

Voces: CAMBIO DE SEXO ~ DERECHO A LA IDENTIDAD ~ DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO ~ DERECHOS PERSONALISIMOS

Tribunal: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 14 de Mendoza(JCivComyMinasMendoza)(Nro14)

Fecha: 24/11/1998

Partes: A. D. D. p/rect. part.

Publicado en: LLGran Cuyo 1999 , 706, con nota de Santos Cifuentes; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobías, Editorial LA LEY, 2003 , 123, con nota de José W. Tobías;

Cita Online: AR/JUR/1502/1998

Sumarios:

1. Es indudable que el transexualismo viene dado, no se elige y no es dable superarlo a través de método alguno; es una realidad y en cuanto tal debe ser respetada, reconocida y dignificada, debiéndose reconocer la identidad personal y sexual del transexual mediante la inscripción en el Registro de Estado Civil, colocando de este modo, al ordenamiento jurídico y a sus aplicaciones jurisdiccionales a la par de los avances de las restantes disciplinas que dan apoyo y soluciones concretas a las realidades humanas con que se enfrentan.

2. Previo a ser inscripto en los Registros de Estado Civil, todo cambio de sexo debe ser previamente autorizado por el órgano jurisdiccional del Estado, tanto por razones de orden público como de necesidad de certeza jurídica.

Texto Completo:

1a Instancia - Mendoza, noviembre 24 de 1998.

Considerando:

1. A fs.7/9 se presenta A.D.D.G. y solicita se rectifique su acta de nacimiento, ocurrido el 10 de julio de 1957, mutándose su nombre por el de Eliana, "...todo de acuerdo a la situación de hecho y derecho que devino de mi situación de transexual quirúrgico..."

Luego de efectuar una breve reseña histórica sobre la falta de reconocimiento por los ordenamientos jurídicos de situaciones como la que plantea, expresa que "... la descompensación hormonal congénita ... y los trastornos sociales que durante toda la vida conllevan a decir que sólo por poseer (poseía), órganos genitales de apariencia masculina (testículos y pene) no se es hombre en la globalidad total del concepto, fundamentalmente, en el sentir personal más profundo de un ser que lo único que tuvo de varón en toda su vida es lo apuntado, evidentemente la mente, el corazón y el alma dictaron siempre otra cosa, que sumado, al entorno social y familiar, dictaban siempre que se estaba ante una mujer como la que más".

Agrega que esta asociación de ideas tiene su correlato médico en el diagnóstico que se le efectuara, consistente en disforia de género, cuyas características detalla, concluyendo en que "Estos tópicos y otros más que oportunamente serán ampliados, dan por resultante, el cuadro médico de trastornos de la identidad genérica de un adulto, con transexualismo (DEM IV 302.85) y encuentran apoyo en los informes endocrinológicos, psiquiátricos, psicológicos y clínicos- médicos que se ofrecen y se detallarán en el punto referido a las pruebas".

En otro orden de cosas, sostiene que tras esta situación, no reconocerle su calidad de mujer "...sería altamente discriminatorio, y sabido es que nuestra nueva Constitución acordó valor de ley a los Pactos Internacionales a los que Argentina adhiere, como el San José de Costa Rica que tiene rango constitucional, y proscribiera todo tipo de discriminación por credo, raza, sexo, etc....".

Ofrece pruebas.

2. Admitidas las pruebas ofrecidas, además de los instrumentos e informes traídos con el escrito inicial del proceso, se incorporó en la causa el siguiente material probatorio:

a) Testimonios de Luisa Avelina Borri (fs.14 y vta.), Cristina Mariana Straniero (fs.17), Javier Ignacio Dussel (fs.17v./18), José Luis Rodríguez (fs.19) y Carlos Alberto Cuello (fs.21).

b) Entrevista personal cuya constancia obra a fs.24.

c) Informe de fs. 37v. e instrumento de fs.41.

Con la pertinente publicación de edictos (fs.46) y el dictamen de la Sra. Fiscal (fs.26/31), quedaron los autos en estado de resolver.

3. Hechos de la causa.

Entrando en la consideración de la cuestión planteada, consiste la misma en la pretensión de que ordene la rectificación de la partida de nacimiento de la persona peticionante modificando su nombre, masculino, por uno

femenino.

Las razones para pretender lo señalado, consisten en que, no obstante haber nacido con órganos genitales de apariencia masculina, ha mantenido una sensación de inconformidad con sus órganos, como asimismo, voluntad de tener órganos del sexo opuesto.

A ello agrega estar sometida a una presión psicológica excesiva por la disconformidad apuntada y poseer cara, figura, gestos y ademanes propios de una mujer.

En otro orden de cosas señala la ausencia de trastornos psiquiátricos como el síndrome mental orgánico o síndrome funcional psicótico.

Por último, fundamenta el pedido en la identidad psico social adecuada a sus sentimientos y una clara adopción del rol femenino en sus relaciones sociales.

Capítulo aparte merece el hecho de que la peticionante fué sometida a una intervención quirúrgica en la República de Chile que tuvo como finalidad y efecto dejar su zona genital con una apariencia femenina.

4. Hechos acreditados.

De la prueba incorporada en el expediente, se extrae la acreditación de los hechos que fundamentan el pedido.

a) El Dr. José Luis Rodríguez, en su informe sexológico agregado a fs.2/4, reconocido por el profesional a fs.19, puntualiza lo siguiente respecto al caso de la peticionante:

a) Sensación permanente de inconformidad en relación a la anatomía sexual propia; b) deseo persistente de deshacerse de los genitales propios para poder cambiar de sexo; c) sensación de inconformidad continua desde hace más de 20 años, sin que este juicio se establezca en función de etapas de presión psicológica excesiva; d) voluntad de vivir como un miembro del género opuesto; e) ausencia de trastornos psiquiátricos; f) convicción de por vida de sentirse mujer y no hombre; g) cara, figura, posturas, gesto y ademanes propios del sexo femenino; h) antecedentes de haberse vestido, peinado y maquillado como mujer desde la pubertad; i) relaciones con mujeres, compartiendo la amistad y comprensión propias del género femenino, no por la atracción erótica o sexual; j) sueños y fantasías en los que siempre se ha identificado con el rol propio de una mujer; h) Rechazo temprano de sus extraños genitales anatómicos que le ofenden por considerarlos contrarios a su propia identidad sexual. Por ello, busca la solución a su inexplicable drama personal, habiendo solicitado insistentemente la amputación genital y transformación sexual, aún a sabiendas de tener que someterse a una cirugía importante e irreversible.

Señala que dicha cirugía de reasignación de sexo le fue realizada el 26 de setiembre de 1995, por el Dr. Antonio Salas Vieyra en Santiago de Chile.

El profesional, tras descartar diagnósticos de homosexualidad, hermafroditismo o pseudohermafroditismo (descartados por los estudios genéticos y endocrinológicos), esquizofrenia (descartada por los informes psiquiátricos y psicológicos), síndrome mental orgánico (descartado por estudios neurológicos), concluye en que presenta un cuadro de Disforia de Género, compatible con el diagnóstico de transexualismo.

Conviene resaltar lo expresado por el Dr. Rodríguez en punto a que "El diagnóstico más claro lo ha presentado el propio paciente más que los médicos, ya que a través de su historia de vida se infiere que no ha dudado nunca de su verdadera identidad sexual, la cual extraña e incomprensiblemente es la opuesta a la que anatómicamente denotaban sus genitales."

Esta caracterización diagnóstica, explica el especialista, la ha realizado sobre los criterios del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. American Psychiatric Association, del Manual de la OSM y del Manual Diagnóstico de Enfermedades en Sexología. Asociación Mundial de Sexología.

b) Por su parte el Dr. Javier Dussel, refiere que "El paciente se encuentra bajo asesoramiento psiquiátrico y psicoterapéutico, con quien suscribe, desde el año 1985..." y que "...presenta una identidad psicosexual femenina, y ha adoptado un rol genérico femenino. Su identidad sexual legal es masculina, al igual que sus caracteres sexuales secundarios. Sus genitales externos son masculinos hipoplásicos; ambos testículos han sido extirpados quirúrgicamente luego de producir durante años una sensación subjetiva de molestia. Se han realizado estudios genéticos, en los que no se han encontrado anomalías, con morfología cromosómica normal y cariotipo masculino."

Coincidentemente, señala que "El cuadro es codificable como trastorno de la identidad genérica en un adulto, con transexualismo (DSM IV 302.85), con atracción sexual hacia la figura masculina, cuya manifestación o expresión se remonta a la primera infancia y se mantiene estable durante toda su vida, con progresiva feminización de sus hábitos y modos y de su rol social, y con la decisión voluntaria y egosintónica (desde hace unos diez años) de adoptar las características del género femenino, en la medida de lo posible, en

todos sus aspectos (físicos, sociales, legales, etc.). Los aspectos femeninos de su personalidad se han ido expresando lenta y progresivamente durante su infancia y adolescencia en razón de inhibiciones socioculturales. No se observan posibilidades de modificación de su identidad psicosexual femenina, sea en forma espontánea o mediante tratamiento."

Igualmente este profesional destaca que "El cuadro descrito no es secundario a otra afección psiquiátrica o psicológica" y que "No presenta trastornos psicóticos ni otros que lo limiten en el uso de sus facultades mentales."

Por último, resulta relevante que, según el Dr. Dussel, "La feminización de la corporalidad del paciente, mediante cirugía plástica y otros tratamientos complementarios, no encuentran contraindicaciones en esta evaluación psiquiátrica, y muy probablemente redundará en una situación de mayor armonía y adaptación para el paciente. Ya se han abordado psicoterapéuticamente las implicancias y limitaciones de una corrección quirúrgica de este tipo, y, en caso de superar el paciente los obstáculos legales y materiales para efectivizarla, se continuará con el apoyo posterior."

c) El Dr. Carlos A. Cuello certifica, según instrumento cuya copia obra a fs. 6, reconocido a fs.21, que la peticionante "...cuenta a la inspección de la zona genital con una apariencia femenina..."

d) La Dra. Luisa Avelina Borri, quien compareció a fs. 14 en calidad de testigo de la causa, declara que luego de haber sido atendida por la peticionante en su peluquería "...durante mucho tiempo, muchos años y después del transcurso de un tiempo largo en que yo la tenía encuadrada como mujer por su forma de actuar, de proceder, de comportarse, tomé conocimiento de la transexualidad de Eliana.Por otro lado la actitud de Eliana ante su problema siempre me mostró que ella lo ha manejado ante la sociedad con mucha altura y dignidad."

Otro testimonio de trascendencia para la decisión a adoptar es el de la Lic. Cristina Mariana Straniero, quien nos relata que conoce el caso "...porque yo hice mi tesis de licenciatura a partir del caso de Eli, y a nivel de sexo biológico, nació con genitales masculinos semi atrofiados, pero a nivel de identidad de género, que es lo que personalmente me incumbe presentó una identidad femenina de larga data, yo he hecho un estudio minucioso del caso..."

El Dr. Dussel también prestó testimonio en la causa (fs.17v.) y además de reconocer el informe antes meritado, agregó en su declaración "... que la parte desde hace largo tiempo presenta un anhelo de completar su identidad femenina en los aspectos faltantes como por ejemplo su caracteres sexuales secundarios, por ejemplo sus genitales, y en su identidad legal, para esto se la evaluó hace largo tiempo y se consideró en ese momento que sería beneficiosa una cirugía para la modificación de su aspecto físico en el sentido de la modificación de sus genitales hacia una apariencia femenina."

e) El 7 de abril de 1998 mantuve, junto a la Sra. Fiscal, entrevista personal con la peticionante. Este medio de conocimiento fué relevante, puesto que a través de una conversación amplia y libre he podido verificar, vivencialmente, los aspectos científicos explicados por los profesionales cuyos informes y testimonios han sido meritados, así como sirvió a estos fines a la Sra. Fiscal, tal como ha quedado de resalto en su dictamen de fs.26/31.

5. Contenido de la decisión a adoptar.

Me he detenido en el análisis de la prueba -que proviene de otras áreas del conocimiento- porque si queremos ubicarnos bien ante la realidad de esta persona, frente a ella, no al costado y mirando de reojo, no podemos quedarnos con el mero enfoque jurídico, el que al menos en nuestro ordenamiento jurídico, no contiene previsión específica.

En este sentido ha dicho un prestigioso autor que "Neurosis, sicosis, alteraciones somáticas, enfermedades corpóreas y todo lo que ronda al fenómeno "siquis-soma", "cuerpo-mente", "realidad física-realidad subjetiva-realidad cultural", merece que cuestiones como las suscitadas por la transformación quirúrgica de los transexuales no se despachen sólo a través de la mirada jurídica del juez o del abogado, porque el ojo de éstos puede ser -y es- miope si una serie de auxilios venidos de otros orbes científicos no le proporcionan sus anteojos, a veces hasta de "larga vista."". (Bidart Campos, Germán J., "El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados, comentario a fallo en JA 1990-III, p.103).

El mismo fallo (C.Nac.Civil.Sala E, marzo 31 de 1989, JA 1990-III-p. 97) recibió también la autorizada opinión del Dr. Eduardo Zannoni (Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Bs.As., Ab.Perrot, 1990, nro.4, pág.142) quien destaca que "Más allá de la consideración cromosómica del sexo, que a lo sumo nos muestra la determinación genética natural del sujeto, el análisis exigiría integrar ese dato -trascendente sin duda- con las determinantes psicosociales y conjugando todos los elementos para brindar una respuesta que permita a la persona, en concreto, vivir en plenitud su propio cuerpo, es decir, ser ella misma. Desde luego este es el punto en que debemos acudir a las ciencias positivas: la medicina, la psiquiatría e incluso a una visión antropológica que persuada acerca de la conveniencia, en el caso, de un cuerpo morfológicamente

diverso al que determinó la pura transmisión genética que no se corresponde con lo que la persona es, en una consideración totalizante de lo existencial humano."

6. El caso sometido a decisión a la luz de la ciencia médica.

Los diagnósticos y precisiones que sobre el caso proporcionaron los profesionales que han asistido a la peticionante encuentran correlato en el prestigioso "Tratado de Medicina Sexual" de Kolondny, Masters y Jhonson, en donde se lee que "Los individuos transexuales sienten constantemente una discordancia o incongruencia entre su sexo anatómico y su orientación psicológica, dilema que es descrito en muchos casos como "estar atrapados en un cuerpo erróneo".

Estos autores enfatizan la necesidad de efectuar un correcto diagnóstico diferencial a los efectos de dar adecuada ayuda y tratamiento a estas personas, pre y posquirúrgico, ya que "En ocasiones, algunos pacientes con otras sintomatologías solicitan someterse a una operación de reasignación de sexo, pero una observación meticulosa revela a menudo la inexistencia de una historia consistente y la presencia de otros problemas de personalidad o de adaptación...". Ello resulta relevante, por cuanto un incorrecto diagnóstico puede llevar a consecuencias nefastas: "...se ha calculado que por cada operación que se realiza a un individuo indicado para ella, se llevan a cabo otras 9 operaciones en individuos para los que la intervención no resultaba adecuada".

Los párrafos precedentes no tienen como finalidad sino poner de relieve que el caso de la peticionante se encuentra claramente ubicado en el diagnóstico correcto, conforme fluye de los informes sexológico y psiquiátrico antes analizados en consonancia con el texto de Medicina Sexual seguido. Agregan Kolondny, Masters y Jhonson que "Para tener éxito en el tratamiento de los pacientes transexuales se precisa la participación de un equipo experto de especialistas en las disciplinas médicas, quirúrgicas y de conducta. Ello no significa que siempre se precise o recomiende una intervención quirúrgica; debe utilizarse una valoración individual para determinar qué transexual podrá obtener beneficios de una operación de revisión de sexo..." para evitar cometer errores irreversibles con personas "...que no entran con total evidencia en el modelo transexual clásico".

El caso de autos cuenta con la actuación de los especialistas mentados, y conforme a los informes médicos la peticionante ha mantenido sus deseos de reasignación de sexo con anterioridad a la intervención que se le efectuara en 1995 durante el tiempo requerido, sino y también, sin que la operación la afectara negativamente, con posterioridad y en forma ineludible.

"Una vez finalizada la evaluación inicial del transexual, es aconsejable posponer toda decisión positiva respecto a la cirugía hasta que se haya completado un período de 1 ó 2 años de vida en el rol sexual no genético (8, 42-44)...", señalan los especialistas, agregando respecto del "...período de prueba viviendo, trabajando y vistiendo de acuerdo con el rol del sexo opuesto tiene varios propósitos. En primer lugar, ... proporciona un lapso de tiempo para una valoración más profunda de la capacidad del transexual para hacer frente a la situación y para una valoración de su salud psicológica general. En segundo lugar, si el paciente es incapaz de afrontar las presiones que encuentra en esta fase o si titubea en su convicción respecto al paso que va a dar, puede llegarse a la conclusión de que la intervención no va a serle excesivamente beneficiosa....".

Es de destacar que en el caso, todos estos recaudos han sido debidamente adoptados con un resultado positivo, y con posterioridad a la operación, no ha presentado la actora los agudos problemas aparecidos en otros casos, como señalan los autores seguidos, y consistentes en "...intentos de suicidio, ...graves depresiones ...episodios psicóticos e incluso han acudido en busca de cirugía restauradora tras la operación de cambio de sexo...".

De todos los antecedentes analizados, en especial los informes médicos y psicológicos, en conjunción con la literatura médica seguida, cabe concluir, sin duda alguna, de que la peticionante se encuentra bajo una situación y un diagnóstico en los cuales emplazarla en el sexo femenino -su sexo sentido y así vivido desde larga data- a través de la modificación de su nombre, y las consecuencias que ello conlleva, significaría un esencial avance en su desarrollo personal integral. Señala el Dr. Dussel en su ya meritado testimonio: "...la parte desde hace largo tiempo presenta un anhelo de completar su identidad femenina en los aspectos faltantes como por ejemplo sus caracteres sexuales secundarios, ... y en su identidad legal, ...".

7. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales..

Comenta un autor que en 1982 cinco legislaciones se habían hecho cargo de los problemas médicos y jurídicos derivados del transexualismo: Dinamarca, Italia, Checoslovaquia, Suecia y República Federal de Alemania.

No es del caso analizar en detalle aquellas legislaciones, pero sí resulta pertinente destacar que en todas se habilita el "cambio de sexo", siendo requisitos comunes la intervención quirúrgica previa y una edad mínima que varía -18 a 25 años-; asimismo debe resaltarse la finalidad de la autorización de la Ley Sueca, en cuanto "Exige la autorización del Ministerio de Salud para la intervención quirúrgica destinada a acentuar el parecido con el sexo opuesto de aquella persona,..." (v. Kiper, Claudio Marcelo, Derecho de las minorías ante la

discriminación, Bs.As., Hammurabi, octubre de 1998, pág.396).

En otros países fueron los Tribunales los que reconocieron el derecho a las mutaciones que nos ocupan (Francia, España) y "La Corte Europea de Derechos Humanos (25.3.92) condenó a Francia por no haber accedido al reclamo de un transexual tendiente a la rectificación de su estado. El tribunal, entre otras razones, hizo mención al contraste de la apariencia de la persona con sus datos documentales y, poco después, la Corte de Casación Francesa, ajustándose a lo resuelto por el Tribunal Europeo, se pronunció en favor del interesado aceptando que las constancias de su estado coincidan con su apariencia." (KIPER, C.M. ob.cit.pág.398; Rivera, Julio César, Europa condena a Francia y la Casación cambia su jursiprudencia, ED-151 pág.915).

En nuestro país la intervención quirúrgica no está admitida (Ley 17.132 de ejercicio legal de la medicina); existen dos antecedentes de alguna antigüedad -30.3.65 y 24.9.74- que negaron, respectivamente, la pretensión de cambio de sexo y la autorización para efectuar una intervención quirúrgica.

Más cercanamente la CNCiv., Sala E, en el año 1989, rechazó, por mayoría, una pretensión similar a la que ahora nos ocupa, con la disidencia del Dr. Calatayud (sentencia antes citada y que fuera comentada por los Dres.Bidart Campos y Zannoni).

Durante el año 1997, el Juez de Quilmes accedió a la pretensión del cambio de sexo en un supuesto análogo y la Cámara de San Nicolás, revocó un fallo de primera instancia y autorizó una intervención quirúrgica y rectificación de partida en un supuesto de pseudohermafroditismo, destacando la necesidad de evitar la discriminación, los precedentes europeos y lo dispuesto por el art. 5to. del Pacto de San José de Costa Rica, comentado favorablemente por Cifuentes y Rivera. (Kiper, C.M. ob. cit. pág. 400).

Comentario aparte merece el fallo del Dr. Pedro Hooft, titular del Juzgado Criminal y Correccional de Mar del Plata nro.3 del 6.11.97 y que mereció un encendido comentario del Dr. Carlos Fernández Sessarego (v. J.A. Rev. No. 6.108, de fecha 23.09.98, pág.15 y sgtes.). Resolvió el magistrado una acción de amparo a través de la cual ordenó la anulación de la partida correspondiente a la amparista y la nueva inscripción del nacimiento de la misma persona con nombre femenino, como asimismo las rectificaciones documentales peticionadas con relación al título universitario y secundario, la emisión de un nuevo Documento Nacional de Identidad y autorizó la intervención quirúrgica de la peticionante (se trataba de una persona pseudohermafrodita).

Dijo el Dr.Fernández Sessarego al concluir su comentario del fallo que "...es digno de estudiarse con atención y de tenerse presente como un insoslayable y valioso antecedente para casos análogos, incluyendo, en lo que fuere pertinente, a las situaciones de transexualismo..."

Aunque no cuenta nuestro país con legislación al respecto, comenta Kiper (ob. cit. pág.405) que "El diputado Gustavo A. Green presentó un proyecto de ley tendiente a encarar estos problemas. El mismo prevé para los transexuales la posibilidad de obtener una declaración judicial de que pertenece al sexo opuesto, en tanto sean solteros, sin hijos, mayores de dieciocho años y argentinos, o extranjeros naturalizados con cinco años de residencia, que presenten un certificado expedido por hospital público demostrativo de que han fracasado las terapias intentadas con el objeto de llevarlo al sexo originario. También ...la realización de dos peritajes...(y) la posibilidad de obtener autorización para la intervención quirúrgica, así como la obtención de "documentación que acredite el cambio de nombre y de sexo."

Durante el IV Congreso Nacional y III Congreso Latinoamericano de Derecho Privado para Estudiantes y Jóvenes Graduados se repudió la discriminación y por mayoría se declaró que "Todo ser humano tiene derecho a su identidad sexual como faceta de la identidad personal", y que, "Debe autorizarse la adecuación del sexo en caso de transexualismo y pseudo hermafroditismo que se debe sustanciar a través de un proceso judicial en el que se acredite su existencia....".

Asimismo en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mar del Plata, 1995, se declaró que "Deben autorizarse intervenciones quirúrgicas de adecuación de sexo a los transexuales." y que "Para permitirse la adecuación del sexo en casos de transexualismo, se debe sustanciar un proceso judicial en el que se comprueba su existencia y la conveniencia de la intervención mediante prueba pericial. Es necesario el consentimiento informado del interesado, quien debe ser mayor de edad. Los trámites y las registraciones deben ser privados y reservados." (v. KIPER, ob.cit.,pág.409).

8. Aplicación al caso de autos.

De la prueba colectada, fluye sin duda que la situación bajo juzgamiento se encuentra subsumida en los principios y requisitos que tanto el Derecho extranjero como los precedentes judiciales han ido dibujando para estos casos no específicamente legislados en nuestro país, todo basado en lo que la medicina y la psicología indican desde sus perspectivas, indispensables a la hora de decidir.

En algunos de los precedentes preindicados se partió de la idea consistente en que el sexo no cuenta ni en la Ciencia Médica ni en la Jurídica, con un concepto unívoco "...brindándose distintos conceptos cuantos factores sean los que se estimen como sus componentes, tales como los cromosomas, la composición gonadal, la

hormonal, los órganos sexuales internos, la apariencia genital externa, las características sexuales secundarias, la identidad sexual-social del individuo, y la identidad psicosexual" (voto en disidencia del Dr.Calatayud, Sentencia ya citada de la Cám.Nacional Civil Sala E del 31/03/89)

En este aspecto señala un autor que "De un lado, es posible referirse al sexo desde un punto de vista estático. Biológicamente, salvo rarísimas excepciones, el sexo se identifica por sus caracteres anatómicos y fisiológicos y por su morfología exterior. Es el sexo con que se nace y con el cual el sujeto se inscribe en el correspondiente Registro del Estado Civil. De otro lado, es posible aludir a un sexo dinámico, referido a la personalidad misma de la persona, a su actitud psicosocial, a su modo de comportarse, a sus hábitos y modales. Esta doble vertiente es generalmente coincidente en cada sujeto. Es decir, al sexo biológico, cromosómico y registral corresponde el sexo psicológico-social. No obstante, excepcionalmente se presentan situaciones problemáticas como son los casos de "intersexualidad" y aquellos otros en los que se observa una elocuente disociación entre tales vertientes. Nos referimos, expresamente, al caso del denominado "transexual".

Sobre la base de estos dos enfoques se ha llegado a conclusiones opuestas, considerándose así que el sexo no puede modificarse en bloque, y que de todos los aspectos reseñados el único que es inmodificable es el sexo genético (Cám.Nac.Civil, Sala E, cit.).

Desde la otra óptica, por los argumentos que comparto y expondré seguidamente, se pone de relieve el sexo desde el punto de vista psicológico-social, es decir desde el concepto dinámico del mismo.

Se ha dicho que "...el sexo de una persona no es un fenómeno abstracto, ni resulta de un dato aislado, sino que es un fenómeno integrado con la totalidad de su vida. Dicho de otra manera, el sexo se encuentra "personalizado", inserto en la realidad única, intransferible e irrepetible de un ser humano concreto." (Zavala de González Matilde, Resarcimiento de Daños a la Personas, Bs.As.,Hammurabi, 1994, pág.285).

Pone de relieve la autora en último término citada que la diversidad de problemas éticos, sociales y jurídicos derivados del sexo "...debe partir siempre de una premisa esencial: el respeto de la persona humana" (ídem).

En relación a este respeto de la persona humana cabe volver sobre lo que las ciencias que auxilian al Juez le enseñan sobre estos casos. Es indudable, conforme a las evaluaciones de los médicos que han asistido profesionalmente a la actora, que el transexualismo le viene dado, no lo elige, no le es dable "superarlo" a través de método alguno, y por lo tanto no le es atribuible en tanto elección libre. Es una realidad, es su propia realidad y que en cuanto tal, por formar parte de sí misma, debe ser respetada, reconocida y dignificada.

Dice Bidart Campos que el Juez debe preguntarse a la hora de hacer justicia si "...tiene o no el deber de corregir o subsanar, dentro de las posibilidades al alcance de la ciencia y de la justicia, toda desubicación anómala que descoloca a un ser humano de su situación existencial. ¿Ha de dejar intacto el drama de vida biográfica? ¿Qué es mejor para la sociedad: que un transexual siga "oficialmente" identificado como varón, lleve nombre masculino, y viva como mujer, sin poder reinsertarse vitalmente en su peculiar forma de ser, de existir, de vivir, y de sentirse, cuando él no ha jugado ninguna partida en ese destino que le deparó quién sabe quién?".

8.1-El derecho a la identidad personal.

Los párrafos precedentes llevan de la mano a encuadrar el caso dentro del llamado derecho a la identidad sexual, el que a su vez se inserta en el más amplio derecho a la identidad personal.

Tal como sostiene el Dr.Hooft en su sentencia ya citada "ese derecho a la identidad personal requiere obviamente de la tutela jurídica y jurisdiccional adecuada..." agregando que el mentado derecho a la identidad sexual "...visto desde la Constitución, puede decirse que a partir del reconocimiento de todo ser humano como persona (art.2 Conv. Americana sobre Der. Humanos, con relación al art.75 inc.22 C.M., texto de 1994), surgen los derechos de la personalidad humana entre los cuales el derecho a la identidad sexual ocupa un lugar relevante, considerado como un importante aspecto de la identidad personal, en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto (Germán J.Bidart Campos, "El Derecho a la Identidad Sexual", Ed.104-1024; Fernández Sessarego, op.cit., pág.291)".

No caben confusiones en la cuestión tratada. El transexual -en el caso- es desde una óptica varón y desde otra mujer. Ni la intervención quirúrgica ni los tratamientos psiquiátricos y psicológicos, ni el cambio de su nombre modifican este estado de hechos, pues lo genético es inmutable. Lo que sí se logra es acercar lo más posible a la persona al sexo que siente y en el que quiere estar emplazada. Es ésta la realidad que, desde mi punto de vista, hay que admitir, reconocer y en lo posible consolidar. Y es el derecho a esta identidad personal y sexual el que corresponde reconocer, colocando al ordenamiento jurídico y a sus aplicaciones jurisdiccionales a la par de los avances de las restantes disciplinas que dan apoyo y soluciones concretas a las realidades humanas con que se enfrentan. (Fernández Sessarego, op.cit., pág.273).

"En otros términos, hay un derecho humano "... a elegir quién se quiere ser y cómo se quiere vivir", el cual no puede dejar de tener proyección en materia de identidad sexual, sin perjuicio de que deba armonizarse con

los razonables intereses de los demás." (Fernández Sessarego, op.cit., pág.286).

8.2-El derecho a no ser discriminado.

Tras estos fundamentos la hipótesis de una decisión desestimatoria de las pretensiones de A.D.D. implicaría no sólo la carencia jurisdiccional de no reconocer y respetar su derecho a la identidad sexual, sino y además, dejarla en una situación que necesariamente lleva a que sea socialmente discriminada. Y ello no es un análisis abstracto de la situación sino que fluye de una realidad cotidiana que sin lugar a dudas significa un drama personal de vida que debe atenderse.

En la entrevista personal mantenida con la actora, puso de manifiesto las incontables circunstancias que debe afrontar en su vida diaria, como tener que votar en la mesa masculina, o presentar su carnet de conductor, y no haber sido admitida en tres facultades de distintas universidades, en razón de que, como se ha acreditado en autos, protagoniza socialmente un rol femenino, con todo lo que ello implica, mientras que su prenombre es masculino y así figura en todo registro, documentación, etc.

Dejar desprotegida a la actora en este sentido "...importaría independiente y complementariamente, una ilegítima y manifiesta violación del principio de la no discriminación, sin justificación objetiva y razonable. Dicho principio constituye una ampliación y actualización conforme a una interpretación dinámica del contexto histórico-social, pautas valorativas y explicitación de la idea de la dignidad de la persona humana, respecto del tradicional concepto de igualdad ante la ley. (conf.Germán Bidart Campos, "Manual de la Const.Reformada", T.II, Ed.Eliar, 1997, pág.109), de carácter básico y elemental en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, receptado en nuestro plexo normativo constitucional e infraconstitucional (arts.16, 75 inc.22 y 23 C.N., ..., 2 y 7 DUDH, 2 DADH; 2, 3, 20, 23, 24 Y 26 PTCIP, 1, 2, 3, 17 Y 24 CADH, y ley antidiscriminatoria 23.592)". (Sentencia del Dr.Pedro Hoof, cit.).

9-Aspectos consecuenciales.

Las cuestiones hasta aquí analizadas están relacionadas con el drama personal de la actora, su diagnóstico, la irreversibilidad de su situación -los hechos de la causa- y sus derechos a la identidad personal y sexual y a la no discriminación, -el Derecho- lo que como ha quedado visto merecen el más amplio reconocimiento jurisdiccional.

Del lado opuesto a esta manera de ver las cosas se han esgrimido argumentos atinentes al orden público, a la moral y a las consecuencias que ulteriormente puedan tener conductas de la actora una vez modificado su nombre y, en definitiva su identidad sexual.

Por una parte, entiendo que mal podría denegarse lo pretendido so pretexto de lo que pueda hacer la peticionante tras su nueva situación, creando una suerte de "presunción en contra" de quien ha esgrimido su pretensión con seriedad y dignidad, avalada por la prueba técnica y también "humana" incorporada en autos.

Pero aunque ello no se compartiera aparece con fuerza la opinión de uno de los autores seguidos, quien enfatiza que "El Juez no debe reemplazar con supuestos valores jurídicos, ni con el recurso a la moral pública, o al orden público, aspectos tan íntimos de la vida personal que primariamente incumbe replantear, explicar, razonar, y acaso resolver parcialmente a otros operadores: médicos, teólogos, moralistas, siquiátras, sicólogos, sociólogos, etc. Suplantar toda la serie profesional de intervinientes previos, simultáneos y posteriores con un fallo desencarnado del realismo, de la valoración, y del propio sistema normativo, no es lo más "judiciario" que puede hacer un juez cuando administra justicia. ¿Cuál: la de su ideología, la de valoraciones sociales agresivas o intemperantes? ¿O la del valor justicia en conexidad con los demás valores, con la realidad, con la realidad social, con el problema personalísimo y acuciante del justiciable?." (v. Bidart Campos, JA 1990-III pág.106).

Sin perjuicio de ello sí es necesario que "Por razones de orden público, por necesidad de certeza jurídica, todo cambio de sexo debe ser previamente autorizado por el órgano jurisdiccional del Estado y, consecuentemente, ser inscripto en los registros del estado civil. En este sentido se pronuncia la legislación comparada en la materia.". Pero éste es otro orden público.

Por ello es que comparto plenamente el dictamen de la Sra. Agente Fiscal agregado a fs.26/31 en cuanto señala que admitir la pretensión no implica una alteración del orden público ni atenta contra la moral. Es justo destacar, además, que una simple remisión al fundado dictamen de la Dra. Furlotti habría bastado para dar fundamento a su vez a esta resolución.

Por todos estas razones, entiendo que corresponde acceder a lo solicitado, sobre la base de la normativa y principios jurídicos fundantes de esta resolución los que, por jerarquía, dejan fuera de aplicación toda otra norma o cuerpo de normas particular atinentes al caso.

Por todo ello Resuelvo: 1.Hacer lugar a la pretensión esgrimida por A.D.D. y en consecuencia ordenar la rectificación del Acta de Nacimiento cuya copia obra a fs.41, debiéndose cambiar el actual -A.D.D.G.- por el de E.D.G. y el sexo de la peticionante, mutándose de masculino a femenino. Asimismo, ordenar la emisión de un

nuevo Documento Nacional de Identidad a nombre de A.D.D.G. de sexo femenino. 2. Oficiese a los efectos del cumplimiento de lo ordenado. Notifíquese. - Fdo. Horacio G. Gianella.