

# LA OPERACIÓN DE CAMBIO DE SEXO: SU REGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

## TERCERA PARTE: ASPECTO LEGAL DE LA OPERACIÓN

LICDA. ILEANA GUILLÉN RODRÍGUEZ\*

**REFERENCE:** GUILLÉN RODRÍGUEZ, I., *The sex change surgery. Legal aspects, Medicina Legal de Costa Rica*, 1991, vol. 8, Nº 1, pp. 34-48.

**ABSTRACT:** Special bills on sex change surgery have been issued in countries like Sweden and Germany. In Latin America the problem is in the stage of indifference, except in Argentina where some regulation has been approved.

For instance, in Argentina the physician who performed the first sex change operation was convicted for removing sexual organs without "justified cause".

The 17.132 bill established the right of performing this operation if judiciary authorization exists.

The European legislations have accepted the right to choose one's own sex. In Belgium the sex change surgery is not a crime.

In England, the sex chosen is legally accepted.

In France, sex change must be decision of the High Court.

In Sweden, sex change is permitted to any Swedish citizen, older than 18 years, sterilized or without reproductive capacity, and who proves that he will live satisfied with the new sex.

German legislation has two aspects: change of name and change of sex.

In author's opinion, in Costa Rica it is possible to perform this operations, with the patient's consent, show improvement for his health and is performed by a surgeon.

**KEYWORDS:** Transsexualism, legislation, medical practice, sexology, comparative law.

**REFERENCIA:** GUILLÉN RODRÍGUEZ, I., *La operación de cambio de sexo. Aspecto legal de la operación, Medicina Legal de Costa Rica*, 1991, vol. 8, Nº 1, pp. 34-48.

**RESUMEN:** La operación de cambio de sexo ha merecido leyes especiales en países como Suecia y Alemania. En América se está aún en la etapa de indiferencia al problema, con excepción de Argentina que ha legislado un poco al respecto.

En este último país, se condenó al médico que practicó la operación por considerarse que extirpó los órganos sexuales de una persona sin que mediara "justa causa". La Ley 17.132 estableció la licitud de la operación sin mediar autorización judicial previa.

El Derecho europeo ha consagrado el principio general del derecho al reconocimiento del propio sexo. En Bélgica se declaró que la operación no es infracción penal, y la ha dejado a la conciencia de los médicos y al consentimiento del paciente.

En Inglaterra, el juicio de Corbett contra Corbett de 1970, estableció la distinción entre la actividad donde el sexo legal es el sexo biológico y aquella otra donde aún contra el sexo biológico puede reconocerse legalmente el sexo asignado.

En Francia, el cambio de sexo en el acta del estado civil sólo puede ser decidido por el Tribunal de Gran Instancia.

La ley sueca sobre la determinación del sexo fue emitida el 21 de abril de 1972. Exige que la persona sea ciudadano sueco, mayor de 18 años, esterilizado o incapaz de procrear, y quien debe probar que vivirá en el futuro conforme con este rol sexual. Para practicar la operación se exige autorización especial.

La ley alemana "sobre cambio de nombre y la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares", fue emitida el 1º de setiembre de 1982.

Funciona en dos fases: 1. cambio de nombre, 2. cambio de sexo.

Exige en la segunda fase no ser casado, incapaz de procrear y haberse sometido a la operación de cambio de sexo.

La autora llega a la conclusión de que en Costa Rica la operación sería válida si se cumplen las siguientes condiciones: consentimiento del paciente, para beneficio de su salud, y practicada por un médico.

**PALABRAS CLAVES:** Transexualismo, legislación, sexología, Derecho Comparado, ejercicio de la medicina.

### LA SOLUCIÓN NORMATIVA DEL TRANSEXUALISMO: ALGUNAS EXPERIENCIAS.

No estando aún totalmente agotada la fase de debate clínico-nosológica sobre la intervención quirúrgica del cambio de sexo; se inició la de investigación y encuadramiento del fenómeno en el plano jurídico.

La labor del jurista en este campo resulta bastante ardua, pues se enfrenta

a auténticos dogmas, como son los de la dignidad humana, el desarrollo de la personalidad, la protección de la salud, la inmutabilidad del sexo y muchos más.

Es por ello que el fenómeno del transexualismo ha sufrido, en un tiempo relativamente breve; la parábola reservada a todo fenómeno jurídico nuevo: de la indiferencia hasta la hostilidad abierta, de la experimentación de instrumentos inadecuados, hasta el acogimiento de la figu-

ra en una adecuada reglamentación legislativa (1). Esta reglamentación legislativa, sin embargo, solo ha sido alcanzada en contados países. En los demás, se ha tratado de determinar la licitud de la operación basándose en las justificaciones dadas a la actividad médico curativa.

Son los países europeos los que van a la cabeza en el encuadramiento del fenómeno. En los países más conservadores, como España, ya se ha aceptado

\* Abogada, apartado postal 971, San José (1000), Costa Rica.

el legalizar la situación de una persona que sufrió una operación de cambio de sexo. En otros países ya no se discute más sobre su licitud. Este tema ya ha sido superado, y se abre ahora el período de tentativas dirigidas a proyectar soluciones legislativas adecuadas al problema. De esta forma se han dictado leyes especiales sobre el tema en algunos países, como Suecia y Alemania.

En América nos encontramos aún en la etapa de indiferencia ante el problema, en la mayoría de los casos. Sin embargo, algunos países han entrado ya en la fase de experimentación, como en Cuba, donde ya se ha llevado a cabo una operación de este tipo. En Estados Unidos, ya se ha asentado la licitud de la operación, aunque no se ha dictado ninguna legislación específica. En Argentina se ha legislado un poco al respecto.

#### POSICIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL EN LOS PAÍSES QUE CARECEN DE LEYES ESPECÍFICAS SOBRE EL TEMA.

Empezaremos por analizar las posiciones doctrinaria y jurisprudencial en países que no cuentan con instrumentos jurídicos específicos que regulen el fenómeno, para estudiar luego las leyes sueca y alemana.

En Argentina, Bonnet es uno de los autores que se han manifestado en contra de la realización de este tipo de intervenciones a los transexuales (a los que no distingue de los homosexuales), y sólo la admite en el caso de los pseudohermafroditas. Considera que en el caso de estos últimos, la intervención quirúrgica va a beneficiar física y psíquicamente al sujeto, pues estará dirigida a la rectificación del sexo; en tanto que en el caso de los "homosexuales", sólo servirá para "oficializar" sus nefastas tendencias: "Bien dicho está todo esto (intervenir quirúrgicamente para rectificar un sexo no es mutilación, no es lesión), pero castrar, emascular a sabiendas de que con eso se va solo a obtener la 'oficialización' de una homosexualidad, eso, para nosotros, no es intervención quirúrgica, sino mutilación quirúrgica en el orden anatómico, y lesión en el orden legal" (2). No toma en cuenta Bonnet la diferencia entre homosexual y transexual, siendo que los primeros no son quienes sufren tal intervención quirúrgica sino que son más bien los segundos, ni el que la operación de cambio de sexo en el transexual viene a ser una especie de rectificación del sexo:

rectificación ajustando el elemento físico al psicológico.

También se opone a este tipo de intervención Bueres (3), quien considera que fabricar órganos genitales del sexo opuesto a un transexual es imposible, pues los mismos no serían funcionales, ya que el sexo es un complejo estructural inmodificable. Lo único que se conseguiría, considera él, sería dar al transexual u homosexual la apariencia externa del sexo opuesto; pero se tratará simplemente de una grosera imitación, ya que no podrá cumplir ninguna de las funciones fisiológicas específicas (menstruar, concebir). Yungano, López, Poggi y Bruno (4) por su parte sostienen que esta operación no logra adecuar al sujeto a su sexo verdadero, sino que por el contrario lo conforman a un psiquismo desviado y le facilitan acentuar sus prácticas aberrantes. Restan toda importancia al papel del consentimiento de los transexuales en estos casos, pues sostienen que éste no modifica la responsabilidad de los médicos.

En el primer proceso referente a una intervención de cambio de sexo en Argentina, el caso de Ricardo San Martín por lesiones gravísimas del 29 de julio de 1966; la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital dictaminó, ante el alegato de que la actuación del médico estaría justificada por el consentimiento del paciente; que dicho consentimiento carecía de eficacia; por considerar que la integridad física es un bien indisponible. Se estableció que ningún sujeto puede consentir en que se le incapacite física o psíquicamente o se le mutila, ya que lo que se tutela no es un derecho subjetivo del lesionado, sino un interés social y público; por lo que no podría decidir el sujeto sobre un objeto cuya protección pertenece igualmente a la sociedad (5). Además, se señaló que no solo no era válido el consentimiento por la naturaleza indisponible del bien, sino también porque se trataría de un consentimiento viciado por un mal psíquico, que desfigura ante el entendimiento de quien lo presta el real alcance y sentido de la operación. Este argumento relativo a que el consentimiento de un transexual es un consentimiento viciado por un defecto físico, es considerado por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni como inadmisibles, pues remite a la tesis de la responsabilidad parcial de Mario Carrara (6).

En este primer proceso se condenó a tres años de prisión al médico, por

considerar que extirpó los órganos sexuales de una persona sin que mediara "justa causa".

Sin embargo, en un asunto posterior, la Cámara entraría en otras consideraciones. Se trata de la sentencia del caso "Defazio, Francisco s/Lesiones gravísimas, causa 2578, sentencia del 23 de diciembre de 1969" (7). Este proceso no tuvo como objeto el cambio de sexo de un transexual, sino que el paciente era intersexual, y el tratamiento quirúrgico persiguió adaptarlo a su verdadero sexo.

La Cámara consideró que el médico no había actuado con dolo, pues exteriorizó y discutió con otros profesionales su opinión y terapia quirúrgica. Incluso certificar sus actuaciones, a fin de facilitar al paciente las presentaciones judiciales a efectos de la rectificación de sexo en su partida de nacimiento. Al considerarse que no hubo dolo por parte del facultativo, la Cámara dictaminó que la actuación del médico encuadraba entonces en la causal de justificación prevista en el artículo 34, inciso 4), del Código Penal argentino: "el que obre en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de un derecho". También se tuvo en cuenta que siempre contó con el consentimiento del paciente. Finalmente, se hicieron consideraciones de capital importancia en cuanto a la libertad de actualización de los médicos, indicándose que los jueces no debían entrar a analizar cuestiones técnicas, como si el tratamiento seguido era el indicado y oportuno, si sus efectos son saludables o nocivos o si otro sería preferible. Esto por cuanto si los médicos se vieran cohibidos en la elección del método de curar, se podría entorpecer el desarrollo y progreso de la ciencia. El resultado de todas estas consideraciones fue la absolución del médico.

Pese a que el caso San Martín y el caso Defazio tienen objetos distintos, por cuanto en el primero el paciente era un transexual; en tanto que el segundo sujeto era un intersexual, vemos que el criterio de la Cámara fue variando, sobre todo en las reflexiones que se hicieron en lo relativo a la libertad de actualización de los médicos.

Como parte de este cambio paulatino de mentalidad sobre el encuadramiento jurídico del problema encontramos un fallo de la Cámara, de 20 de noviembre de 1970. En este fallo se estableció que dichas intervenciones son lícitas y que no cabe considerarlas carentes de fin tera-

péutico, porque lo tienen, aunque su indicación sea discutida en el ámbito médico. Se hizo hincapié en este último aspecto, ya discutido en el fallo del caso Defazio: las discusiones médicas no debe resolverlas la justicia, que debe limitarse a confirmar su vigencia en el campo científico y dejar que sea la ciencia médica la que fije los parámetros (8).

Finalmente, en la Ley Nº 17.132 "Del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración", se estableció en el artículo 19, inciso 4), la licitud de la intervención quirúrgica, siempre y cuando medie autorización judicial previa. Si bien esta ley no regula, como lo hacen la ley sueca y la alemana, los pormenores procesales involucrados en el cambio de sexo; sí asegura su licitud cuando medie venia judicial.

En opinión de López Bolado (9) la inclusión de este precepto en la Ley 17.132 no hace sino confirmar que la decisión sobre este bien jurídico no compete exclusivamente al individuo, sino que por tratarse de un bien indisponible debe mediar autorización judicial para poder renunciar al mismo. Considera que el Estado es quien asegura la certeza del diagnóstico e indica el camino a seguir, pues ello no podría depender jamás de los conocimientos o convicciones de un solo facultativo, no importa cuál sea su jerarquía o grado de saber científico. Zaffaroni, por su parte, considera que esto no es correcto; y que la inclusión de esta disposición responde únicamente al deseo de rodear de mayores garantías el consentimiento del paciente (10).

Conforme a la jurisprudencia citada, la opinión de Zaffaroni parece ser la más certera, pues como ya habíamos comentado, en las sentencias estudiadas se hace hincapié en que son los médicos los que deben rendir el dictamen científico en el caso, y no las autoridades judiciales.

En Estados Unidos el tema de la operación de cambio de sexo ha tenido gran auge. Incluso existió durante mucho tiempo una clínica especializada en realizar este tipo de intervenciones en el John Hopkins Hospital.

Si bien en un inicio hubo fallos que condenaron esta intervención, como el de una Corte de Nueva York que consideró que se trataba de una "forma experimental de psicoterapia por medio de la cual una cirugía mutilante es realizada en una persona como un intento de poner su mente en orden" (11); las cortes en fallos

posteriores han reconocido el derecho a la privacidad del transexual y su necesidad de aceptación social y han autorizado cambios de nombre y en los certificados de nacimiento; señalando que se debe proteger a los hospitales y médicos involucrados en el proceso de posibles consecuencias legales (12).

Melvin Belli (13), quien ha estudiado bastante las implicaciones del problema en Estados Unidos, considera que el factor primordial que protege a los médicos de una posible condena es la falta de malicia, pues una cirugía bien realizada y de buena fe, carecerá de toda intención de dañar o lesionar, siempre y cuando el paciente haya dado su consentimiento. Sostiene que la persecución criminal debe reservarse para aquellos casos en que el facultativo haya actuado con malicia o mala fe, o sin el consentimiento del paciente. Concluye Belli que la respuesta ante este tipo de cirugía no puede ser ni un derecho ni una prohibición absolutas. Debe reconocerse que el transexualismo es un problema médico que requiere de tratamiento como cualquier otro, y que sí existe un derecho a la cirugía. Pero este derecho debe ser limitado. Nadie puede cuestionar la potestad que tiene el Estado de vigilar que la intervención sea realizada en condiciones seguras y con cuidados postoperatorios adecuados. De otra manera, médicos inescrupulosos podrían realizarla a cualquiera que pague por ella, aunque no se trate de un verdadero transexual.

El derecho al reconocimiento del propio sexo a que se refiere Belli, es ya un principio general de Derecho en Europa, en virtud de la declaratoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en sentencia del 6 de noviembre de 1980, dictada en el caso conocido como "affaire Van Oersterwijek" (14). En este fallo el tribunal estableció que, a falta de no reconocerse su propio sexo, el de su estado, inseparable de su persona; el hombre o la mujer no podrían ocupar plenamente su lugar en la vida social.

En Bélgica, el Tribunal de Bruselas declaró el 29 de noviembre de 1969, que los tratamientos y operaciones de transformación sexual no crean en sí mismos infracción penal, dejándose a la libre decisión de médicos y cirujanos que se pronunciarían en conciencia con el consentimiento de los pacientes (15).

En Inglaterra, el primer caso concerniente al cambio de sexo de un individuo

fue el de Corbett contra Corbett en 1970 (16). El juez del caso, Sir Roger Ormrod, anuló el matrimonio de un transexual que había sufrido una operación de cambio de sexo, exponiendo un criterio bastante interesante. Señaló que en las relaciones contractuales en que el sexo es un factor relevante, como los seguros de vida, pensiones y otros; nada impide que las partes acuerden considerar a un individuo como hombre o mujer. Sin embargo, en el contexto matrimonial sólo el criterio biológico es relevante y este es la constitución cromosómica, los genitales externos de nacimiento y la naturaleza intrínseca de las gónadas. Si estos tres criterios son congruentes, para efectos del matrimonio determinarán el sexo del individuo y ninguna intervención quirúrgica puede influir en el asunto. Este criterio resulta bastante curioso, pues indica ciertas áreas de la actividad humana donde el sexo legal está determinado por el sexo biológico; y otras áreas donde el sexo asignado; aun cuando sea contrario al biológico será legalmente reconocido si las partes así lo decidieran.

Desde un punto de vista práctico, es posible en la Gran Bretaña obtener el cambio legal de nombre, si se presenta evidencia médica. En base a dicho cambio se pueden lograr alteraciones en documentos como: el carné del Seguro Social, la licencia de conducir y el pasaporte.

En España, se debaten opiniones en pro y en contra de la licitud de la operación.

Jiménez De Azúa (17) es crítico de esta operación, considerando que el consentimiento del agente no puede servir al médico que cambie el sexo de quien lo pide como causa eximente de especie alguna. Sostiene que ni en el orden civil, ni el matrimonial, ni en el penal, ni en el aspecto ético-médico, puede ser justificado el cambio de sexo. Pero que si la intervención médica se hiciera para restituir el verdadero sexo a un sujeto, cuanto se dice supra no sería valdadero ya que no sería un cambio.

Crítico también de estas operaciones lo es Díez del Corral (18), que las considera ilícitas en el plano moral objetivo, por ser un acto "contra natura", y que no podrían ser justificadas apoyándose en motivaciones psicológicas individuales que pretenden, se trata más bien de un error de la naturaleza que es preciso corregir.

Por su parte, Martínez Calcerrada considera inaceptables las observaciones de Díez del Corral. Su oposición se asienta en criterios médicos, estudiados en la primera parte de este artículo, conforme a los cuales se ha demostrado científicamente que el deseo del transexual de sufrir un cambio de sexo no es un mero capricho, sino un genuino síndrome de odio al sexo manifiesto, que puede llevarlo al suicidio o la automutilación. La intervención quirúrgica efectuada al transexual tiende a mejorar un aspecto vital de la salud del individuo, tan importante como la salud corporal; que es la salud psíquica. Si bien la operación no convierte al individuo en un genuino "ser del otro sexo", elimina toda manifestación externa del sexo natal aborrecido y conforma lo más posible el organismo al sexo pretendido.

Comenta Martínez Calcerrada que un considerable número de especialistas, al punto de constituir destacada mayoría, fundándose en la ausencia de alteración en el comportamiento del transexual, se niegan a estimar tal síndrome como una afección psiquiátrica y contemplan solamente una diversa manera de sentir y vivir su propia personalidad de modo distinto al de otros.

Un criterio similar es sostenido por Romeo Casabona, quien también considera la operación como un tratamiento curativo. Al rechazar el transexual su sexualidad somática, existen graves riesgos de que se presenten desequilibrios en su personalidad. Si la terapia psiquiátrica y hormonal no funciona es imperativa la búsqueda de otras soluciones.

Comparte el criterio de Martínez Calcerrada en el sentido de que la salud psíquica es vital en la consideración global de la salud. Y si el médico determina que la solución terapéutica consiste en el cambio de sexo corporal del paciente, para lograr una armonización de su personalidad, no debe haber obstáculo alguno en la realización de la intervención quirúrgica. Indudablemente, recalca, es indispensable ante todo la indicación médica, y por supuesto, la intervención de un psiquiatra que pondere las ventajas y desventajas para el paciente; y el sometimiento a la *lex artis*.

Es importante tomar en cuenta, conuye Romeo Casabona, que la pérdida de la capacidad de procreación afecta una faceta muy importante del ser humano —la posibilidad de tener hijos—, pero el desequilibrio físico alcanza al

desarrollo total de la personalidad del individuo y a sus relaciones con los demás.

En cuanto a la legislación existente en España respecto a la cirugía transexual, la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, dispuso en el párrafo segundo del artículo 428 que: "el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de transplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto por la ley, esterilizaciones y cirugía transexual, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos o sus representantes legales" (19).

En opinión de Martínez Calcerrada este artículo no es suficiente para regular todos los problemas derivados de la operación de cambio de sexo, sino que se hace necesario dictar una ley específica sobre el tema; que regule aspectos tales como: la exigencia de un examen psiquiátrico del paciente, la prescripción de un período de observación del mismo, a fin de descartar cualquier posible error de escogencia, establecer si se ha de oír el consejo u opinión de otros galenos y si tales intervenciones van a practicarse en centros públicos o pueden serlo en clínicas privadas, etc.

El artículo en comentario fue aplicado a un primer caso por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Cádiz, que ha dictado una sentencia por la que considera a una persona nacida varón como hembra para todos los efectos legales. El demandante Antonio S., vecino de la localidad gaditana de Villamartín y con 44 años, había recurrido cuatro años antes a la cirugía.

En Francia, los casos de pacientes operados que buscan el cambio legal de sexo son numerosos: veintinueve en tres años (20). Pero la vigencia del fenómeno no es únicamente cualitativa. El movimiento jurisprudencial en favor del cambio jurídico de estado del transexual tiene una tendencia a acentuarse. La jurisprudencia ampliamente dominante, parece ver en el transexualismo un fenómeno que justifica el cambio jurídico de sexo. Las razones esenciales que inspiran esta jurisprudencia pueden desglosarse como sigue:

1. La aseveración por parte de las autoridades médicas de que existe un

síndrome definido como transexualismo, que puede ser diagnosticado por parte de expertos calificados.

2. La referencia, implícita en la definición del síndrome, de una cierta noción de sexo. Aquél no se considera más como un elemento solamente fisiológico, genéticamente determinado y por naturaleza inmutable. Existe una visión renovada por los nuevos conocimientos de las ciencias humanas, y admitida por la jurisprudencia, conforme a la cual la noción de sexo aparece como compleja, compuesta por elementos genéticos, anatómicos, hormonales e, igualmente, psicológicos.

En el caso del transexual verdadero, el componente psicológico —convicción del sujeto de pertenencia a uno u otro sexo— se encuentra en completa discordancia con los otros componentes, de orden físico, que habían permitido designar su sexo en el nacimiento.

La jurisprudencia ha tomado en cuenta que, la demanda insistente del transexual tendiente a hacer modificar la calificación jurídica de su sexo no es, y así lo advierten muchas decisiones judiciales, la expresión de un capricho o de una fantasía; ella traduce la ineludible necesidad experimentada por los transexuales de hacer reconocer que la designación original de su sexo no corresponde con su estado, punto que es socialmente incapaz de asumir. Así su petición, y gran número de decisiones tienden a subrayarlo, no choca con el principio de indisponibilidad del Estado, el cual por consiguiente no puede ser obstáculo a éstos que están jurídicamente presos en un componente fisiológico sexual, menos real que los otros componentes, y preponderante en relación con éstos.

Como conclusión de lo anterior podemos extraer dos conclusiones:

a. La decisión de la modificación jurídica del sexo está fundada en la constatación judicial, realizada por un tribunal, del cambio intervenido en los componentes del sexo.

b. El tribunal parte de que existe ese cambio tomando en consideración un peritaje médico ordenado por él.

En Francia, el cambio de sexo en el acta del estado civil de una persona no puede ser decidido por las autoridades judiciales, sino únicamente por el Tribunal de Gran Instancia, en virtud de disposición expresamente consagrada en 1978 por el artículo L 311-2 del Código de la

Organización Judicial. A esta jurisdicción corresponde investigar si estamos en presencia de un síndrome de transexualismo tal y como ha sido definido y caracterizado por las autoridades científicas. A este fin el tribunal debe, en la gran mayoría de los casos, ordenar, antes de la decisión de fondo, un peritaje médico apropiado. Todas las jurisdicciones han estatuido desde 1980 que previamente a pronunciarse sobre el fondo debe ordenarse un peritaje, y no se consideran suficientes los certificados médicos previos.

La necesidad de dictar una ley específica sobre el tema, debido a todos los problemas que se hace necesario solucionar legislativamente, se discute en Francia; dibujándose actualmente dos posiciones encontradas: la corriente antilegislativa por principio, y otra un poco más liberal que estudia la posibilidad de la regulación formal de la operación (21).

## LAS LEYES DE SUECIA Y ALEMANIA.

### A. La ley sueca.

La "Ley Sueca sobre la Determinación del Sexo" fue promulgada el 21 de abril de 1972. Regula los requisitos para obtener la constatación judicial de pertenencia al sexo opuesto. Estos requisitos son:

1. Suministrar pruebas de no pertenecer al sexo indicado en los registros oficiales y de comportarse en consecuencia.
2. Suministrar prueba de ser presumible que vivirá en el futuro conforme a este rol sexual.
3. Tener dieciocho años.
4. Haber sido esterilizado o bien ser por otros motivos incapaz de procrear.
5. Ser ciudadano sueco.

Llama la atención el límite de edad que señala la ley, el cual, según comenta Pasquale Stanzione (22) responde a que el legislador sueco aparece más preocupado por favorecer el armonioso desarrollo de la personalidad, que de protegerse de eventuales repensamientos.

Contempla esta ley el caso específico de los individuos que presentan malformaciones en sus órganos genitales. En este caso podrán presentar la solicitud, si esto 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 al sexo deseado, o bien,

en caso de que no sea posible realizar tal corrección, tal pertenencia sexual corresponde mejor a la constitución física general del petente. En esta hipótesis la constatación puede ser solicitada por un sujeto menor de 18 años, a través de su tutor. Si se trata de un individuo mayor de 12 años, la solicitud no será admitida sin el consentimiento del niño.

Otro de los aspectos que regula la ley sueca es lo referente a la intervención quirúrgica del cambio de sexo. Si se quiere obtener la constatación de pertenencia al otro sexo, la cirugía debe realizarse con una autorización especial. Los requisitos para obtener dicha autorización son los mismos que se exigen para la concesión de la constatación. La solicitud de autorización debe ser hecha por aquél que pide la certificación.

La concesión de las certificaciones es de conocimiento de la suprema autoridad social y contra su resolución se concede un recurso ante un tribunal de carácter administrativo.

Se establece una prohibición de divulgación al juez en cuanto haya conocido sobre la vida privada del petente. El que contravenga dicha prohibición será castigado con una multa o pena de cárcel de hasta un año.

### B. La ley alemana.

El 10 de setiembre de 1980, el Bundestag, con el consenso del Bundesrat, aprobó la "Ley sobre Cambio de Nombres y sobre la Determinación de la Pertenencia Sexual en Casos Particulares (Ley sobre Transexuales)".

Ya antes el Tribunal Constitucional, por resolución de 11 de octubre de 1978 había declarado que: "...la dignidad humana y el fundamental derecho del libre desenvolvimiento de la personalidad exigen que se cambiara la indicación del sexo masculino en la inscripción de nacimiento siempre que se esté en presencia de un caso irreversible de transexualismo y se haya realizado la operación quirúrgica de adaptación sexual, según acreditado dictamen médico" (23).

Como vemos, en virtud de esta sentencia del Tribunal Constitucional, ya en Alemania se había encuadrado jurídicamente el fenómeno del transexualismo, por lo que la ley lo que viene es a proyectar soluciones legislativas adecuadas al problema. Se le confía el deber de realizar la aspiración del transexual a la concordancia de cuerpo y mente, rodeado del máximo de precauciones posible.

Esta ley presenta un mecanismo en dos fases para la solución del problema transexual, mecanismo que pretende adaptarse a las representaciones psíquicas del mismo. Estas dos fases se conocen con el nombre de "pequeña solución" o "kleine lösung" y "gran solución" o "grosse lösung".

La "pequeña solución" se encuentra regulada en el Título Primero de la Ley, bajo el título "Cambio de los Nombres". Gira, en efecto y tal y como lo dice su nombre, en torno al nombre de la persona, el cual es el elemento del estado civil que distingue de forma inmediata el sexo en las relaciones humanas.

Los presupuestos en base a los cuales la autoridad judicial competente puede emitir una sentencia de cambio de nombre son múltiples. Los hay subjetivos, así como otros que, aun en los límites de la particular materia se pueden considerar como objetivos. Estos presupuestos se regulan en el aparte primero del Título I de la Ley y son:

- a. Que se trate de una persona que a causa de su matriz transexual se sienta no pertenecer más al sexo indicado en su acta de nacimiento pero más bien al otro.
- b. El transexual debe encontrarse —al menos desde hace tres años— en la necesidad de vivir conforme a sus ideas.
- c. Que haya mucha probabilidad de suponer que no cambiará más su sentimiento de pertenencia al otro sexo.
- d. Que sea alemán, apátrida con domicilio habitual en Alemania o refugiado extranjero.
- e. Que tenga al menos 25 años de edad.

Vemos que hay una considerable diferencia entre la edad exigida por la ley sueca y la requerida por esta ley. Señala Stanzione (24) que el legislador alemán se basó en el hecho de que es justamente a los 25 años —según las más acreditadas versiones médicas— cuando finaliza la maduración sexual del individuo.

El petente deberá indicar en la solicitud los nombres que llevará en el futuro.

Respecto a la competencia, se declara competente exclusivamente al Amtsgerichte que tenga su domicilio en el lugar de un Landgericht. Territorialmente es competente el tribunal en cuya circunscripción el petente tiene su domicilio o habitual vivienda.

Se consideran legitimados procesalmente el petente y el Ministerio Público. Si el petente fuere incapaz de actuar el procedimiento puede ser introducido por su representante legal, con autorización del Tribunal Tutelar. Para el procedimiento judicial se dispone la aplicación de las disposiciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Las afirmaciones sobre la matriz transexual y sobre la continuidad de ese sentimiento, presupuestos para la admisión de la solicitud; son confiados por el tribunal a dos especialistas, los cuales, expertos en el problema particular, deben brindar un informe pericial en forma independiente.

Al igual que en la ley sueca, se establece la prohibición de divulgar sin el consentimiento del petente, cuando la sentencia por la cual se cambia el nombre adquiere autoridad de cosa juzgada, los nombres portados al tiempo de la sentencia, a menos que así lo exijan motivos de interés público o de interés jurídico.

La sentencia por la cual son cambiados los nombres de un transexual no está destinada a ser inmutable, ya que sobre ella influyen experiencias y comportamientos que la ley ha reglamentado. La decisión puede ser cancelada por el tribunal a petición del interesado cuando este "sienta" pertenecer nuevamente al sexo indicado en su acta de nacimiento. En opinión de Stanzione, en esta disposición es posible apreciar el redimensionamiento de la pretendida inmutabilidad del sexo, que según algunos acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte. Para Stanzione esta inmutabilidad es falsa, pues el sexo se desarrolla y a veces se transforma.

Además de esta posibilidad de cancelación, se contempla la de ineficacia de la sentencia. La misma deviene ineficaz cuando después de trescientos dos días contados a partir de la firmeza de la misma nazca un hijo del transexual, o bien, cuando éste contraiga matrimonio. En ambas hipótesis se trata de casos en que han venido a menos los presupuestos exigidos para la admisión de la petición: el sentimiento de pertenencia a un sexo diverso al atribuido en el acta de nacimiento. La oportunidad de la disposición se advierte principalmente en el segundo caso, pues de otro modo, dado que el cambio de nombre no ha alterado la asignación sexual, se habrá arriesgado a

autorizar por ley el matrimonio entre personas de un mismo sexo.

Podría pensarse que esta "pequeña solución", por tratarse únicamente de un simple cambio anagráfico, no lograría más que aumentar la fractura existente entre los diversos elementos sexuales del individuo. Pero, tomando en cuenta el cambio que significa en la vida del sujeto el sufrir una cirugía de cambio de sexo, tenderá más bien a evitar gestos impulsivos y concede la oportunidad de una más meditada y serena valoración de la asignación sexual definitiva. Respecto a esto, Stanzione plantea más bien que debería crearse un "tercer sexo", un statu neutro, intermedio; en el cual hacer confluír todos los casos de incertidumbre acerca de la asignación sexual o con el cual denotar la fase que transcurre entre la decisión del cambio de nombre y la definitiva atribución al sexo de elección. Incluso plantea que debería permitirse que el transexual elija este tercer sexo como su sexo definitivo, si con esto se logra su equilibrio psíquico y el pleno desarrollo de la persona.

Con la gran solución el legislador alemán se enfrenta al perfil más comprometedor del fenómeno transexual; pues el asignar a una persona a un sexo diverso al que ha vivido, es cosa que atañe no solo al interés del individuo, sino que se extiende a las relaciones que éste ha instaurado con otros.

Es por esto que las condiciones para proceder al cambio legal de sexo son un tanto rígidas. Además de cumplir con los requisitos que se exigen para el cambio de nombre, deben cumplimentarse los siguientes:

- a. No ser casado.
- b. Ser permanentemente incapaz de procrear.
- c. Haber sufrido una operación quirúrgica de transformación de sus atributos sexuales exteriores, con la cual haya logrado un claro acercamiento al cuadro morfológico del sexo opuesto.

Vemos que se parte de que la operación ya ha sido realizada, y con éxito, a diferencia de la ley sueca, que establece la necesidad de que medie una autorización especial para que con la cirugía pueda obtenerse la constatación de pertenencia a otro sexo.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del cambio de sexo, se regulan unas pocas taxativamente. En cuanto a las relaciones padre-hijo, se da obvia preeminencia al interés del hijo cuando

se establece que la sentencia por la cual el petente se considera como perteneciente al sexo opuesto no cambiará las relaciones entre el requirente y sus hijos y los descendientes de sus hijos. Tampoco altera las relaciones entre el requirente y sus padres.

Por otra parte se establece que la sentencia tampoco modifica las pretensiones del interesado a pensiones y prestaciones periódicas equiparables. Finalmente se acuña una cláusula genérica que propugna que, a partir de la firmeza de la sentencia, el petente asumirá los derechos y deberes del nuevo sexo; siempre y cuando tales efectos no interfieran en situaciones subjetivas igualmente tutelables o bien no choquen contra consolidados principios jurídicos.

Al cambio en la determinación de la pertenencia sexual son aplicables las disposiciones relativas a competencia, capacidad procesal, legitimación, petición de cancelación y prohibición de divulgación referentes al cambio de nombre.

#### VALORACIÓN PENAL DE LA OPERACIÓN DE CAMBIO DE SEXO.

Según hemos podido concluir después de analizar el aspecto médico de la operación, sin el reconocimiento legal y social del nuevo rol del transexual, este se encontrará en una situación desventajosa; sin importar cuán perfecta sea la cirugía médicamente.

Al ser considerada la cirugía como una actividad médico curativa, según se estudió en la parte médica, pues va dirigida a mejorar la salud psíquica del paciente; al conformar su cuerpo con su mente, siendo que lo contrario es imposible, su valoración penal va a depender de la posición que se tome respecto a la naturaleza de la actividad médico curativa. De esta forma ha sido analizado doctrinariamente, conforme se vio, considerándola algunos autores como justificada por el consentimiento del paciente, otros por el ejercicio de una profesión legal, etc.

Respecto a la naturaleza de la actividad médico curativa hay dos grandes corrientes: unos la consideran atípica; otros la consideran típica, pero cubierta por una causa de justificación.

#### LA ACTIVIDAD MÉDICO CURATIVA COMO ATÍPICA.

El tratamiento actividad médica quirúrgica es definido por Grispiñi como:

"...aquella modificación del organismo ajeno, ejecutada según las normas indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física o psíquica de la persona o la belleza de la misma. De esta definición se deduce que este tratamiento puede ser de dos clases: curativo o de tipo estético" (25).

La cirugía transexual constituye, conforme habíamos explicado, un tratamiento médico curativo. Una de las dos corrientes doctrinales que vamos a analizar considera que la actividad médica, realizada con fin curativo y conforme a las reglas del arte médico o "lex artis" carece de la nota de tipicidad como lesión.

Los seguidores de esta tendencia estudian la intervención quirúrgica como un todo, sin considerar las molestias y padecimientos que ésta provoca, sino que valoran que el perjuicio pasajero tiene la misma finalidad del tipo penal de lesiones, que lo que tiende a proteger al castigar el delito es precisamente, la existencia corporal y psíquica del individuo.

Estos principios fueron formulados por primera vez por Carlos Stoops (26), en el año 1899. Stoops sostiene que el médico no pretende lesionar al paciente, y que el tratamiento curativo es distinto al daño a la salud, las lesiones y los malos tratos. La voluntad del facultativo es más bien mejorar al paciente, no dañarlo.

Punto clave para la comprensión de esta tesis es la delimitación de lo que se entiende por reglas del arte médico.

Zaffaroni las define como: "...el adecuado e indicado procedimiento diagnóstico y la aplicación de los procedimientos técnicos ordinarios con los cuidados que sean del caso" (27). Para que el procedimiento sea el indicado y adecuado es preciso que se aprecie con anterioridad por parte del médico, la oportunidad de la intervención y el acierto del diagnóstico. Además, el procedimiento aplicado debe estar suficientemente probado, y si se aplicara uno no suficientemente probado por no existir otro, deberán tomarse el máximo de precauciones.

Francisco Castillo (28) distingue entre las definiciones que se dan de la "lex artis", las que siguen un criterio formal y lo que él llama la "actual doctrina".

El criterio formal considera que el médico actúa acorde a las reglas del arte si su actuación se ajusta a la que tendría un "médico medio". Esta remisión a una figura del "médico medio" resulta por

demás criticable, por ser tan ficticia e idealista como la figura del "buen padre de familia".

La "actual doctrina", parte de que debe de estudiarse el caso concreto, pues todos los métodos de curación son distintos y debe analizarse la situación concreta y el paciente concreto. Partiendo de estas aseveraciones, el Dr. Castillo describe tres características que definen la actividad médica:

1. La finalidad de la intervención quirúrgica debe ser la curación, el alivio, la prevención de un mal físico o psíquico, su investigación (para fines de curación del enfermo) y su diagnóstico.

No se incluirían dentro de esta finalidad la investigación científica, judicial, los fines estéticos o para favorecer la salud de una persona distinta del operado, los que no se considerarían actividad médica en sentido estricto, y serían por lo tanto lesiones típicas.

2. Los métodos empleados deben estar suficientemente probados. Métodos novedosos solamente serán admisibles si la operación tiene resultados positivos y el paciente ha dado su consentimiento.

3. La valoración de estas reglas será establecida conforme a criterios objetivos válidos de los círculos médicos oficiales u oficializados, debiendo respetarse los criterios éticos y médicos, aprobados por los códigos morales de las ciencias médicas y por los conocimientos y técnicas de estas ciencias.

El médico debe analizar antes de realizar la intervención si su actuación se ajusta o no a la "lex artis".

Crítico de esta tesis lo es Guillermo Sauer (29), quien considera que el tipo de las lesiones supone en general un ataque a la integridad corporal con ciertas consecuencias dañosas, y que de cualquier modo que quiera concebirse el tipo, incluso del más reducido, la intervención médica caerá siempre bajo él y es casi un caso de escuela. Otra de las objeciones de Sauer es la de que, como en última instancia la tipicidad o atipicidad de la actuación dependerá de si la misma se ajusta o no a las reglas del arte; corresponderá al perito y no al juez establecer si la conducta es típica o anti-jurídica.

#### A. El caso de la operación exitosa.

De conformidad con esta tesis, cuando la operación haya tenido un resultado positivo, falta por completo el

requisito de la tipicidad. Esto por cuanto si la intervención tuvo como consecuencia la eliminación de un estado morbo del organismo del paciente, no puede existir una lesión personal; pues el delito de lesiones es un delito de resultado.

Por resultado positivo debe entenderse, según Zaffaroni: "...la obtención del restablecimiento de la salud, de su conservación, de la permanencia del estado precario en que se halla, del alivio de las consecuencias de ese estado o de la neutralización o postergación de males mayores, siempre que esto fuese lo que era dable esperar de las posibilidades brindadas por el conocimiento científico los medios disponibles de emergencia" (30).

Conforme a esta definición, también las operaciones mutilantes pueden tener resultado positivo. Si se debe amputar un órgano o un miembro porque está dañado, es porque la intervención quirúrgica es el único procedimiento técnico que resta para circunscribir el mal. Lo mismo sucede cuando se trata de evitar mayores consecuencias dañosas, eliminando un órgano para que el otro funcione correctamente. Sin embargo, otros autores (31) consideran que en tal caso sí habría tipicidad de la lesión, pues el hecho implica una pérdida de la sustancia corporal.

#### B. El caso de la operación no exitosa.

Se considera que no tendrá la nota de tipicidad el tratamiento o la operación médica con resultado negativo, siempre y cuando se haya realizado conforme a las reglas del arte médico. Pero para ello es indispensable corroborar con anterioridad a la operación tres factores muy importantes:

1. La necesidad de la intervención.
2. La cantidad de riesgo involucrado.
3. La finalidad de evitar un peligro para la vida o salud del paciente.

La atipicidad en el caso de las operaciones con resultado desafortunado ha sido fundamentada a través de dos vías:

1. La seguida por Eb. Schmidt (32), que se apoya en la construcción de los delitos de omisión impropia. Son tipos de omisión impropia aquellos que imponen el deber jurídico de aportar o de evitar un resultado. En el caso de la operación con resultado negativo, si el médico hizo todo lo que le fue posible, pero no logró apartar el peligro y el resultado desafortunado; no habrá tipicidad, pues no hubo violación del deber impuesto.

2. La segunda posición es la de aquéllos que fundamentan la atipicidad de la operación no exitosa en la teoría de los delitos culposos. Lo que define el injusto fundamental en los delitos culposos es la violación del "deber de cuidado". De esta posición surgen dos ramificaciones:

2.a. La tesis de Bockelmann (33), quien dice que se excluirá la tipicidad del tratamiento médico con muerte o lesiones; si el mismo fue realizado conforme a las reglas del arte médico y no hubo violación del deber de cuidado, el cual él considera es un factor subjetivo del tipo en el delito culposo.

2.b. La posición de Wezel, la cual es similar a la de Bockelmann; pero que difiere en cuanto que Wezel habla de un deber objetivo de cuidado; que es aquel que habría de observar un individuo prudente y diligente que estuviere en la acción. Si la actuación del médico se ajusta a las reglas del arte médico y al deber objetivo de cuidado, será atípico; pese a que haya tenido un resultado adverso.

#### LA ACTIVIDAD MÉDICO CURATIVA COMO TÍPICA PERO NO ANTIJURÍDICA.

Una importante corriente doctrinal afirma que la actividad médico curativa es típica, pero se encuentra amparada por una causa de justificación: "Punto de partida de esta tesis es que el delito de lesiones ataca el cuerpo en su sustancia corporal. Partiendo de esta premisa esta posición no valora el acto total de la operación, sino cada una de las partes de que ésta consta... El acto material de abrir el cuerpo es considerado como una lesión, aunque se hayan respetado las reglas del arte y la operación sea exitosa; la atención se centra en los dolores y molestias sufridos por el paciente en el momento de la operación y después de esta" (34).

Como para esta corriente la actividad médico curativa es considerada como una lesión típica, es preciso encontrar una causa de justificación que la ampare. Y es en este punto que la doctrina se ramifica en diversas tesis que pasaremos a exponer.

#### A. Justificación del médico por el ejercicio de una profesión legal.

Los seguidores de esta teoría justifican la actuación del médico en el hecho de que la misma se produce al amparo de un derecho que la ley reconoce y

organiza, como lo es el ejercicio de una profesión médica (35).

Sin embargo, todos los partidarios de esta tesis son coincidentes en que no es suficiente justificación el ejercicio de una profesión, sino que se hacen necesarias otras exigencias:

a. Que el tratamiento constituya un acto de su profesión lícita.

b. Que se realice con el consentimiento del operado o de quien pueda prestarlo. Este requisito es indispensable, pues aunque la operación resultara exitosa y fuera necesaria para el restablecimiento de la salud del paciente, no se podría realizar sin su consentimiento por cuanto, todo individuo tiene derecho a rechazar un tratamiento o intervención que cause herida o mutilación.

Puig (36) señala tres casos de excepción en los que es posible, sin embargo, prescindir del consentimiento del paciente: 1. Cuando en el transcurso de una operación para la que el paciente ha dado su consentimiento surja la necesidad de otra; en interés de la vida o salud del enfermo; 2. Cuando, en virtud de autorización dada por el paciente, el médico pueda constituirse en juez absoluto de la situación; y 3. En casos de extrema urgencia, en los que cualquier dilatación pueda poner en peligro la vida o salud del paciente.

c. Que la intervención se haya practicado conforme a las reglas del arte o "lex artis".

Para Fontán Balestra (37) lo más importante es que los actos del médico tengan por objeto el mejoramiento de la salud del que consiente o de un tercero. Lo esencial es esa finalidad, con independencia de que el fin perseguido se logre o no.

Esta tesis ha sido criticada por algunos autores que consideran que se trata de un criterio insostenible debido a que, de aceptarse el mismo; no quedarían amparadas por las justificantes las actuaciones de personas ajenas a la medicina que intervienen en momentos de urgencia y con fines curativos (38). Sin embargo, los seguidores de esta teoría consideran que en ese caso; la actuación del lego estaría cubierta por otra causa de justificación (para la mayoría el estado de necesidad).

Otra de las críticas que se ha hecho a esta teoría es que la misma es insuficiente; ya que debe ser complementada con el consentimiento del paciente; pues de lo contrario se otorgaría un derecho al

tratamiento y operación arbitrarios al médico.

#### B. Justificación del médico por el derecho consuetudinario.

Otra de las tesis que se han esbozado con el fin de justificar el tratamiento médico curativo es aquella que se apoya en el derecho consuetudinario. Esta teoría ha sido sostenida en Alemania por algunos autores como Gerland y Openheim; pero su máximo exponente lo ha sido R. Schmidt (39).

Consideran los seguidores de esta teoría que la impunidad hay que buscarla en una especie de derecho consuetudinario, pues antes de que existieran instituciones para la formación profesional de los médicos habían médicos e instituciones médicas, y no se dudó de su licitud. Ese derecho consuetudinario consiste en lo que en sentido amplio se denomina "auxilio", sea curar, aliviar los dolores.

Esta tesis ha sido bastante criticada por autores como Grispiñi y Zaffaroni, pues se alega que la costumbre carece de eficacia en el Derecho Penal, ya que el principio de legalidad penal, constituye la expresión de que la única fuente del Derecho Penal es la ley. La doctrina, la jurisprudencia y la costumbre no son fuentes de conocimiento del Derecho Penal; y únicamente se debe tomar en cuenta la ética social cuando la ley remite a estas pautas, como en el caso del concepto de "mujer honesta"; pero nunca podría la costumbre justificar una conducta que la ley penal calificara como ilícita. Esta crítica es totalmente congruente con lo dispuesto por nuestro Ordenamiento jurídico; ya que nuestra Constitución Política expresamente resta valor a la costumbre como justificadora de una conducta contraria a las leyes. (Artículo 11 de la Constitución Política).

Jiménez De Azúa se opone también a esta forma de justificación de la actividad médico curativa, y sostiene que se trata más bien de una explicación de la actividad médica que de la fundamentación de una causa de justificación. Además, señala Grispiñi, la tesis no precisa si la intervención se convierte en delito de lesiones cuando no medie el consentimiento.

#### C. Justificación del médico por el fin curativo.

Otra de las teorías afirma que, lo que excluye el delito en el caso del médi-

co es el fin curativo. Pero este fin curativo lo utilizan algunos para excluir la culpabilidad, otros para excluir la tipicidad y otros para excluir la antijuridicidad.

### C.1. Fin curativo como excluyente de la culpabilidad.

Esta tesis ha sido sostenida principalmente por Carrara, quien considera que la irresponsabilidad penal del médico tiene como fundamento jurídico la ausencia de dolo en su conducta (40); no el consentimiento del paciente. Señala que si bien es cierto que el hombre, por ley natural, tiene facultad plena para disponer de su integridad física, y por tanto puede consentir en ser lesionado con el objeto de obtener algún provecho; la verdadera razón de la inculpabilidad de tales actos no está en el consentimiento del paciente, sino en su fin inocente, que excluye el dolo, por lo cual debe eliminarse toda idea de criminalidad en esos actos que se realizan con el fin legítimo de librar al paciente de una afección morbosa o un peligro para la salud.

La teoría es también sostenida por Sauer y Wezel (41), y este último defiende la tesis mediante un ejemplo bastante conocido: "...en una disputa entre A y B, A coge un cuchillo y le da un corte a B. El corte da casualmente en un absceso oculto de B; el pus sale y B, que se encontraba hasta entonces en un peligro grave es salvado (para destacar aún más claramente el *tertium comparationis*, puede situarse la pelea en una clínica, entre dos enfermeros, llevándose a cabo el corte con un instrumento quirúrgico). El sentido social de la acción de A es completamente diferente del de una intervención quirúrgica, externamente igual, aun cuando objetivamente se produzca el mismo resultado —el restablecimiento de la salud de B—; a pesar del resultado curativo objetivo, es una tentativa de lesiones" (42).

Zaffaroni (43) desvirtúa este ejemplo diciendo que tanto en el caso del médico como en el del enfermero ambos quieren el corte, por lo que siempre existiría el "dolo de cortar". Considera que, en caso de aceptarse esta tesis, implicaría afirmar que una norma prohíbe lo que otra ordena; y por ello es necesario apelar a un precepto permisivo para eliminar la contrariedad de la conducta con el derecho. Las conductas no se dirigen a afectar un bien jurídico, sino a la obtención de un resultado. La valoración jurídica de si la conducta afecta o no un bien jurídico la

establece la ley o el juez. El médico que amputa un órgano determinado, quiere obtener el resultado de amputar ese órgano, al igual que lo quiere obtener el que lesiona. La diferencia, para Zaffaroni, estriba en que el médico lo hace porque así lo indican las reglas de su arte para salvar una vida. Y por perseguir esta "ultrafinalidad" de salvar una vida o conservar o reparar la salud, o neutralizar el avance, subsanar o aliviar los efectos de un daño en la salud; conforme a las reglas del arte, es que esta conducta es fomentada y ordenada por el Ordenamiento jurídico. En otras palabras, la actividad médica estaría justificada no porque cambie la naturaleza del fin, sino porque al fin típico se agregaría una "ultrafinalidad".

### C.2. Fin curativo como excluyente de la tipicidad.

Otro de los razonamientos de que se ha echado mano para justificar la actuación de los médicos es el de que, la misma carecería de la nota de tipicidad al excluir el fin terapéutico a estas intervenciones del ámbito del tipo de lesiones.

Uno de los principales exponentes de este pensamiento es Zaffaroni (44). Este tratadista utiliza los supuestos de su teoría de la tipicidad conglobante para fundamentar la atipicidad de las intervenciones quirúrgicas con finalidad terapéutica. Conforme a esta teoría, el juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige también la comprobación de la tipicidad conglobante, sea la confrontación del alcance prohibitivo de la norma en relación con todo el orden normativo. Según esto, la tipicidad conglobante es un correctivo de la tipicidad legal, pues excluye del ámbito de lo típico aquellas conductas que solo aparentemente estaban prohibidas.

En el caso de las intervenciones quirúrgicas, la conducta es, en opinión de Zaffaroni, indudablemente típica desde el punto de vista de la tipicidad legal. El fin de lesionar del cirujano es claro. La solución debe buscarse entonces mediante la consideración conglobada de la norma antepuesta al tipo de lesiones, ya que resulta inadmisibles que una norma prohíba lo que otra norma fomenta dentro del mismo Ordenamiento jurídico. En cuanto a las intervenciones quirúrgicas con finalidad terapéutica, si bien las alcanza la tipicidad legal, resultarían conglobantemente atípicas al ser altamente fomentadas por el orden jurídico.

Zaffaroni considera que la actividad terapéutica será atípica, aun y cuando medie un resultado negativo, siempre y cuando se haya actuado conforme a las reglas del arte médico. Si dichas reglas no se violaron, o se violaron pero sin resultado negativo, o si su violación no fue determinante del resultado negativo tampoco habrá tipicidad culpable.

Pero esta atipicidad conglobante supone una serie de requerimientos objetivos:

1. El fin ultratípico terapéutico. Esto es, una finalidad que excede la mera realización del tipo objetivo de lesiones.

2. Que quien practica la intervención se halle habilitado para ello. En el caso de que un lego, ante una situación de urgencia, proceda a llevar a cabo una intervención quirúrgica; realiza una conducta típica de lesiones justificada por la necesidad.

En el caso de las intervenciones quirúrgicas que carecen de fin terapéutico, Zaffaroni considera que las lesiones no son atípicas, sino que están justificadas dentro de ciertos límites, implicados en el legítimo ejercicio de una profesión lícita y que se actúe con el consentimiento del paciente. Si el médico excede estos límites, cometerá el delito de lesiones culposas. En el caso de ciertas intervenciones mutilantes sin fin terapéutico o con finalidad terapéutica discutible en la ciencia médica (entre las que sitúa la operación de cambio de sexo), requieren, además del consentimiento del paciente, la autorización judicial.

Francisco Castillo (45), critica la tesis sostenida por Zaffaroni, pues considera que confunde la tipicidad y la antijuridicidad, que se encuentran en niveles distintos. El tipo penal de lesiones no describe lesiones antijurídicas. Además señala que el fin curativo no puede bastar para justificar por sí solo, de lo contrario también se justificaría la intervención quirúrgica realizada por un curandero con fin curativo.

### C.3. Fin curativo como excluyente de la antijuridicidad.

Partidario de esta tesis lo es Von Liszt (46), quien considera que las intervenciones en la integridad corporal, ejecutadas por médicos o curanderos con fines curativos, diagnósticos de embellecimiento o científicos, no resultan ilegales por cuanto el Estado reconoce y fomenta, como fin justificado, la conservación y el restablecimiento de la salud. Los actos

ejecutados para la conservación de este fin, según las reglas de la higiene y de la medicina, son lícitos, independientemente de su resultado positivo o negativo.

Otro de los seguidores de este criterio es Graf zu Dhona (47), quien considera que la intervención quirúrgica está justificada, con independencia de su resultado, siempre que constituya remedio adecuado para un fin correcto, que no es otro que el curativo.

Los que han presentado objeciones a esta doctrina sostienen que no ofrece un criterio completo y preciso para resolver las cuestiones dudosas en cada caso (48). Otros alegan que la consecuencia inmediata de esta visión del problema sería la justificación de la intervención realizada por un curandero, lo que por demás, conforme se expuso, admite Von Liszt (49).

#### D. Justificación de la operación o tratamiento médico con base en la escogencia del interés preponderante.

Algunos autores como Luis Jiménez De Azúa, Engisch y Schönke (50), encuentran la intrínseca justificación de la actividad curativa en la valuación de bienes o intereses, siendo que en principio el balance de bienes significa el derecho de sacrificar intereses menores por la prosecución de intereses superiores. Consideran que en este caso las lesiones que sufre el paciente son privaciones de bienes que se practican para que otros superiores —la salud y la vida— se aseguren y triunfen. Desde este punto de vista, las intervenciones quirúrgicas son justas, independientemente de su resultado positivo o negativo, a menos que el resultado negativo se haya producido por impericia, lo cual es un problema aparte.

#### E. Justificación por el estado de necesidad.

Es la tesis sostenida por Beling en Alemania y Righi en Italia (51). Consideran la actividad médico curativa como una facultad excepcional concedida al individuo, de sacrificar la integridad física de un tercero, en la medida en que es necesario para salvar un bien jurídico de mayor relevancia: la vida.

También comparte esta tesis Quintano Ripollés (52), quien considera que cuando se trata de un telos curativo, bastaría el más simple sentido común

para justificarlo, pero si se prefieren fórmulas jurídicas, estas actividades resultarían amparadas por la del estado de necesidad, la que alcanzaría incluso las actividades desarrolladas por un profano. Así encuadrado el supuesto en términos de estado de necesidad, el consentimiento del paciente no contaría, pues la exigente opera aun en contra del mismo. Pero, en los casos en que la intervención no es tan inminente que no deja espacio racional para optar, lo cual en el campo médico quirúrgico es quizá lo más corriente, el papel del factor consensual resalta.

La observación vital que puede hacerse a esta tesis es la de que la misma tiene una aplicación limitada. Solo se aplicará a aquellos casos (tal y como lo admite Quintano Ripollés), en que la intervención del médico se imponga como medida necesaria. En estos casos de urgencia queda incluso justificada la actuación de un lego en la materia. Pero no puede alcanzar aquellos supuestos, como sería el caso de la operación de cambio de sexo, en que no existe una urgencia tal que no dé al paciente espacio temporal suficiente para optar (53).

#### F. Justificación por el consentimiento del derechohabiente.

Para los seguidores de esta tesis, las intervenciones quirúrgicas serán siempre típicas del delito de lesiones, aunque tengan un resultado positivo y hayan sido realizadas conforme a las reglas del arte médico. Lo que excluiría su antijuridicidad será el consentimiento del derechohabiente, el que por lo general, se solicita al paciente o a sus parientes si éste no está en condiciones de darlo, por escrito.

Uno de los exponentes de esta teoría es Giuseppe Maggiore (54), quien considera que la operación quirúrgica —con un fin curativo, de diagnóstico o profiláctico— tiene todos los caracteres típicos de la lesión personal, en cuanto produce una alteración funcional del organismo. Es el consentimiento del paciente el que elimina la antijuridicidad de la acción. Si el médico actúa sin el consentimiento del paciente será responsable siempre por el daño que haya ocasionado, a menos que se trate de casos de urgencia, o que obre para ejecutar una ley o por orden legítima de la autoridad.

Pero, señala Maggiore, si se obra con el consentimiento del paciente, el

acto en que se dispone del propio cuerpo no debe ocasionar la disminución permanente de la integridad física y no debe contrariar la ley, el orden público y las buenas costumbres, tal y como lo dispone el artículo 5 del Código Civil italiano.

Además, señala Giuseppe Bettiol, otro de los exponentes de esta teoría, debe requerirse la necesidad de la intervención; faltando esta necesidad el cirujano actúa por su cuenta y riesgo; y cita como ejemplo el caso de las operaciones de cirugía estética.

Un criterio distinto al de Bettiol es expuesto por el autor uruguayo Antonio Camaño Rosa (55), para quien la justificación del consentimiento cubre incluso aquellos casos en que no está presente una necesidad inmediata, considerando que el consentimiento cubre no sólo las operaciones con fines curativos, diagnósticos o profilácticos, sino también las que tienen fines estéticos, experimentales o venales.

Entre las críticas que se hacen a esta corriente, está la expuesta por Grispi (56), quien considera inaceptable la teoría del consentimiento porque hay veces que resulta necesario curar al paciente sin su consentimiento o sin el de aquél que le representa y, sin embargo, no se incurre en responsabilidad. Se trata, según Reyes Echandía (57), de aquellos casos de gravedad y urgencia que imposibilitan obtener el consentimiento del enfermo, o en los que el propio paciente se niega a cooperar pero respecto de los cuales la intervención del médico es indispensable para salvar la vida. También agrega Reyes que no tendrá relevancia alguna el consentimiento en aquellos casos en que la intervención médica es obligatoria, como son aquellos de vacunación o de tratamiento de enfermedades contagiosas.

Sauer (58) por su parte considera que, si bien cada uno tiene derecho a determinar si quiere y cómo quiere seguir viviendo, el médico sólo debe conducirse por las reglas científicas y comprobadas prácticamente del arte médico para decidir el criterio de la curación o la atenuación. El consentimiento, considera, es una simple formalidad vacía que el médico podrá llenar siempre con preguntas dirigidas y explicaciones y con una pérdida de tiempo notable.

Otra de las críticas que se han hecho a esta corriente (59) es que el Derecho Penal es de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o

sus representantes es irrelevante, salvo tratándose de los llamados delitos privados o de querrela necesaria, entre los cuales no figura el de lesiones.

Finalmente, Jescheck (60) señala que esta teoría es insatisfactoria para la actuación médica, y que lo mejor sería introducir un precepto especial sobre el tratamiento curativo realizado sin el consentimiento del paciente, que asegure la protección del derecho a la autodeterminación sobre el cuerpo.

## ENCUADRE LEGAL DE LA OPERACIÓN DE CAMBIO DE SEXO EN COSTA RICA.

### A. Tipicidad de la operación de cambio de sexo.

Conforme se había estudiado en la parte médica de este artículo, la operación de cambio de sexo consiste en amputar y extraer los órganos sexuales originarios del paciente y acoplar los del signo externo del sexo opuesto mediante cirugía plástica. Pese a que el grado de perfección estética de la cirugía es notable, la capacidad de engendrar en el hombre y de concebir en la mujer desaparece una vez efectuada la misma.

Debido a estas consecuencias que trae aparejada la operación, la misma parece encuadrar en el delito de lesiones.

La lesión es definida por el legislador como "daño en el cuerpo o en la salud", conforme se extrae de las definiciones contenidas en los artículos 374, inciso 1) y 125 del Código Penal:

"Artículo 374.—Se impondrá de tres a treinta días multa a quien:

1) Golpear o maltratar a otro o le causare un daño en el cuerpo o en la salud, que determine una incapacidad para el trabajo por diez días o menos."

"Artículo 125.—Se impondrá prisión de tres meses a un año, o hasta cincuenta días multa, al que causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, que determine una incapacidad para el trabajo por más de diez días y hasta por un mes." (El subrayado es nuestro) (61).

El daño en el cuerpo es definido por el Dr. Francisco Castillo (62) como "el daño al individuo en su existencia morfológica o anatómica, que es su ser físico corporal o integridad corporal" y el daño en la salud como aquél que "...afecta el correcto funcionamiento de los procesos corporales o el correcto funcionamiento

de miembros y órganos considerando las funciones naturales que éstos cumplen".

Al provocar la operación de cambio de sexo la pérdida de órganos, la cual trae como consecuencia la pérdida de la capacidad de engendrar en el hombre y de la capacidad de concebir en la mujer; encuadrarla dentro de lo que nuestro legislador tipifica como lesiones.

La pérdida de un órgano es un daño en el cuerpo; en la integridad física o ser anatómico del hombre, y aunque la operación de cambio de sexo produce tanto la pérdida de órganos como de la capacidad de engendrar y concebir; es claro que el daño preponderante es en la integridad física; pues es éste el que tiene como consecuencia la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

Entonces vemos que la pérdida de un órgano es considerada como lesión pues implica un daño en el cuerpo, y la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir provoca un daño en la salud. Y son consideradas específicamente como lesiones gravísimas, delito previsto y sancionado por nuestro Código Penal en su artículo 123:

"Se impondrá prisión de tres a diez años, si la lesión causare enfermedad mental o física, que produzca incapacidad permanente para el trabajo; la deformación permanente del rostro; la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra, de la capacidad de engendrar o concebir." (El subrayado es nuestro) (63).

Fuera de la pérdida de órganos y de la capacidad de engendrar o concebir, la operación no presenta otras incapacidades físicas ni tiene mayores riesgos. Las consecuencias a nivel psicológico son positivas, pues, como se estudió en la parte médica, la mayor parte de los pacientes han mejorado su estado mental con la operación; y solo unos pocos han mostrado descontento con la misma o se han sentido frustrados.

Podemos decir entonces que la conducta desplegada por el médico al efectuar una cirugía de cambio de sexo es típica del delito de lesiones gravísimas. Y es típica porque es coincidente con la acción descrita en el tipo: el médico, con un fin de lesionar que es claro, pues su intención es la de amputar varios órganos al paciente, provoca la pérdida de varios órganos y de la capacidad de engendrar o concebir.

Dicha conducta también se er contraría prohibida, conforme a los artículos 45 y 46 del Código Civil que disponen:

"Artículo 45.—Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por ley."

"Artículo 46.—Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia." (64)

Los casos previstos en el Código de Familia son aquéllos en que la prueba de marcadores genéticos es requerida en un juicio de investigación e impugnación de paternidad.

### B. Antijuridicidad de la operación de cambio de sexo.

Teniéndose por establecido que la operación de cambio de sexo realizada por un médico es típica del delito de lesiones, lo que habría que analizar es si dicha acción típica es antijurídica. Es decir, es necesario establecer si ese comportamiento típico estaría o no autorizado por el orden jurídico.

Y para saber si esta conducta está autorizada, habrá que constatar si interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación. Este análisis se hará exclusivamente en relación con la posible responsabilidad del médico o médicos que efectúen la operación. No se plantea el problema de la responsabilidad penal del operado, ya que la norma penal que castiga las lesiones tiene por objeto precisamente su protección.

Analizando las diversas causas de justificación que estudiáramos anteriormente, y conforme a las cuales se ha considerado por diversos sectores de la doctrina que se encuentra amparada la actividad médico curativa, sean, el ejercicio de una profesión legal, el derecho consuetudinario, el fin curativo, la escogencia del interés preponderante, el estado de necesidad y el consentimiento del derechohabiente, es esta última la que podría justificar la operación de cambio de sexo en nuestro Ordenamiento.

Esto en primer lugar por cuanto es contemplada expresamente por nuestro

Código Penal como causa de justificación, en el artículo 26, que dispone:

"No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente puede darlo." (65)

Y más claramente el artículo 129 que dispone:

"No son punibles las lesiones que se produzcan, al lesionado con su consentimiento, cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otro." (66)

En apoyo a estas disposiciones está el artículo 22 de la Ley General de Salud N° 5395 que dice:

"Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo." (67)

Y también el artículo 21 del Código de Moral Médica que dispone:

"Con las excepciones que establece la ley, el médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento o procedimiento médico o quirúrgico, y no debe emprender ninguna acción sin el consentimiento del enfermo, o de las personas de las cuales éste depende, si es menor de edad o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad o urgencia." (68)

Lo que habría que estudiar es si esta causa de justificación del consentimiento del derechohabiente sería aplicable en el caso de la operación de cambio de sexo, pues ésta implica una lesión a la integridad corporal del sujeto. Respecto a la aplicación de esta causa de justificación a las lesiones hay dos teorías: una que admite su eficacia y otra que se la niega.

Para determinar la eficacia del consentimiento como causa de justificación en los delitos en general, la doctrina ha tomado como punto de referencia el hecho de si el derecho es disponible o no. El problema ha sido el de esclarecer el concepto de derecho disponible.

El criterio más común que se ha utilizado para determinar cuándo un derecho es disponible, es el de si el sujeto es su único titular, o sea, si entran en juego únicamente sus intereses o, si por el contrario, está involucrado el interés de la colectividad.

En opinión de Von Liszt (69), la determinación de si entran en juego solo los

intereses del individuo debe hacerse considerando el conjunto de las disposiciones legales, y no solo de las calificaciones de los hechos delictivos.

Comparte Antolisei (70) el criterio de que el consentimiento es apto para hacer lícita la ofensa de un bien en los casos en que éste no presenta también una inmediata utilidad social. Por ello, considera, son disponibles los derechos que el Estado reconoce exclusivamente para garantizar su libre goce al individuo.

Otro de los criterios que se han utilizado para determinar cuándo un derecho es disponible es el de la querrela de parte. Se dice que nos hallamos ante un derecho del que se puede disponer válidamente a través del consentimiento en todos los casos en que la ley penal requiere la querrela de parte para proceder al castigo de un delito.

Este criterio ha sido criticado por Bettiol (71), quien considera que el instituto del consentimiento del ofendido y el de la querrela de parte obedecen a finalidades muy diversas para que uno pueda explicarse en función del otro. Esto por cuanto la querrela responde a exigencias procesales.

En opinión de Quintano Ripollés (72), la solución del problema de los derechos disponibles o indisponibles habrá que buscarla partiendo de las concepciones filosóficas de cada cual, conforme a las cuales ha de ordenarse la escala de valores ideales prevalecientes. Por tanto, el Derecho es el llamado a decidir en cada caso particular, cuáles son los bienes protegidos *erga omnes*, y cuáles son susceptibles de disposición; lo que deberá hacer mediante construcciones típicas.

Aparte de esta tendencia mayoritaria que sustenta el criterio de la disponibilidad como determinante de la eficacia del consentimiento como causa de justificación; existe otra que sostiene que la eficacia del consentimiento debe deducirse, sobre todo, de la forma y el motivo de tutela del Estado sobre determinado bien jurídico. Si la tutela es expresiva de un interés general o público, el consentimiento no será eficaz (73).

Las mayores disidencias en cuanto a la eficacia del consentimiento como causa de justificación giran en torno a la colocación que corresponde dar a la vida, la salud y la integridad corporal, que es precisamente la que lesiona la operación de cambio de sexo.

Autores como Maggiore, Cuello Calón, Antolisei, Clark y Marshall (74); consideran que la integridad personal es indisponible, pues encierra interés de naturaleza colectiva o social, ya que es esencial para que el individuo pueda cumplir sus deberes para con la familia y la sociedad.

En opinión de Quintano Ripollés (75), en estricta dogmática es inoportuno sentar una norma de general validez en cuanto a la eficacia del consentimiento como causa de justificación en el delito de lesiones. Él considera que se debe atender a los términos en que cada legislación permita plantear el asunto.

Algunos sistemas, como el austriaco, han vedado toda validez al consentimiento. Otros, como los códigos de Guatemala (artículo 317); y El Salvador (artículo 377); conocen la modalidad del delito de lesiones consentidas.

En nuestra legislación, y de conformidad con el artículo 45 del Código Civil previamente transcrito (76), los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de la integridad física están prohibidos, excepto cuando estén autorizados por ley. Y están precisamente autorizados por el artículo 129 del Código Penal, las lesiones que se produzcan al lesionado, cuando la acción tenga por fin beneficiar su salud.

El caso de las intervenciones quirúrgicas está específicamente autorizado por el artículo 22 de la Ley General de Salud N° 5395. Este artículo establece —a contrario sensu— que será permitido el tratamiento médico quirúrgico que implique grave riesgo para la integridad corporal, la salud o la vida, siempre y cuando cuente con el consentimiento previo del paciente o de la persona llamada a darlo legalmente, si estuviera impedido para hacerlo.

Pero la operación solo podrá ser realizada por un profesional en ciencias médicas, pues de conformidad con el artículo 46 de la Ley General de Salud N° 5395 solamente "los profesionales (en Farmacia, Medicina, Odontología, etc.) debidamente especializados e inscritos como tales en sus respectivos colegios, podrán ejercer actividades propias de su especialidad".

En conclusión, el conjunto de nuestra legislación permite la realización de una intervención quirúrgica por un médico, que ocasione un daño permanente a la integridad corporal (lesiones), siempre

y cuando medie el consentimiento del paciente o de quien válidamente puede darlo, si a éste no es posible expresarlo y se realice en beneficio de su salud. El consentimiento será en esta hipótesis, causa de justificación.

De lo anterior podemos deducir que, para que la operación de cambio de sexo fuera válida en nuestro país, sería necesario que cumpliera los siguientes requisitos:

1. Que se cuente con el consentimiento del paciente.
2. Que se realice en beneficio de la salud.
3. Que sea llevada a cabo por un médico.

El último requisito es de por sí indispensable para que se pueda realizar la cirugía, pues como estudiamos, es necesario que todo un equipo interdisciplinario intervenga en el proceso.

En cuanto al requisito de que la cirugía vaya en beneficio del paciente, conforme podemos concluir del análisis del aspecto médico de la operación, la misma tiene indudablemente un fin terapéutico, aunque su indicación sea discutida en el ámbito médico. Los resultados que se han reportado en base a seguimientos de los pacientes operados, demuestran que solo un mínimo inferior al 10% de los pacientes ha reportado resultados insatisfactorios. El resto de los sujetos reportan haber alcanzado una increíble mejoría en todos los aspectos de su vida: son personas más felices y seguras. La operación ayuda grandemente a mejorar la salud psíquica del paciente, y si bien la pérdida de órganos y de la capacidad de engendrar o concebir afecta la integridad corporal y funcional del individuo; el desequilibrio psíquico lo afecta en su totalidad.

El hecho de que haya existido polémica en el campo médico respecto a si la intervención quirúrgica era o no el medio adecuado para el restablecimiento del transexual o si era preferible el tratamiento psicoterapéutico, no debe influir en la decisión legal de la licitud de la operación. Por un lado porque la mayor parte de los resultados han sido satisfactorios y la operación es ya práctica generalizada y reconocida en gran cantidad de países. Y por otra parte, porque no está el jurista en capacidad de juzgar la efectividad de la operación, pues se trata de cuestiones técnicas que él no puede resolver por carecer de los conocimientos necesarios. El asunto debe dejarse a

los especialistas, y la mayor parte de ellos dice que la cirugía es beneficiosa para la salud.

Algunos autores, como López Bolado (77), consideran que el consentimiento del paciente no sería válido en este tipo de cirugía ya que el sexo es un bien indisponible; pues del mismo emergen una serie de consecuencias jurídicas en relación con la sociedad que el individuo integra, y con respecto a otros componentes de ella. Considera que el paciente únicamente podrá consentir en una operación de este tipo cuando medie venia del Estado.

Sin embargo, son los menos los que opinan así. Encontramos también otros autores, como Jascheck (78), quienes consideran que quien auxilia a otro en una cirugía de este tipo debe beneficiarse del consentimiento del paciente. En el mismo sentido se pronuncian Zaffaroni y Melvin Belli (79).

Y es que realmente se trata de una operación que, realizada con pericia razonable y siempre y cuando medie un consentimiento informado, no afecta más que al paciente, quien es el que tiene que vivir con el psiquismo desviado. Si bien es cierto, considero que hay relaciones que habría que regular (por ejemplo, si el transexual tuviera hijos), eso no excluye el que cada cual pueda decidir respecto a un aspecto de su vida tan personal como lo es su propio sexo.

Otro argumento que se ha utilizado para falsear la validez del consentimiento en este tipo de intervenciones es que la insistencia del transexual de su pertenencia a otro sexo es una idea delirante, por lo que al sufrir éste una afección psiquiátrica su consentimiento no es válido. Sin embargo, la "American Psychiatric Association" ya se ha pronunciado respecto a esto diciendo que: "Debe distinguirse el transexual de las ideas de cambio de sexo y de pertenencia al otro sexo de delirantes y psicóticos. En la esquizofrenia pueden presentarse ideas de delirio de pertenencia al otro sexo, si bien esto es raro... La insistencia por parte del transexual de que pertenece al otro sexo no es una idea delirante, puesto que lo que el sujeto pretende y quiere expresar es que 'se siente como' un miembro del otro sexo, no que crea que verdaderamente lo es... Fuera de la discordancia sexual, el comportamiento del transexual, en los aspectos intelectual, social y profesional no se encuentra alterado" (80).

En cuanto a los requisitos que el consentimiento tendrá que cumplir; se trata de aquéllos exigidos por la doctrina en forma general al consentimiento como causa de justificación: capacidad para juzgar sobre la significación y amplitud de la intervención, consentimiento otorgado con anterioridad a la cirugía, expreso y libre de vicios de la voluntad.

En cuanto a la edad que se requeriría para poder sufrir la cirugía, a mi parecer deberá efectuarse una vez que el sujeto haya completado su maduración sexual, lo cual no ocurre a una edad predeterminada y uniforme en todos los individuos.

Por supuesto, siempre habría aspectos que sería necesario dilucidar, en cuanto a las relaciones del sujeto con los demás después de la operación, si se necesitaría autorización judicial previa para la realización de la misma (no porque se considere que el sexo es un bien indisponible y que es necesaria la venia estatal para poder disponer de él, sino para rodear de mayores garantías al paciente), etc. Pero estos aspectos tendrían que ser regulados en una ley especial.

## CONCLUSIONES.

1. El transexual ha sido definido como aquel que está en desarmonía con sus caracteres sexuales totales, hasta el punto de detestar su pertenencia al propio sexo y los propios órganos genitales que constituyen para él una auténtica deformidad. Según el paciente, en general del sexo masculino, únicamente la cirugía está en condiciones de conducirlo a la normalidad y hacerle llevar una vida normal (legal, social y sexualmente).

2. El transexualismo tiende a confundirse con otros fenómenos afines, que involucran también trastornos en la identidad genética; como el homosexualismo, el travestismo y el hermafroditismo. Es importante desde el punto de vista médico-legal el diferenciar estos fenómenos, debido a que en el caso del travestismo y homosexualismo la cirugía de cambio de sexo no debe efectuarse; y en el caso del hermafroditismo, el tratamiento legal diferirá de aquél del transexual.

3. Los transexuales se clasifican en dos categorías: transexuales masculinos y femeninos. Y los masculinos pueden agruparse en dos clases, los extrovertidos y los introvertidos.

4. La etiología del transexual, pese a haber sido objeto de varios estudios no

ha podido ser unitariamente determinada. Se han planteado varias teorías, pero el establecimiento de una teoría definitiva se dificulta.

5. La solución médica que se ha dado al transexualismo es la cirugía de cambio de sexo, por constituir una intervención curativa que logra conformar el cuerpo al psiquismo del paciente, mejorando su salud mental.

6. Previo a la operación, y debido a que la misma debe llevarse a cabo con la máxima precaución, es necesario estudiar al paciente; descartar que sufra cualquier otro fenómeno, entrevistar a sus parientes. El equipo médico debe esclarecer una serie de interrogantes.

7. El procedimiento de conversión al sexo opuesto requiere de los esfuerzos combinados de urólogos, cirujanos plásticos y ginecólogos. El objeto de la operación es amputar y extraer los órganos sexuales originarios y acoplar los de signo externo artificialmente (mediante cirugía plástica), incluidos los caracteres secundarios, acompañado todo ello de un fuerte tratamiento hormonal. No obstante la perfección estética de este tipo de intervenciones, la capacidad de procreación del intervenido desaparece una vez efectuadas.

8. En Costa Rica no se ha llevado a cabo ninguna operación de este tipo. Sin embargo, su realización es médicamente posible; y ya ha existido un intento de efectuar una.

9. La discusión en el plano jurídico sobre la cirugía se inició aun antes de que se agotara la fase de debate clínica nosológica.

10. La jurisprudencia y la doctrina en la mayor parte de los países en que se ha estudiado el problema se muestra favorable a la intervención, y existen países que ya cuentan con legislación específica sobre el tema.

11. Debido a las consecuencias que conlleva esta operación, de pérdida de órganos y de la capacidad de engendrar o concebir, la misma podría considerarse como típica del delito de lesiones. Para realizar su valoración penal será necesario analizar las distintas teorías existentes respecto a la naturaleza de la actividad médica curativa, naturaleza de la que según establecimos; participa la intervención.

12. Conforme a una de estas corrientes, la actividad médica, realizada conforme a las reglas del arte médico,

carece de la nota de tipicidad como lesión.

13. Para la segunda corriente, la actividad médico curativa es típica del delito de lesiones, pero se encuentra amparada por una causa de justificación; que para unos es el ejercicio de una profesión legal, para otros el derecho consuetudinario, otros más creen que es el fin curativo, o la escogencia del interés preponderante, o el estado de necesidad o el consentimiento del derechohabiente.

14. Del análisis de nuestra legislación se puede concluir que estará autorizada la realización de una intervención quirúrgica por un médico, que ocasione un daño permanente a la integridad corporal (lesiones), siempre y cuando medie el consentimiento del paciente o de quien válidamente puede darlo, si a éste no es posible expresarlo y se realice en beneficio de su salud. El consentimiento será en esta hipótesis, causa de justificación.

15. De lo anterior podemos deducir que, la operación de cambio de sexo será válida en nuestro país, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que se cuente con el consentimiento del paciente.

2. Que se realice en beneficio de la salud.

3. Que sea llevada a cabo por un médico.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. STANZIONE, Pasquale, *La soluzione normativa del transsexualismo: L'esperienza Tedesco-Occidentale*, Rassegna di Diritto Civile, Italia, Edizione Scientifiche Italiane.
2. BONNET, Emilio Federico, *Medicina Legal*, Buenos Aires, Editorial López, segunda edición, 1980, p. 194.
3. BUERES citado por TERÁN LOMAS, Roberto, *Derecho Penal Especial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, T. III, 1983, p. 331.
4. YUNGANO, Ricardo; LÓPEZ BOLADO, Jorge; POGGI, Víctor y BRUNO, Antonio Horacio, *Responsabilidad profesional de los médicos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1982, pp. 259-260.
5. OUVINA, Guillermo citado por TERÁN LOMAS, Roberto, *op. cit.*, p. 332.
6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial Ediar, T. II, 1981, p. 544.
7. *Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital*, causa 2578 de 23 de diciembre de 1969, lesiones gravísimas, Defazio Francisco, citado por LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos y el Código Penal*, Argentina, Editorial Universidad, 1981, pp. 148 y ss.
8. *Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital*, 20 de noviembre de 1970, citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de*

*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pp. 543-544.

9. LÓPEZ BOLADO, Jorge, *op. cit.*, pp. 151-152.
10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 543.
11. Citado por BELLI, Melvin, *Transsexual Surgery. A New Tort?*, *Journal of American Medical Association*, Estados Unidos, volumen 239, Nº 20, mayo 19, 1978, pp. 1-9.
12. PAULY, Ira, *The Current Status of the Change of Sex Operation*, *Journal of Nervous and Mental Disease. Special Issue for Change of Sex*, Estados Unidos, volumen 147, Nº 5, serial 1032, noviembre 1968, p. 468.
13. BELLI, Melvin, *op. cit.*, pp. 1-9.
14. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo*, 6 de noviembre de 1980, affaire Van Oersterwijek, citado por MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *Derecho Médico*, Madrid, Editorial Tecnos, vol. I, 1986, p. 415.
15. *Tribunal de Bruselas*, 29 de noviembre de 1969, citado por MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *op. cit.*, p. 408.
16. SHAPIRA, Kurt and DAVIDSON, Kenneth, *The Assessment and Management of Transsexual Problems*, *British Journal of Hospital Medicine*, Inglaterra, Nº 22, julio 1979, p. 67.
17. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. El delito*, Buenos Aires, Editorial Losada, tercera edición, T. IV, 1976, pp. 718-719.
18. DÍEZ DEL CORRAL citado por MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *op. cit.*, p. 416.
19. *Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*, 25 de junio de 1983, citado por MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *op. cit.*, p. 420.
20. SUTTON, G., *Transsexualisme et Changement Juridique D'Etat. Necessite et Objet de L'Expertise Judiciaire, Le Transsexualisme. Droit et Ethique Médicale*, vol. I, Nº 127, junio, 1984, pp. 107-126.
21. *Ibid.*
22. STANZIONE, Pasquale, *op. cit.*, p. 1235.
23. *Tribunal Constitucional alemán*, 11 de octubre de 1978, citado por MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *op. cit.*, p. 408.
24. STANZIONE, Pasquale, *op. cit.*, p. 1235.
25. Citado por PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Editorial Desco, quinta edición, tomo I, vol. I, 1959, p. 397.
26. STOOS, Carlos citado por JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *op. cit.*, p. 699.
27. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 542.
28. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización voluntaria en el Derecho Penal costarricense*, San José, Ed. Pasdiana, 1984, p. 26.
29. SAUER, Guillermo, *Derecho Penal. Parte general*, Traducc. Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, Ed. Bosch, 1956, pp. 216-217.
30. Citado por CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización... op. cit.*, p. 28.
31. Al respecto véase CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización... op. cit.*, p. 28.
32. *Ibid.*
33. *Ibid.*
34. *Ibid.*

35. Entre otros: CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Ed. Bosch, decimotercera edición, tomo II, 1972; PUIG PEÑA, Federico, *op. cit.*; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, segunda ed., T. II, 1979.
36. PUIG PEÑA, Federico, *op. cit.*, pp. 399-400.
37. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *op. cit.*, p. 127.
38. En este sentido: CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales del Derecho Penal*, México, Ed. Porrúa, onceava edición, 1977, p. 214; CORTÉS IBARRA, Miguel, *Derecho Penal mexicano. Parte general*, México, Ed. Porrúa, 1971, p. 174; SAUER, Guillermo, *op. cit.*, p. 216.
39. SCHMIDT, R. citado por PUIG PEÑA, Federico, *op. cit.*, p. 398.
40. La ubicación del dolo en la culpabilidad corresponde a un planteamiento causalista del mismo, sostenido por la concepción objetiva del tipo penal. El mismo ha sido combatido por la concepción compleja del tipo penal, que ubica al dolo en el tipo. Esta última concepción es hoy mayoritaria.
41. SAUER, Guillermo, *op. cit.*, p. 217.
42. WEZEL citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 539.
43. *Ibid.*
44. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Ediar, segunda edición, 1979, p. 320.
45. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización... op. cit.*, p. 21.
46. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Traducc. Luis Jiménez De Azúa, Madrid, Ed. Reus, 2ª ed., T. II, 1927, p. 361.
47. GRAF ZU DHONA citado por REYES ECHANDÍA, Alfonso, *La antijuridicidad*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 289.
48. En este sentido: PUIG PEÑA, Federico, *op. cit.*, p. 399.
49. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización... op. cit.*, p. 22.
50. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *op. cit.*, p. 706; ENGISCH citado por CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización... op. cit.*, p. 23; SCHÖNKE citado por CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, p. 553.
51. RIGHI citado por REYES ECHANDÍA, Alfonso, *La antijuridicidad, op. cit.*, p. 289.
52. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, segunda edición, T. I, vol. I, 1972, pp. 768-769.
53. En este sentido: SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Ed. Tipográfica, sexta ed., T. I, 1973, p. 335 y VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal mexicano. Parte general*, México, Ed. Porrúa, segunda ed., 1960, p. 347.
54. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, Traducc. José J. Ortega, Bogotá, Ed. Temis, 2ª ed., vol. I, 1985.
55. CAMAÑO ROSA, Antonio, *Tratado de los delitos*, Montevideo, Ed. Amalio M. Fernández, 1967, p. 476.
56. GRISPINI citado por JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *op. cit.*, p. 704.
57. REYES ECHANDÍA, Alfonso, *La antijuridicidad, op. cit.*, p. 291.
58. SAUER, Guillermo, *op. cit.*, p. 216.
59. En este sentido CORTÉS, Miguel, *op. cit.*, p. 173 y CASTELLANOS, Fernando, *op. cit.*, p. 214.
60. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización... op. cit.*, p. 24.
61. *Código Penal*, Ley Nº 4573 de 2 de junio de 1975, San José, Librería Lehmann, 3ª ed. preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1982.
62. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización... op. cit.*, p. 9.
63. *Código Penal, op. cit.*
64. *Código Civil*, Ley Nº 5476 de 26 de abril de 1886, San José, Librería Lehmann, 4ª ed. preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1982.
65. *Código Penal, op. cit.*
66. *Ibid.*
67. *Ley General de Salud*, Nº 5395 de 30 de octubre de 1973.
68. *Código de Moral Médica*, Decreto Ejecutivo 13032 de 27 de octubre de 1981, San José, Colegio de Médicos y Cirujanos, poligrafiado.
69. VON LISZT, Franz, *op. cit.*, p. 352.
70. ANTOLISEI, Francesco, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, traducción Juan del Rosal y Ángel Torio, Buenos Aires, Ed. UTEHA, p. 211.
71. BETTIOL, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte general*, Traducc. José León Pagano, Bogotá, Ed. Temis, 1965, p. 302.
72. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *op. cit.*, pp. 753-755.
73. SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p. 328.
74. ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.*, p. 213; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *op. cit.*, p. 754; MAGGIORE, Giuseppe, *op. cit.*, p. 328; CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, p. 573; CLARCK, William and MARSHALL, William, *A Treatise on the Law of Crimes*, Chicago, National Textbook Series, 4ª ed., 1940, p. 185.
75. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *op. cit.*, p. 754.
76. *Código Civil, op. cit.*
77. LÓPEZ BOLADO, Jorge, *op. cit.*, pp. 151-152.
78. Adiciones de Derecho español en JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Traducc. S. Miur Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, vol. I, 1982, p. 553.
79. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 543 y BELL, Melvin, *op. cit.*, pp. 2146.
80. Citado por MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *op. cit.*, p. 404.