atribuido al facultado en tanto el derecho es "intersubjetividad".

En este aspecto, aparte del genérico derecho del sujeto colectivo "humanidad", al cual se ha hecho referencia, es necesario contemplar preferentemente el derecho que corresponde al cónyuge y a los hijos en el caso que el transexual sea casado. Es evidente que el derecho al cambio de sexo, de ser reconocido, no puede ser absoluto. Tiene que admitir las limitaciones impuestas por el derecho de los demás, por el interés social, por el orden público.

El matrimonio comporta una trama de recíprocos derechos y deberes entre los cónyuges, que no es el caso recordar en esta ocasión. Es dable imaginar cuántos de ellos se verían lesionados si uno de los cónyuges decidiese el cambio de sexo, si ello fuese jurídicamente posible. Esta actitud unilateral produciría en el otro, aparte de la frustración de su proyecto de vida, de ser el caso, un posible abandono material. En síntesis, acarrearía un daño a la persona, variable según la situación y las circunstancias.

La actitud del transexual decidido a definir su identidad sexual como diversa a la originaria produce también, simultáneamente, la lesión del derecho de los hijos menores de contar con sus elementos parentales debidamente definidos y sexualmente identificables. El hecho de asistir a un cambio de

sexo de uno de sus progenitores puede desencadenar en ellos consecuencias síquicas de imprevisible magnitud que los expertos deberían evaluar.

Lo hasta aquí expuesto, en cuanto a las relaciones familiares del transexual, nos permite afirmar que frente al derecho de éste a definir su identidad se yergue, a su vez y dentro de la misma situación jurídica subjetiva, el derecho que asiste al cónyuge y a los hijos menores de evitar, en lo posible, los daños que la consumación de tal evento les acarrearía. Así ha sido comprendido por los legisladores suecos y alemanes, en tanto que en las leyes de sus respectivos países se establece, como requisito previo para el cambio de sexo, que el solicitante sea soltero. De este modo, se protege a la familia del transexual de los nocivos efectos que comportaría una mutación de sexo. En estas legislaciones, frente a un conflicto de intereses, se ha privilegiado el interés de la familia frente al del transexual. De otro modo no se explicaría la limitación impuesta.

Tratándose de la ley alemana es del caso señalar que contiene dos distintas soluciones al problema del transexual. Mediante la primera, a solicitud del recurrente, sólo se le autoriza al cambio de sus prenombres en los registros públicos correspondientes. La segunda solución le facilita la posibilidad que, previa una intervención quirúrgica, se declare el cambio de sexo después de cumplirse determinados y muy precisos requisitos (ver § 80).

En el primer caso, el cambio de prenombres no incide sobre el matrimonio en el sentido de que el vínculo puede subsistir válidamente, si existiese un acuerdo entre los cónyuges. No obstante, según las circunstancias, podría también ocasionar la anulación del matrimonio por error o el divorcio por "inexigibilidad de la convivencia" o por no haberse consumado el matrimonio. Para la segunda solución, o sea para el cambio del sexo además del pre-

nombre, la ley alemana exige que el solicitante sea soltero.

El proyecto de ley holandés, al igual que los dispositivos normativos sueco y alemán, exige también que el recurrente no sea casado y que se encuentre simultáneamente incapacitado de procrear.

En Italia, contrariamente, se permite el cambio de sexo del transexual casado y, extrañamente, se deja sin tutela alguna –al menos temporalmente– tanto al cónyuge como a los hijos menores, situación que ha merecido la justa y acertada crítica de un sector de la doctrina.

§ 76. ***Soluciones propuestas por la legislación comparada.*** – Un aspecto importante que debe contemplarse, tratándose del transexual casado, es el que se relaciona con los efectos que tal hecho ha de producir en cuanto al matrimonio. El cónyuge afectado por el hecho del transexualismo de su pareja puede encontrarse frente a dos diversas hipotéticas situaciones. En primer término, que las tendencias sicológicas del transexual fuesen una experiencia sobreviniente al matrimonio, circunstancia que, por lo demás, difícilmente suele presentarse.

En efecto, la experiencia médica demuestra que el fenómeno de la transexualidad se presenta desde la tierna infancia –tres o cuatro años de edad– y suele eclosionar, de manera manifiesta, en el período de la adolescencia, a diferencia de lo que acontece con el fenómeno de la isosexualidad que sí puede presentarse como un hecho sobreviniente al matrimonio. Tan es cierto esto que el art. 333, inc. 9°, del nuevo Código Civil peruano de 1984 contempla la homosexualidad sobreviniente al matrimonio como causal para la separación de cuerpos y el consiguiente divorcio, llegado el caso. Ello, por lo demás, nos hace pensar que no podría alegarse la separación de cuerpos si esta situación fuese anterior

al matrimonio y presumiblemente conocida por la pareja.

No es fácil imaginar, por las características propias de la personalidad del transexual, el que una persona no advierta, antes del matrimonio, esta lacerante realidad del sujeto. La obsesión del transexual le impide, en principio, disimular su estado de ánimo, su decidida inclinación sicológica. Por ello se halla muy distante de su decisión el contraer matrimonio con un ser del género opuesto al que le es biológicamente originario antes de su mutación sexual. De ahí que, de ocurrir el extraño matrimonio de un transexual, es de presumir que su pareja no ignoraba este hecho y que, por lo tanto, contrajo un inexplicable matrimonio a sabiendas de la existencia de esta seria anomalía. De producirse tal matrimonio, es de presumir que no llegaría a consumarse, por lo que, desde la óptica del derecho canónico, sería jurídicamente nulo.

Tratándose de la segunda hipótesis, es decir, que a pesar de lo dicho, por una razón inexplicable, el cónyuge del transexual no hubiera advertido esta marcada tendencia de su pareja, estaría facultado para impugnar el matrimonio en base a que el consentimiento estuvo sujeto a error en la identidad de la persona o de error esencial sobre la calidad personal del cónyuge. Garutti y Macioce comparten esta solución que emerge del derecho comparado[80].

Para orientarnos en esta problemática es útil revisar, aunque fuere de modo somero, diversas soluciones propuestas que surgen de la reciente legislación comparada.

El primer asunto que definen las modernas leyes permisivas de cambio de sexo es el que concier-

[80] Garutti - Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-289.

ne al derecho que podría tener una persona casada para solicitar tal mutación. La ley sueca, del 21 de abril de 1972, frente a esta concreta situación adopta, tal como se ha indicado, una tajante y precisa solución en resguardo de los intereses familiares. El art. 3° de dicho cuerpo legal establece que la solicitud de cambio de sexo sólo puede ser formulada por un ciudadano sueco que no sea casado.

La ley alemana, del 10 de septiembre de 1980, más rigurosa y compleja que la anterior, es muy original en su sistemática ya que distingue claramente, como está dicho, dos diversas soluciones al respecto. La primera de ellas, designada por la doctrina como la "pequeña solución", se limita únicamente a regular el cambio del prenombre del transexual en el registro del estado civil. La otra, a la que se alude como a la "gran solución", contempla la modificación del nombre y, al mismo tiempo, regula el cambio o adecuación sexual mediante una intervención quirúrgica. La primera de dichas soluciones no está contemplada en la ley sueca ni en los países del *common law*.

Los requisitos para solicitar judicialmente alguna de tales soluciones son, obviamente, diversos. La ley alemana, en lo que concierne al asunto que nos ocupa, establece que para solicitar la "gran solución" el recurrente no debe ser casado. Así lo prescribe en su § 8.

La ley italiana del 14 de abril de 1982 no trae una disposición expresa sobre el particular, pero de la lectura de su art. 4° se colige que, a diferencia de las leyes sueca y alemana, no considera como requisito previo para el cambio de sexo el hecho de que el sujeto no esté casado. Este artículo prevé que la sentencia que acoge la rectificación de sexo produce la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles consecuentes a la transcripción del matrimonio celebrado con rito religioso.

Se ha calificado, con razón, como ambigua y carente de claridad procesal la redacción del citado dispositivo. Existen, en efecto, hasta tres posibles alternativas al respecto. La primera de ellas es que el tribunal debería proveer de oficio en cuanto a la disolución del vínculo, sin necesidad de solicitud alguna de parte del recurrente. La segunda hipótesis, por el contrario, supone que el interesado debe requerirla expresamente dentro de la misma acción de rectificación de sexo. Esta posición es acogida por el Tribunal de Roma, poco después de promulgada la ley, mediante sentencia del 3 de diciembre de 1982[81]. Una tercera alternativa postula como necesario iniciar una nueva y autónoma acción para, luego de producida la sentencia que aprueba la rectificación de sexo, obtener la declaración judicial de disolución del vínculo. Mantovani considera al respecto que esta última solución resulta la más adecuada, ya que es conveniente para una mejor tutela de los familiares del transexual la instauración de un juicio *ad hoc*[82]. En este mismo sentido se pronuncian Patti y Will[83].

En lo que concierne a las dudas suscitadas frente a la ambigüedad del mencionado art. 4º, se considera por un sector de la doctrina como más aceptable la solución expuesta en primer lugar, es decir, que el tribunal provea de oficio la disolución del matrimonio del transexual. Se estima que la certeza de las relaciones jurídicas y exigencias de orden público no admiten que se mantenga un matrimo-

81 La sentencia se publicó en "Giustizia Civile", 1983-I-996.

82 Mantovani, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-II-11.

83 Patti, Salvatore - Will, Michael R., *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, en "Nuove Leggi Civile Commentata", 1983-43.

nio entre dos personas que, luego de la sentencia de rectificación, pertenecen al mismo sexo. Por ello, en opinión de Dogliotti, no se podría hacer depender la disolución del vínculo de la voluntad de las partes [84].

Para la ley italiana, en consecuencia, la preexistencia de un vínculo matrimonial no impide que se pueda solicitar y obtener un cambio de sexo valiéndose de una previa intervención quirúrgica. Esta solución, como fácilmente se advierte, priva de tutela jurídica al cónyuge. En efecto, no se ha previsto ninguna específica medida sobre el particular. Por el contrario, dentro de un principio de economía procesal, la sentencia que acoge el cambio de sexo produce, según una correcta interpretación, la automática disolución del vínculo matrimonial. Pero, declarar la automática disolución del vínculo matrimonial no es, como resulta obvio, suficiente.

La ley italiana, que es muy breve y escueta, no ha previsto la solución de numerosos otros aspectos derivados de la disolución del matrimonio, como es el caso de la tenencia, educación y mantenimiento de los hijos menores. Para estos efectos deberán ciertamente aplicarse las normas del Código Civil, contemplándose la correspondiente casuística. Dentro de su parquedad la ley no ha previsto el procedimiento a seguir en esta materia. Ello está, por consiguiente, librado a la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia.

Si de suyo es discutible la admisión del cambio de sexo, lo es en mayor grado, dentro de la hipótesis de una solución afirmativa, el asunto relativo a facilitar o no la mutación sexual de una persona casada. Son muchas y poderosas las razones que se esgrimen para que ello no suceda. En todo caso, la

[84] Dogliotti, voz *Transessualismo*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, p. 789-790.

situación es problemática en la medida que, como ocurre con los derechos de la persona, nos hallamos ante un ostensible conflicto de intereses existenciales que hace muy difícil el encontrar una equilibrada solución jurídica que satisfaga encontradas posiciones. De una parte, tenemos los derechos al libre desarrollo de la personalidad del transexual, el derecho a su salud y a su identidad personal y, del otro, los opuestos intereses de raíz social. Entre éstos, cabe señalar el derecho a la integridad sicosomática, el derecho a procrear, los derechos que surgen del matrimonio, de la patria potestad.

En verdad, esta discusión tendría mucho de teórica en el caso de facilitarse el cambio de sexo de una persona casada ya que, como se ha advertido, la transexualidad es una situación socialmente perceptible cuyo origen se encuentra generalmente en los primeros años de existencia de la persona –tres o cuatro– y se hace manifiesta, de modo elocuente, con la pubertad y la adolescencia.

Cabe señalar que la Corte de Casación de Italia, mediante fallo del 20 de junio de 1983, criticó la solución propuesta por la ley de 1982[85], al considerar que ella trastocaba el orden natural de la sociedad familiar, con la consiguiente lesión a los derechos del cónyuge y de los hijos del transexual que quedarían expuestos, sin tutela alguna, a un cambio radical y dramático de la situación preexistente.

Algún autor ha observado, sin embargo, que la aplicación de la ley no resulta ser sino el "reconocimiento formal" de la fractura del núcleo familiar cuando más bien la situación preexistente vivida por uno de los cónyuges no permite la permanencia de la familia en sí misma[86].

[85] Esta sentencia se publicó en "Giustizia Civile", 1983-I-3242.

[86] Coco, *Transessuale coniugato con prole*, en "Giurisprudenza di Merito", 1987-661.

En lo que concierne a la protección de la prole, el mismo autor sostiene que subsisten las obligaciones familiares de índole material a cargo del transexual, tutela que desde un punto de vista moral resulta "ciertamente, mayormente asegurada, en la peor de las hipótesis, por el alejamiento del progenitor transexual, que de la forzada prosecución de una relación susceptible con toda probabilidad de efectos negativos"[87].

F) El cambio de sexo en el derecho comparado

§ 77. ***Disposiciones generales adoptadas por la legislación comparada.*** – La legislación comparada sobre el cambio de sexo, a la que haremos específica referencia en los párrafos siguientes, surge como consecuencia de la coincidente presencia de diversas circunstancias. Algunas de ellas se ubican en la esfera de los principios rectores de la sexualidad, apreciada a la altura del actual desarrollo científico, y otras dimanan de la propia realidad social que la normatividad debe regular según valores.

La legislación comparada, en lo que atañe al aspecto principista, supone la negación del postulado que sostiene la inmutabilidad sexual. Ello, a su vez, se fundamenta en la prevalencia otorgada por la legislación al elemento subjetivo, en lo que concierne al componente sexual, sobre aquel de carácter objetivo. Es decir, se privilegia el factor sicológico sobre el que atiende a la morfología genital exterior de la persona. Las leyes vigentes sobre la materia parten de esta base y tienden, en consecuencia, a facilitar, dentro de ciertos y muy precisos requisitos, la adecuación de los órganos genita-

[87] Coco, *Transessuale coniugato con prole*, en "Giurisprudenza di Merito", 1987-661.

les exteriores del transexual al sexo sicológico, de conformidad con su íntima vivencia, con su manera de "sentir" la sexualidad. Excepcionalmente, la legislación comparada permite tan sólo la modificación de los prenombres del transexual sin el previo requisito de una intervención quirúrgica de su morfología sexual.

La aceptación del hecho de la viabilidad jurídica de la mutación sexual no significa, sin embargo, que al privilegiarse la vertiente sicológica, se reconozca la posibilidad de un simultáneo cambio biológico, total y radical, del transexual hacia el sexo deseado y vivido. Lo que se pretende al autorizar el llamado cambio de sexo, y la consiguiente modificación de su estado y de su nombre en los respectivos registros públicos, es tan sólo la adecuación de los órganos genitales exteriores del transexual, generalmente a través de una intervención quirúrgica, a fin de eliminar una disociación entre el plano sicológico-vivencial y la apariencia física. Lo que se persigue es que el transexual se avecine, al máximo posible, en lo que concierne a su aspecto exterior, al sexo opuesto al que originalmente aparece registrado en su partida de nacimiento.

La legislación comparada afronta también el problema crucial del conflicto de intereses que a menudo se presenta entre los del transexual y los de su familia, si la hubiere. Generalmente se privilegia el interés de esta última. Para ello se exige que el transexual que pretende un cambio de sexo no sea casado y que esté incapacitado para procrear.

§ 78. ***La legislación comparada sobre el cambio de sexo.*** – Se suele citar, como antecedentes de la reciente legislación que regula expresamente las intervenciones médico-quirúrgicas destinadas a la adecuación de los órganos genitales exteriores del

transexual a las del sexo opuesto a aquel que cromosómicamente le pertenece y según el cual aparece inscripto, a las leyes noruega de 1934, danesa de 1935 y alemana de 1969. Ellas, como ha de apreciarse, se refieren a la posibilidad de admitir tratamientos destinados a superar graves anormalidades sexuales a través de la esterilización.

La ley noruega del 1 de junio de 1934 admite expresamente la esterilización de cualquier sujeto adulto siempre que el interesado alegue un argumento convincente, una "razón seria". Esta decisión judicial se adopta después de un informe del médico, el mismo que ha de valorar la capacidad y la validez del consentimiento del recurrente.

La ley danesa del 11 de mayo de 1935 permite la castración voluntaria de una persona cuyos instintos sexuales anormales podrían conducirlo a actitudes criminales, a la decadencia física o a graves sufrimientos morales. La autorización ha de provenir del Ministerio de Justicia, previa una consulta de expertos sobre aspectos clínicos y endocrinos del sujeto [88].

La ley alemana del 15 de agosto de 1969 exculpa penalmente al sujeto que se somete a una castración voluntaria si es que este acto resulta ser un tratamiento que, a juicio de la ciencia médica, es el indicado para prevenir, curar o aliviar al recurrente de enfermedades, perturbaciones o sufrimientos síquicos graves vinculados con una sexualidad anormal. Como dispone la ley en referencia, dicho tratamiento sólo puede ser administrado a sujetos mayores de 25 años, que manifiestan su libre asentimiento, y sólo después de haber sido informados sobre la naturaleza y gravedad de los riesgos inhe-

[88] Cfr. Chaves, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1981-I-63.

rentes a la intervención quirúrgica a la cual ha de someterse[89].

Estados Unidos es el país donde probablemente por vez primera se legisla en materia de cambio de sexo. En este sentido se recuerda que en Illinois, desde fines de 1961, se permite al registrador transcribir la rectificación de sexo producida luego que el sujeto se somete a una intervención quirúrgica. Esta inscripción se efectúa sobre la base de la correspondiente certificación del hecho formulada por el propio médico que ha efectuado la operación. Se trata, en consecuencia, de un simple trámite de carácter administrativo el que facilita dicha inscripción. Similar reforma legislativa opera en Arizona desde 1967[90].

En otros Estados, tales como Louisiana (1968) y California (1977), existen también leyes permisivas del cambio de sexo, aunque, a diferencia de los casos anteriormente citados, este hecho supone un previo trámite judicial en base a una intervención quirúrgica. En el Estado de New York la rectificación de sexo no requiere de una ley sino que se practica mediante una específica reglamentación de 1971.

En diversas provincias canadienses, generalmente sobre la base de una previa legislación se permite, a partir de 1973 y en mérito a un procedimiento administrativo, el cambio de sexo y la consiguiente rectificación del prenombre teniendo a la vista dos certificados médicos. En Sudáfrica es suficiente una resolución del ministro del Interior que autoriza la rectificación registral del sexo de haberse producido una intervención quirúrgica de adecuación morfológica.

89 Cfr. Chaves, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1981-I-63.

90 Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 48.

En Europa, según nuestra información y tal como se ha señalado, son al menos tres los países que han legislado expresamente en esta materia. Se trata de Suecia, cuya ley data de 1972, y de Alemania Federal e Italia, según disposiciones legales de 1980 y 1982, respectivamente.

En Holanda existe un proyecto de ley que, empleando una técnica diversa a las anteriormente señaladas para los casos de Suecia, Alemania e Italia, países que han preferido tratar la materia del cambio de sexo mediante leyes especiales, dispone integrar la normatividad pertinente dentro del articulado del Código Civil.

Al lado de las soluciones legislativas antes referidas se citan algunas otras de carácter pragmático, a nivel administrativo, como son los casos de Austria y Dinamarca, así como aquellas de naturaleza jurisprudencial. Entre estas últimas cabe recordar el caso de Suiza, país en el que, frente a la presencia de una laguna legal en lo que atañe a la solución del problema relativo al cambio de sexo, se recurrió a lo dispuesto en el art. 1º del Cód. Civil. Según esta norma que es aplicada con extrema prudencia, se establece que el juez, ante un vacío de la ley, debe decidir según la regla que el mismo habría adoptado de tener la calidad de legislador.

Sobre el particular vale la pena recordar que la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en los últimos años, ha resuelto algunos recursos relacionados con el asunto que venimos tratando en base a la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre. Entre ellos es dable citar el que en 1976 se interpusiera en relación con Bélgica. La Comisión encontró que este país había violado los arts. 8º y 12 de la Convención vinculados con la tutela de la vida privada y el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, respectivamente.

El Estado belga había negado a un transexual el proceder a la modificación de su sexo en los registros públicos correspondientes, "constriñéndolo a dar penosas explicaciones de la enfermedad que sufría y sobre el tratamiento al que se había sometido", lo que suponía la indebida difusión de asuntos de la esfera íntima de la persona en contravención con lo dispuesto en el citado art. 8°. Al mismo tiempo, se había impedido que el transexual –originariamente mujer pero sicológicamente hombre–, pudiera contraer matrimonio con otra mujer, ya que según el registro ello hubiera significado el matrimonio entre dos mujeres. Esta negativa se consideró por la Corte como violatoria del art. 12 de la Convención[91].

No nos parecen adecuadas ni convenientes las soluciones del derecho comparado que dejan librado al arbitrio administrativo, como es el caso de Dinamarca o de Austria, ni al exclusivo criterio del juez la solución de la delicada problemática atinente al transexualismo. Es a través de la legislación, cuando se considere oportuno en base a las urgencias que provienen de la realidad social, que se deben plantear las soluciones que tengan en consideración, armoniosamente, tanto los intereses existenciales de los transexuales como los sociales y públicos. Se debe buscar, llegado el caso, a través de una lúcida política legislativa, el justo equilibrio entre tales intereses.

G) La mutación de sexo en las leyes sueca y alemana y en la jurisprudencia francesa

§ 79. ***Requisitos para el cambio de sexo en la ley sueca de 1972.*** – Las leyes de los países europeos no

91 Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 13.

siempre coinciden en lo que se refiere a los requisitos necesarios para el cambio de sexo y la consiguiente inscripción del hecho a través de una modificación del o de los prenombres. Estas divergencias se presentan en lo que concierne a la edad y a la nacionalidad del recurrente, sobre la previa incapacidad de procrear, en cuanto al procedimiento a seguir y en lo que atañe al estado civil del recurrente, entre otros tópicos.

En cuanto a la edad que debe tener el solicitante, la ley sueca de 1972 exige que éste haya cumplido 18 años, a diferencia de la ley alemana que la fija en los 25 años o de la ley italiana que silencia el hecho. Debe señalarse, en lo que atañe a la ley alemana, que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley en esta materia, ya que atentaba contra el principio de igualdad, en la medida que la capacidad de ejercicio se adquiere, para todos los efectos, a los 18 años de edad.

Cabe observar, sin embargo, que en la ley sueca, no obstante el principio general de la edad antes señalado, es posible que un menor de 18 años, sujeto o no a tutela, pueda solicitar la comprobación de pertenecer al sexo opuesto a aquel con que figura en los registros del estado civil. Aun más, la ley dispone que, tratándose de un niño mayor de 12 años, la solicitud en referencia no será admitida sin el asentimiento del menor.

La ley sueca considera que es requisito indispensable para obtener la rectificación judicial en cuanto al sexo, que la persona haya sido previamente esterilizada o sea incapaz de generar por cualquier otro motivo. Este requisito refleja una lógica cautela de parte del legislador.

De otra parte, sólo pueden recurrir al cambio de sexo los ciudadanos de nacionalidad sueca, a diferencia de lo que acontece con la ley alemana que es

más liberal en este aspecto o de la ley italiana que omite un pronunciamiento sobre el particular.

En principio, según la ley sueca, el sujeto que desea obtener el cambio de sexo debe probar, dentro de un proceso meramente administrativo, que después de la adolescencia no ha actuado de conformidad con el sexo que se indica en la correspondiente partida registral, por lo que de hecho se comporta en consonancia con la manera de ser del sexo opuesto al que oficialmente pertenece y que, en base a este dato objetivo, es de presumir que el recurrente vivirá en el futuro dentro de este nuevo rol sexual.

En concordancia con lo dispuesto en la ley alemana de 1980, y apartándose de lo consignado en la ley italiana de 1982, la ley bajo comentario establece, además de los requisitos antes señalados, que la persona que solicita la comprobación de pertenencia al género opuesto al que emana de su inscripción registral, no debe ser casada. Es decir, o su estado civil es de soltería o de viudez o ha cumplido previamente con divorciarse. De este modo se privilegian los intereses de la familia sobre los del transexual.

La ley sueca, a diferencia de la alemana, no prescribe que sea obligatorio que el transexual se someta a una previa intervención quirúrgica de transformación morfológica de sus órganos genitales exteriores. No nos parece adecuado este precepto de la ley, ya que todo proceso de cambio de sexo de un transexual exige, por su propia naturaleza, que se produzca una adecuación de sus órganos genitales externos a fin de aproximarlos, lo más posible, a la morfología del sexo al cual el transexual aspira. Este hecho evidencia, como se ha hecho notar, una característica propia del transexual, que lo diferencia, precisamente, de los travestis o de los homosexuales. Al transexual le repugna su apa-

riencia sexual exterior, por lo que persigue con insistencia el que exista correspondencia entre el sexo que realmente "siente", y de conformidad al cual se comporta, es decir, el sexo sicológico, con sus órganos genitales externos. Se trata, en definitiva, de superar una manifiesta disociación entre el sexo sicológico y el biológico, para lo cual no sería suficiente un simple cambio de nombre (ver § 61).

El recurrente, si además de obtener la comprobación de su "nuevo sexo", desea que se le practique una intervención quirúrigica de adecuación morfológica al sexo opuesto, debe solicitar, adicionalmente, autorización judicial. En este caso, está facultado para indicar en su demanda el nombre del médico que ha seleccionado personalmente para que ejecute dicha operación. De no hacerlo, dicha intervención será realizada en un hospital, a cargo de un médico-cirujano especialista.

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto que, para la ley sueca, el procedimiento de cambio de sexo atiende exclusivamente al aspecto sicosexual en la medida que no exige una adecuación de la morfología de los genitales exteriores del solicitante. De ahí que se deje librado a la voluntad del transexual el recurrir o no a una intervención quirúrgica. Esta solución, como lo hemos señalado, no la consideramos atendible por las razones expuestas en precedencia.

Es importante señalar que, según el § 7, la ley exige se guarde reserva sobre el evento de parte de las personas que, de alguna manera, han participado del proceso conducente al cambio de sexo. Esta prohibición se sustenta en el principio de que tal acontecimiento, por sus específicas características, pertenece a la esfera de la intimidad de la vida privada de la persona. La ley establece que, de producirse alguna contravención sobre el particular, el interesado puede solicitar se sancione el incumpli-

miento. Igual acción corresponde al ministerio público si es que el interés social se ha visto de alguna manera afectado. La ley prevé, si el caso lo amerita, la pena de un año de cárcel para el infractor.

La ley bajo comentario contempla también el caso de aquellas personas que, por presentar malformaciones en sus órganos genitales, origina dudas en lo tocante a su pertenencia a un determinado género. La ley permite a la persona que se hallare en esta situación solicitar la comprobación de su sexo, si ello fuere compatible con el desarrollo de sus órganos sexuales o, si fuese posible, efectuar un proceso correctivo de tales malformaciones para adecuarlas al género deseado.

Si la indicada corrección no fuera posible de realizar, la comprobación de la pertenencia sexual del interesado guardará concordancia con la que corresponda mejor en relación con la constitución física general del recurrente.

La persona que haya cumplido 18 años, y aun aquella más joven no sometida a tutela, está facultada para presentar personalmente la correspondiente demanda en la hipótesis a la que hemos hecho referencia en los dos anteriores párrafos. En los otros casos, la solicitud puede ser tramitada por el tutor. Si la demanda comprende a un menor de más de 12 años, la comprobación sólo es admitida con el asentimiento de este último.

§ 80. *LA LEY ALEMANA DE 1980 SOBRE CAMBIO DE SEXO.*— En 1980 se promulga en Alemania (ex Federal) una ley, bastante amplia y minuciosa, que regula de manera orginal la posibilidad de una reasignación sexual y el consiguiente cambio de prenombre. Se trata de un dispositivo más amplio y minucioso que aquel dictado en Suecia, en 1972, al cual nos hemos referido en precedencia. No obstante su rigor, en lo que supera a la posterior ley italiana de 1982, la

ley ha merecido diversas observaciones, con algunas de las cuales coincidimos. En las páginas siguientes intentaremos un análisis crítico de la ley alemana, con permanente referencia al derecho comparado.

a) *Soluciones propuestas por la ley alemana.* La ley de Alemania (ex Alemania Federal), que como se ha señalado data de 1980, prevé dos diversas soluciones a las que, a manera de etapas sucesivas, puede acogerse el transexual en lo que concierne al asunto del cual venimos ocupándonos. Tal como precedentemente se indicara, el interesado puede escoger entre solicitar solamente la mera rectificación y consiguiente inscripción de un nuevo prenombre correspondiente al género opuesto al originario (Kleine Lösung) o, en cambio, requerir que, además, se considere también el cambio de sexo previa intervención quirúrgica dirigida a la adecuación de los caracteres sexuales exteriores (Grosse Lösung).

En principio, no nos parece acertada ninguna de las soluciones propuestas por la ley alemana. En nuestro concepto, un cambio de sexo exige, para su confirmación jurídica, una previa, intensa y sostenida vivencia de pertenecer al otro género. Esta irrefrenable aspiración del transexual de identificación con el sexo contrario debería concretarse en una adecuación de los órganos genitales externos a fin de que ello contribuya, al máximo, a que dicha vivencia tenga una lógica correspondencia en la morfología sexual de la persona interesada. Un cambio de sexo debe ser, en consecuencia, la culminación de un proceso que morfológicamente aproxime al transexual, lo más posible, al sexo "sentido y vivido".

Lo expuesto nos lleva a criticar la propuesta de la ley alemana, ya que la primera solución no satisface los requerimientos de lo que debería ser un

"cambio de sexo" entendido como la "máxima aproximación morfológica al sexo opuesto" a fin de evitar la disociación entre el aspecto físico y la actitud sicológica. De ahí que, a nuestro parecer, un simple cambio de prenombres no resuelve de manera adecuada el problema sicológico del transexual, quien se mantiene en una situación de ambivalencia por la persistente disociación entre un exterior que denota la pertenencia a un sexo y una honda inclinación sicológica hacia el género opuesto.

Desde nuestro punto de vista consideramos que, dentro de un planteamiento que admite jurídicamente la posibilidad de un cambio de sexo, la modificación del o de los prenombres del transexual resulta ser tan sólo una lógica y ulterior consecuencia de dicha mutación. Por ello, no aparece dotada de coherencia la solución de la ley alemana que permite un cambio de prenombre y, al mismo tiempo, mantiene vigente el vínculo matrimonial. Estimamos que, si se toma partido en el sentido de permitir jurídicamente un cambio de sexo, debe llevarse el proceso de transformación sexual hasta los extremos permitidos por la ciencia, evitando así la persistencia de dañinas ambigüedades.

De todos modos, es lícito y conveniente preguntarse por las razones que habría tenido el minucioso legislador alemán para plantear un simple cambio de prenombre, situación que puede acarrear una divergencia entre éste y la morfología sexual de la persona. La respuesta la encontraríamos, tal vez, en la voluntad del legislador de otorgar cierta tutela al transexual, la misma que se concretaría, al menos, en el hecho de concederle la satisfacción sicológica de un cambio de nombre. Ello sería explicable en los casos en que, por razones de edad, por padecer de determinada enfermedad o por otras circunstancias, el transexual no se encontrara en condiciones de afrontar, pese a su deseo, este tipo de interven-

ción quirúrgica. No puede perderse de vista que la operación, al decir de los expertos, es de suyo dolorosa y supone ciertos riesgos que no todas las personas están en condiciones de asumir.

Por otra parte, la solución alemana no imposibilita la supervivencia del matrimonio. Esta situación que, aunque ambigua y aparentamente inexplicable, no resulta ser, para algunos comentaristas de la ley, del todo descartable en la práctica si se tiene en cuenta que los cónyuges, por razones muy personales, admiten convivir bajo estas extrañas condiciones según el legislador alemán. Podría también pensarse que el hecho de que el transexual dé este paso previo no le cierra de modo definitivo, la posibilidad de una rehabilitación, circunstancia que dadas las características del transexual es, en opinión de los expertos, altamente improbable.

En abono de la propuesta germana se observa, teniendo como fundamento el criterio de los especialistas, que la conversión de "mujer" en "varón" ofrece mayores dificultades en cuanto a su transformación morfológica, por lo que no es infrecuente que el transexual, pese a su deseo, no esté en condiciones de correr este riesgo.

Finalmente, los partidarios de la fórmula que recoge la ley alemana aseveran que son positivos para la vida diaria los efectos que, en gran parte, dependen de la simple coincidencia entre el nombre y las inclinaciones sicosexuales del sujeto, "mientras que en una serie de hipótesis aparece prácticamente inútil la modificación de los caracteres sexuales ligada a una intervención quirúrgica" [92].

Es interesante anotar que, según las estadísticas de que disponemos, es mucho más frecuente la "conversión" de varón en mujer que la contraria. Al

[92] Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 61.

menos, éste es el caso de Italia, donde es insólito encontrar esta última situación. No obstante, en Alemania el porcentaje de variación de sexo de mujer a varón es significativo. Así, según las estadísticas a nuestro alcance, en los dos primeros años de aplicación de la ley encontramos que un 35 % de mujeres solicitó tan sólo el cambio de prenombre, mientras que un 30 % se sometió al cambio de nombre y de sexo.

b) *Modificación del prenombre del transexual.* La ley alemana exige que para la modificación del o de los prenombres, el recurrente debe ser una persona que "sienta" pertenecer al sexo opuesto al que biológicamente le ha sido atribuido y según el cual está registrado. El sujeto que solicita acogerse a la ley debe demostrar que, al menos desde tres años antes a la formulación de su demanda, ha vivido y, consiguientemente, se ha comportado en consonancia con tal sentimiento. La ley prescribe que debe atenderse al hecho de que el solicitante, con mucha probabilidad, no haya de cambiar de actitud en el futuro. Es decir, se exige un total convencimiento de la persona que requiere un cambio de sexo.

La ley, apartándose de las normas referentes a la capacidad, prescribe que el solicitante tenga 25 años de edad. Con esta exigencia se pretende que el demandante, por la madurez que comporta la edad, esté absolutamente convencido de su decisión.

Sin embargo, en lo que atañe a la edad del solicitante debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional de Alemania, tratándose de la llamada "gran solución", declaró la inconstitucionalidad del requisito legal que fija en 25 años la edad del demandante. La Corte no encontró razón para que se exceptuara este caso de la regla general sobre la adquisición de la capacidad de ejercicio a los 18

años. Se consideró, probablemente, que ello significaba vulnerar el principio de igualdad.

En lo que concierne a la nacionalidad del recurrente, la ley sólo concede el derecho a solicitar el cambio de sexo a los alemanes, a los apátridas o a los extranjeros sin patria que residan habitualmente en el país. Gozan también del derecho quienes, de acuerdo con la ley de la materia, se acojan al asilo y los prófugos que se domicilien en Alemania. Se observa que, en esta específica materia, la ley alemana es mucho más amplia que la sueca, en tanto ésta, como se ha señalado precedentemente, reserva la acción a sólo aquellos sujetos que ostentan la nacionalidad sueca.

La ley bajo comentario prevé que el representante legal del incapaz debe obtener la autorización previa del respectivo tribunal de tutela para dar inicio a la acción judicial correspondiente.

Según lo dispone el § 4 de la ley en cuestión, corresponde al tribunal escuchar personalmente al solicitante, lo que permite que sus integrantes tengan una impresión directa e inmediata de la humana problemática del transexual. Podrán así conocer en detalle, a través de un interrogatorio-conversación, las aspiraciones y las características de la personalidad del recurrente. A nuestro entender, constituye una acertada medida ya que es muy importante, más allá de cualquier necesaria pericia, el que los propios miembros del tribunal puedan recoger la versión del recurrente y, sobre todo, comprobar su firme decisión, su total e irreversible convencimiento de querer modificar su *status* sexual.

El tribunal, si fuere el caso, podrá acoger la demanda solamente después de haber recibido la pericia de dos especialistas quienes, como la ley expresamente exige, basados en su formación y experiencia profesional deben ser "suficientemente expertos"

en los específicos problemas del transexualismo. Los peritos han de proceder en su trabajo en forma independiente. En sus informes periciales deben tomar posición en cuanto al hecho de si, según sus conocimientos de la ciencia médica, el recurrente, con mucha probabilidad, no cambiará en el futuro su sentimiento de pertenecer al sexo opuesto al originario. Es decir, deben examinar cuán profundo y arraigado es el sentimiento del transexual de "vivir" en contradicción con su sexo biológico. Como se puede comprobar, la ley alemana otorga suma importancia al "convencimiento" del transexual tratándose, específicamente, de la llamada "gran solución" dado que, por la intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva que ha de practicarse, el hecho es irreversible.

La ley no considera el cambio de sexo como un hecho irreversible si, por el contrario, se trata de la simple modificación del prenombre. El dispositivo legal en referencia ofrece, por ello, la posibilidad que tiene el transexual de cancelar en un futuro los efectos de la sentencia. Ello podría ocurrir si es que se produce el hecho, considerado improbable, de que el transexual desease retornar a vivir dentro de la "manera de ser" de su sexo originario. Esto es teóricamente explicable tanto porque la ley respeta la libre decisión de la persona en lo que concierne a su desarrollo integral, como por tratarse tan sólo de una modificación a nivel del nombre, lo que no implica que el recurrente se someta a una previa intervención quirúrgica destinada al cambio morfológico de sus genitales exteriores.

La sentencia de cambio de nombre resulta ineficaz, entre otras circunstancias, cuando en el curso de trescientos dos días contados a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada, nazca un hijo del recurrente o si, después de vencido dicho plazo, se reconozca la filiación de un hijo. Deviene también ine-

ficaz si la persona a quien se autorizó dicho cambio contrae matrimonio con persona del género opuesto al que le corresponde biológicamente al transexual.

La ley tutela la intimidad de los actos de la vida privada del recurrente. Para tal efecto prescribe que no se debe divulgar ni practicar investigación alguna, sin asentimiento del interesado, en torno a los prenombres que llevaba al tiempo en que se dictó la correspondiente sentencia autorizativa. Esta prohibición queda a salvo, obviamente, si existen de por medio intereses de orden público u otros intereses jurídicos que fueren atendibles.

De otro lado, el cónyuge, el cónyuge precedente, los progenitores, los ascendientes y los descendientes sólo están obligados a declarar los nuevos prenombres cuando ello sea requerido por exigencias propias de los registros públicos. Esta limitación no funciona en relación con los hijos que el recurrente haya adoptado después que la sentencia quedó ejecutoriada.

La ley precisa que, tratándose de la inscripción del nacimiento de un hijo del recurrente o de uno que hubiere adoptado con anterioridad a la ejecutoria, éste deberá declarar los prenombres que llevaba antes de tal sentencia.

c) *Requisitos exigidos por la ley alemana para el cambio de sexo.* En lo que respecta a la "gran solución", o sea la que incide en la efectiva transformación de los órganos genitales exteriores mediante una intervención quirúrgica, la ley alemana exige, aparte de aquellos requisitos establecidos para la modificación del prenombre, otros de suma importancia por lo que ellos en sí significan.

La principal exigencia que trae la ley bajo comentario es que el transexual no sea casado. Esta previsión es del todo explicable ya que, como lo he-

mos anotado, la incidencia del cambio de sexo de uno de los cónyuges acarrea graves daños a las personas de su familia. Por lo demás, la situación del transexual es de tal naturaleza que no pasa desapercibida desde que suele presentarse en los años de la infancia y eclosiona definitivamente en la pubertad. La actitud del transexual es inocultable en tanto, como se ha señalado, se manifiesta de modo ostensible a través de inclinaciones, modales, gustos, preferencias. El deseo de pertenecer al sexo contrario es de tal profundidad y magnitud que, normalmente, el transexual no piensa en contraer matrimonio con una persona de "su propio sexo sicológico" o, dicho en otras palabras, de "sexo contrario" al que biológicamente le pertenece desde el nacimiento y de acuerdo con el cual aparece registrado.

La previsión de la ley alemana, que prohíbe el cambio de sexo de una persona casada, tiene en consideración, dentro de la pertinente situación jurídica subjetiva, los derechos de los miembros de la familia del transexual, los que de alguna manera se lesionarían con la transformación sexual de alguno de los cónyuges. La ley tiene en cuenta el derecho de cada persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, siempre que no cause graves daños a terceros, máxime si éstos son integrantes del núcleo familiar que merece protección y respeto. El transexual no tiene un derecho subjetivo absoluto, sin límites ni condicionamientos, a imagen y semejanza del derecho de propiedad privada concebido por el individualismo decimonónico, que llegó a ser "inviolable y sagrado" en un momento de la historia. La situación jurídica del transexual es un derecho-deber. El deber consiste en no lesionar los legítimos derechos de los miembros de su familia.

El segundo requisito de importancia previsto por la ley alemana se traduce en la exigencia de que el transexual, que recurre a un cambio de sexo, sea

incapaz de procrear. Las probables razones que llevaron al legislador alemán a establecer esta prescripción, pueden encontrarse en los argumentos que hemos expuesto en otro lugar al tratar de cómo los opositores al cambio de sexo conceptúan que este hecho lesiona el derecho fundamental a procrear que goza la persona humana. Derecho que, por instalarse en una "situación jurídica subjetiva", supone, a su vez, el derecho de la humanidad a impedir que el sujeto atente, a través de la esterilización, contra los derechos de la especie humana a "crecer y multiplicarse" dentro de una racional planificación. Es decir, de conservar la especie. Ello comporta, en última instancia, el deber de la persona de no renunciar a su derecho a procrear en consideración de aquellos derechos de la humanidad, máxima expresión del sujeto jurídico colectivo.

Tal vez, en este punto, sea conveniente aclarar que la esterilización, que atenta contra el fundamental derecho de la persona a procrear, no es un sistema ni un método de control de la natalidad. Una función del ser humano, de tanta trascendencia, no puede confundirse con un método de planificación familiar que, por cierto, es lícito utilizar y poner en práctica sin atrofiar la función procreativa, salvo que llegue el día en que la esterilización sea reversible en todos los casos y sin perjuicio para la salud de la persona.

El tercer requisito de importancia fijado por la ley en cuestión es el de que la persona se someta, previamente, a una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva tendiente a adecuar sus órganos genitales exteriores a los del sexo hondamente sentido y deseado. Como se expresa en el dispositivo legal bajo comentario, se trata de obtener mediante tal operación "un claro avecinamiento al cuadro morfológico del otro sexo". Esta última frase nos conduce al presupuesto que, en el caso de los

transexuales según el legislador alemán, no se produce un real y efectivo cambio de sexo sino sólo una "adecuación morfológica" para satisfacer exigencias existenciales de la persona.

Como condición previa para el inicio del proceso judicial de cambio de sexo, la ley parte del hecho de que el transexual debe probar que "siente no pertenecer más al sexo indicado en su acta de nacimiento, sino más bien al otro y que, por lo menos desde hace tres años, se halla constreñido a vivir de conformidad con sus ideas".

Como se ha expresado cuando se ha hecho referencia al caso de la "pequeña solución", es decir, de la simple modificación del prenombre, es también indispensable en esta hipótesis, y con mayor razón, el informe de dos expertos en la problemática del transexualismo, quienes deberán emitir sus opiniones de modo independiente. Ya hemos comentado la importancia que, dentro de la filosofía que informa la ley alemana, asume esta comprobación a través de dos "expertos" en la materia, los que deben actuar separadamente para una mayor garantía en cuanto a los resultados del peritaje se refiere.

El § 10 de la ley alemana prescribe que, una vez que la sentencia quede ejecutoriada, el recurrente debe considerarse como que pertenece al sexo contrario a aquel con el cual nació, por lo que gozará de los derechos y deberes concernientes a su nuevo sexo, salvo disposición contraria de la ley.

La ley, en su § 11, deja inmutables las relaciones entre el recurrente y sus progenitores, así como las relativas a sus hijos y a los hijos adoptivos si es que, estos últimos, hubiesen sido adoptados antes de que la sentencia quede ejecutoriada. Esta misma relación se mantiene tratándose de los descendientes de los hijos adoptivos.

En igual sentido, no varían las pretensiones a pensiones y a prestaciones periódicas subsistentes

al momento del cambio de sexo. La ley contiene otras disposiciones sobre este particular, las mismas que no son del caso referir.

La ley consigna algunas disposiciones transitorias. Entre ellas, cabe señalar la que preceptúa que, si se hubiera producido el cambio de sexo de una persona casada con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley del 1 de enero de 1981, y si entre ambos eventos el matrimonio no hubiere sido declarado nulo, o no es anulado o no existe divorcio, dicho matrimonio queda automáticamente disuelto con la entrada en vigor de la ley bajo comentario. Las consecuencias de la disolución se regularán de conformidad con las disposiciones sobre el divorcio.

§ 81. ***La mutación de sexo en la jurisprudencia francesa.*** – Hemos tenido a la vista algunas importantes y emblemáticas sentencias expedidas por la Corte de Casación de Francia sobre el problema de la adecuación de sexo. Nos referimos a las del 16 de diciembre de 1975, la del 22 de mayo de 1978, la del 30 de noviembre de 1983, las del 3 y 21 de marzo de 1987, la del 7 de junio de 1988 y la del 10 de mayo de 1989[93]. Un breve comentario de ellas nos permitirá aproximarnos a la situación jurisprudencial imperante en Francia sobre esta ardua temática.

Con anterioridad a las sentencias citadas, cabe referirse a la del 18 de enero de 1965, por la cual el Tribunal del Sena rechazó una demanda de reasig-

[93] Las sentencias del 16/12/75 y del 30/11/83 están glosadas, con comentarios de Jourdain Patrice, en "Recueil Dalloz/Sirey", 1987, nº 30, p. 445 y ss.; la sentencia del 3/3/87 está publicada en "Recueil Dalloz/Sirey", 1987, nº 12, p. 61; la sentencia del 31/3/87 aparece en "Recueil Dalloz/Sirey", 1987, nº 30, p. 445; la sentencia del 7/6/88 se inserta en "Recueil Dalloz/Sirey", 1988, nº 24, p. 177; el fallo del 10/5/89 está publicado en "Recueil Dalloz/Sirey", 1989, nº 22, p. 171.

nación de sexo sustentada en modificaciones morfológicas del recurrente. El tribunal consideró que el sexo genético era inmodificable[94]. La Corte de Apelación de París, en su pronunciamiento del 18 de enero de 1974 reafirma tal principio al expresar que no es dable atender una demanda de reasignación de sexo sobre la base de modificaciones artificiales de naturaleza morfológica, ya sea que ellas se obtengan como resultado de un tratamiento hormonal o por una intervención quirúrgica[95].

a) *El caso "Maud" y su solución jurisprudencial.* En la segunda mitad de la década de los años 70 tuvo enorme resonancia en Francia el famoso caso "Maud", el que dio origen a un libro que alcanzó indudable notoriedad.

Jean Pascal Henri solicita ante el Tribunal de Rouen que se declare que es del sexo femenino, que se sustituyan sus prenombres por el de "Maud" y que, consecuentemente, se ordene la correspondiente rectificación en los registros del estado civil. La demanda es analizada por el Procurador de la República, el que declara que no se opone a lo solicitado por el recurrente.

El demandante expone en su recurso de demanda que nació prematuramente, a los seis meses y medio; que fue inscripto en los registros del estado civil como del sexo masculino; que sus características del sexo masculino apenas estaban formadas; que desde muy temprana edad sintió una irreductible atracción hacia una identidad femenina; que estas circunstancias le produjeron, a través de su

[94] El fallo es reportado por Santos Cifuentes en *Los derechos personalísimos*, p. 208, quien a su vez hace referencia a Nerson, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", ene.-mar. 1966.

[95] La sentencia del 18 de enero de 1974 se publicó en "Recueil Dalloz/Sirey", 1974, p. 196.

vida, una represión mutilante cuyos efectos destructivos lo tornaron inapto para vivir normalmente e integrarse socialmente y que, finalmente, el 8 de octubre de 1974 se sometió a una intervención quirúrgica que lo ha convertido en una mujer.

El recurrente aporta como prueba un conjunto de certificados expedidos por médicos especialistas, por medio de los cuales se acreditan las formulaciones de su demanda.

A través de la documentación presentada se demuestra que nació el 28 de junio de 1945 y que, desde niño, tuvo un comportamiento femenino. Su vida de relación y sus estudios fueron perturbados por la situación descripta. Fue declarado inapto para el servicio militar.

De los mencionados certificados médicos emerge que, una vez llegado a la edad adulta, presentaba las siguientes características: un órgano viril atrofiado; características secundarias masculinas poco evidentes; ausencia de pilosidad; insuficiencia secretoria de los testículos; déficit total de órganos que segregan hormonas; un aparato genital impropio para toda función copulativa y de reproducción; en el plano de los caracteres sexuales secundarios los femeninos aparecían más marcados y también se hacía patente un siquismo definidamente femenino.

Las opiniones de cuatro médicos que estudiaron su caso no concuerdan totalmente entre sí, ya que para algunos era un caso de intersexualidad, de seudohermafroditismo, mientras que para otros se trataba de un transexual. Uno de dichos médicos, que lo trató después del año 1970, declara que el tratamiento hormonal a que fue sometido el recurrente, para definir su inclinación masculina, resultó del todo ineficaz, por lo que consideró que "es más sabio seguir y secundar sus naturales inclinaciones hacia la feminidad, lo que se obtendría rápida-

mente con la colaboración de diversos especialistas endocrinólogos y siquiatras". Otro de los médicos consultados concluye que "una sicoterapia dirigida a orientarlo al siquismo masculino se reveló inoperante".

Sobre la base de lo dictaminado por los médicos tratantes, el recurrente se sometió a una intervención quirúrgica en una clínica de Bruselas, donde permaneció entre el 7 y el 20 de octubre de 1974. La operación no entrañó complicación alguna, tanto orgánica como fisiológica.

La situación del demandante, luego de la intervención quirúrgica a la que fue sometido y del tratamiento correspondiente dio como resultado que el paciente presentara una morfología y un desarrollo mamario típicamente femenino y una pilosidad propia de este sexo, dotada de escasa vellosidad. De otro lado, como consecuencia de la operación se le creó una neovagina funcional, apta para tener relaciones sexuales. Así consta de uno de los certificados médicos presentados por el recurrente. Finalmente, su orientación sicosexual y su comportamiento correspondían a los de una persona del sexo femenino.

Uno de los médicos consultados estimó que el rechazo de la demanda "podría tener graves consecuencias para el pronóstico mental como para el vital". Otro de los médicos dictaminadores opinó que su estado lo conduciría a situaciones equívocas y sería un problema para encontrar trabajo en vista de su ambigua situación. De otra parte, en una declaración formulada por un miembro perteneciente a una asociación contra la trata de blancas, se sostenía que el rechazo de la demanda significaría un peligro, ya que al recurrente no le quedaría otra posibilidad que la de dedicarse a la prostitución –a la que se había ya entregado por cierto tiempo– y lo conduciría, finalmente, a la desesperación.

El cuadro antes descripto nos permite concluir que nos encontramos ante una situación que se caracteriza como un caso de seudohermafroditismo más que de transexualismo. Y es que, científicamente, el sexo del demandante no correspondía, exactamente, ni a uno ni a otro de los dos sexos posibles. Pese a que uno de los expertos médicos lo calificara como de transexualismo.

El problema que se planteó el Tribunal de Rouen fue si era posible, ante la situación antes descripta, pronunciarse a favor de la modificación registral de cambio de sexo y de prenombres del solicitante.

En contra de la demanda se argumentó que la castración, aun con el consentimiento del sujeto, constituía un delito, por lo que era inadmisible que invocara sus resultados para obtener un pronunciamiento favorable. El sexo corresponde a un estado natural por lo que resulta inadmisible pretender cambiarlo sobre la base de ciertas modificaciones artificiales.

Sin embargo, se tuvieron también en consideración otros argumentos, siendo el fundamental la comprobación de que el recurrente se hallaba en una situación sexual ambigua, por lo que era necesario y posible definir su estado, en uno u otro sentido. Y es que, como se ha apuntado, el demandante presentaba caracteres sexuales masculinos escasamente desarrollados o inexistentes, por lo que una intervención quirúrgica aparecía como el único medio para que el recurrente adquiriese un sexo funcional. Por lo demás, si bien el sexo genético ofrece la ventaja de la precisión científica, no constituye un criterio absoluto.

De otro lado, se tomó en consideración que la apariencia sexual es un elemento determinante para la vida de relación y la aptitud para la copulación constituye el fin normal de la organización se-

xual del sujeto. En el caso bajo comentario, sus genitales, por su escaso desarrollo, no eran aptos para la copulación. También se consideró que, si bien es cierto que el siquismo sexual no es perceptible por ser un sentimiento profundo del individuo, no obstante es la única manera que él dispone para resolver sus contradicciones y se erige en un índice extremadamente importante en lo que concierne a la definición de su naturaleza íntima, de su identidad sexual en suma.

En el caso de "Maud" existían argumentos ya sea como para mantenerlo dentro del sexo bajo el cual había sido registrado, es decir, el masculino, o como para definirlo como un sujeto perteneciente al sexo femenino sobre la base de las circunstancias antériormente expuestas.

En favor del sexo masculino podía invocarse la presunción resultante del sexo legal actual, la existencia inicial de órganos sexuales masculinos, pese a su escaso o nulo desarrollo, y el sexo genético.

En favor del sexo femenino se podía hacer valer el estado que presentaba con anterioridad al tratamiento al que fue sometido el demandante, es decir, la atrofia de sus órganos sexuales masculinos, la ausencia de pubertad masculina, la insuficiencia funcional de los testículos, la imposibilidad del órgano masculino para la copulación, los caracteres sexuales sencundarios femeninos más marcados que los masculinos, el fracaso de un tratamiento siquiátrico para inducirlo al sexo masculino, su siquismo definidamente femenino.

Se puede agregar a estos últimos argumentos el resultado positivo del tratamiento para acentuar su feminidad, la intervención quirúrgica destinada a dotar al sujeto de una neovagina funcional, el desarrollo mamario adquirido, la ausencia de vellosidad.

Finalmente, como elemento favorable a la atribución de sexo femenino, cabe subrayar la intensa

aspiración del demandante hacia el reconocimiento de una identidad femenina, así como los daños síquicos y sociales que podría representar para el recurrente una solución adversa a su demanda.

El Tribunal, después del análisis de los argumentos expuestos, decidió que el sujeto inscripto en los registros del estado civil de Rouen, con fecha 29 de junio de 1945, bajo el nombre de Jean Pascal Henri, designado como perteneciente al sexo masculino, era del sexo femenino. Acordó, asimismo, la sustitución de sus prenombres por los de "Maud" y ordenó la inscripción de la correspondiente rectificación en los registros del estado civil.

Antes del pronunciamiento en el caso "Maud", se había expedido la sentencia de la Corte de Casación, de fecha 16 de diciembre de 1975, en la cual se rechaza una solicitud de atribución de nuevo sexo sobre la base de una intervención quirúrgica efectuada con tal propósito. El argumento utilizado por la Corte, en esta ocasión, fue el de la indisponibilidad del estado de la persona. Se consideró que dicha operación entrañaba una modificación artificial [96].

b) *La sentencia del 30 de noviembre de 1983.* La sentencia de la Corte de Casación del 30 de noviembre de 1983, dentro de la tendencia sentada en el fallo del 16 de diciembre de 1975, rechaza una demanda de atribución de un nuevo sexo en virtud de una intervención quirúrgica efectuada para lograr tal efecto. Sin embargo, y tal como se podrá advertir, constituye un pronunciamiento que puede calificarse como de apertura frente a su antecedente de 1975, en tanto no excluye, en principio, la posibilidad de

[96] El pronunciamiento del 16 de diciembre de 1975 aparece en "Recueil Dalloz / Sirey", 1976, p. 397.

admitir, en otra circunstancia, la atribución de un nuevo sexo.

En este fallo se abandona el principio de indisponibilidad del estado de la persona, argumento que sirvió de fundamento para el rechazo contenido en la sentencia de 1975. Se considera que este principio no es aplicable cuando existe un factor externo a la voluntad del sujeto o proveniente de un hecho de la naturaleza.

Se puede percibir, en el contexto del fallo, que la Corte, no obstante comprender la necesidad de permitir en ciertos casos límites la atribución de un nuevo sexo, quería evitar todo exceso o desborde en la utilización de este recurso. Es decir, sin negar la posibilidad de admitir la atribución de un nuevo sexo, era necesario impedir que esta situación obedeciese a un mero capricho del sujeto, lo que podría utilizarse hasta para fines meramente utilitarios o perversos.

De lo expuesto se desprende que la atribución de un nuevo sexo debería producirse como consecuencia de una evolución natural a partir de elementos preexistentes irreversibles, es decir, sobre la base de una causa extraña a la pura voluntad del sujeto.

La utilización de la expresión "causa extraña a la voluntad del sujeto" suscitó interpretaciones encontradas, y generó una situación de incertidumbre ya que no era posible saber, a ciencia cierta, qué quiso sostener la Corte a través de tal afirmación. Frente a esta aseveración cabe, al menos, formular dos diversas interpretaciones.

En sentido estricto debería sólo limitarse a un hecho del todo exterior y excepcional al sujeto como sería, por ejemplo, un accidente. En sentido amplio, en cambio, debería admitirse que cabría considerar los resultados de tratamientos hormonales o intervenciones quirúrgicas que, efectuados

con el asentimiento del sujeto, son realizados con finalidad terapéutica y como consecuencia de una evolución irreversible de los caracteres sexuales.

En este último sentido, debería estimarse que se trata de un resultado inevitable derivado de un estado de necesidad. Pero puede ocurrir, asimismo, que ello sea la consecuencia de un hecho de la naturaleza o, también, la presencia de un poderoso e indominable sentimiento de pertenencia al sexo opuesto. La inclinación sicológica puede ser de tal naturaleza que adquiera el significado de un determinismo implacable que escapa a la voluntad del sujeto.

Del contexto de la sentencia surge la impresión de que la Corte de Casación, con la expresión "causa extraña a la voluntad" del sujeto, pretendió consagrar la tesis referente a la primera de las interpretaciones, es decir, a la de sentido estricto. Se trata de una solución que denota gran prudencia de parte de la Corte pero, al mismo tiempo, tiene el significado de una apertura frente a su antecedente jurisprudencial en tanto no rige más el principio absoluto de la indisponibilidad del estado de la persona, ya que el sexo y, consecuentemente, el estado civil, puede variar dentro de los alcances de una causa extraña a la voluntad del sujeto.

c) *Comentarios en torno a las sentencias del 3 y del 31 de marzo de 1987.* El caso Paul Dominique Franquet, inscripto como varón en los registros del estado civil, es el de un transexual casado y padre de un hijo. Este sujeto, después de someterse a un tratamiento hormonal y a una intervención quirúrgica, solicita se le declare como perteneciente al sexo femenino. Con la intervención quirúrgica se había logrado, según el demandante, la ablación de sus genitales exteriores masculinos y la confección de una neovagina.

Los peritos médicos opinaron que Franquet presentaba todos los atributos del sexo masculino y era un hombre desde el punto de vista genético, pero que lucía una apariencia más bien femenina y un comportamiento también típicamente femenino. Se trataba, en consecuencia, de un transexual hombre-mujer. De ahí que la modificación de su estado civil pondría de manifiesto la evolución sufrida y permitiría al recurrente que se le reconociera en su nueva identidad sexual. Ello contribuiría, según los expertos, a su equilibrio sicológico y evitaría, en la vida cotidiana, el desagradable hecho de los vejámenes a que se hallaba expuesto a través de la superación de la discordancia entre su estado civil masculino y su apariencia femenina.

La Corte de Casación se opuso a la demanda porque, de las verificaciones efectuadas, no resultaba la existencia de un cambio de sexo por efecto de una causa extraña a la voluntad del interesado.

La sentencia del 31 de marzo de 1987 se refiere al caso de Norbert Botella, quien presenta demanda para que se le declare como perteneciente al sexo femenino y se autorice la modificación de sus prenombres por los de "Lyne Antoinett" y la correspondiente rectificación de la partida de los registros del estado civil.

La Corte de Casación rechazó la demanda en tanto que, no obstante el tratamiento hormonal y la intervención quirúrgica a la que se había sometido Botella, su apariencia seguía siendo masculina y porque su estado actual no era el resultado de elementos preexistentes a dicha operación. Por lo demás, la intervención quirúrgica no se justificaba ya que no obedecía a motivos de carácter terapéutico sino que, más bien, revelaba una voluntad deliberada del sujeto.

En síntesis, se advierte que las dos sentencias antes glosadas no consideran posible que un transe-

xual obtenga superar la discordancia entre su sexo genético, el biológico o registral, y sus profundas convicciones y aspiraciones de pertenecer al sexo opuesto. La Corte de Casación no admite el sexo sicosocial, reduciéndolo tan sólo al originario en correspondencia con lo que aparece en los registros del estado civil. No obstante, estas sentencias dejan de lado el principio de la indisponibilidad del estado civil, ya que no se descarta el cambio de sexo originado en una causa extraña a la voluntad del sujeto.

En otros términos, sólo se acepta la modificación del sexo en los casos de intersexualidad, como resultado de una evolución sexual natural del sujeto hacia un determinado sexo o cuando responde a un accidente o a un hecho cualquiera de la naturaleza, hipótesis, estas últimas, límites o excepcionales.

d) *Las sentencias del 7 de junio de 1988 y del 10 de mayo de 1989.* En la sentencia del 7 de junio de 1988 se reafirma la orientación jurisprudencial anterior, en tanto se considera por la Corte de Casación que las razones de carácter sicosocial, invocadas para la atribución de un nuevo sexo, son insuficientes por ser contrarias a la realidad, que no puede ser autorizada únicamente por motivos terapéuticos cuyos resultados no están garantizados.

El fallo de fecha 10 de mayo de 1989 establece que no es suficiente para pretender un cambio de sexo el que se haya obtenido, por un tratamiento hormonal, el desarrollo de los senos y la ausencia de pilosidad. Los problemas de orden sicológico alegados no son causa suficiente para tal finalidad.

Son varios los autores franceses que, en años recientes, se han ocupado de los problemas jurídicos del transexualismo. Entre ellos cabe citar los nombres de Lindon y Nerson, cuyos aportes al de-

sarrollo del derecho de las personas son muy valiosos [97].

H) Rectificación de la atribución de sexo en la ley italiana

§ 82. *El cambio de sexo en la ley italiana de 1982.* – En 1982, ante la creciente presión de un sector de la opinión pública y de cierta prensa, se promulga en Italia, con evidente precipitación y consiguiente superficialidad, una ley muy liberal que autoriza la reasignación sexual. El dispositivo, por la premura con que se dictó, deja sin resolver, como se apreciará más adelante, algunas cuestiones de importancia, lo que ha conducido a cierta desorientación y a una discordancia de opiniones que no favorece la correcta aplicación de la norma. En los puntos siguientes analizaremos las soluciones centrales de esta ley.

a) *Consideraciones generales.* Mientras que la ley alemana es relativamente extensa y minuciosa en lo que concierne a la enumeración de los requisitos que deben previamente cumplirse para lograr un cambio de sexo, así como en lo que atañe a la mecánica procesal y a la regulación de las consecuencias derivadas de tal evento, la ley italiana es breve, escueta y a veces superficial en lo relativo al tratamiento de la materia, por lo que da la impresión de que fue dictada con apresuramiento, bajo la presión de las circunstancias. Por ello son justas y certeras las críticas que su promulgación ha despertado.

[97] Cfr. Lindon, Raymond, *Aspects juridiques du transsexualisme*, en "Rec. gen. lois", 1965; Petit, J., *L'ambiguité du droit face au syndrome transsexuel*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1976-263; Linossier, L., *Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique*, "Dalloz Chronique", 1981, entre otros.

La primera reacción que produce el análisis de la ley, como señalan Patti y Will, es su "falta de claridad en cuanto concierne a aspectos fundamentales de la problemática, a la cual se contraponen soluciones claras en lo que atañe a otros aspectos"[98]. La ley, indican, ha disciplinado de manera "confusa" algunos aspectos relativos al cambio de sexo y ha descuidado el tratamiento de otros[99]. Pero, como también apuntan dichos autores, cabe observar que las soluciones de la ley "no resultan satisfactorias porque las decisiones adoptadas no siempre parecen ser las mejores"[100]. Ellos atribuyen que la superficialidad puesta de manifiesto por las soluciones proporcionadas por la ley resulta ser, muy probablemente, fruto de la improvisación con que fue asumida la tarea legislativa[101]. Consideramos que estas precisas apreciaciones sintetizan, de modo elocuente, la opinión que nos merece dicha ley.

Participa Dogliotti de esta opinión al expresar que la ley de 1982, que consta apenas de siete artículos, si bien resuelve algunas cuestiones deja al mismo tiempo interrogantes que no hallan oportuna respuesta. Ello, según su criterio, tanto por algunas ambigüedades de contenido como por la utilización de un lenguaje demasiado impreciso y aproximativo[102]. En este mismo sentido se pronuncian Mantovani y Perticone. Para Mantovani la ley es "técnicamente imprecisa, además de ambigua en

98 Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 54.

99 Patti, Salvatore - Will, Michael R., *La rettificazione di attribuzione di sesso: prime considerazioni*, en "Rivista di Diritto Civile", 1982-730.

100 Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 54.

101 Patti - Will, *Norme in materia de rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuove Leggi Civile Commentata", 1983-37.

102 Dogliotti, voz *Transessualismo*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, p. 788.

sus formulaciones"[103], mientras que Perticone evidencia que en la ley existen elementos de perplejidad que sólo la jurisprudencia podrá, parcialmente, resolver[104].

Uno de los aspectos más criticables de la ley italiana, como se apreciará más adelante, es el haber privilegiado de tal manera el interés personal del transexual, al extremo de dejar privados de tutela tanto a su cónyuge como a sus hijos, en la hipótesis de haber contraído matrimonio previo y haber tenido descendencia. En este tema se advierte un notorio distanciamiento con la solución que sobre el particular adopta la ley alemana, a la cual nos hemos anteriormente referido (ver § 80).

Señala Patti, con razón, que una disciplina legislativa conforme con los principios constitucionales debe atribuir relevancia decisiva al "convencimiento" del sujeto que solicita cambiar de sexo. Bajo este aspecto, como comenta dicho autor, la ley es incierta ya que a tal elemento sicológico sólo le atribuye un relieve indirecto[105]. En este aspecto, y tal como se ha reseñado, la ley alemana es muy precisa. En efecto, prevé un período de prueba de tres años antes de obtener una sentencia favorable al cambio de sexo. Se pretende, con ello, obtener un convencimiento estable y ponderado de parte del sujeto.

Algunos autores, entre los que cabe señalar a Patti y Will, consideran que resulta poco feliz la denominación misma de la ley, en tanto ella se refiere

103 Mantovani, Manuela, *Norme in materia di rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-II-1.

104 Perticone, *Il transessualismo nelle leggi e nella giurisprudenza*, en "Quaderni della Giustizia", 1986-II-84.

105 Patti, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, en "Rivista Critica del Diritto Privato", jun. 1984, p. 348.

a "Normas para la rectificación de la atribución de sexo". En efecto, se critica que el legislador haya utilizado, conjuntamente, las expresiones "rectificación" y "atribución". Esto ha originado, según opinan tales autores, una serie de incertidumbres y repensamientos. Según Patti y Will, aquello que se puede rectificar no es la atribución de un sexo sino, más bien, la originaria inscripción en el registro del estado civil como consecuencia de la nueva atribución [106].

b) *Los destinarios de la ley.* Una de las más elocuentes limitaciones de la ley italiana es su ausencia de claridad en lo que se refiere a los destinatarios de la ley. Mientras que en las leyes sueca y alemana se alude a esta situación, la ley italiana, en cambio, carece de una concreta referencia en este aspecto. En esta última ley no se menciona ni a los transexuales ni a los intersexuales ni a ninguna otra categoría de personas como sujetos destinatarios de dicha disposición legal. Se prescribe solamente que las personas que pueden acogerse a sus normas son aquellas que se han sometido a una intervención modificatoria de sus caracteres sexuales. De ahí que diera la impresión de que no estarían involucrados dentro del ámbito de la ley el caso de los intersexuales y, en especial, el de los hermafroditas [107].

La ley sueca del 21 de abril de 1972 es precisa en lo que concierne a los destinatarios de sus preceptos. En su art. 1° se refiere al caso de los transexuales, en tanto facilita la acción de cambio de sexo a quienes, después de la adolescencia, prueban que se han comportado desde hace algún tiempo como si fueran del sexo opuesto al cual les corresponde

[106] Patti, Salvatore - Will, Michael R., *Analisis della legge italiana*, en "Rivista di Diritto Civile", 1982-II-743.

[107] Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 54.

según los pertinentes registros oficiales. En el art. 2° la ley sueca hace mención de los que presenten "malformaciones de sus órganos genitales de modo tal que susciten dudas en cuanto a su pertenencia sexual". En esta situación el dispositivo agrega que se puede solicitar la debida corrección si ello es "compatible con el desarrollo de los órganos genitales y si una corrección de las malformaciones puede ser efectuada de modo que los órganos correspondan mejor con el sexo deseado, o bien, no pudiendo realizarse la corrección, una tal pertenencia sexual corresponda mejor con la constitución física general del recurrente". Es decir, la ley sueca hace así expresa mención al caso de los intersexuales, los mismos que, en consecuencia, son también destinatarios de las normas de la ley.

Es probable que la ley italiana no haya mencionado a los intersexuales como destinatarios de la ley si es que se tiene presente que la jurisprudencia anterior a su promulgación, como lo hemos señalado precedentemente, admitía sin dificultad la posibilidad de que los intersexuales se acogieran a los alcances del art. 454 del Cód. Civil sobre rectificación de partidas del registro del estado civil. Los legisladores italianos actuaron bajo presión de los transexuales, quienes hicieron frecuentes demostraciones públicas, las que tuvieron cierta resonancia en un sector de los medios de comunicación.

c) *El cambio de nombre.* A diferencia de lo que acontece con la ley alemana, la italiana la aventaja en cuanto no contiene una normativa autónoma relativa al cambio del o de los prenombres, sino que sólo regula lo que imprecisamente denomina como la "rectificación de atribución de sexo", de donde la modificación del nombre resulta ser una lógica consecuencia de tal hecho. La ley italiana privilegia de este modo una solución unitaria, lo que nos parece más adecuado en tanto evita el que pueda pre-

sentarse, en un determinado momento, una divergencia entre el nombre y el sexo, lo que carecería de coherencia factual y jurídica. No obstante, consideramos que no pueden perderse de vista las razones que asistieron al legislador alemán para optar por la doble solución a la que se ha hecho referencia (ver § 80). En síntesis, según el dispositivo legal italiano el cambio de nombre resulta ser una consecuencia de la rectificación de la abribución sexual.

Ante el silencio de la norma, se discute entre los comentaristas de la ley de 1982 sobre el prenombre que ha de asignarse al transexual una vez que se hayan cumplido con los requisitos exigidos para la rectificación de la atribución registral del sexo. Este aspecto sí está previsto por la ley alemana de 1980, la que establece que el recurrente debe indicar en su demanda el nuevo prenombre que pretende se le atribuya.

Un sector de la doctrina estima que no existiría ningún problema para que el juez cambiara, de oficio, el prenombre del masculino al femenino o viceversa, según sea el caso. Así, por ejemplo, no habría inconveniente para que se mudara dicho prenombre de Julio a Julia o al revés. Si ello no fuere posible, se opina que correspondería al juez atribuir un prenombre que sea compatible con el nuevo desempeño sexual. Según el criterio expuesto, es atribución del juez la designación del prenombre, hecho que se produciría en la misma sentencia de rectificación. Esta solución se encuentra recogida por la jurisprudencia [108].

[108] En este sentido opinan Dogliotti, voz *Transessualismo*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, p. 790 y Mantovani, *Norme in materia di rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-II-13. El primero cita, en abono de su tesis, algunas sentencias, como la del

El problema surge cuando el transexual pretende un prenombre del todo diverso a su nueva condición sexual. En esta hipótesis, un sector de la doctrina considera que el interesado debería iniciar un nuevo procedimiento judicial de cambio de nombre. Ésta es la opinión, entre otros, de Dogliotti[109].

d) *El aspecto procesal.* En lo que atañe al aspecto procesal, la ley italiana establece en su art. 2º que el recurrente debe plantear su demanda ante el tribunal de su residencia. El presidente del tribunal designa al juez instructor y fija, mediante decreto, la fecha para el procesamiento del recurso y el término para la notificación al cónyuge y a los hijos. En el juicio tiene intervención el Ministerio Público. Se ha considerado, por algunos autores, que ni el cónyuge y los hijos ni el Ministerio Público asumen el rol de contrapartes. La familia sería citada, según esta interpretación, sólo a título informativo. Se estima que ni el cónyuge ni los hijos pueden oponerse a la decisión del interesado. El Ministerio Público interviene como lo hace cuando se trata de casos relativos al estado de las personas o a aspectos familiares de las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 70, inc. 3º, del Cód. de Procedimientos Civiles. Es decir, el recurrente no debe accionar en confrontación con el Ministerio Público. De esta forma la ley supera los divergentes puntos de vista que subsistían antes de su promulgación.

El juez instructor, si lo considera necesario, puede disponer que intervengan peritos consulto-

---

Tribunal de Pisa, del 22/12/84, publicada en "Foro Italiano", 1984-I-1986; la del Tribunal de Roma, del 3/12/82, que aparece en "Giustizia Civile", 1983-I-998; la del Tribunal de Roma, del 9/4/84, publicada en "Foro Italiano", 1984-I-585.

109 Dogliotti, voz *Transessualismo*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, p. 790.

res con la finalidad de comprobar las condiciones sicosexuales del interesado. Esta posible consultoría vendría a confirmar la importancia que el legislador confiere al llamado sexo sicológico del sujeto. No obstante, hubiera sido preferible establecer, como lo hace la ley alemana de 1980, de conformidad con la especial significación que adquiere este aspecto dentro del proceso de atribución de sexo, una consultoría obligatoria, a cargo de dos "expertos", quienes formularían sus dictámenes en forma independiente (ver § 80). Durante los trabajos parlamentarios preparatorios de elaboración de la ley, se auspició una consultoría obligatoria pero, como lo anotan Patti y Will, una decisión de este tipo habría constituido una excepción injustificada a los principios vigentes en la materia. Para estos autores, la fórmula finalmente adoptada representa el fruto de un apresurado acuerdo entre quienes propiciaban un peritaje obligatorio y los que lo consideraban superfluo en los casos en los cuales el recurrente presentaba una completa y exhaustiva certificación médica sobre el particular[110].

No obstante lo dicho, Garutti expresa su disconformidad con la solución propuesta por la ley. Lamenta la excesiva discrecionalidad otorgada al juez. En su concepto –que compartimos– la consultoría técnica se hace indispensable para seleccionar las demandas de rectificación de atribución de sexo a fin de distinguir "aquellas justificadas por las circunstancias objetivas de aquellas motivadas sólo por factores ambientales, sociales, o de enfermedades síquicas, idóneas para ser curadas"[111].

[110] Patti - Will, *Norme in materia di rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuove Leggi Civile Commentata", 1983-40.

[111] Garutti, Massimo, *Psicosessualità, mutamento di sesso, certezza (a proposito dell'ordinanza della Cassasione)*, en "Giurisprudenza Italiana", 1984-I-82.

La ley prescribe que con la sentencia que acoge la demanda de rectificación de atribución de sexo, el tribunal ordena a las oficinas del registro civil de la localidad donde se inscribió el nacimiento que se proceda a efectuar la correspondiente rectificación registral en lo concerniente a la nueva atribución sexual.

La sentencia no tiene efecto retroactivo y provoca la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles del celebrado religiosamente.

Por efecto de la sentencia de rectificación de sexo el transexual pertenece legalmente al sexo diverso al originario, aunque ello no suceda cumplidamente desde el punto de vista cromosómico. Como con precisión lo advierte Mantovani, la sentencia "constituye" un nuevo sexo, no lo "comprueba", ya que, como se ha reiterado, el sexo cromosómico permanece invariable. Lo que el juez comprueba es un "modo de sentir y de vivir", existencialmente comprometedor, que genera un comportamiento acorde con el sexo opuesto al originario[112].

El fallo genera, obviamente, el cambio registral del prenombre. La modificación del nombre se produce de oficio, en atención a la exigencia jurídica de certeza. Por tanto, no ha de requerirse para ello solicitud expresa del interesado por lo que el tribunal ordenará adoptar la forma femenina o masculina del prenombre del transexual, según sea el caso. El problema surge cuando el transexual escoge un nombre del todo diverso. En esta hipótesis se estima que deberá recurrirse al procedimiento de cambio de nombre, aunque ello resulte contrario a la economía procesal, tal como se ha precisado en su lugar.

112 Mantovani, *Norme in materia di rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-II-10.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, el transexual podrá contraer legalmente un nuevo matrimonio, aunque es evidente que si es mujer no podrá engendrar y si es varón no podrá generar.

e) *Disposiciones transitorias de la ley.* Los dos últimos artículos de la ley, el 6° y el 7°, contienen disposiciones transitorias cuya aplicación ha ocasionado algunos problemas. El primero de ellos, cuya formulación es considerada como poco feliz por Patti y Will, permite diversas interpretaciones, lo que suscita algunas explicables dudas.

El art. 6° expresa que "en el caso que en la fecha de entrada en vigor de la presente ley el actor se haya ya sometido a un tratamiento médico-quirúrgico de adecuación sexual, el recurso al que se contrae el primer párrafo del art. 2º debe ser propuesto dentro del término de un año de haberse sometido a la indicada intervención". El segundo párrafo del artículo prescribe que se aplica al caso el procedimiento al que se refiere el segundo párrafo del art. 3° de la ley. Según este apartado, el procedimiento se abrevia, ya que se elimina la primera etapa del mismo para reducirse a sólo la comprobación que deberá hacer el tribunal al efecto de adoptar resolución y ordenar la respectiva inscripción registral.

De una primera lectura aparece que la interpretación que más se ajusta al texto del artículo es aquella que excluye al transexual de acceder a la acción de rectificación de atribución de sexo si es que no presentó su demanda dentro de un término que no sea superior al de un año contado a partir de haberse sometido a una intervención quirúrgica de adecuación de sus genitales exteriores. No obstante, un sector de la doctrina no considera correcta esta interpretación literal en cuanto ella significaría que la norma es inconstitucional si se tiene en consideración que ella viola el principio constitucional

de igualdad contenido en el art. 3º de la Const. italiana. Si nos ajustáramos a la interpretación antes formulada, se acarrearía al transexual un perjuicio grave e irreparable.

En opinión de Patti y Will una más atenta lectura de los dos párrafos del mencionado artículo permite, no obstante, atribuir a la disposición un significado diverso, en consonancia con la finalidad de la ley y sin contrastar con la Constitución. Para este efecto consideran como decisivo el texto del segundo apartado, de acuerdo con el cual sería de aplicación el procedimiento previsto en el segundo apartado del art. 3º de la ley, el mismo que hemos glosado. Según los autores, el término caducidad no excluye en realidad la presentación del recurso, vencido el año de la intervención quirúrgica, sino que sólo impide al recurrente hacer uso del procedimiento abreviado al que se contrae el segundo párrafo del art. 3º antes referido, basado en el cual el tribunal se limita a comprobar la realización de la operación de adecuación sexual verificada por el demandante [113].

De conformidad con la interpretación formulada por Patti y Will, por razones de certeza y, sobre todo, para favorecer a los transexuales que desde tiempo atrás se han sometido a una intervención de adecuación sexual, el legislador ha previsto, precisamente, un procedimiento rápido y expeditivo, necesariamente limitado en el tiempo por su carácter excepcional. De acuerdo con esta interpretación los transexuales que se han sometido, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, a una intervención quirúrgica de adecuación sexual, son colocados en la misma situación en la que se encuentra

113 Patti - Will, *Norme in materia di rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuova Leggi Civile Commentata", 1983-44.

quien ha sufrido la misma intervención con la autorización del tribunal. En este caso, el tribunal también se limita a comprobar que se ha cumplido con la adecuación sexual ordenada.

De la interpretación sugerida por Patti y Will se desprende que los transexuales que presentan su demanda extemporáneamente, es decir, más allá del año previsto por la ley, deberán seguir el procedimiento prescripto en el art. 2º establecido para quien, no habiéndose aún sometido a una intervención de adecuación sexual, desea obtener la autorización correspondiente para proceder a tal intervención y obtener así la posibilidad de rectificar la atribución de su sexo en los registros del estado civil. En este mismo sentido se expresa Mantovani para quien, si se adoptara una diversa interpretación se introduciría "una irracional disparidad de tratamiento respecto a aquellos que se encuentran en las mismas condiciones previstas para otros sujetos por el art. 2º" [114].

De todo lo expuesto por los citados autores se concluye que el legislador, en vez de limitar el derecho de los transexuales, como se desprendería de una poco atenta lectura del art. 6º, ha querido más bien favorecerlos con un procedimiento expeditivo en la hipótesis de que, a la entrada en vigor de la ley, hubieran ya, con anterioridad, procedido a someterse a una intervención quirúrgica de adecuación sexual. Esta conclusión, sin embargo, no está libre de críticas, ya que un sector de la doctrina sostiene que lo que la ley persigue, como se ha señalado, es que toda intervención de ese tipo sólo pueda realizarse previa autorización judicial. En todo caso, podría considerarse que la ley ha establecido

[114] Mantovani, *Norme in materia di rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-II-15.

una especie de regularización para todos aquellos casos de operaciones de cambio morfológico-genital exterior producidos antes de su vigencia.

El art. 7°, también de carácter transitorio, dispone que el que se acoja a la demanda de rectificación de atribución de sexo "extingue los delitos que eventualmente haya dado lugar el tratamiento médico-quirúrgico al que se refiere el artículo precedente". Este texto, como anotan Patti y Will, sugiere dudas en cuanto a su constitucionalidad en relación con el principio de igualdad. De aplicarse esta norma se estarían sometiendo a diverso tratamiento jurídico hechos previstos como penalmente punibles en el momento de la comisión "con dependencia a un evento sucesivo –el resultado favorable del juicio de rectificación– que no presenta ninguna relación con la conducta del agente" [115].

Según dichos autores, análoga disparidad de tratamiento podría ocurrir en cuanto a los médicos que cumplieron las intervenciones penalmente punibles. En este caso también la extinción del delito dependería de la sentencia favorable frente a la demanda de rectificación de sexo. Esta eventualidad no se produciría, en consecuencia, si la demanda es rechazada. De lo expuesto se deduce que la posición del médico está condicionada por la decisión del transexual. De este modo, como se observa, ello puede constituir una fuente de presiones y un elemento de conflicto entre el médico que practicó la intervención y su paciente.

f) *Situación anterior a la promulgación de la ley de 1982.* Con anterioridad a la promulgación de la ley de rectificación de atribución de sexo, la jurisprudencia aplicaba lo dispuesto en el art. 454 del

115 Patti - Will, *Norme in materia de rettificazione di atribuzione di sesso*, "Nuova Leggi Civile Commentata", 1983-45.

Cód. Civil italiano, con la finalidad de obtener la rectificación de la inscripción del nacimiento en los casos de error del declarante o de error formal de parte del oficial del registro del estado civil en el momento de asentar la partida. Ésta era la regla general, pero es de resaltar que también cabía la rectificación en la hipótesis de que el sexo del sujeto no apareciese bien definido en el instante del nacimiento o, no obstante que estuviera aparentemente definido, si es que en un ulterior momento de la vida de la persona se revelara objetivamete, como resultado de una evolución natural, y aun con la ayuda de la cirugía, que el sexo del sujeto habíase modificado. Es decir, se admitía la rectificación de la inscripción en los casos de intersexualismo. A este propósito se suele citar, entre otras, la sentencia de la Corte de Casación del 9 de marzo de 1981. Es de advertir que se atribuía a la sentencia carácter declarativo y eficacia *ex tunc*[116].

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, resultaba excluida la posibilidad de obtener una rectificación de atribución de sexo por razones de carácter sicosexual, es decir, cuando el sujeto no obstante que sus genitales lo definían biológicamente perteneciendo a un determinado sexo, su orientación sicológica lo ubicaban, sin duda alguna, dentro del sexo opuesto al originario. Esta posición no variaba ni en la hipótesis en que la persona se hubiera sometido a una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva para adecuar sus órganos genitales exteriores a su inclinación sicológica, evitando así una manifiesta disociación entre el sexo biológico y el sexo sicológico. En este sentido se citan diversas ejecutorias de la Corte Suprema. En la del 3 de abril de 1980 se expresa textualmente

[116] La sentencia en referencia, nº 1315, del 9/5/81, se publicó en "Giurisprudenza Italiana", 1981-I-1015.

que "sería arbitraria una calificación sexual fundada exclusivamente en el elemento de la sicosexualidad". Para este fallo "la mera disociación entre soma y siquis no constituye elemento válido para atribuir una clasificación sexual diferente a aquella que se deduce de la presencia de órganos genitales claramente definidos" [117].

Es conveniente recordar que, antes de la entrada en vigor de la ley 164 del 14 de abril de 1982, la doctrina oscilaba entre dos posiciones contradictorias. De una parte, la cuestión de la identidad sexual se relacionaba con la protección de la integridad sicosomática y con la problemática relativa a los actos de disposición del propio cuerpo. Según este esquema la individualización del sexo se efectuaba en atención a la morfología de los genitales exteriores y a los datos del registro del estado civil, situación que se estimaba inmutable. De ahí que se consideraran ilegítimas las intervenciones modificatorias del sexo, en la medida que ocasionaban una disminución permanente de la integridad física a tenor de lo dispuesto en el art. 5° del Cód. Civil.

Otro sector de la doctrina, contrariamente a lo precedentemente señalado, sostenía la licitud de un cambio de sexo fundamentándola en el derecho que tiene todo sujeto al libre desarrollo de su personalidad y en el derecho a la salud, entendida como bienestar integral. El interés de ciertos autores por la problemática de la transexualidad recién se hace visible al finalizar la década de los años 70, al influjo del progreso de la ciencia médica que ofreció

[117] Entre dichas sentencias cabe señalar, aparte de la indicada en la nota anterior, la nº 2161, del 3/4/80, publicada en "Giurisprudenza Italiana", 1980-I-1984, con nota de Mario Finocchiaro; la nº 1236, del 7/4/75, que aparece en "Foro Italiano", 1975-I-1687; la nº 3948, del 3/12/74, publicada en "Giustizia Civile", 1975-I-633 y la nº 1847, del 13/6/72, reproducida en "Giurisprudenza Italiana", 1973-I-101.

nuevas perspectivas en lo que concierne a la solución del drama existencial de los transexuales. Estos escasos autores se empeñaron en adecuar la normatividad jurídica a las solicitaciones tanto de la realidad de la vida humana social como de la ciencia y de la técnica. Entre los pocos precursores en lo que atañe a la temática del transexualismo en Italia cabe citar a Pietro Perlingieri, Pasquale Stanzione, Paola D'Addino Seravalle[118]. En Francia, años antes, en 1956, Lindon había publicado un artículo que tituló "Aspects juridiques du transsexualisme".

Cabe señalar que, antes de la promulgación de la ley de 1982, la Corte Constitucional, mediante sentencia del 1 de agosto de 1979, llegó a negar la existencia de un derecho a la identidad sexual[119]. La Corte, al considerar que quedaba fuera de discusión el tema de la libertad sexual, expresó que el hacerse reconocer un sexo diferente a aquel de origen no se encontraba dentro de los derechos inviolables del hombre, a los que alude expresamente el art. 2º de la Const. italiana. D'Addino Seravalle criticó en su momento, junto con otros autores, el contenido de la sentencia de la Corte, en tanto se estima que ella obedece a una concepción atomista y pluralista de los derechos de la personalidad, que deja de lado una visión integral y unitaria de la persona que conduce a la tutela de todos los intereses existenciales dignos de protección jurídica[120].

[118] El artículo de Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, se publicó originalmente en 1970 en la revista "Diritto e Giurisprudenza".

[119] Esta sentencia se publicó en "Foro Italiano", 1979-I-1929.

[120] D'Addino Serravalle, Paola, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sentenza nº 98 della Corte Costituzionale*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", p. 87.

En este sentido es precisa y coherente la posición asumida por Bianca. Para este autor el interés existencial a la identidad sexual tiene que ver con la dignidad misma de la persona humana y, por lo tanto, es un interés esencial. El derecho, en consecuencia, debe tutelarlo frente a cualquier norma que, violando tal interés, podría dañar la dignidad de la persona [121].

Tal como lo señala Dogliotti, se evidencia que, a pesar de la sentencia de la Corte Constitucional de 1979, algunos autores consideraban que, según la ley vigente antes de la promulgación de la ley de 1982, no sólo era posible rectificar los errores registrales de carácter material sino también aquellos que genéricamente respondían a un "interés público". En este sentido, se afirmaba que una adecuación de los genitales exteriores del sujeto al sexo "sentido y vivido" se hallaba en completa consonancia con el interés público representado por el libre desarrollo de la personalidad. De ahí que, para dicho grupo de autores, resultase posible, por lícito, el eliminar todo obstáculo que se interpusiera a la consecución de este derecho [122].

Cierta jurisprudencia, con anterioridad a estas sentencias de la Corte Suprema admitía las acciones tendientes al reconocimiento legal del cambio de sexo. Así, es del caso citar las recopiladas por Garutti y Macioce, como son las de los tribunales de Milano (29 de enero de 1971), Lucca (17 de abril de 1972), Roma (13 de febrero de 1975), Livorno (12 de febrero de 1976) y de Montepulciano (10 de febrero de 1977). Entre estos fallos es interesante anotar el del Tribunal de Livorno en que se confi-

121 Bianca, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I suggetti*, p. 183.

122 Dogliotti, voz *Transessualismo*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, p. 788.

gura el derecho a la identidad sexual como un derecho de la persona, el que se clasifica entre los derechos fundamentales e inviolables del hombre a los que se refiere el tantas veces citado art. 2° de la Const. italiana [123].

g) *REQUISITOS PARA ACCEDER A LAS INTERVENCIONES MODIFICATORIAS DE LOS CARACTERES SEXUALES.* Como se ha anotado en precedencia, la ley alemana, en la segunda de las soluciones previstas, es decir en la relativa al cambio de sexo, exige como uno de los requisitos previos para lograr tal objetivo, que se produzca una "operación quirúrgica de transformación de los atributos sexuales exteriores, con lo cual se alcance un claro avecindamiento al cuadro morfológico del otro sexo". La disposición comentada no ofrece duda alguna en cuanto precisa que la intervención ha de ser de naturaleza "quirúrgica", así como que la transformación en referencia se circunscribe a los órganos genitales "exteriores".

La ley italiana, en cambio, sólo requiere para la rectificación del sexo que en la persona del recurrente se hayan producido, previamente a la admisión del caso, lo que imprecisamente designa como "intervenciones modificatorias de sus caracteres sexuales". Esta expresión, a diferencia de la contenida en el texto de la ley alemana, no indica si estas "intervenciones" han de ser de naturaleza quirúrgica o sólo deben responder a terapias hormonales o de otro género. La ley italiana tampoco precisa, con lo que se aparta de la solución consignada en el texto de la ley alemana, si la modificación de los mencionados "caracteres sexuales" se contrae únicamente a los órganos genitales exteriores. Es decir, se presentan dos imprecisiones que quedan li-

123 Cfr. Garutti - Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-284.

bradas a la interpretación judicial y doctrinaria: la referida al tipo de "intervenciones" que deberían actuarse y la que atañe a cuáles serían, dentro de la multiplicidad de los "caracteres sexuales", sobre los que habría que intervenir.

Por nuestra parte, y sobre la base de lo que constituye el transexualismo, somos de la opinión de que la ley, al mencionar la expresión "intervenciones" se refiere a aquellas de orden quirúrgico. Resulta difícil sostener que, ante el síndrome de la transexualidad, sea suficiente un tratamiento hormonal. De lo que se trata, como se ha reiterado, es eliminar la disociación entre la estructura biológica y la orientación sicosexual del sujeto. Sólo así, de modo radical, dada la profundidad del fenómeno del transexualismo, es posible resolver el drama existencial que esta situación implica. Todo ello sin descartar, ciertamente, la necesidad de una intensa terapia hormonal como parte de un tratamiento integral médico-quirúrgico.

De otro lado, cabe precisar que, a pesar de que la ley italiana no indica qué tipo de intervención quirúrgica habría de aplicarse –en caso de admitirse esta operación–, somos del parecer de que ella no sólo ha de ser "demoledora" sino también de carácter "reconstructivo". De otro modo no se produciría, con amplitud y para satisfacción del problema existencial del transexual, una debida aproximación morfológica al sexo deseado y vivido. Es así como se cumple, de la mejor forma posible, con superar la disociación entre la apariencia sexual exterior y el sexo síquico del transexual que resultaría ser el objetivo final del llamado "cambio de sexo".

En cualquier caso, la ausencia de claridad que en esta cuestión denota la ley italiana es grave, máxime si se tiene en consideración que este dispositivo legal, también a diferencia de lo previsto en las leyes sueca y alemana, no exige como requisito pre-

vio para la rectificación de la atribución del sexo el que la persona sea incapaz de procrear. Esta imprecisión podría dar lugar a que una persona originalmente del género masculino a quien se atribuye judicialmente pertenecer al sexo opuesto, termine absurdamente por generar –a pesar de haber sido jurídicamente reconocida como "mujer"– un hijo, el mismo que tendría, paradójica y formalmente, dos madres, careciendo de figura paterna.

Es conveniente advertir, en relación con lo que venimos tratando que, según lo dispone el art. 3º de la ley italiana, el tribunal que se aboca al conocimiento de la causa de "rectificación de atribución de sexo" puede autorizar, a través de una específica sentencia, "cuando resulte necesario", la correspondiente "adecuación de los caracteres sexuales a realizarse mediante un tratamiento médico-quirúrgico". Como puede observarse del texto transcripto, la intervención quirúrgica de adecuación de los órganos genitales exteriores no es requisito previo para la atribución al interesado del sexo opuesto al que aparece en su partida de nacimiento. Dicha operación quirúrgica está librada, al igual que el recurrir a la asesoría de expertos, al criterio del tribunal. Es decir, el tratamiento médico-quirúrgico está subordinado a una previa autorización emitida por dicho tribunal.

No obstante esta interpretación, la brevedad y esquematismo que caracterizan a la ley italiana trae como consecuencia que no todos sus comentaristas coincidan con la apreciación consignada en el párrafo anterior. Algún autor estima que la expresión "cuando resulte necesario", prescripta en la ley, se aplica a los casos en que la intervención quirúrgica de adecuación sexual ha sido hecha con anterioridad a la demanda de rectificación de sexo. Es decir, sin la debida autorización judicial. Se considera que el tribunal, en esta situación, sólo

cumpliría una función de comprobación del hecho y de consecuente autorización, a título de una especie de "regularización" del hecho cumplido.

Opina Dogliotti, después de reconocer que existe en este caso una profunda ambigüedad, que la anterior interpretación es demasiado simplista y no guarda consonancia con la *ratio legis*. Según su criterio el art. 3º y la norma transitoria contenida en el art. 8º, por el contrario, parecen prefigurar un control general de la autoridad judicial sobre el fenómeno del transexualismo, otorgándole al interesado todas las garantías del caso. De esta interpretación se desprende que el tribunal no podría proveer el recurso de rectificación de atribución de sexo si la intervención se hubiere practicado sin dicha previa autorización[124]. Consideramos que la interpretación formulada por Dogliotti, pese a su rigor, es la acertada si nos atenemos al texto mismo de la ley. En efecto, el transitorio art. 6º, al que nos referimos más adelante, prescribe que si el interesado ya se ha sometido a una intervención quirúrgica de adecuación sexual antes del momento de entrada en vigencia de la ley, debe presentar su demanda dentro del término de un año para poder acogerse al beneficio de la ley. No obstante, esta interpretación no es la única posible según lo hemos podido apreciar en su lugar (ver punto f).

No faltan voces discordantes en lo que atañe a la solución que brinda la ley en cuanto prescribe que corresponde al tribunal, mediante sentencia, el otorgar autorización previa al transexual para someterse a un tratamiento médico-quirúrgico. En este sentido, Pezzini estima que esta disposición de la ley "limita" el derecho a la salud consagrado en la

124 Dogliotti, voz *Transessualismo*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, p. 791.

Constitución. En su concepto, la ley es inaceptable en este aspecto, en tanto prevé "una autorización para el ejercicio de un derecho que se halla, en cambio, dentro de la plena disponibilidad del sujeto" [125].

La ley alemana, que en este aspecto es muy rigurosa, considera, tal como se ha apreciado en su oportunidad, que el tribunal, antes de emitir sentencia, no sólo debe escuchar al recurrente sino que, además, lo que es muy importante, se produzcan dos pericias previas formuladas, de modo independiente, por expertos en problemas relativos al transexualismo. La ley italiana, en cambio, no prevé ni la entrevista personal con el solicitante ni la obligatoriedad de las pericias médicas. En cuanto a este punto la ley deja también librado al criterio del juez, que instruye el procedimiento, el solicitar cuando "sea necesario", un asesoramiento destinado a comprobar "las condiciones sicosexuales del interesado".

Por lo demás, el propio Dogliotti plantea un problema adicional derivado de la imprecisión de la ley. Sobre la cuestión en referencia, se pregunta si la valoración de la existencia de tal necesidad depende del recurrente o del tribunal abocado a la causa [126].

El planteamiento de la ley italiana, por todo lo expuesto es, a nuestro juicio, impreciso e incierto en diversos aspectos que, por su trascendencia, debieron haber sido cuidadosamente previstos por el legislador. Ello se pone en evidencia, entre otros casos, cuando la ley italiana no preceptúa para el cambio de sexo tres requisitos de importan-

[125] Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1984-II-471.

[126] Dogliotti, Massimo, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, en "Giurisprudenza Italiana", 1986-I-238.

cia, exigibles al transexual, como son la incapacidad de procrear, el no ser casado y el someterse a una intervención quirúrgica de adecuación de sus órganos genitales exteriores. Estas carencias impiden, a nuestro entender, que se opere en el transexual una modificación morfológico-funcional que lo aproxime, al máximo, al sexo deseado y vivido, definiéndose, de este modo, lo más categóricamente posible, la identidad sexual del sujeto. Es decir, superando la disociación entre soma y siquis que atormenta al transexual y no le permite un equilibrado y pacífico desarrollo de su personalidad.

Contrariamente a lo expresado, no falta algún autor que considera al respecto que la solución más liberal que ofrece la ley italiana "podría considerarse preferible, sobre todo con referencia a los casos en los que, dada la edad o las condiciones de salud (física o síquica) del sujeto, la intervención quirúrgica aparece como inútil e inoportuna"[127]. Patti y Will se refieren, por ejemplo, al caso de una persona de avanzada edad que haya cumplido satisfactoriamente un tratamiento hormonal.

En relación con la problemática tratada en este punto es importante reseñar algunos conceptos contenidos en la sentencia 161 de la Corte Constitucional, del 24 de mayo de 1985. En esta importante ejecutoria, por la cual se desestima la cuestión de inconstitucionalidad de la ley del 14 de abril de 1982, propuesta por la Corte de Casación, se sostiene que la intervención quirúrgica logra restablecer el equilibrio entre soma y siquis ofreciendo al transexual la oportunidad de gozar de una situación de relativo bienestar, al establecer las condiciones requeridas para una vida sexual y de relación lo más cercana a la normal.

127 Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 57.

El análisis formulado por la Corte Constitucional, en la sentencia antes mencionada, conduce a una interpretación favorable en lo que atañe a la necesidad de someter al transexual que lo requiera a una intervención quirúrgica que aproxime su morfología genital externa, al máximo posible, a aquella del sexo "sentido" y "vivido".

h) *El debate constitucional en torno a la ley de rectificación de atribución de sexo.* De la sucinta revisión y comentario que hemos efectuado de la jurisprudencia italiana, entre los años 1974 y 1987, hemos podido apreciar que, antes de 1982, ni la Corte Suprema ni la Corte Constitucional se mostraron receptivas en lo tocante a la rectificación del sexo. La jurisprudencia de la Corte de Casación se había mostrado opuesta a la rectificación de los registros del estado civil ante el hecho de un caso de sicosexualidad, a pesar del evidente contraste existente entre esta situación y la derivada de su morfología genital. Ello, contrariamente a lo que venía aconteciendo a nivel de los jueces de primera instancia y de los tribunales. En lo que concierne a la posición asumida tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional cabe remitirse, entre otras, a las sentencias del 3 de abril de 1981 y 1 de agosto de 1979, la primera emitida por la Corte de Casación y, la segunda, por la Corte Constitucional, ambas citadas en precedencia.

Con posterioridad a la promulgación de la ley 164 sobre rectificación de la atribución de sexo, del 14 de abril de 1982, se produce un debate sobre la supuesta inconstitucionalidad de algunos artículos claves de este dispositivo legal.

El 20 de junio de 1983, la Corte de Casación plantea la inconstitucionalidad de importantes artículos de la ley 164. Nos referimos específicamente a los arts. 1º y 5º. Se consideraba por la Corte

Suprema que estos artículos contrastaban con los arts. 2°, 3°, 29 y 32 de la Constitución italiana.

El art. 2° de la referida Constitución hace expresa mención a la tutela de los derechos inviolables del hombre los que, según la argumentación esgrimida por la Corte Suprema, serían puestos de lado, en cuanto a la vida de relación del sujeto, de producirse una alteración "artificial" de su sexo natural, en el caso de tener mujer e hijos. La ley de cambio de sexo, según la misma Corte, entraría también en contraste con el art. 3° de la Constitución, norma que tutela el principio de igualdad vinculado al sexo natural y originario del sujeto. De igual modo, la ley colisiona con el art. 29 de dicha Constitución, que reconoce los derechos de la familia, como sociedad natural fundada en el matrimonio, y el deber de mantener, instruir y educar a la prole. Finalmente, de acuerdo con la opinión de la Corte, se presentaría, además, una evidente discordancia entre el articulado de la ley y el art. 32 de la Constitución, el mismo que garantiza la tutela de la salud y el respeto de la persona humana.

En síntesis, para la Corte Suprema la ley resultaba inconstitucional por desatender las implicaciones que una alteración artificial del sexo comportaría en cuanto a la vida de relación del sujeto; por invertir y alterar el papel natural de la persona, desarticulando el orden de la sociedad familiar; por permitir un ulterior matrimonio, el que sería inexistente por ausencia de diversidad sexual; y en tanto viola el derecho a la salud y a la integridad sicofísica del sujeto creando una situación de contraste entre los órganos genitales externos y los elementos opuestos de naturaleza cromosómica [128].

[128] Perticone, *Il transessualismo nelle leggi e nella giurisprudenza*, en "Quaderni della Giustizia", 1986-II-86.

La posición asumida por la Corte Suprema ante la promulgación de la ley fue coherente con pronunciamientos anteriores que desestimaban la posibilidad de un cambio de sexo fundado en razones de orden sicosocial. Ello mueve a decir a Garutti que "podía fácilmente considerarse que la Corte, reiterando la posición varias veces expresada, habría manifestado su decidida oposición a una ampliación de los casos de rectificación..."[129]. La actitud asumida por la Corte Suprema originó el comentario desfavorable de algunos autores, como es el caso de Finocchiaro, del propio Garutti, de Dogliotti y de Lorè - Martini, entre otros[130].

La Corte Constitucional, modificando su anterior posición contraria a reconocer el derecho a la identidad sexual, rechaza la acción de inconstitucionalidad planteada por la Corte Suprema, a la cual nos hemos referido, mediante el fallo 161 del 6 de mayo de 1985[131]. Dogliotti, uno de los comentaristas de esta sentencia, expresa que no cabe sino alegrarse por una decisión como la que se anota, "no precipitada como la precedente, sino muy amplia y cuidadosamente motivada, que analiza y rebate punto por punto la argumentación de la Casación, en varios modos corrigiendo su propio precedente"[132].

[129] Garutti, *Psicosessualità, mutamento di sesso, certezza (a proposito dell'ordinanza della Cassasione)*, en "Giurisprudenza Italiana", 1984-I-82.

[130] Cfr. Finocchiaro, Mario, *I transessuali di nuovo innanzi alla Corte Costituzionale*, en "Giustizia Civile", 1983-II-3247; Lorè - Martini, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, y Dogliotti, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, en "Giurisprudenza Italiana", 1986-I-235 y siguientes.

[131] La sentencia nº 161 de la Corte Constitucional se publicó en "Giustizia Civile", 1985-I-2420.

[132] Dogliotti, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, en "Giurisprudenza Italiana", 1986-I-238.

La sentencia pronunciada por la Corte Constitucional aclara, como precisa Dogliotti, que la Corte de Casación ha censurado la ley 164 justamente ahí donde permite la rectificación de la atribución de sexo en la hipótesis del transexualismo. La Corte Constitucional, contrariamente, considera que el criterio inspirador de la ley en referencia es el de permitir al transexual, que vive el contraste a menudo dramático entre sexo sicológico y sexo biológico, acudir a intervenciones quirúrgicas demoledoras-reconstructivas para adecuar "el cuerpo a la siquis".

La intervención quirúrgica a que se somete el transexual logra, en opinión de la Corte Constitucional, "recomponer el equilibrio entre soma y siquis, permitiéndole al transexual gozar de una situación de relativo bienestar, estableciendo las condiciones para una vida sexual y de relación lo más normal posible". Es así que, como apunta el propio Dogliotti, en pocos trazos la sentencia de la Corte Constitucional toma la esencia de la cuestión tratada por la ley. Es decir, de una ley que no es adversa al desarrollo de la persona sino más bien que tutela a los transexuales, los que deben tener los mismos derechos y posibilidades que cualquier otro individuo [133].

Según la Corte Constitucional, el legislador ha recogido una nueva noción de identidad sexual que confiere importancia y relieve no sólo y exclusivamente a los órganos genitales externos, sino también a los elementos de carácter sicológico y social. De ahí que en la sentencia se exprese que la ley se ha hecho cargo del problema de los transexuales a fin de "permitir la afirmación de su personalidad y

133 Dogliotti, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, en "Giurisprudenza Italiana", 1986-I-241.

de tal modo ayudarlos a superar el aislamiento, la hostilidad, la humillación, que muy a menudo lo acompañan en su existencia en el álveo de una civilización jurídica en evolución siempre más atenta a los valores de libertad y de dignidad de la persona humana, que los busca y tutela también en situaciones minoritarias y anómalas".

La Corte Constitucional rebate los argumentos de la Corte Suprema al señalar que la ley, diversamente a lo opinado por esta última, no es contraria a la tutela de la salud sino que, más bien, la protege en su aspecto síquico. Se trata, aclara, de una noción más amplia de lo que se debe entender por salud. De otro lado, la ley no lesiona las relaciones familiares del transexual sino que ella favorece su claridad y otorga certeza a las relaciones jurídicas. De ahí que, según el criterio de la Corte Constitucional, no se violan los arts. 2° y 32 de la Constitución, sino que se facilita su plena actuación.

La Corte Constitucional, contrariamente a lo sustentado por la Corte Suprema, no considera tampoco que la ley 164 viole el contenido de los arts. 29 y 30 de la Constitución. Según el criterio de la Corte Constitucional, la ley no desarticula el orden natural de la familia, sino que es más bien el contraste entre el sexo sicológico y el biológico, que se opera en el transexual, el que podría producir tal consecuencia. De otra parte, el nuevo matrimonio efectuado por el transexual sería inválido sólo en el caso que éste no hubiese informado al cónyuge de su condición, así como si hubiese callado en cuanto a su incapacidad procreativa. En lo que se relaciona con los hijos, habidos en cualquiera de sus matrimonios, el transexual está obligado para con ellos en lo que concierne a sus deberes como padre.

En conclusión, Dogliotti estima que la sentencia es "ejemplar, amplia, articulada, toda ella per-

meada por un sentimiento de solidaridad hacia sujetos destinados a la más dolorosa marginación". Una sentencia que, en fin, termina por convertirse en "una apasionada defensa de la ley sobre los transexuales, evidenciando con claridad la *ratio* inspiradora: la realización de la identidad sexual, que significa precisamente, como se decía, garantía y protección del desarrollo de la personalidad de cada individuo". De ahí que, en opinión del autor, el calificado fallo de la Corte Constitucional sobre el cambio de sexo no está más en peligro [134].

i) *La edad del recurrente.* La ley italiana, a diferencia también de las precedentes leyes sueca y alemana, no establece en su texto un precepto referente a la edad que debería tener el transexual que pretende iniciar una acción tendiente a la rectificación de su sexo registral. Hemos apreciado, en su oportunidad, que la ley sueca fija en 18 años esta edad, mientras que la ley alemana prescribe que el solicitante debe tener más de 25 años. Es de presumir que, con extremo sentido de prudencia y cautela, el legislador alemán fijó dicha edad con la finalidad de que el transexual, al alcanzar una relativa madurez, estuviera muy seguro y convencido de su radical decisión existencial. Se ha hecho también notar, cuando se ha comentado la legislación alemana que, en este último caso, la Corte Constitucional declaró inconstitucional la fijación de tal edad, en la medida que esta disposición, entre otras razones, es contraria al principio de igualdad.

Es de suponer, ante este ostensible pero no grave vacío de la ley italiana, que la posibilidad de accionar de parte del transexual debe ceñirse a la edad que el Código Civil establece como la de la ma-

134 Dogliotti, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, en "Giurisprudenza Italiana", 1986-I-242 y 243.

yoría de edad. El art. 2º de este cuerpo legal fija que es a los 18 años que se adquiere la capacidad de cumplir con todos los actos para los cuales no se precise una diversa edad.

La ley italiana no contiene ninguna disposición en torno al menor transexual que no está capacitado de prestar su asentimiento, a diferencia de lo que sucede en relación con la ley sobre el aborto. Dogliotti, al referirse a esta situación, expresa que es lamentable el silencio de la ley si se considera, sobre todo, que "propiamente en la delicada fase de la edad evolutiva podrían manifestarse los primeros síntomas del transexualismo, o sea el identificarse con mayor precisión el sexo frente a originarias incertidumbres"[135]. En su opinión, en esta delicada materia debería informarse al menor transexual de su situación y de la naturaleza, características y finalidad de una intervención médico-quirúrgica. En este asunto, según su concepto, debería considerarse, más que la capacidad civil del sujeto, el hecho de la madurez lograda por el menor y su capacidad de entender y querer. En todo caso, según el autor, el menor debería prestar su propio asentimiento si es que se encuentra en condiciones de poder hacerlo, tal como lo prescribe la ley sueca.

El atinado comentario formulado por Dogliotti es del todo pertinente si se tiene en cuenta que en años recientes se ha planteado, por un sector de la doctrina, la revisión de la temática relativa a la capacidad. Se argumenta que carece de relevancia la distinción tradicional entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de ejercicio o de hecho. Se afirma, al respecto, que este distingo habría surgido principalmente en función de una lógica patrimo-

[135] Dogliotti, voz *Transessualismo*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, p. 792.

nial, vinculada a la teoría del negocio jurídico. Ella no sería, por tanto, aplicable en materia de derechos de la persona. En esta específica área es conveniente adoptar una noción única de capacidad, ya que ello favorece una más adecuada protección y un mayor respeto en relación con los incapaces. Se observa, finalmente, que las modernas constituciones, al garantizar los derechos fundamentales del ser humano, no distinguen entre sujeto capaz e incapaz[136].

El art. 2º, ap. 2º, de la ley sueca del 21 de abril de 1972 establece que "quien ha cumplido 18 años, o bien quien, siendo más joven, no se encuentra más sujeto a tutela, debe presentar personalmente la solicitud a que se contrae el art. 1º".

En este numeral, como se recuerda (ver § 79), se dispone que quien, después de la adolescencia, ofrece prueba de no pertenecer al sexo indicado en los registros oficiales y de comportarse desde hace tiempo de esta manera, y que se presume que seguirá viviendo del mismo modo puede, a su solicitud, obtener que se compruebe judicialmente que pertenece al otro sexo.

En el mismo apartado se prescribe que si quien no ha cumplido 18 años está sometido a tutela, corresponde al tutor formular la correspondiente solicitud. Se agrega que, si dicha solicitud se refiere a "un niño de más de 12 años, la comprobación no será admitida sin el asentimiento de este último". Como se aprecia del texto transcripto, la ley sueca posibilita al menor, dentro de ciertas condiciones, el requerir se compruebe judicialmente que perte-

136 Cfr. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 139; Dogliotti, Massimo, *Sul concetto di diritto minorile, autonomia (favor minoris), principi costituzionali*, en "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1977-954, y Dogliotti, voz *Transessualismo*, en "Novissimo Digesto Italiano", p. 792.

nece al sexo opuesto al registral para los efectos consiguientes.

j) *Nacionalidad y estado civil del recurrente.* En la ley italiana se advierte también la notoria ausencia de un dispositivo relativo a la nacionalidad del recurrente. La opción del legislador italiano se distingue, como se ha podido apreciar, de las soluciones adoptadas por la leyes sueca y alemana. En la primera de ellas, con sentido restrictivo, se ha limitado la acción de cambio de sexo a sólo los ciudadanos suecos, mientras que la ley alemana es más liberal en este aspecto. En efecto, esta última ley admite que, al lado de los ciudadanos alemanes, puedan también accionar los apátridas y los prófugos residentes en el país. El proyecto holandés, distanciándose de los modelos legales que lo anteceden, facilita la posibilidad de accionar también a los extranjeros, siempre que tengan un mínimo de tres años de residencia en su territorio.

En lo que se refiere al asunto que venimos tratando, Patti y Will consideran, al criticar la carencia de un dispositivo que regule la materia concerniente a la nacionalidad del accionante, que sobre la base de los principios generales del ordenamiento jurídico, un ciudadano extranjero estaría en capacidad de solicitar la rectificación de la atribución de su sexo de origen ante los tribunales italianos. En cuanto a la ley aplicable, anotan que el art. 17 de las disposiciones preliminares del Código Civil prevé que los asuntos referentes al estado de las personas, en el ámbito del derecho internacional privado, se deben someter a la ley nacional del solicitante. En la hipótesis de que esta última ley no hubiera disciplinado la materia o en el caso concreto de existir una disposición que prohíba la rectificación de los caracteres sexuales, los citados autores opinan que, dentro de los límites del orden público internacio-

nal, podría considerarse que la ley italiana es de aplicación al caso[137].

La ley italiana muestra también una laguna en lo que respecta a la determinación de la competencia territorial en el caso de los ciudadanos italianos no residentes, a quienes se consideran destinatarios de la ley bajo comentario. Según los autores antes mencionados, tendría competencia en el caso tanto el tribunal de la capital de la República como el del lugar donde se encuentra registrada la partida de nacimiento del solicitante[138].

En lo que atañe al estado civil del recurrente ya nos hemos referido al asunto (ver § 75) al tratar la problemática en torno a la incidencia del cambio de sexo en las relaciones familiares. Como se ha anotado, la ley italiana no exige como requisito previo para la rectificación de los caracteres sexuales que el recurrente sea soltero. Este vacío, que no se presenta en las leyes sueca y alemana, trae consigo una grave situación en lo que se relaciona con la tutela del cónyuge afectado y en lo que concierne a los hijos menores.

El cónyuge del favorecido con la rectificación de su atribución sexual, cuyo matrimonio queda automáticamente disuelto con la correspondiente sentencia, se vería obligado a iniciar, probablemente, una nueva acción que deslinde tanto su propia situación como la de los hijos menores. No obstante, frente a esta interpretación existen otras más favorables a los intereses del cónyuge y de los hijos menores, a las cuales hemos hecho referencia precedentemente.

[137] Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 65.

[138] Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, p. 65-66.

I) EL CAMBIO DE SEXO EN LA EXPERIENCIA PERUANA

§ 83. ***PROBLEMÁTICA JURISPRUDENCIAL DEL CAMBIO DE SEXO.*** – En el Perú, como se ha expresado, no existe ningún dispositivo legal que regule la problemática de la atribución de sexo tratándose de los transexuales o de los intersexuales, a diferencia de lo que acontece en algunos otros países. Por ello, en los no muy numerosos casos en que se ha producido una atribución de nuevo sexo se han utilizado por los transexuales, para lograr la rectificación de su partida de nacimiento, diversos heterogéneos procedimientos. De ahí que sea muy difícil contar con una relación o una estadística de los casos resueltos por la jurisprudencia. Ello se agrava si nos atenemos al hecho de que en la mayoría de estas situaciones los recurrentes han acudido al trámite establecido por el Código de Procedimientos Civiles para los juicios no contenciosos de rectificación de partida. Y de estos juicios, como es comprensible, existe una inmensa cantidad que resulta imposible revisar para encontrar entre ellos, como aguja en un pajar, alguno vinculado con la rectificación de partida para cambiar de nombre a consecuencia de una variación en el sexo.

Cabe señalar al respecto, que el art. 29 del Cód. Civil prohíbe el cambio de nombre así como hacerle adiciones, "salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscripta". El art. 30 del mismo Código dispone que el cambio o adición de nombre "no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación". Como se advierte, el cambio o adición de nombre no modifica la "condición civil" de la persona, dentro de la que se comprende, ciertamente, el sexo. Por ello, a nuestro entender, el problema de la atribución de un nuevo sexo no

puede resolverse, a nivel procesal, mediante el procedimiento no contencioso de la rectificación de partida. Lamentablemente, algunos jueces, a pesar de lo dispuesto en el art. 30 del Cód. Civil, han admitido resolver simultáneamente, en un mismo procedimiento, tanto la rectificación de nombre como el cambio de sexo. En verdad, lógicamente, no se podría cambiar de nombre sin que previamente se lograse autorización para modificar la condición civil, lo que podría obtenerse en un juicio ordinario al no tener un trámite especial.

León Barandiarán, al comentar el art. 15 del derogado Código Civil de 1936, referido al cambio de nombre, expresa que esta posibilidad se presenta cuando concurre algún motivo que lo justifique. Entre estas hipótesis hace referencia al caso de un nombre "grotesco, deshonroso, grosero, ridículo, o que sea una palabra inmoral o indecorosa o que tenga una significación que sea contraria a ciertos sentimientos religiosos". Y añade que también podría concederse el cambio de nombre en el caso de un extranjero cuyo apellido sea de muy difícil pronunciación, o por razones de "escándalo o deshonra" [139].

El cambio de nombre significa, en opinión de León Barandiarán, la modificación de una "etiqueta social" por la que se mienta o designa a una persona. Con el cambio de nombre las relaciones jurídicas del sujeto quedan inalteradas, "no modifica el *status* del sujeto en cuanto a sus relaciones de filiación, matrimoniales, y en general propias de dicho *status*" [140].

Al comentarse el art. 30 del Cód. Civil vigente se señala con precisión que "las consecuencias de

[139] León Barandiarán, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 243.

[140] León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 244.

una variación del nombre de la persona por motivos justificados no incide en su estado civil ni denota una modificación de su entronque familiar". Y se añade que "la situación jurídica de la persona se mantiene inalterable" [141].

A mayor abundamiento, en la Exposición de motivos se menciona que entre las causas justificadas para el cambio de nombre "no cabe alegar pertenecer al sexo opuesto, sea por inclinaciones sicológicas o por haber sufrido intervención quirúrgica destinada a la modificación de los caracteres sexuales a fin de adecuarlos, en la medida de lo posible, a los del sexo contrario". Esta posición se explica porque "el asunto de fondo, en esta hipótesis, no es el cambio de nombre sino la posibilidad medicolegal de cambiar de sexo". De ahí que "la alteración del prenombre resulta ser sólo una consecuencia de la supuesta atribución a la persona de sexo diferente al originario" [142].

Los comentarios anteriormente transcriptos definen que el cambio de nombre es, en consecuencia, una derivación de un procedimiento anterior en el que se debe resolver la cuestión de fondo que es la de determinar si existe razón suficiente y válida para atribuir al sujeto un sexo diferente al originario que corre inscripto en los correspondientes registros del estado civil. En la actualidad no existe en el Perú una legislación que regule la materia.

La realidad que vivimos, a los pocos años de haber sido promulgado el Código Civil, obliga a los juristas a reflexionar sobre esta materia con el propósito de proponer su debida regulación normativa. Pensamos, después de habernos adentrado en la problemática del cambio de sexo y de adquirir alguna información sobre los casos resueltos de ma-

[141] Fernández Sessarego, *Derecho de las personas*, 3ª ed., p. 91.

[142] Fernández Sessarego, *Derecho de las personas*, 3ª ed., p. 91.

nera errática por la magistratura, que ha llegado la oportunidad de legislar sobre este delicado asunto.

§ 84. ***La sentencia del 26 de febrero de 1987.*** – Son escasas las situaciones de transexualismo que en el Perú han llegado a los estrados judiciales. La ausencia de una adecuada legislación al respecto y de un afinado conocimiento de lo que significa la transexualidad como fenómeno existencial diverso a la homosexualidad y al "travestimento", no han facilitado el tratamiento del tema dentro de la doctrina nacional. Es muy difícil, por ello, encontrar alguna ejecutoria que se pronuncie sobre esta situación. Es por ello interesente la solución y los fundamentos que yacen en la sentencia de un juez de primera instancia, la que quedó consentida en tanto el Procurador encargado del asunto en representación del Estado no apeló de la misma. No obstante, este fallo de 1987 puede considerarse como precursor en la materia en el Perú. A su comentario y análisis dedicaremos las siguientes páginas.

a) *Planteamiento y trámite de la demanda.* Conocemos una sentencia emitida por un juez peruano en lo atinente al problema del cambio de sexo. Nos referimos a la fechada el 26 de febrero de 1987, dictada por el Vigésimo Segundo Juzgado en lo Civil de Lima, la misma que, al no ser apelada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Ministerio de Justicia, quedó consentida.

Es interesante analizar los extremos de dicha sentencia que acoge una demanda de cambio de sexo de varón a mujer y el consiguiente cambio de prenombre. Se trata del caso de un transexual, soltero, que por propia y arbitraria decisión se sometió a una intervención quirúrgica de adecuación de caracteres sexuales en una clínica de la ciudad de Lima, el 26 de junio de 1981. Es decir, antes de la promulgación del Código Civil de 1984.

El recurrente, cuyo prenombre era Moisés según su partida de nacimiento, solicita en su demanda la rectificación, adición y cambio del antedicho prenombre por el de "Natalie Gisella" y la consiguiente anotación del hecho en el registro de estado civil. El juez, de conformidad con lo opinado por el Fiscal Provincial, ordena que la demanda se entienda con el Procurador Público.

En los considerandos el juez estima que el supuesto jurídico planteado por el recurrente es *sui generis* en tanto se trata "de modificar la condición civil en su elemento sexo". De este hecho el juzgador deriva que no son de aplicación las normas del procedimiento no contencioso establecido por el art. 321 y ss. del Cód. de Procedimientos Civiles vigente, en tanto estas disposiciones están dirigidas a lograr la corrección de un error en el nombre de una persona, o a su sustitución, rectificación o adición, si ello estuviere debidamente justificado. El juez advierte que, en el caso que se somete a su conocimiento, se trata de un asunto diferente ya que implica el cambio del estado sexual de la persona como elemento constitutivo de su condición civil.

Por otra parte, el juez de la causa estima que si "bien la demanda no estuvo dirigida contra un supuesto demandado" ella debe entenderse, como opina el Fiscal, con el Procurador Público antes citado, para lo cual hace uso de la facultad que le confiere el art. 1087 del Cód. de Procedimientos Civiles.

b) *Fundamentación legal de la sentencia.* El juez constata, como no podía ser de otra manera, que "la presente acción no se encuentra regulada legalmente, por lo que es facultad de este Despacho la de no dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley, debiéndose sujetar a las reglas establecidas por el art. VIII del Título Preliminar del Código Civil".

Es interesante advertir que el juez, en realidad, lo que no halla en el ordenamiento jurídico nacional es un derecho subjetivo, expreso y típico, que establezca la facultad de la persona a cambiar de sexo en determinadas circunstancias y de conformidad con requisitos fijados por la ley. Se trata de un caso de vacío legal que no supone, por cierto y como lo afirma implícitamente el juez, la existencia de una laguna del derecho. El art. VIII del Título Preliminar, en efecto, obliga al juez a no dejar de administrar justicia por defecto o por deficiencia de la ley. El dispositivo señala que en estos casos el juez debe aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

La prueba actuada en el expediente consistió en la presentación de parte del recurrente del certificado médico, expedido por el cirujano que practicó la operación de adecuación de los caracteres sexuales del demandante, el mismo que acredita haber efectuado tal intervención, documento que fue debidamente reconocido por el citado médico. El juez no consideró oportuno solicitar un peritaje de parte de expertos en este tipo de situaciones, el que hubiera sido de suma importancia para corroborar a plenitud no sólo la adecuación de los órganos genitales exteriores sino también para precisar las características sicológicas del demandante. Reiteramos que este peritaje es requisito indispensable para el pronunciamiento judicial sobre el cambio de sexo dentro de la ley alemana de 1980 (ver § 80).

No consta en los considerandos de la sentencia que el juez se hubiera entrevistado con el transexual para apreciar personalmente los rasgos definitorios de su personalidad. No obstante, el juez declara que "de lo actuado se desprende que el recurrente desde pequeño mostraba inclinación hacia el sexo femenino y que a la fecha obra como tal" y que,

además, "conforme aparece en el certificado médico correspondiente éste presenta las características sexuales morfológicas propias de una mujer, con la única limitación de la capacidad de procrear que lógicamente no es el elemento determinante de una mujer normal". Todo ello hace que el juez afirme que el actor "ha sufrido un cambio sustancial en su personalidad al haberse sometido a una operación a fin de lograr dicho cambio sexual".

No compartimos esta última apreciación del juez, pues el cambio que advierte en la "personalidad" del actor en la dimensión de su sexualidad, no se produce como consecuencia de "haberse sometido a una operación" sino que, más bien, esta intervención ha permitido que, a nivel biológico, la apariencia física del transexual se adecue a los rasgos definitorios de "su personalidad", la misma que hace tiempo se había expresado a través de pensamientos y comportamientos, aspiraciones y modales, que son típicos de una personalidad del género femenino. Es decir, que su proyección social era la de "Natalie Gisella", no obstante que sus órganos genitales externos correspondieran a "Moisés", prenombre con que el recurrente figuraba inscripto en el registro civil.

El juez, a efectos de sustentar su fallo, parte del supuesto de que "es principio de carácter general que la evolución del derecho tiene que ir paralela a la evolución de la ciencia, a fin de regular situaciones o relaciones producidas en el ejercicio o descubrimiento de una labor científica aplicada al campo humano". Por otra parte, al sostener que no se debe permitir que en la realidad existan circunstancias que "hagan discutible la situación de las personas" –con lo que implícitamente alude al principio de certeza jurídica– considera que las "personas deben obrar dentro del principio de libertad establecido en el acápite *a* del inciso veinte del artículo se-

gundo de la Constitución del Estado, y que en el presente supuesto se ha cumplido puesto que no hay norma legal que lo prohíba".

El art. 2º, inc. 20, de la Constitución recoge el derecho a la libertad y seguridad personales, dispositivo que debe concordarse con lo preceptuado en el inc. 1º que declara que toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad. El acápite *a*, citado por el juzgador, contiene el gran axioma jurídico que consagra que la libertad es el *prius* en el derecho, por lo que todo aquello que no está expresamente prohibido debe considerarse como permitido. Claro está que este principio de libertad no se concibe en forma absoluta, en el vacío, sino que debe desplegarse en la dimensión intersubjetiva propia del derecho, en la cual la solidaridad es valor preeminente. No puede olvidarse que, por el principio de alteridad, la libertad de cada cual tiene como límite el orden público y las buenas costumbres. Es decir, el interés social y los principios éticos vigentes en una comunidad dada.

El fundamento del juez, tal como se desprende de lo anteriormente dicho, se inscribe en el marco del derecho de la persona al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al no encontrar una norma pertinente que sustente su pronunciamiento, acude al principio general contenido en la Constitución. El juzgador olvida, sin embargo, el amplio sustento legal que, para la tutela de la persona humana, ofrece el art. 4º de la Constitución. Este artículo enuncia que "la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que deriven de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". Es decir, la Constitución prescribe que la ausencia de un expreso derecho subjetivo consig-

nado en el ordenamiento jurídico no debe impedir la tutela de un interés de la persona que se derive de su propia dignidad humana.

El juez, al amparar la demanda en su extremo referente al cambio de sexo, consideró que de este hecho derivaba la rectificación del nombre del recurrente a fin de hacerlo acorde con su sexo, por lo que procedió a ordenar al Concejo Provincial de Lima para que no sólo modificara en la correspondiente partida del registro civil el sexo del recurrente, sino que también se rectificara y adicionara su prenombre.

La sentencia que hemos comentado brevemente no fue apelada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Ministerio de Justicia por lo que, lamentablemente, nos privamos de conocer los puntos de vista que sobre el caso de cambio de sexo pudieron haber tenido, en aquella oportunidad, los magistrados de las instancias superiores. De haber sido así hubiéramos tal vez contado con un fallo que analizara más minuciosamente las circunstancias del caso a la luz del derecho y de las disposiciones de la Constitución y del Código Civil vigentes, en especial aquellas referidas al derecho a la salud, a la integridad sicosomática y a los actos de disposición del propio cuerpo vinculados, a su vez, con el derecho-deber a procrear del ser humano, y con las pertinentes disposiciones del Código Penal.

c) *Análisis crítico de la sentencia.* La sentencia tiene graves defectos y ostensibles omisiones en lo que concierne a su fundamentación legal. El juez no sólo olvida la amplitud que para dictar sentencia en materia de problemas atinentes a la persona le ofrece el art. 4° de la Constitución, como lo hemos señalado, sino que tampoco analiza el pertinente contenido de los arts. 5° y 6° del Cód. Civil, aplicables al caso, ni las disposiciones del Código Penal

en la parte referente a los delitos contra el propio cuerpo.

El art. 5º del Cód. Civil, como se ha recordado en su lugar (ver § 71), tutela la integridad sicosomática del sujeto. El art. 6º, que le es concordante, prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ello ocasiona una "disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres". No obstante, se prescribe que estos actos de disposición son válidos "si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios".

De otro lado, el juez tampoco contempló lo preceptuado en el art. 15 de la Constitución. En este dispositivo se establece que "todos tienen el derecho a la protección de la salud integral". El concepto de "salud integral" ha sido analizado con anterioridad (ver § 69). Como se puso de manifiesto en esa oportunidad la noción de salud integral supone el bienestar del sujeto, como condición previa para un pacífico y equilibrado desarrollo de su personalidad.

El juzgador no se plantea si la acción cometida por el recurrente, con anterioridad a la presentación de su demanda, supone una violación del deber que cada persona tiene de mantener su integridad sicosomática. No se analiza si dicha acción supone "una disminución permanente de la integridad física" del sujeto, ya que se ha producido una ablación de los órganos genitales exteriores y la consiguiente imposibilidad de procrear. El juez no cuestiona la actitud del demandante al haber violado, en principio, el mandato del art. 5º del Cód. Civil ni asume una posición al respecto.

En la sentencia no se evalúa la posibilidad de que la intervención quirúrgica practicada por el re-

currente pueda ser considerada, teniendo en cuenta la salud integral del sujeto, como un acto válido en tanto responde a un "estado de necesidad de orden médico o quirúrgico". Es decir, de un acto tendiente a restablecer la salud del sujeto. Si así fuera, esta interpretación estaría sustentada en los arts. 4º y 15 de la Constitución, que tutelan tanto el libre desenvolvimiento de la personalidad del sujeto como su salud integral. En esta hipótesis se hacía innecesario, como ocurre en la sentencia, que el juez se sustente en el axioma general del derecho contenido en el acápite *a* del inc. 20 del art. 2º de este último cuerpo legal.

El juez no ha tomado en cuenta, como consecuencia de todo lo anterior, la gravitación que tiene en el caso *sub litis* el Código Penal.

La sentencia abre un importante debate sobre la delicada y controvertida problemática jurídica atinente al cambio de sexo en el Perú. Este acontecimiento, y otros procesos actualmente en trámite, obliga a los juristas a reflexionar hondamente sobre el asunto, a fin de encontrar las soluciones legales que sintonicen con la dignidad de la persona humana dentro del interés social, que supone tener siempre presente en el horizonte jurídico el bien común y los principios éticos que sustentan, en lo fundamental, la convivencia humana.

§ 85. ***COMENTARIOS SOBRE UN PROCEDIMIENTO EN TRÁMITE.*** – Se encuentra en trámite ante un juzgado de primera instancia de la ciudad de Lima un caso de transexualismo de mujer a varón de una ciudadana peruana, que estudia en la Unión Soviética, quien habiendo decidido someterse a una intervención quirúrgica de adecuación de sexo en el lugar de su actual residencia, solicita el cambio de su prenombre desde que, según afirma, la legislación soviética en la materia exige este requisito como previo

antes de autorizar cualquier intervención quirúrgica. Lamentablemente, el expediente está detenido por causa que ignoramos, razón por la cual sólo analizaremos en las siguientes páginas los términos de la fundamentación de la respectiva demanda.

a) *Antecedentes.* Tenemos conocimiento, al menos, de otro caso de cambio de sexo que se ventila ante el Poder Judicial. Se trata de un expediente de mutación sexual de mujer a varón, lo que no es tan usual como la hipótesis contraria que, según las estadísticas disponibles, es la más frecuente.

Una ciudadana peruana, residente en la Unión Soviética, soltera, mayor de edad, en el curso del año 1986, interpone demanda de "cambio de sexo civil y de nombre". Fundamenta su acción en el art. VIII del Título Preliminar y en los arts. 1°, 6° y 29 del Cód. Civil; en los arts. 1321 y 1325 del Cód. de Procedimientos Civiles y en el inc. 1° del art. 2° de la Constitución.

En relación con los mencionados fundamentos legales cabe señalar que el art. 2°, inc. 1°, de la Constitución consagra, como se ha señalado, el derecho del sujeto al libre desenvolvimiento de su personalidad y a su integridad física. El art. VIII del Título Preliminar del Cód. Civil peruano de 1984 establece que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. Y agrega que, en estos casos, el juez debe aplicar los principios generales del derecho, prefiriendo aquellos que inspiran el derecho nacional.

A su vez, el art. 1° del Cód. Civil establece que la persona humana es sujeto de derecho desde la concepción, mientras que el art. 6° prescribe que los actos de disposición del propio cuerpo son válidos "si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios". El art. 29

preceptúa que no se puede cambiar de nombre "salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial debidamente publicada e inscripta".

Por su parte, el art. 1321 del Cód. de Procedimientos Civiles prescribe: "Para inscribir los matrimonios, nacimientos y defunciones, cuyas partidas no se sentaron dentro del término legal, los interesados se presentarán al juez del lugar donde debe hacerse la inscripción, expresando los datos que deben anotarse y la personería con que se procede". El art. 1325, también citado, dice en su parte pertinente: "Presentada la solicitud, el juez mandará que su contenido se anuncie por el periódico durante ocho días con citación del agente fiscal".

Como se puede apreciar de las citas legales efectuadas precedentemente, la recurrente funda su solicitud de cambio de sexo y de nombre en el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad y en el derecho a la salud, a los cuales nos hemos referido en el curso de la obra y, específicamente, en el § 83. Pero, al no existir en el ordenamiento jurídico peruano ninguna norma que expresamente establezca el derecho a cambiar de sexo, se recurre al art. VIII del Título Preliminar que obliga al juez, indefectiblemente, a dictar sentencia en esta hipótesis. Olvida la demandante fundar su reclamo en la cláusula general alojada en el art. 4º de la Constitución, la misma que faculta al juez a amparar cualquier derecho derivado de la dignidad de la persona humana.

Entre la prueba presentada aparece un extracto de la historia clínica de la recurrente llevada por la Cátedra de Siquiatría del Instituto de Medicina de la ciudad de Rostov, en la Unión Soviética, país en el cual reside la demandante en calidad de estudiante. En esta historia clínica, debidamente legalizada, consta el dignóstico de "transexualismo femenino". Se expresa textualmente, además, que

"la paciente, después de cambiar el sexo civil, necesitará la corrección quirúrgica en el sentido del sexo masculino: mastectomía bilateral del faloplástico". Sin embargo, se precisa que "es innecesaria la castración y amputación del útero a condición de la androgenotización aplastante".

Aparte del diagnóstico antes referido, se acompaña también como prueba la evaluación sicológica de la paciente, practicada por el Departamento de Medicina, Área de Siquiatría, del Hospital Hipólito Unánue. De esta evaluación se desprende que la solicitante tiene un rendimiento intelectual normal-promedio, que es extrovertida, "cuyas características de expansividad hacia el medio se ven interferidas por un proceso de confusión, producto de su identificación sicosexual, por lo que constantemente tiende a analizar y comprender su propia conducta, se encierra con facilidad en su propio mundo, expresando actitudes depresivas que traen como consecuencia estados de angustia". Y se añade que la paciente "muestra interés por asumir un rol directivo y tener éxito en sus actividades vinculadas al estudio y la superación", mientras que en el "aspecto social demuestra poco interés de participar en actividades sociales grupales y en este sentido trata de pasar desapercibida". Al afirmarse que se trata de un caso de transexualismo se precisa que "en la esfera emocional afectiva experimenta dificultades en las funciones de control y por lo tanto un comportamiento impulsivo, gobernado por las necesidades básicas y las emociones, lo que da lugar a cierto grado de desadaptación social". Finalmente, se concluye que "existe identificación sicosexual en la figura masculina".

b) *Contenido de la demanda.* La recurrente, quien expresa ser pasible de una alteración sicobiológica de transexualismo femenino, expresa en su demanda que debiéndose someter a una interven-

ción quirúrgica, para su cambio al sexo masculino, en el Centro Hospitalario de la Academia de Ciencias Médicas de la Unión Soviética –Instituto de Endocrinología Experimental y Química de Hormonas–, requiere previamente, de acuerdo con la exigencia legal vigente en dicho país, el cambio de sexo civil. Sin este requisito, alega, le sería imposible someterse a dicha operación quirúrgica. Explica en su demanda que dicho Centro Hospitalario es el único lugar donde se practica este tipo de operaciones y que tiene acceso a ella por ser residente desde 1981 en la Unión Soviética en su calidad de estudiante de Medicina. No obstante, la recurrente no presenta prueba alguna sobre la legislación vigente en dicho país en lo atinente al cambio de sexo.

De otro lado, solicita también el cambio de su prenombre "María" por el de "Erick".

El juez ordena la publicación de la solicitud planteada y procede a citar al Fiscal Provincial de Turno para que se apersone a la causa. El fiscal, luego de tomar conocimiento del contenido de la demanda y antes de emitir un pronunciamiento de fondo, solicita que el juzgado, de conformidad con las atribuciones que le confiere el art. 340 del Cód. de Procedimientos Civiles, ordene la realización de una pericia médico-legal a través de la cual se establezca, inequívocamente, que la recurrente requiere la operación que solicita a fin de determinar la conveniencia de la misma para el desarrollo biosicosocial de la recurrente.

El juzgado, de conformidad con el petitorio del fiscal, ordena la pericia en cuestión y designa a dos peritos para llevar adelante el examen del caso. Es en este estado que hemos encontrado el expediente, por lo que no conocemos el desenlace de este original caso. Todo hace suponer que la recurrente no se sometió a la pericia al parecer por temor a

un dictamen adverso luego de haber tenido conocimiento oficioso de la opinión de los peritos designados.

El caso que brevemente hemos glosado repropone la problemática del transexualismo a la cual nos hemos venido refiriendo y plantea la necesidad de regular, a breve plazo, esta situación a fin de otorgarle un debido cauce legal. Para el efecto contamos con el rico bagaje de la jurisprudencia comparada que hemos anotado, así como del aporte de la doctrina, también acotada y, finalmente, de la legislación comparada que, dada su importancia, hemos analizado con cierto detenimiento a través de las páginas de esta obra.

§ 86. ***UN PROBLEMÁTICO PROCEDIMIENTO EN TORNO A UN CASO DE INTERSEXUALIDAD.*** – Entre los pocos casos que hemos podido ubicar en relación con la temática propuesta existe uno que nos llamó la atención por el procedimiento *sui generis* empleado por el recurrente para lograr un cambio de nombre y de identidad sexual.

Llegó a nuestras manos, gracias a la gentileza de un colega amigo, interesado en la problemática que hemos abordado en estas páginas[143], un expediente judicial, seguido por ante el Décimo Quinto Juzgado en lo Civil de Lima, mediante el cual "Olgar Antohony" solicitaba la expedición, de parte de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, de un nuevo título profesional de Médico-Cirujano que sustituyera al que se había registrado con su antiguo nombre de "Olga Antonieta".

En su demanda, planteada en la vía ordinaria en el año 1983, expresaba el recurrente que su caso era

143 Nos referimos al doctor Carlos Enrique Becerra, profesor de Derecho de las Personas, en la Pontificia Universidad Católica de Lima.

el de un seudohermafroditismo masculino, en tanto que en el momento del nacimiento su conformación era la de una niña, dado que su miembro viril no se había desarrollado por una malformación congénita. Que, ante este hecho se sometió a exámenes médicos y, por consultas efectuadas en los Estados Unidos se le recomendó viajar al Brasil para su tratamiento quirúrgico. Que en este país, en el año 1980, se le practicó una intervención de cirugía plástica para luego continuar con un tratamiento médico ambulatorio.

Con posterioridad, al año siguiente, por ante el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Huancayo, "Olga Antonieta" interpuso acción para la rectificación de su partida de nacimiento al efecto de proceder al cambio de su nombre por el que actualmente lleva, o sea el de "Olgar Antohony". Acompaña como prueba la correspondiente resolución expedida por el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Huancayo, las fotocopias legalizadas de su partida original de nacimiento y la rectificada, como su título de Médico-Cirujano. Solicita, también, se le practique una pericia dactiloscópica, para demostrar que es la misma persona, así como un reconocimiento médico. La acción en referencia se entendió con la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la que al contestar la demanda manifestó que estaba a los resultados del procedimiento judicial.

La pericia dactiloscópica da como resultado que se trata de la misma persona, mientras que en el reconocimiento médico practicado por dos profesionales del ramo se expresa que el demandante "Olgar Antohony" "es un paciente portador de un problema de inter-sexo, en el que evidentemente por sus características físicas y su aspecto psicológico hay un predominio manifiesto del aspecto masculino". Se afirma, asimismo, que en el recu-

rrente "se encuentran cicatrices operatorias a nivel mamilar en relación a extirpación de mamas como un primer paso en su tratamiento quirúrgico". Por todo lo anterior los médicos en referencia manifiestan, a título conclusivo, que "se trata de un paciente con inter-sexo que está en franco proceso de tratamiento para dar paso al sexo masculino que es el predominante".

Sobre la base de la prueba antes glosada el juzgado considera que el recurrente ha obtenido un "nuevo sexo" mediante tratamiento médico "para corregir la malformación congénita de seudohermafroditismo masculino que le aquejaba". El juez declara fundada la demanda, expresando que no puede dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley, sustentándose en los arts. IV y XXIII del Título Preliminar. La sentencia está fechada el 3 de enero de 1984, es decir, antes de la vigencia del actual Código Civil promulgado en julio de ese mismo año. La sentencia en cuestión quedó consentida.

Cabe señalar, a propósito de los fundamentos del fallo, que el art. IV del Título Preliminar del Cód. Civil derogado de 1936 prescribía: "Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley". Por su parte, el art. XXIII del mismo Título Preliminar establecía: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios generales del derecho".

Como se puede apreciar de todo lo actuado en relación con este caso de seudohermafroditismo, el procedimiento adoptado, a nuestro parecer, adolece de graves errores. En primer término, se ha utilizado en un juicio anterior seguido por "Olgar Antohony" un procedimiento de rectificación de partida

que no es el apropiado para modificar en el registro la condición civil de la persona. En este procedimiento sumario y no contencioso, bajo el pretexto de una simple rectificación del prenombre en la partida, se ha llegado a un cambio en el estado civil del sujeto, sin haberse podido comprobar, debida y oportunamente, la situación de seudohermafroditismo planteada por el recurrente y la evolución sufrida a raíz de un tratamiento médico-quirúrgico para hacer prevalecer el sexo dominante que, en el caso comentado, era el masculino. La rectificación del nombre en la partida resulta ser, como se ha subrayado, una consecuencia de una previa declaración judicial de atribución de sexo dentro de los alcances de la ley.

Como en el expediente seguido en la ciudad de Lima para obtener el cambio de nombre en el diploma de Médico-Cirujano, no se adjunta el expediente de rectificación de partida seguido ante el juez de Huancayo, sino que sólo se presenta la resolución judicial, no es posible conocer en qué pruebas se basó este juez para resolver irregularmente, en un procedimiento equivocado, una modificación en el estado civil del demandante. No sabemos, así, qué documentación podría haber consignado el recurrente en relación con el diagnóstico médico efectuado previo a su desconocida intervención quirúrgica en el Brasil, ni podemos tampoco conocer si aparece en dicho expediente la constancia de la operación quirúrgica a que dice fue sometido.

En segundo lugar, en el procedimiento ordinario destinado en teoría a modificar el nombre del demandante en su diploma de Médico-Cirujano otorgado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, recién se ha procedido a un cuestionable reconocimiento médico, ya que en él no han intervenido los médicos legistas. Por lo demás, en el peritaje presentado se afirma que "las cicatrices

operatorias a nivel mamilar en relación con la extirpación de mamas" es "un primer paso en su tratamiento quirúrgico". De lo expuesto cabe inferir que se trata de un paciente que no ha culminado aún el correspondiente tratamiento médico-quirúrgico para afirmar su sexo prevaleciente.

En tercer término, en los considerandos de la sentencia del juez de Lima, se da por válido que, en un procedimiento de rectificación de partida, se proceda a resolver sobre la atribución de un sexo diferente, lo que supone alterar uno de los aspectos del *status* de la persona. Por otra parte, es presumible que no se hubiera actuado la prueba pertinente en estos casos. Ello se confirma de las propias expresiones del juez, cuando afirma que el recurrente ha "obtenido por mandato judicial, como es de verse de la anotación marginal hecha en la partida de fojas cuarenta y cinco, la rectificación de su partida de nacimiento en lo que a su sexo y, consecuentemente, a su nombre se refiere".

En cuarto lugar, es de advertir que el fallo no está legalmente fundado, ya que si bien el juez sostiene que no puede dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley y debe, en consecuencia, aplicar los principios generales del derecho para resolver, no señala cuál o cuáles serían tales principios generales. La sentencia demuestra así una lamentable orfandad en cuanto a su sustentación jurídica.

Este nuevo caso, al lado de otros que ignoramos por las razones advertidas, nos reafirman en nuestra convicción de que debe contemplarse en la legislación nacional, después de un serio estudio a la luz de la ética y de la ciencia, la problemática abordada en este libro sobre la atribución de sexo. Hacia 1965, cuando empezó a redactarse el Código Civil vigente desde 1984, el problema del transexualismo no constituía, aún, un reclamo de la realidad. En los últimos años la situación ha variado. Observa-

mos que el tema adquiere en la actualidad una diversa y mayor dimensión, que van en aumento los casos en que arbitrariamente, al margen de toda regulación, sin mayores garantías, se empiezan a practicar intervenciones quirúrgicas de adecuación sexual. Esta situación, legalmente incierta, requiere ser debidamente regulada para proteger a la persona humana del transexual e impedir errores irreversibles y explicables excesos.

El derecho es, primariamente, vida humana social. Es la propia experiencia la que reclama la regulación valiosa de las nuevas situaciones, de las inéditas conductas que se forjan en su seno. Nos hallamos ante un reto que los juristas no pueden eludir por más tiempo.

§ 87. ***La reasignación de sexo en el derecho argentino.*** – En lo que concierne al derecho argentino, la valiosa información crítica que sobre la reasignación de sexo en casos de transexualismo nos ofrece Santos Cifuentes en su precursora obra *Los derechos personalísimos*, nos permitiría sostener que la jurisprudencia argentina, tal vez sobre la huella de la francesa, no se ha mostrado favorable en lo que atañe a la admisión del llamado "cambio de sexo" y consiguiente modificación del nombre en los correspondientes registros públicos. No obstante lo afirmado, en la sentencia de un caso, que data de 1989, se advierte un voto disidente que significa una actitud de apertura en relación con el problema que venimos analizando. La expedición de este interesante fallo resulta ser la propicia y esperada oportunidad para conocer los comentarios, los planteamientos y las dudas que sobre la materia nos ofrecen dos lúcidos juristas argentinos como son los profesores Germán Bidart Campos y Eduardo Zannoni. Sus opiniones y cuestionamientos, sus interrogantes, constituyen un valioso aporte en el

tormentoso proceso de esclarecimiento de un tema tan polémico como es el que nos ocupa. Las páginas siguientes nos aproximarán a su pensamiento.

a) *Antecedentes jurisprudenciales.* Santos Cifuentes se refiere a un caso famoso. Se trataba de un médico que realizó una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva en un hombre, a fin de modificar sus genitales exteriores dándole la apariencia de mujer a través de la implantación de una seudovulva. Narra el autor que en este caso se impuso una condena de tres años de prisión por lesiones gravísimas, ya que se consideró culpable al facultativo pues no existía una enfermedad que obligara a tal intervención [144].

Cifuentes recoge también otro caso en el que el juez civil de Buenos Aires, doctor Bunge Campos, rechazó la información sumaria sobre rectificación de partida sobre la base de la apariencia genital externa del recurrente obtenida con posterioridad a una intervención quirúrgica [145].

El propio Santos Cifuentes, en su capital libro de 1974, sostiene que las intervenciones quirúrgicas no se justifican porque "tienden a desnaturalizar y falsear", mediante artificios, una realidad sexual inmodificable. Considera que el engaño no puede, desde ningún punto de vista, ser aceptado y, "en todo caso, convendría estudiar la solución por otra vía, ya sea a través de estudios psíquicos y hormonales", sin caer en las intervenciones quirúrgicas que resultan "un procedimiento que toda sociedad civilizada repudia" [146]. Alberto Bueres adhiere a esta posición, estimando que son injustificables tales operaciones en tanto el sexo es una estructu-

144 Cifuentes, *Los derechos personalísimos*, p. 207.
145 Cifuentes, *Los derechos personalísimos*, p. 208.
146 Cifuentes, *Los derechos personalísimos*, p. 209-210.

ra compleja imposible de modificar o de mudar en bloque[147].

Hallamos también citada la sentencia del juez Pichetto quien tenía a su cargo, en la mitad de la década de los años 70, el Juzgado en lo Civil nº 14 de Buenos Aires. El juzgado rechazó un requerimiento para obtener autorización judicial para una intervención quirúrgica de reasignación de sexo[148].

El pronunciamiento de la Cámara Nacional Civil, Sala E, del 31 de marzo de 1989 mantiene similar posición[149]. Se trata de un caso en el cual el recurrente, a través de una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva efectuada en un país extranjero, había conseguido modificar su morfología genital.

La Cámara, por mayoría, desestimó la demanda. Se argumentó para tal efecto que el sexo, pese a su compleja composición, es inmodificable a través de una intervención quirúrgica destinada a variar el aspecto genital exterior de la persona haciéndola parecer del sexo opuesto al genético. El sexo tiene un elemento inalterable, que es el sexo genético que permanece inmutable, "más allá de cualquier modificación externa". Y ello no obstante que el actor "psicológicamente se identifica con el sexo femenino y socialmente se comporta como tal".

Por otra parte, el tribunal consideró que las transformaciones artificiales logradas por el recurrente mediante una intervención quirúrgica practicada en un país extranjero en fraude a la ley argen-

147 Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 350 y siguientes.

148 Este fallo se reporta en la sentencia de la CNCiv, Sala E, 31/3/89, publicado en la Revista "Derecho de Familia", 1990-4-138.

149 El fallo de la CNCiv, Sala E, 31/3/89, se publica en la Revista "Derecho de Familia", 1990-4-133, con comentario de Eduardo Zannoni.

tina, de haberse efectuado en el país constituiría un delito penal (art. 91, Cód. Penal). Siguiendo la orientación de cierta jurisprudencia francesa, el tribunal rechaza la acción sobre la base del principio de indisponibilidad del estado de las personas.

El tribunal, no obstante el voto mayoritario emitido, reconoce "los inconvenientes que seguramente tiene el apelante en el plano sicosocial, que el tribunal no ignora". Sin embargo, pese a esta verificación, predominó en la conciencia y en el entendimiento de los magistrados el principio de que "la justicia debe estar al servicio de la verdad y no le es dable a los jueces alterar la naturaleza misma de las cosas, que por sólo la declaración pretendida tampoco vería modificada". En este planteamiento prima el dato biológico, genético, sobre el sicosocial, la verdad de la "naturaleza" sobre la verdad de la manifestación sicosexual de la persona. ¿A cuál verdad atender? He aquí la encrucijada en que se encuentran los juristas frente a una indefinición científica, ante las posiciones antagónicas que surgen de la ciencia médica en cuanto al sexo.

Frente a la tesis de la inmutabilidad del sexo, sostenida por el voto definitorio de dos de los tres magistrados de la Cámara, se opone el voto del camarista restante, quien no comparte el principio de la inmodificabilidad del sexo. El voto en minoría se fundamenta, en concordancia con lo que también expresa la mayoría, que "en la ciencia moderna no existe una noción unívoca de lo que debe entenderse como sexo".

El voto disidente parte de la verificación, admitida también por la mayoría, que cuando no existe concordancia entre los distintos componentes de la estructura sexual, debe establecerse cuál de ellos es el prevaleciente, el que debe primar para la atribución del sexo de la persona. En este sentido el magistrado sostiene que en el supuesto que los ocupa,

se ha demostrado fehacientemente la realización de una intervención quirúrgica, que ha compatibilizado la morfología sexual del recurrente con su inclinación sicosexual. Este hecho, asumido en forma libre y voluntaria por el peticionante, resulta ser suficiente, en opinión del magistrado, para justificar la procedencia de la pretensión del recurrente, sin que "le parezca relevante el hecho de que la intervención haya sido realizada en el exterior, pues no estamos en presencia de un fraude a la ley argentina que, si bien considera punibles las operaciones mutilantes, lo hace con respecto a las que se lleven a cabo en el territorio de la República, más no impide, lógicamente, a los ciudadanos argentinos someterse a ellas en otros países que las admiten".

El magistrado disidente reconoce que el asunto sometido a su consideración asume las características de "un drama humano traído a los estrados de este tribunal". Admite que su voto lo adoptó después de "largos momentos de meditación" y que no pocas dudas lo "hicieron vacilar más de una vez sobre el sentido de mi propuesta". ¿Qué primó en el ánimo del disidente para opinar en favor de la petición de reasignación de sexo como resultado de una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva?

El propio magistrado nos proporciona la clave de la respuesta cuando afirma que cree sea "justo brindar protección jurisdiccional a aquel grupo de individuos que se denomina transexuales, es decir, a aquellos que han logrado, operación quirúrgica mediante, adecuar su sexo morfológico con el síquico, asumiendo voluntariamente los riesgos de aquélla, y sabiendo que se colocan en una situación que es absolutamente irreversible y permanente".

El magistrado disidente estima que es necesario ayudar al transexual a "insertarse en la sociedad reconociendo legalmente su nuevo estado" puesto que, subraya, "libre y voluntariamente ha elegido el di-

fícil e irreversible camino que lo llevó a armonizar su apariencia física con su sentir interno". Y finaliza revelando que, si alguna duda albergó en un comienzo, ella se vio disipada luego de la entrevista personal que el tribunal mantuviera con el recurrente, "en donde me impactó el hecho de que su apariencia y modales absolutamente femeninos me habrían imposibilitado, de no conocer las circunstancias del caso, considerarlo del sexo opuesto".

El fallo que hemos glosado pone pues de manifiesto, una vez más, la inexistencia de una respuesta científica definitiva en lo que se contrae a la determinación del sexo, lo que origina la vacilación de la doctrina y la jurisprudencia tanto argentina como foránea.

b) *El planteamiento doctrinal.* Nos limitaremos tan sólo a glosar los comentarios vertidos por Eduardo Zannoni y Germán Bidart Campos en relación con la sentencia del 31 de marzo de 1989[150].

Estima Zannoni, en opinión que sin duda compartimos, que el transexualismo suscita complejas y delicadas cuestiones que no se reducen al ámbito estrictamente jurídico, sino que ellas implican una toma de posición desde otras vertientes, como es el caso de la medicina, la siquiatría y la sociología.

El asunto, como apunta Zannoni, implica también un punto de vista de carácter ético que, "al cabo, dominará el panorama en que se desenvuelven las ciencias positivas".

El problema capital, como lo asume Zannoni, es el de saber si el transexual varón que mediante una emasculación de sus genitales externos, la implantación de una neovagina –que es una prótesis– y el

150 Zannoni, Eduardo A., *El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica*, comentario al fallo de la CNCiv, 31/3/89, en Revista "Derecho de Familia", 1990-4-142.

tratamiento hormonal en base a testosterona es realmente una mujer, teniéndose en cuenta, además, que es sicológicamente mujer. El autor se pregunta si ello es suficiente para considerar al transexual como una mujer y, por lo tanto, acceder a su solicitud de concesión de un reconocimiento legal de su sexo y de nombres femeninos en lugar de los que le fueron impuestos con ocasión de la inscripción de su nacimiento.

Menciona Zannoni que, frente al caso propuesto, la respuesta tradicional es la de resolver la cuestión sobre la base del sexo cromosómico, de conformidad con "la naturaleza de las cosas". De ahí que según esta posición no habría forma de alterar esa determinación natural por mucho que se altere "la morfología externa o se implante una neovagina, se logre eliminar el vello y se obtenga un desarrollo de los senos". En lo que se refiere a la estructura sicológica, Zannoni nos recuerda que la siquiatría "nos dice que se trata de un delirio y entonces, qué duda cabe, incluye el transexualismo entre las alteraciones mentales lindantes con las sicopatías". Este dato, como subraya el autor, deriva de una lectura que "prioriza la noción de normalidad a partir de un dato genético, cromosómico". Es decir, se debe estimar enfermo al sujeto en el cual la siquis no concilia con su determinación genética.

Dentro de la anterior visión, que Zannoni califica de lineal, delira quien siendo genéticamente varón o mujer pretende, o siente pertenecer, al sexo contrario. De ahí que la persona en la que no existe concordancia entre el sexo genético y el sicosocial está sometida a taras o delirios que sólo merecen respuesta siquiátrica.

La cuestión de la reasignación de sexo mediante una intervención quirúrgica plantea, según Zannoni, el problema de los límites del llamado *ius in se ipsum*, es decir, el poder del sujeto de disponer

de su propio cuerpo. Poder que, como señala el autor, se formula tradicionalmente imaginando al cuerpo humano como un objeto exterior al sujeto mismo, desconociendo que el ser humano es la inescindible unión de soma y siquis en torno al yo. Es decir, yo soy mi cuerpo y mi siquis. Ni el cuerpo ni la siquis son "cosas" exteriores al ser del hombre [151].

La visión ontológica que nos propone Zannoni –con la que coincidimos– permite enfocar con mayor precisión el problema del transexualismo. En efecto, como expresa el autor, "más allá de la consideración cromosómica del sexo, que a lo sumo nos muestra la determinación genética natural del sujeto, el análisis exigiría integrar ese dato –trascendente sin duda– con las determinantes sicosociales y conjugando todos los elementos para brindar una respuesta que permita a la persona, en concreto, vivir en plenitud su propio cuerpo, es decir, ser ella misma".

La reflexión final de Zannoni, que ilumina el problema, es que desde este punto de partida "es probable que la reflexión crítica muestre al jurista, desde su óptica, nuevos caminos para transitar y accesos diferentes a los manantiales de la justicia humana" [152]. Tenemos la impresión de que hemos emprendido la marcha en una nueva ruta donde el máximo valor de la persona es el de *vivir su libertad* dentro de los planteamientos éticos que naturalmente la condicionan.

Por su parte, Bidart Campos formula diversos comentarios sobre el fallo que venimos glosando [153].

151 Zannoni, *El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica*, en "Derecho de Familia", 1990-4-142.

152 Zannoni, *El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica*, en "Derecho de Familia", 1990-4-142.

153 Bidart Campos, Germán J., *El cambio de identidad civil*

Reconoce, como premisa, que entre el dualismo sexo masculino-sexo femenino se intercalan en la sexualidad humana diversas categorías como son las de hermafroditismo, bisexualidad, homosexualidad, el transexualismo, el tipo andrógino, etcétera. Al respecto sostiene que "sería simplificar demasiado las cosas, y disimular racional y abstractamente dramas humanos como los que evidencia esta sentencia, quedarse con la definición del sexo según la pura genitalidad". Antes de dar una apresurada respuesta al caso, Bidart Campos estima que es necesario "contar con una cantidad muy densa de otras respuestas a numerosos interrogantes, a los que no es válido ignorar u ocultar". Y se pregunta si las distintas ciencias están en condiciones de ofrecer tales respuestas [154].

Según Bidart Campos –y ello es exacto– en el caso de la sentencia bajo comentario nos hallamos ante un drama de la vida de un ser humano concreto, que no es un homosexual, ni un bisexual, ni un hermafrodita ni un travesti. Es, como se ha advertido de la glosa efectuada, un transexual al que se le practicó una intervención quirúrgica de "cambio de sexo" y desea que el Estado lo identifique y registre, a partir de este hecho, como mujer.

Colocándose en la perspectiva del voto mayoritario, Bidart Campos opina que no se le debe dar al caso un enfoque puramente jurídico, "y hasta diríamos exageradamente normativo", que él resultaría "parcial si se gira en torno de la presunta delictuosidad de la operación quirúrgica transformadora del sexo morfológico-genital". A este respecto el autor considera que el delito de lesiones mutilantes, re-

---

de los transexuales quirúrgicamente transformados, *JA*, 18/7/90, nº 5681, p. 27.

154 Bidart Campos, *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, *JA*, 18/7/90, nº 5681, p. 27.

cordado en el fallo y previsto en el art. 91 del Cód. Penal, "tal vez no nos diga demasiado si es que la perspectiva global no se desembaraza de un reduccionismo dogmático-penal". En todo caso, reflexiona, el delito tendría por autor solamente al cirujano que realizó la intervención y no al transexual operado. De otro lado, agrega –con agudeza–, a ningún penalista se le ocurriría considerar como delito la conducta del médico que para curar el cáncer extirpa los ovarios de una mujer o los testículos de un varón. Si esto es así, se pregunta "¿no queda al menos una fuerte duda acerca de si es delictuoso realizar una operación de cambio de sexo para morigerar en algo una anomalía y, con ello, el drama de la vida biográfica desadaptada de un transexual?" [155].

Señala Bidart Campos, además, que si la intervención quirúrgica se efectuó fuera del país, la territorialidad –que es un principio de la ley penal–, convierte en "bastante estéril al análisis del encuadre penal cuando en nuestro país no se trata de juzgar una conducta penal sino la identidad sexual en sede civil".

De otra parte, expresa que no está muy seguro de que asuntos como el propuesto al tribunal involucren siempre al orden público y a la moral social, ya que "a lo mejor cupiera recluirla en el área de la intimidad reservada a la moral autorreferente". A este propósito señala el caso en el cual la Corte Suprema declaró inconstitucional la norma penal incriminatoria de la tenencia de drogas para consumo personal en tanto consideró que esta conducta privada quedaba bajo la protección del art. 19 de la Constitución. Sobre la base de esta discutible decisión es dable repensar, según el autor, si un pro-

155 Bidart Campos, *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, *JA*, 18/7/90, nº 5681, p. 28.

blema "tan íntimo y personal como la identidad sexual admite que el intento médico-quirúrgico de perfilar mejor de lo que genitalmente aparece en la morfología de un ser humano, caiga redondamente y *a priori* en el reproche penal" [156].

Analiza Bidart Campos el caso bajo el supuesto de que en la realidad de la vida biográfica hay transexuales, que "son así" sin elegirlo voluntariamente. Debe reconocerse "sinceramente y fuera de toda hipocresía", sostiene, que nadie escoge nacer, ni elige su núcleo familiar, ni opta por ser varón o mujer, homosexual o transexual. Hay seres humanos en los cuales su cuerpo "lo que la sexualidad encarna más allá de su morfología genital... y cuya inmaterialidad (siquismo, voliciones, vivencias, instintos, emociones, afectividad, etc.) tampoco se ven correspondidas corpóreamente" [157]. Existe, pues, un conflicto que ni las ciencias ni el derecho pueden dejar sin resolver. La víctima de esta situación es ajena, por completo, de algo que está fuera de su responsabilidad, de su voluntad, de su libertad, por lo que, se pregunta, si es posible dejarla en este estado sin ofrecerle una solución a su problema.

Ante esta realidad el juez debe preguntarse, según Bidart Campos, si en función de hacer justicia, si tiene o no el deber de corregir o subsanar, dentro de las posibilidades al alcance de la ciencia y de la justicia, "toda desubicación anómala que descoloca a un ser humano de su situación existencial". El autor inquiere si el juez debe dejar intacto el drama de la vida del transexual así como se pregunta si es mejor para la sociedad que él siga "oficialmente" identificándose como varón, lleve nombre masculi-

[156] Bidart Campos, *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, *JA*, 18/7/90, nº 5681, p. 28.

[157] Bidart Campos, *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, *JA*, 18/7/90, nº 5681, p. 28.

no, y viva como mujer "sin poder reinsertarse vitalmente en su peculiar forma de ser, de existir, de vivir, y de sentirse, cuando él no ha jugado ninguna partida en ese destino que le deparó quién sabe quién" [158].

El autor opina que los casos de transexualidad –que de hecho existen y se presentan en la vida social– no deben ser asumidos por el juez sobre la base de supuestos valores jurídicos, ni con el recurso a la moral pública, o al orden público, con la pretensión de que estos parámetros reemplacen aspectos tan íntimos de la vida personal "que primariamente incumbe replantear, explicar, razonar, y acaso resolver parcialmente a otros operadores: médicos, teólogos, moralistas, siquiatras, sicólogos, sociólogos, etc.". De ahí que Bidart Campos expresa que esta temática no puede sólo ser valorada a través de la mirada del juez o del abogado, "porque el ojo de éstos puede ser –y es– miope si una serie de auxilios venidos de otros orbes científicos no le proporcionan sus anteojos, a veces hasta su *larga vista*". Esta constatación, que compartimos, supone, como se advierte, una crítica de fondo al fallo bajo comentario.

Ante el caso planteado, dado el drama humano que encerraba no cabía, en opinión del autor, la abstención judicial. Pero, la intervención que se cumplió no fue humanista, sino más bien de carácter "holístico, en cuanto al rechazarse su pretensión se tomó a la persona como un medio para supuestos fines transpersonalistas: la sociedad, el orden público, la moral social". Ello, ciertamente, no resolvía el problema existencial de la persona, ya que no la ayudaba a convivir armoniosamente en la comuni-

[158] Bidart Campos, *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, JA, 18/7/90, nº 5681, p. 29.

dad de la que forma parte, como un fin en sí misma sino que, más bien, en palabras de Bidart Campos, se le consideraba "como un tornillo o un instrumento de la maquinaria total".

Apoyándose en otros autores, Bidart Campos nos recuerda una tendencia mayoritaria en lo que se refiere a la consideración del ser humano dotado de cuerpo o soma y de mente o siquis. Se trata de aquella que estima que el ser humano es una inescindible unidad de cuerpo y siquis, a través de la cual se expresa "la esencial unidad existencial de la persona en su cotidiana vida biográfica". Si esto es así, como nos lo recuerda el propio autor, la sexualidad no puede ser considerada sólo bajo una perspectiva monista, es decir, a partir de la realidad del soma o cuerpo, dejando de lado el aspecto sicosocial. Aun más, a estos elementos debe agregarse, basándose en la estructura coexistencial del hombre y a su propia libertad creadora, el mundo de la cultura que el hombre elabora, axiológicamente, en su humana convivencia.

Frente a los que pretenden reducir y comprimir la comprensión de la sexualidad humana a sólo lo físico, a la conformación corpórea, Bidart Campos se pregunta: "¿no será el materialismo del que tantos y tanto renegamos este *ver* el fenómeno transexual sólo desde la unilateralidad corpórea o biológica, por los órganos genitales-reproductivos, sin ningún intercambio con tantos otros elementos que a cada ser humano lo hacen ser el que *es* y lo hacen ser *como es*?".

Estima Bidart Campos que no es posible marginar al transexual, discriminarlo, sino más bien comprenderlo y ayudarlo a insertarse en la comunidad tal como él se siente y vive. No cabe, por ello "relegarlo a un modo de vida que pueda ocasionarle burla, desempleo, desintegración social, etc.". Ante esta realidad humana, se pregunta si acaso no mere-

cería, al menos, replantearse su situación "sin prejuicios y dejándole a su privacidad el problema ético sin transferirlo fuera de esa autorreferencia personal a la moral pública, ahondar la comprensión valorativa del caso en la abundante colección de problemas que alberga, para al fin cuestionarse si es mejor *dejar todo como está* (un transexual operado que se siente y vive como mujer pero mantiene oficialmente su identidad civil de varón), o más bien asumir lo *que ya está hecho* (la cirugía) y lo *que es como es* (la vida biográfica del transexual que era generalmente hombre y se *convirtió* en mujer, y vive desde y con un rol protagónico femenino), para de ahí sin más recomponer el retrato civil y oficial en mejor correspondencia con esa biografía" [159].

En el caso del transexual, el problema ético, que precede y sustenta la solución jurídica, debe ser planteado con la mayor objetividad posible, a la luz de la peculiar y compleja estructura del ser humano. La primera cuestión es decidir si conviene o no facilitar la coincidencia entre lo corpóreo o biológico y lo sicosocial, resolviendo la disyunción según la profunda vivencia del transexual, su libre determinación, y facilitar, por ende, la coincidencia entre ambos aspectos a través de una intervención quirúrgica de adecuación a su sentir existencial. Surge, luego, el interrogante que el propio Bidart Campos se formula, como es el de saber si es inmoral recuperar la identidad del transexual subsanando el disenso entre su vida y sus datos registrales.

Concluye Bidart Campos su certero comentario insistiendo en la necesidad de un estudio multi e interdisciplinario del problema humano del transexual, ya que antes de que ello suceda persistirán las vacilaciones y las dudas, como las que él mismo se

159 Bidart Campos, *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, *JA*, 18/7/90, nº 5681, p. 32.

ha planteado. Los jueces, por ello, "deben extremar su precaución para no resolver prematuramente mal e injustamente las dolorosas situaciones personales del transexualismo con y por sólo un supuesto bien intencionado propósito de cuidar o salvar la moral (privada y/o pública)" [160].

Finalmente, como el juez tiene que administrar justicia, Bidart Campos imagina lo que él haría si tuviera que asumir esa función en un caso como el que es materia de este comentario. Y, en lo que juzga "una opinión personal atrevida", nos ofrece su propia versión. En primer término, expresa, acumularía como elementos probatorios las pericias provenientes del ámbito de las diversas ciencias que tienen que ver con el problema existencial planteado para luego, en una segunda instancia, sostener una entrevista personal con el recurrente. Si de todos los elementos acumulados le quedase alguna duda –como parece ser lo que ocurrió con el camarista disidente en el caso comentado–, manifiesta que saldría de ella vivenciando el drama existencial del transexual, teniendo en cuenta las vacilantes aportaciones científicas, para finalmente decidirse por la integración personal y social no discriminatoria del transexual, haciendo lugar a la rectificación de la identidad civil.

En lo que concierne al problema moral, anterior y posterior a la intervención quirúrgica pertinente, Bidart Campos expresa que no lo analizaría porque si se tratara de un heterosexual "normal" no le "preocuparía averiguar qué hace con su sexualidad, a menos que por el art. 19 de la Constitución su conducta recayera en el orden o en la moral pública o perjudicara a terceros". Relacionando este plan-

160 Bidart Campos, *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, JA, 18/7/90, nº 5681, p. 32.

teamiento con el caso que suscita su comentario expresa que "aquí esa proyección no se advierte, por lo que la intimidad sexual del justiciable queda fuera de la materia o del objeto del proceso"[161].

§ 88. ***BASES PARA UNA LEGISLACIÓN SOBRE ADECUACIÓN SEXUAL EN CASOS DE TRANSEXUALIDAD Y MODIFICACIÓN DEL NOMBRE.*** – En pleno proceso de impresión de este libro, el 26 de septiembre de 1991, se celebraron en Lima las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil, organizadas por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. En esta reunión, a nivel de un conversatorio restringido a profesores de las áreas del Derecho de las Personas y del de Familia, se discutieron las que podrían ser, llegada la ocasión, bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre.

Fueron especialmente invitados a esta reunión los destacados juristas argentinos profesores Gustavo Bossert, Santos Cifuentes y Eduardo Zannoni, quienes, sobre el texto de una ponencia presentada por el autor de este libro, redactaron y aprobaron, juntamente con este último, las siguientes "Bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre", las mismas que constan en un Acta de este tenor:

"En Lima, a los veintiséis días del mes de septiembre de mil novecientos noventiuno, con ocasión de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil, organizadas por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Cien-

161 Bidart Campos, *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, *JA*, 18/7/90, nº 5681, p. 33.

cias Políticas de la Universidad de Lima, para los días veinticinco, veintiséis y veintisiete de septiembre de mil novecientos noventiuno, reunidos los profesores Santos Cifuentes, Eduardo Zannoni y Gustavo Bossert, de la Universidad de Buenos Aires, así como el profesor Carlos Fernández Sessarego, de la Universidad de Lima, y sobre la base de un texto presentado por este último, los asistentes dieron inicio a un amplio debate sobre la conveniencia de redactar, de manera conjunta, unas bases para una posterior propuesta legislativa sobre la adecuación de sexo en los casos de transexualismo. Luego de un amplio intercambio de opiniones, sugerencias y planteamientos, en el que participaron todos y cada uno de los académicos asistentes, los profesores convocados acordaron la redacción de las siguientes bases:

I. La identidad sexual constituye uno de los caracteres primarios de la identidad personal.

II. En la determinación del sexo, según el estado actual de la ciencia, intervienen diversos factores: cromosómicos, genéticos, gonádicos, hormonales, genitales, sicológicos, sociales, jurídicos. A ellos se suman los anatómicos, definidos como secundarios, tales como el desarrollo pélvico o la distribución de la vellosidad.

III. Los factores determinantes del sexo pueden agruparse en dos categorías: aquellos biológicos, con los que se nace y se registra el sujeto, y los sicosociales que conforman la personalidad. Al igual que tratándose de la identidad personal, los primeros son estáticos, mientras que los segundos son dinámicos. Dentro de los biológicos, sin embargo, el único que no puede variar en el curso de la vida es el cromosómico.

IV. Dada la complejidad del sexo, se hace necesario un estudio multi e interdisciplinario.

V. En los casos de transexualismo se presenta una disociación entre los factores determinantes biológicos y el sexo sicosocial. Se trata de hombres que, desde los primeros años de su vida, sienten y viven como mujeres, o viceversa, constituyendo un drama existencial que repercute raigalmente en el mundo interior del sujeto y en sus relaciones sociales.

VI. Teniendo como fundamento los derechos de la persona a su libertad, a su identidad y a su salud, deben permitirse normativamente los procesos de adecuación de sexo en casos de transexualismo. Vivir una determinada sexualidad es una opción del sujeto al libre desarrollo de su personalidad.

VII. Son admisibles las intervenciones quirúrgicas tendientes a superar la disociación soma-sique, que presenta el transexual, en favor de esta última. Esta operación demoledora-reconstructiva, tiene como finalidad adecuar los genitales al sexo vivido.

VIII. Las intervenciones quirúrgicas de adecuación de los genitales al sexo dinámico deben adoptarse en los casos de transexualismo en los que no sean eficaces otros tipos de terapias.

IX. La adecuación de 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 de sexo.

X. La autorización para la intervención quirúrgica sólo puede ser otorgada a personas no casadas.

Para la modificación de la inscripción registral se requiere peritaje que demuestre la incapacidad para procrear.

XI. El proceso de adecuación de sexo y la consiguiente modificación del prenombre, por pertenecer a la esfera de la vida íntima del sujeto, deben ser tutelados por el derecho a la reserva.

XII. Los deberes y derechos emergentes de las relaciones familiares del transexual, cuyo sexo le fue adecuado, no se alteran.

Acto seguido, se dio lectura a las bases redactadas, las mismas que fueron aprobadas unánimemente por los profesores convocados, quienes suscribieron la presente acta en señal de conformidad. Firmas de: Gustavo Bossert, Santos Cifuentes, Carlos Fernández Sessarego y Eduardo Zannoni".

En el acta transcripta, que contiene las doce bases aprobadas para una futura legislación sobre adecuación de sexo y cambio de nombre, no se hace alusión ni a la nacionalidad de los hipotéticos recurrentes ni a su edad, asuntos que se dejaron librados, llegado el caso de legislar sobre la materia, a la específica situación de cada país latinoamericano.

En lo que concierne al procedimiento que las bases establecen para la adecuación de sexo y cambio de nombre, se opinó que debería tener dos momentos, en el primero de los cuales, luego de la actuación de la prueba pertinente –y sobre todo de la evaluación de los peritajes y de la entrevista especial con el peticionante– deberíase autorizar, si fuera el caso, la intervención quirúrgica correspondiente. Producida esta operación, el recurrente debe someterse a un nuevo peritaje para comprobar si la intervención quirúrgica ha cumplido su finalidad de aproximar al transexual, todo lo posible, al sexo sentido y vivido. Verificada esta situación, debería resolverse la causa autorizándose el cambio registral del prenombre que hubiere propuesto el recurrente.

En ninguna de las bases se alude expresamente a que los procesos de adecuación sexual y cambio

de prenombre están limitados por las disposiciones que conciernen al orden público. Esta voluntaria omisión se debió a que se consideró que ello era un requisito obvio, en tanto el orden público constituía un principio informador de todo el ordenamiento jurídico.

Durante el intercambio de opiniones a que dio lugar el conversatorio, se tomó conocimiento de las últimas investigaciones científicas desarrolladas en relación con el transexualismo, sobre todo aquella ocurrida en Australia referente al proceso de agigantamiento del núcleo de las células que, ubicadas en el hipotálamo, condicionarían por esta específica circunstancia, el comportamiento sexual del sujeto. El factor cromosómico, pese a ello, se mantendría invariable.

Los miembros del coloquio fueron también informados por el médico invitado, doctor Víctor Yáñez, sobre los resultados de las terapias ensayadas para reorientar las tendencias del transexual, así como del resultado de diversas investigaciones al respecto.

Las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil, que fueron dedicadas a estudiar, debatir y exponer sobre los temas de la adecuación sexual en casos de transexualismo y sobre la inseminación y la fecundación humana asistida, fueron fructíferas en la medida que han producido dos textos conteniendo las bases que podrían ser útiles, llegado el caso, para orientar la legislación en estos delicados asuntos. Es de esperar que ellas, una vez publicadas y difundidas tanto en la Argentina como en el Perú, sirvan para recoger consensos, sugerencias y críticas al respecto. Ello permitirá enriquecer, en un próximo futuro, la doctrina latinoamericana sobre tan arduas y debatidas materias que tienen especial incidencia en la cotidiana existencia del ser humano.

BIBLIOGRAFÍA

Acuña Anzorena, Arturo, *Consideraciones sobre el nombre de las personas*, Bs. As., Abeledo - Perrot, 1961.

Alagna, Sergio, *Diritto alla identità personale e risarcibilità del danno non patrimoniale*, en "Giustizia Civile", 1983-II-159.

Alpa, Guido, *Gli interessi tutelati e le tecniche di tutela risarcitoria*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", Napoli, Jovene, 1983.

— *Un questionario sul diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Alpa, Guido - Bessone, Mario - Boneschi, Luca (dirs.), *Il diritto alla identità personale*, seminario, Padova, Cedam, 1981.

Auletta, Giuseppe - Mangini, Vito, *Marchio. Diritto d'autore sulle opere dell'ingegnio*, en "Commentario del Codice Civile", al cuidado de Scialoja - Branca, Bologna - Roma, Zanichelli, 1977.

Auletta, Tommaso A., *La riparazione del danno per la diffusione di notizie contrarie a verità*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

— *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, Giuffrè, 1978.

Auteri, Paolo, *Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Ballester, Eliel C., *Derecho de respuesta*, Bs. As., Astrea, 1987.

Ballestrero, María V., *Il diritto alla identità personale nei rapporti di lavoro*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Barbera, Augusto, *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, al cuidado de G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975.

Batlle Salls, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Valencia, Marfil, 1972.

Benjamin, Harry, *Il fenomeno transessuale*, Roma, Astrolabio, 1968.

Bessone, Mario, *Problemi e questioni del diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Bianca, Massimo C., *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giufrè, 1978.

Bidart Campos, Germán J., *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, *JA*, 18/7/90, nº 5681, p. 27.

Bigliazzi Geri, Lina - Breccia, Umberto - Busnelli, Francesco D. - Natoli, Ugo, *Diritto civile*, 1.1, Torino, Utet, 1986.

Boneschi, Luca, *L'informazione come essenza della democrazia moderna: la strada della disciplina giuridica per difendere i valori della perso-*

na e per attaccare il potere dei mezzi di comunicazione, en varios "L'informazione e i diritti della persona", Napoli, Jovene, 1983.

— *Persona, diritti della persona, politica dei diritti della persona*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Bonilini, Giovanni, *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983.

Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Ábaco, 1979.

Busnelli, Francesco D., *Danno biologico e danno alla salute*, en "La valutazione del danno alla salute", al cuidado de Bargagna y Busnelli, Padova, Cedam, 1986.

— *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, en "Tutela della salute e diritto privato", al cuidado de Busnelli - Breccia, Milano, Giuffrè, 1978.

Carnelutti, Francesco, *Il diritto alla vita privata*, en "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", 1955-5.

Caruso, Antonino, *Il cambiamento di sesso: orientamenti giurisprudenziali e doctrinari*, en "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1978-707.

Castán Vásquez, José M., *La protección al honor en el derecho español*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1958.

Cataudella, Antonino, *La tutela civile della vita privata*, Milano, Giuffrè, 1972.

Cendon, Paolo, *L'esperienza francese in tema di informazione*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", Napoli, Jovene, 1983.

— *Profili della tutela della vita privata in Francia*, en varios, "Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia. Due sperienza a confronto", al cuidado de Bessone - Giacobbe, Padova, Cedam, 1988.

Cifuentes, Santos, *Los derechos personalísimos*, Bs. As., Lerner, 1974.

Cifuentes, Santos - Fernández, Marta, *Rectificación. Respuesta. Réplica*, *LL*, 1990-E-583.

Coco, Marco, *Transessuale coniugato con prole: un'ipotesi ancor più complessa di mutamento di sesso*, en "Giurisprudenza di Merito", 1987-660.

Chaves, Antonio, *Il diritto alla identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1981-I-62.

D'Addino, Paola, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sentenza nº 98 della Corte Costituzionale*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", Napoli, ESI, 1981.

D'Angelo, Andrea, *Lesione dell'identità personale e tutela risarcitoria*, en "Giurisprudenza Italiana", 1975-I-2.

David, René, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1980.

De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1982.

— *Il diritto alla riservateza esiste*, en "Foro Italiano", 1954-IV-89.

— *Teoría y práctica del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1960.

De Martini, Corrado, *Il diritto alla identità personale nella sperienza operativa*, en varios, "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", Milano, Giuffrè, 1985.

— *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", Napoli, Jovene, 1983.

Di Majo, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1982.

Dogliotti, Massimo, *Ancora sull'identità personale, la tutela dell'onore e il risarcimento del danno*, en "Giustizia Civile", 1982-II-2824.

— *Diritto alla identità e tutela della persona*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", Napoli, Jovene, 1983.
— *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.
— *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, en "Giurisprudenza Italiana", 1986-I-238.
— *Le persone fisiche*, en Rescigno, Pietro (dir.), "Trattato di diritto privato", Torino, Utet, 1982.
— *Sul concetto di diritto minorile, autonomia (favor minoris), principi costituzionali*, en "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1977-954.
— Voz *Transessualismo (Profili giuridici)*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice VII, Torino, Utet, 1987, p. 786.
— *Violazione o abuso del diritto all'identità personale?*, en "Giustizia Civile", 1982-I-2826.

Falzea, Angelo, *Il diritto alla identità personale: motivi di perplessità*, en varios, "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", Milano, Giuffrè, 1985.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios del Libro Primero del Código Civil peruano*, 3ª ed., Lima, Studium, 1988.
— *Derecho y persona*, Lima, INESLA, 1990.
— *La noción jurídica de persona*, Lima, Universidad de San Marcos, 1962.
— *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Lima, Universidad de Lima, 1984.
— *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, Universidad de Lima, 1990.
— *Tutela jurídica de la persona*, en Revista "El Jurista", año I, nº 1, p. 65.

Ferreira Rubio, Delia M., *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 "bis" del Código Civil*, Bs. As., Universidad, 1982.

Figone, Alberto, *Il risarcimento del danno all'identità personale in una pronuncia non conformista*, en "Giustizia Civile", 1985-I-534.

Finocchiaro, Mario, *"Ei fu" (qualche considerazione sugli interventi chirurgici c.d. demolitori degli organi genitali esterni*, en "Giustizia Civile", 1980-I-1520.
— *I transessuali di nuovo innanzi alla Corte Costituzionale*, en "Giustizia Civile", 1983-II-3247.

Fois, Sergio, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti dell'uomo*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.
— *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", Napoli, Jovene, 1983.

Fontán Jubero, Pedro, *Los existencialismos: clave para su comprensión*, Madrid, Cincel, 1985.

Franceschelli, Bruno, *Il diritto alla riservateza*, Napoli, Jovene, 1960.

Frankl, Víctor E., *Psicoanálisis y existencialismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970.

Fromm, Erich, *La rivoluzione della speranza*, Milano, ETAS, 1979.

Galgano, Francesco, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, en "Commentario del Codice Civile", al cuidado de Scialoja - Branca, 2ª ed., Bologna - Roma, Zanichelli, 1976.
— *Delle persone giuridiche*, Bologna - Roma, Zanichelli, 1969.

Garutti, Massimo, *Psicosessualità, mutamento di sesso, certezza (a proposi-*

to dell'ordinanza della Cassasione), en "Giurisprudenza Italiana", 1984-I-82.

Garutti, Massimo - Macioce, Francesco, *Il diritto alla identità sessucle*, en "Rivista di Diritto Civile", 1981-II-273.

Giacobbe, Giovanni, *Il diritto alla identità personale dei gruppi organizzatti*: riflessioni sulla elaborazione giurisprudenziale, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

— *L'identità personale tra doctrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", Milano, Giuffrè, 1985.

Giampiccolo, Giorgio, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1958-458.

Heidegger, Martín, *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

Jaspers, Karl, *La fe filosófica*, Bs. As., Losada, 1968.

Kennedy, I., *Transexualisme and Single-sex Marriage*, en "Treat me right", Oxford, 1988.

Lanollo, Bruno - Verga, Giovanna, *Il diritto alla identità personale*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1987-II-453.

León Barandiarán, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Lima, Libr. Gil, 1952.

Lepp, Ignace, *La comunicación de las existencias*, Bs. As., Lolhé, 1964.

Lindon, Raymond, *Aspects juridiques du transsexualisme*, en "Rec. gen. lois", 1965.

Linossier, L., *Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique*, Paris, Dalloz Chronique, 1981.

Lorè, Cosimo - Martini, Paolo, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, Milano, Giuffrè, 1984.

Macioce, Francesco, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Padova, Cedam, 1984.

— *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, Cedam, 1984.

Mantovani, Manuela, *Norme in materia di rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1985-II-13.

Marcel, Gabriel, *El misterio del ser*, Bs. As., Sudamericana, 1953.

Marchesiello, Michele, *Persona, gruppi, comunità in cerca di un diritto alla identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Martino, Antonio A., *Le definizioni legislative*, Torino, Giappichelli, 1975.

Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tr. S. Sentís Melendo, Bs. As., Ejea, 1954.

Miró Quesada C., Francisco, *Ensayos I (Ontologia)*, Lima, Imprenta Santa María, 1951.

— *¿Existe identidad nacional?*, en "El Comercio", Lima. 28/7/85.

Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Bs. As., Eudeba, 1962.

Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, México, Siglo XXI, 1981.

Ondei, Emilio, *Esiste un diritto alla riservatezza?*, en "Rassegna de Diritto Civile", 1955.

Pace, Alessandro, *Il c. d. diritto alla identità personale e gli artícolo 2 e 21 della Costituzione*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Palladino, Alfonso - De Mattia, Angelo - Galli, Guido, *Il diritto alla riservatezza*, Milano, Giuffrè, 1963.

Panella, Marco, *Diritto, diritti, cronaca: una riflessione sull'identità personale*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Patti, Salvatore, *Aspeíti oggetivi e soggettivi dell'identità sessuale*, en "Rivista Critica del Diritto Privato", jun. 1984, p. 342.

— *Identità sessuale e tutela della persona*, en "Nuove Leggi Civili Commentate", 1986-351.

— *Sul diritto alla riservatezza della persona transessuale*, en "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", 1986-906.

Patti, Salvatore - Will, Michael R., *Analisis della legge italiana*, en "Rivista di Diritto Civile", 1982-II-743.

— *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, Cedam, 1986.

— *La rettificazione di atribuzione di sesso: prime considerazioni*, en "Rivista di Diritto Civile", 1982-730.

— *Norme in materia de rettificazione di atribuzione di sesso*, en "Nuove Leggi Civile Commentata", 1983-43.

Pellegrini, R., voz *Sessualità*, en "Novissimo Digesto Italiano", t. XII, p. 234, Torino, Utet, 1970.

Perlingieri, Pietro, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1986-3-624.

— *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972.

— *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, en D'Addino, Paola - Perlingieri, Pietro - Stanzione, Pasquale, "Problemi giuridici del transessualimo", Napoli, ESI, 1981.

Perticone, Giacomo, *Il transessualismo nelle leggi e nella giurisprudenza*, en "Quaderni della Giustizia", 1986-II-78.

Petit, J., *L'ambiguité du droit face au syndrome transsexuel*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1976-263.

Pezzini, Barbara, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, en "Rassegna di Diritto Civile" 1984-II-472.

Piola-Caselli, Edoardo, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, en "Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza", al cuidado di Fiore, y luego de Brugi, parte IV, Napoli - Torino, Marghiri - Utet, 2ª ed., 1927.

— *Codice del diritto d'autore*, commentario della nuova legge 22 aprile 1941, nº 633, Torino, Utet, 1943.

Pirone, Gennaro, voz *Identificazione di persone*, en "Novissimo Digesto Italiano", Apéndice III, p. 1196, Torino, Utet, 1982.

Pizzorusso, Alessandro, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Platón, *La República*, Madrid, Espasa - Calpe, 1979.

Pliner, Adolfo, *El nombre de las personas*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., Astrea, 1989.

Ponzanelli, Giulio, *Il caso Veronesi e la Corte di Cassasione*, en "Responsabilità Civile e Previdenza", 1985-586.

Pugliese, Giovanni, *Il diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità*, en "Rivista di Diritto Civile", 1963-I-605.

— *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, en "Foro Italiano", 1954-I-1i5.

Ravà, Adolfo, *Sul diritto alla riservatezza*, en "Foro Padovano", 1955-I-465.

Ravà, Tito, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, Cedam, 1982.

Ravazzoni, Alberto, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1962.

Rescigno, Pietro, *Conclusioni*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

— *Persona e comunità*, Padova, Cedam, 1988.

— *Sui profili civilistici del diritto all'informazione*, en "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", 1987-17.

Rivera, Julio C., *El derecho a la intimidad en la legislación y jurisprudencia comparadas*, en "Derecho civil. Parte general. Temas", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.

— *El nombre en los derechos civil y comercial*, Bs. As., Astrea, 1977.

Rodotà, Stefano, *La privacy tra individuo e colletività*, en varios, "Il diritto privato nella società moderna", Bologna, Il Mulino, 1971.

Roppo, Enzo, *Diritti della personalità, diritto all'identità personale e sistema dell'informazione. Quale modello di politica del diritto?*, en varios "L'informazione e i diritti della persona", Napoli, Jovene, 1983.

Sartre, Jean-Paul, *El ser y la nada*, Bs. As., Iberoamericana, 1949.

Scalisi, Vincenzo, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, en varios, "La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale", Milano, Giuffrè, 1985.

Scheler, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, Bs. As., Losada, 1943.

Schwarzenberg, Claudio, *Tutela dello stemma familiare e diritto all'identità personale*, en "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1985-307.

Schwarzenberg, C., - Schwarzenberg, T. L., *Spunti medico-legali in tema di volontaria modificazione dei caratteri sessuali esterni e di psicosessualità*, en "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1973-584.

Stanzione, Pasquale, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en D'Addino - Perlingieri - Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", Napoli, ESI, 1981.

Tamayo Herrera, José, *Regionalización e identidad nacional*, Lima, Centro de Estudios País y Región, 1988.

Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, en Cicu - Messineo (dirs.), "Tratatto di diritto civile e commerciale", Milano, Giuffrè, 1980.

Tommasini, Raffaele, *Identità personale tra imagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema*, en "Rassegna di Diritto Civile", 1985-I-91.

— *L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Varga, Andrew C., *Bioética. Principales problemas*, Bogotá, Paulinas, 1990.

Visintini Tarello, Giovanna, *Il c.d. diritto alla identità personale e le reazioni della dottrina di frente alla attività creatice di un diritto della giu-*

risprudenza, en varios, "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Warren - Brandeis, *The right of privacy*, en "Harvard Law Review", vol. IV, n° 5, 1890-193.

Zannoni, Eduardo A., *El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica*, en "Derecho de Familia", 1990-4-142.

Zatti, Paolo, *Note sul diritto alla identità personale*, en varios, "L'informazione e i diritti della persona", Napoli, Jovene, 1983.

— *Profili civilistici del diritto alla identità personale*, en varios "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Zavala de González, Matilde M., *Derecho a la intimidad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982.

Zeno - Zencovich, Vincenzo, *Onore e reputazione del sistema del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1985.

— *Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza*, en "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", 1986-933.