

© La Ley S.A. 2004

Voces: CAMBIO DE NOMBRE ~ CAMBIO DE SEXO ~ DERECHO A LA IDENTIDAD ~ DERECHO A LA INTIMIDAD ~ DERECHOS PERSONALISIMOS ~ IDENTIDAD SEXUAL ~ PARTIDA DE NACIMIENTO

Tribunal: Tribunal de Familia Nro. 1 de Quilmes(TFamiliaQuilmes)(Nro1)

Fecha: 30/04/2001

Partes: K., F. B.

Publicado en: Sup.Const 19/10/2001, 2 - LA LEY 2001-F, 217 - Colección de Análisis Jurisprudencial

HECHOS:

Un transexual promovió acción sumaria tendiente a obtener la modificación en la partida de nacimiento de su sexo femenino por el masculino, la rectificación de su nombre y de pila y la expedición de un nuevo documento de identidad.

Durante el proceso se acreditó que el interesado se había sentido y comportado como hombre desde su más temprana edad, que a los 15 años se había extirpado las glándulas mamarias y a los 25 se había sometido a una histerectomía completa con cerramiento vaginal y cirugía plástica peneana que cambió de modo irreversible su sexo morfológico externo. El Tribunal Colegiado de Instancia Unica acogió la demanda.

SUMARIOS:

1. Es procedente la acción sumaria para que se modifique mediante anotación marginal el sexo femenino asentado en la partida de nacimiento de un transexual por el masculino, se rectifique su nombre de pila y se expida nuevo documento de identidad, si su sexo morfológico externo es masculino - extirpación de las glándulas mamarias, histerectomía completa con cerramiento vaginal, cirugía peneana y abundante bello en el rostro- habiéndose sentido y comportado como hombre desde temprana edad, pues deben evitarse potenciales situaciones de discriminación que le impidan insertarse social y laboralmente (del voto del doctor Dalla Via).

JURISPRUDENCIA VINCULADA (*)

VER TAMBIEN

Entre otros: C1a Civ. y Com. San Nicolás, "L.,J. C." -1994/08/11, LLBA, 1994-871- y JCiv. y Com. N° 8, Quilmes, -"N.N.", mayo de 1997, LLBA, 1997-959-.

DOCTRINA VINCULADA (*)

RIVERA, Julio César, "Crónica de un cambio (de sexo) anunciado", LLBA, 1997-957; CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695; MEDINA, Graciela, "Tran-sexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", La Ley, 2000-A, 1024; "Consideraciones

médico-legales sobre un caso de transexualismo!" -Giurisprudenza Italiana, 5ª entrega, mayo 1976, Turin-Italia, p. 176, reseña por D.M.B., La Ley 1986-A, 1129-.

(*) Información a la época del fallo

2. No obstante la procedencia de la acción sumaria para que se modifique el sexo femenino asentado en la partida de nacimiento de un transexual por el masculino, se rectifique que su nombre de pila y se expida nuevo documento de identidad, debe conservarse al antecedente registral que advierte sobre el sexo genético del actor a fin de preservar la verdad biológica y su propia historia - derechos que gozan de protección constitucional-, la institución del matrimonio -ante el requisito legal de la diversidad de sexos- y el interés social en evitar fraudes o abusos a la buena fe (del voto del doctor Dalla Via).

JURISPRUDENCIA VINCULADA (*)

VER TAMBIEN

Entre otros: C1a Civ. y Com. San Nicolás, "L.,J. C." -1994/08/11, LLBA, 1994-871- y JCiv. y Com. N° 8, Quilmes, -"N.N.", mayo de 1997, LLBA, 1997-959-.

DOCTRINA VINCULADA (*)

RIVERA, Julio César, "Crónica de un cambio (de sexo) anunciado", LLBA, 1997-957; CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695; MEDINA, Graciela, "Tran-sexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", La Ley, 2000-A, 1024; "Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo!" -Giurisprudenza Italiana, 5ª entrega, mayo 1976, Turin-Italia, p. 176, reseña por D.M.B., La Ley 1986-A, 1129-.

(*) Información a la época del fallo

3. Toda persona goza del derecho a que se le reconozca socialmente y atribuya una identidad sexual congruente con su realidad personal -en el caso, la de un transexual con sexo genético femenino que se sintió y comportó como varón desde más temprana edad-, ya que ello es parte fundamental del concepto genético de la identidad personal -art. 19, Constitución Nacional, entendida como síntesis o complejo de la personalidad tomada co-mo una totalidad (del voto del doctor Dalla Via).

JURISPRUDENCIA VINCULADA (*)

VER TAMBIEN

Entre otros: C1a Civ. y Com. San Nicolás, "L.,J. C." -1994/08/11, LLBA, 1994-871- y JCiv. y Com. N° 8, Quilmes, -"N.N.", mayo de 1997, LLBA, 1997-959-.

DOCTRINA VINCULADA (*)

RIVERA, Julio César, "Crónica de un cambio (de sexo) anunciado", LLBA, 1997-957; CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695; MEDINA, Graciela,

"Tran-sexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", La Ley, 2000-A, 1024; "Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo!" -Giurisprudenza Italiana, 5ª entrega, mayo 1976, Turin-Italia, p. 176, reseña por D.M.B., La Ley 1986-A, 1129-.

(*) Información a la época del fallo

4. En el marco de un sistema democrático, toda persona tiene derecho a elegir su propio plan de vida sin que la mayoría pueda imponer a la minoría -en el caso, un transexual con sexo genético femenino que se sintió y comportó como varón desde su más temprana edad- la forma en que debe vivir o una idea determinada de moralidad, quedando descartadas las posturas perfeccionistas o paternalistas en canto al principio de autonomía personal (del voto del doctor Dalla Via).

JURISPRUDENCIA VINCULADA (*)

VER TAMBIEN

Entre otros: C1a Civ. y Com. San Nicolás, "L.,J. C." -1994/08/11, LLBA, 1994-871- y JCiv. y Com. N° 8, Quilmes, -"N.N.", mayo de 1997, LLBA, 1997-959-.

DOCTRINA VINCULADA (*)

RIVERA, Julio César, "Crónica de un cambio (de sexo) anunciado", LLBA, 1997-957; CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695; MEDINA, Graciela, "Tran-sexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", La Ley, 2000-A, 1024; "Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo!" -Giurisprudenza Italiana, 5ª entrega, mayo 1976, Turin-Italia, p. 176, reseña por D.M.B., La Ley 1986-A, 1129-.

(*) Información a la época del fallo

5. La identidad de una persona -en el caso, un transexual con sexo genético femenino que se sintió y comportó como varón desde su más temprana edad- debe aprehenderse a partir de una concepción dinámica -esto es, entendiendo que la vida se manifiesta como un proceso- y no desde una noción estática o rígida que considera al sexo como dato registrado (del voto del doctor Dalla Via).

JURISPRUDENCIA VINCULADA (*)

VER TAMBIEN

Entre otros: C1a Civ. y Com. San Nicolás, "L.,J. C." -1994/08/11, LLBA, 1994-871- y JCiv. y Com. N° 8, Quilmes, -"N.N.", mayo de 1997, LLBA, 1997-959-.

DOCTRINA VINCULADA (*)

RIVERA, Julio César, "Crónica de un cambio (de sexo) anunciado", LLBA, 1997-957; CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695; MEDINA, Graciela,

"Tran-sexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", La Ley, 2000-A, 1024; "Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo!" -Giurisprudenza Italiana, 5ª entrega, mayo 1976, Turin-Italia, p. 176, reseña por D.M.B., La Ley 1986-A, 1129-.

(*) Información a la época del fallo

6. La identidad personal es un derecho autónomo comprensivo de otras facultades que hacen a su configuración concreta, tales como el nombre y la imagen, y constituye -junto con la libertad y la vida- el derecho más importante que concierne al ser humano (del voto de la doctora Cernuschi).

JURISPRUDENCIA VINCULADA (*)

VER TAMBIEN

Entre otros: C1a Civ. y Com. San Nicolás, "L.,J. C." -1994/08/11, LLBA, 1994-871- y JCiv. y Com. N° 8, Quilmes, -"N.N.", mayo de 1997, LLBA, 1997-959-.

DOCTRINA VINCULADA (*)

RIVERA, Julio César, "Crónica de un cambio (de sexo) anunciado", LLBA, 1997-957; CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695; MEDINA, Graciela, "Tran-sexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", La Ley, 2000-A, 1024; "Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo!" -Giurisprudenza Italiana, 5ª entrega, mayo 1976, Turin-Italia, p. 176, reseña por D.M.B., La Ley 1986-A, 1129-.

(*) Información a la época del fallo

7. Toda persona -en el caso, un transexual de sexo genético femenino que se sintió y comportó como hombre desde temprana edad- goza del derecho a exteriorizarse en su sexo psíquico y que se le reconozca la facultad de vivir armoniosamente en la sociedad que integra, ya que están involucrados aspectos de privacidad que el individuo tiene derecho a proteger frente a terceros (del voto de la doctora Arroyo).

JURISPRUDENCIA VINCULADA (*)

VER TAMBIEN

Entre otros: C1a Civ. y Com. San Nicolás, "L.,J. C." -1994/08/11, LLBA, 1994-871- y JCiv. y Com. N° 8, Quilmes, -"N.N.", mayo de 1997, LLBA, 1997-959-.

DOCTRINA VINCULADA (*)

RIVERA, Julio César, "Crónica de un cambio (de sexo) anunciado", LLBA, 1997-957; CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695; MEDINA, Graciela, "Tran-sexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", La Ley, 2000-A, 1024; "Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo!" -Giurisprudenza

Italiana, 5ª entrega, mayo 1976, Turin-Italia, p. 176, reseña por D.M.B., La Ley 1986-A, 1129-.

(*) Información a la época del fallo

8. En materia de transexualidad, la identidad sexual psicosocial -es decir, la actitud sexual del sujeto ante sí y los demás, así como la forma en que pretende ser considerado y reconocido por éstos- debe tener primacía sobre el sexo genético o biológico. (Del voto de la doctora Arroyo).

JURISPRUDENCIA VINCULADA (*)

VER TAMBIEN

Entre otros: C1a Civ. y Com. San Nicolás, "L.,J. C." -1994/08/11, LLBA, 1994-871- y JCiv. y Com. N° 8, Quilmes, -"N.N.", mayo de 1997, LLBA, 1997-959-.

DOCTRINA VINCULADA (*)

RIVERA, Julio César, "Crónica de un cambio (de sexo) anunciado", LLBA, 1997-957; CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695; MEDINA, Graciela, "Tran-sexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", La Ley, 2000-A, 1024; "Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo!" -Giurisprudenza Italiana, 5ª entrega, mayo 1976, Turin-Italia, p. 176, reseña por D.M.B., La Ley 1986-A, 1129-.

(*) Información a la época del fallo

TEXTO COMPLETO:

Quilmes, abril 30 de 2001.

El doctor Dalla Via dijo:

Resultando:

a) A fs. 18/29 se presenta F. B. K. con el patrocinio de la abogada L. B. C. promoviendo acción sumaria tendiente a lograr la modificación registral de su sexo femenino por masculino y su nombre de pila, F., por el de "F. ", toda vez que se autodefine como "transexual", es decir, como una persona que siente haber nacido con el sexo equivocado.

b) Relata que desde su más temprana infancia se sentía varón y se comportaba como varón, que realizó tratamientos psicológicos y psiquiátricos y que todos ellos fueron coincidentes en que su salud mental dependía de su adaptación externa a su sentir, cambiando de sexo, toda vez que su morfología externa nada tenía que ver con su sexo psicológico ni con su forma de comportamiento social. Agrega que con grandes esfuerzos logró graduarse de psicólogo en la Universidad Nacional de Rosario con fecha 19 de diciembre de 1994, pero que desde entonces tiene un "hermoso diploma guardado en un placard" (sic), toda vez que no puede exhibir un nombre que no se compadece con su apariencia y conciencia.

c) Agrega que durante el tiempo pensó en realizarse una intervención quirúrgica que le permitiera adaptar su morfología externa a su sexo "sentido"; de modo

que cuando tenía alrededor de quince años se le realizó una extracción de mamas en la Ciudad de Rosario, en tanto que el 16 de enero de 1996, en la Clínica Portales, de Chile, bajo la intervención del cirujano plástico A. S., se realizó una intervención plástica genital, realizándosele una histerectomía completa, cerramiento vaginal y colocación de prótesis; en tanto que el 15 de octubre de 1996 se le realizó una cirugía plástica peneana, implantándosele un pene con la propia piel de su pelvis. Señala en su presentación que esa operación es "irreversible", es decir que luego de practicada no puede volverse atrás, quedando el paciente para el resto de su vida con el sexo morfológico creado en la operación.

d) Al fundar su petición realiza una cantidad de consideraciones de carácter científico, partiendo de la diferencia entre "sexo" y "género" para señalar que el concepto de sexo es siempre biológico en tanto el concepto de género es siempre cultural. Dentro del primero (sexo biológico) ubica las siguientes categorías: 1) sexo cromosómico (46 XX, mujer XY, varón); 2) sexo gonadico (ovarios o testículos); 3) sexo hormonal prenatal; 4) sexo morfológico interno y 5) sexo morfológico externo; agregando que la existencia misma de la transexualidad depende del criterio elegido, de modo que si el criterio es el "morfológico externo" (punto 5), "la transexualidad existe y es posible" (sic), toda vez que los genitales adquieren una apariencia morfológica de hombre o de mujer y en eso estribaría su calificación en una u otra de las categorías sexuales. Señalando, en tal sentido, que a lo largo de la historia humana el sexo biológico se ha definido por la morfología externa. Entre otras consideraciones se refiere al concepto de "identidad de género" y al concepto -complejo- de "identidad sexual" en el que incluye otros cuatro conceptos: 1) "sexo biológico": (cromosómico, morfológico, gonadal -ver "ut supra"-) 2) "identidad genérica": como sensación psicológica de sentirse hombre o mujer" 3) "rol socio sexual": adhesión a los comportamientos y actitudes que la cultura define como correspondiente al varón o mujer. 4) "orientación sexual": disposición afectiva o erótica hacia el propio sexo o hacia el sexo opuesto. Conforme a un dictamen de la Sociedad Chilena de Sexología Antropológica del año 1981, sostiene que el transexualismo es un "fenómeno natural" y que ha existido siempre.

e) En cuanto al cambio de nombre, señala que con la operación para cambiar su sexo morfológico externo dio el primer paso, en tanto que ahora aspira a lograr su "inserción social" siendo lo que se siente: varón; toda vez que en sus documentos figura como F. B., haciéndose llamar F., nombre con el que le conoce, pero como F. no puede conseguir trabajo ni ejercer su profesión de psicólogo. Destaca que se siente discriminado, una suerte de "muerto civil" (sic).

f) Funda jurídicamente su petición en el art. 15 de la ley de nombre de las personas (18.248), en la Ley 23.592, en el Pacto de San José de Costa Rica. Tratados de Derecho Internacional y Convenciones incorporadas a nuestra Constitución por el art. 75 inc. 22, y en la doctrina y jurisprudencia aplicable al

caso. Entre los precedentes cita expresamente y agrega como documental y la sentencia recaída en los autos "M. s/Información sumaria el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 de este Departamento Judicial a cargo del doctor Dreyer, donde se hizo lugar al cambio de sexo y nombre solicitando. Cita también en su favor el voto en disidencia del doctor Calatayud en el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, sala E del 31/3/89, comentado por el profesor Germán Bidart Campos, en precedentes de derecho comparado estadounidense y europeo y en las conclusiones de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil organizadas por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, del 26 de septiembre de 191 y en donde se trató el tema en análisis. Ofreció documental, informativa, testimonial y pericial médica. A fs. 75 solicita prueba testimonial ampliatoria

g) A fs. 30 la jueza de Trámite tuvo a la accionada por presentada y parte, dando intervención al Ministerio Público Fiscal. A fs. 31 la Fiscal de Primera Instancia interviniente no emitió opinión sobre la petición, considerando que previamente debía producirse la prueba solicitada. No obstante, una vez producida la misma, el Ministerio Público Fiscal tampoco emitió dictamen sobre lo solicitado al volver a tomar intervención a fs. 77, 126, 134 y 144, limitándose a cuestiones formales y a pedir que se dicte sentencia.

h) se encuentra agregada al expediente la prueba producida. A fs. 40/44 obran las declaraciones testimoniales. A fs. 37/40 obra informe pericial psicológico. A fs. 50/51 obra informe de la pericia médica y ginecológica producida por la Asesoría Pericial La Plata. A fs. 54/58 obra informe de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario. A fs. 65/67 informe médico forense y médico legal psiquiátrico de la Asesoría Legal La Plata. A fs. 81/98 se encuentra agregada la contestación al exhorto internacional por parte de la Corte Suprema de Chile. A fs. 100/102 obran las declaraciones testimoniales ampliadas. A fs. 128 compareció la causante ante el Tribunal reunido en la sala de audiencia para ser oída.

i) A fs. 76 el juez de Trámites ordenó como medida de mejor proveer que la peticionante denuncie el Nosocomio o Clínica donde se le practicó la mastectomía bilateral de ambas glándulas mamarias. Conforme lo relatado en su presentación de fs. 19, señalando la causante a fs. 103 que fue en el sanatorio "Corrientes" de la Ciudad de Rosario. A fs. 114 la causante devuelve oficios diligenciados poniendo en conocimiento que el mencionado Sanatorio se encuentra cerrado y en concurso preventivo de acreedores y que el cirujano encargado de la referida operación, doctor E. R. T. falleció el 1 de noviembre de 1995, adjuntando el correspondiente certificado de defunción. A fs. 115 el juez de Trámite ordena remitir oficios respectivamente al Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe y al Juez del Concurso Preventivo a los efectos de conseguir la historia clínica sobre la extracción de mamas, oficios que fueron contestados con resultado negativo, con lo que después de ser oído el Ministerio

Público, a fs. 145 se dictó el llamamiento de autos para sentencia.

Considerando: 1) Que a fs. 60 se encuentra agregada la partida de nacimiento de la causante en donde consta su nombre actual y su sexo, como así también está agregada a fs. 137/139 copia certificada del documento de identidad que se expresa en igual sentido. Sin embargo, de todas las pruebas realizadas surge con evidencia, no solamente la operación "irreversible" a que se sometió la causante en Chile para cambiar su sexo morfológico externo por el de hombre, sino también la conducta, comportamiento y trato durante toda su vida, que la han llevado a asumir el género de varón en lo psicológico y en lo cultural.

2) Que la prueba producida en el expediente corrobora ampliamente lo sostenido por la accionante. En las conclusiones de la pericia psicológica (fs. 37/40) se afirma: "...Por todo lo expuesto se considera que la identificación psicosexual de la personal examinada es plenamente masculina, evidenciando una acentuación de los aspectos ligados al ejercicio de la paternidad...La no correspondencia entre su aspecto físico y la documentación, le ocasiona serios inconvenientes a nivel de su inserción social y laboral, con el consiguiente daño psicológico, por la situación de marginalidad a la que se ve sometido..." El informe médico de fs. 50/51 concluye (punto III) "a) Por lo expuesto en el apartado II, se considera que a las características sexuales morfológicas externas de la actora, se corresponden con el sexo masculino..". En tanto que el informe forense de fs. 66/67, a posteriori de los exámenes físicos y psicológicos, concluye que "...estamosf ante un individuo que tanto por sus antecedentes vitales, trasuntados a través de la amnesis, en las distintas etapas evolutivas de su vida, infancia, edad escolar, adolescencia, secundaria y universitaria se ha manejado sociocultural y efectivamente como un varón a punto tal, que no solamente actúa en este sentido sino que se siente y se ha sentido como tal desde las etapas más tempranas de su existencia, lo cual fue reafirmado por las experiencias vividas en la esfera sentimental, afectiva, laboral y social..." agregando el mismo informe de expertos: "...Podemos decir que estamos ante un hecho atípico en la estructura sexual de un individuo, caracterizado por la discordancia entre los sexos cromosómicos y genéticos con respecto al gonadal, morfológico y psicológico, que justamente son los que marcan el devenir histórico de un individuo, tanto en sus relaciones interpersonales, laborales, como en la integración de su propia identidad...": elementos todos ellos que se ven anudados por las declaraciones testimoniales, informes y por la propia impresión personal que pudo formarse el suscripto en la audiencia celebrada con el Tribunal en pleno (fs. 128).

3) Que se encuentra prevista en la legislación vigente la posibilidad de rectificar un "dato, pudiendo hacerse si el mismo es falso como así también en casos de hermafroditismo, si el individuo en su desarrollo presenta el predominio biológico del sexo opuesto al que en apariencia tenía cuando nació; pero la cuestión a dilucidar aquí es la referida a la actualización del dato, es decir que, si siendo correcto el dato al tiempo del registro, puede o no modificarse por el

opuesto, dadas las circunstancias de transexualidad expuestas (sexo psicológico, social y morfología externa opuesta al sexo originario).

4) Que un efecto derivado del principio de autonomía de la persona consagrada en el art. 19 de la Constitución Nacional es la idea que está históricamente condensada en los arts. 4° y 5° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando dicen "la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás" y que John Stuart Mill defendió con fuerza inigualable en párrafos como éstos: "Tan pronto como la humanidad adquirió la capacidad de ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión ...la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en términos de su propio bien y si sólo para la seguridad de otros...Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón "prima facie" para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general...Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés solo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquélla porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente" (Mill, John S., "Utilitarianism. On Liberty, Essay on Bentham, p. 136-137).

5) Que durante el primer período de la transición democrática iniciada en 1983 se hizo un serio esfuerzo para superar las situaciones de discriminación. Además de ratificarse una buena parte de las Convenciones Internacionales contra la discriminación, se sancionó la Ley 23.592 contra todo tipo de discriminación. Dicha norma prohíbe expresamente los actos de impedir, obstruir, restringir, menoscabar arbitrariamente el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política, ideología, opinión gremial, sexo, posición económica o social y caracteres físicos. Tal tendencia recibió un nuevo impulso con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que no solamente concedió jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 de la norma fundamental, sino que además avanzó en la consagración de un concepto de igualdad en el sentido progresivo, que no solamente contemple la mera igualdad formal o igualdad ante la ley, sino que resulta comprensiva de una "igualdad real de oportunidades" (art. 37, 75 incs. 19 6 23, C.N.) que manda al Estado a remover los obstáculos para una efectiva realización de los derechos más allá de su mera enunciación en el texto legal.

6) Que la autorizada opinión de Fernández Sessarego sostiene que en el caso de los transexuales, que encierra un profundo drama humano en el cual el propio cuerpo, su morfología exterior, les impidió vivir de acuerdo con su elección no existe otra alternativa que, agotadas todas las otras posibilidades que brinda la ciencia, ayudarlos a ser como "decidieron ser". Es decir, colaborar con ellos en superar la disociación cuerpo-psyque, favoreciendo sus tendencias naturales, su

irrenunciable vocación a vivir un determinado sexo.

A diferencia de lo homosexuales o los travestis, el transexual es un ser atormentado, que no puede oponerse a una fuerza irresistible, incontrolada, superior a su voluntad ("Derecho a la Identidad Personal", Ed. Astrea p. 342). Por su parte, en la doctrina italiana, autores como Garutti y Micioce sostienen que el sexo no es una realidad biológica sino, fundamentalmente, una opción existencial y que, en consecuencia, el ser humano puede escoger vivir dentro del sexo que más conviene a su íntima convicción existencial y a sus tendencias psicológicas más profundas, anotando que esa "adecuación", en lo que se refiere a la identidad sexual, permite al ser humano superar un estado de angustiada indefinición que sí es perturbador y contrario a su salud, entendida ésta como un estado de bienestar general de la persona (Il diritto alla identità sessuale, en "Rivista de Diritto Civile", 1981-II-280).

7) Que desde es perspectiva liberal amplia que encuentra fundamento en el art. 19 de la Constitución Nacional, dentro del principio de la libertad personal, donde se encuentra encuadrado el derecho que cada persona tiene a que se le reconozca socialmente y se le atribuya una determinada identidad sexual, la misma que corresponde a su verdad personal, a su particular, "manera de ser". La identidad sexual se enmarca dentro de la situación jurídica subjetiva referente a la identidad personal, en cuanto esta última es la síntesis o complejo de lo que significa la personalidad entendida como una totalidad, de manera que la verdad sexual se inserta dentro del más amplio espectro de la verdad personal, se constituye como un importante aspecto del concepto genérico de la identidad personal. Y para citar nuevamente a Sturt Mill, digamos que la democracia es un sistema para elegir a los gobernantes pero no es un sistema para que la mayoría imponga a las minorías cómo éstas deben vivir o para establecer la idea de una determinada moralidad; desde esa perspectiva, quedan descartadas las posturas perfeccionistas o paternalistas en lo referente al principio de autonomía, es decir, la idea de que cada persona pueda elegir sus propios planes de vida. (V. Nino, Carlos S., "Ética y Derechos Humanos", Ed. Paidós, Buenos Aires).

8) Que aun cuando es de lamentar que al momento de juzgar falte en este proceso la opinión del Ministerio Fiscal, a pesar de haberse requerido su dictamen en una causa en donde se encuentra altamente comprometido el orden público (ver resultando "g"), es deber del juzgador considerar todos los aspectos involucrados para dar plena realización al principio de completitud de la sentencia (Morello, Augusto M., "La Sentencia", LEP). En tal sentido debo descartar razonadamente los fundamentos opuestos a conceder el cambio de sexo, basado en consideraciones de orden público. En buena medida tales consideraciones se fundan en la necesidad social de certeza en cuanto a la identidad personal, y a que esto sólo se obtendría si se guardara concordancia entre la realidad y el sexo originario que figura en los registros del estado civil. El distinguido jurista doctor Julio Cesar Rivera ha fundamentado en argumentos

de tal orden su crítica al cambio de sexo otorgado por el titular del Juzgado Civil y Comercial N° 8 de este Departamento Judicial, doctor Dreyer, en el caso "M. s/información sumaria" ("Crónica de un cambio (de sexo) anunciado" en LLBA, 1997-957. No obstante, considero que el procedimiento judicial que conduce a la adecuación de la partida de nacimiento al nuevo estado sexual adquirido por el sujeto otorga la misma certidumbre que emana del registro del estado civil. Entendemos que la importancia de la materia y su impacto social justifican la regulación legislativa, del modo en que lo han hecho países como Suecia, Alemania o Italia; pero hasta tanto ello no suceda los jueces tienen el deber de juzgar (art. 16, Cód. Civil), resolviendo la cuestión sometida a su juzgamiento conforme a derecho, después de una cuidadosa valoración ética y de una adecuada ponderación de los valores en juego, teniendo siempre como norte los principios consagrados en la Constitución Nacional (arts. 28 6°, 31, C.N.).

9) Que sin embargo, cierto es reconocer la existencia de una concepción dinámica en el desarrollo de la personalidad y de la identidad personal, donde la vida se manifiesta como un proceso (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", v. 2, Ed. Hammurabi), por oposición a una concepción estática o rígida de la misma que considera al sexo como un dato registrado (Cifuentes, "Derechos Personalísimos", Ed. Astrea, Bs. As.). En tal sentido, entiendo que la "adecuación" del sexo solicitada no se contraviene con el sexo morfológico externo que tenía el accionante al momento del nacimiento. La partida de nacimiento, por ende, refleja la realidad biológica a su fecha, aún cuando la evolución posterior de la personalidad del sujeto en lo cultural y psicológico y aún en lo morfológico (después de la operación) aconsejan una actualización de su documentación personal para evitar situaciones de discriminación a las que con frecuencia se ve sometido en la actualidad y que no le permiten su inserción social plena ni el ejercicio de su profesión. Pero la preservación de la verdad biológica y de la propia historia son también principios que se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y que este mismo Tribunal ha debido hacer prevalecer en distintos pronunciamientos vinculados con la adopción, filiación, etc. No existiendo en el caso ninguna razón que justifique apartarse de la aplicación de principios constitucionales operativos e imperativos en nuestro ordenamiento.

10) Que en el caso podría indirectamente afectada la institución del matrimonio, toda vez que nuestra legislación impone como requisito de existencia del acto jurídico matrimonial, la diversidad de sexos (art. 172, Cód. Civil), refiriéndose en ese caso al sexo biológico, como señala con claridad la doctrina al definir al matrimonio como una "complementación de sexos en una comunidad espiritual y física que normalmente se prolonga en la procreación" (Belluscio, Augusto César, "Derecho de Familia", t. I, Ed. Depalma), de manera que la procreación y la educación de los hijos son

presentados como los fines esenciales del matrimonio (Zannoni, Eduardo, "Derecho Civil", "Derecho de Familia I", Ed. Astrea, Bs. As.).

Distintas consecuencias son manifestación directa del sexo biológico que el matrimonio civil exige en la legislación argentina: la procreación, la obligación de cumplir con el débito conyugal, la pérdida de la capacidad para concebir o engendrar como agravante en el tipo penal del delito de lesiones, la declaración de inexistencia del matrimonio por la "determinación del sexo posterior al acto que redunde en su identidad con el otro contrayente", así como la presunción de paternidad del marido que deriva del matrimonio (art. 243, Cód. Civil) que también es una derivación del sexo biológico (Ignacio, Graciela C., "Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio", J.A., Febrero 3 de 1999 N° 6127). En opinión de Bossert, la presunción de paternidad descansa sobre dos presupuestos: diversidad de sexo biológico y la obligación de acceso carnal entre esposos (Bossert-Zannoni, "Régimen legal de la filiación y patria potestad. Ley 23.264", Ed. Astrea, Bs. As.)

11) Que en razón de las consideraciones enunciadas en el párrafo precedente y aún cuando desde una perspectiva laboral se hiciera prevalecer la autonomía de la voluntad de los contrayentes por sobre los fines sociales el matrimonio, entendiendo que en definitiva la procreación quedará en los hechos al arbitrio de cada pareja en función de la privacidad familiar: resulta menester proteger el interés social de eventuales fraudes o abusos a la buena fe que pudieran eventualmente producirse derivados de cambios registrales de sexo que no advirtieran sobre la realidad biológica de la persona. Entiendo que tal resguardo se alcanza dando estricto cumplimiento a los principios constitucionales que mandan preservar la verdad biológica y a resguardar la propia historia, mediante la conservación del antecedente registral y sin mengua de otorgar un nuevo documento al transexual a fin de evitar situaciones de discriminación. Tal valoración es la que resulta de la aplicación del principio de razonabilidad (art. 28, C.N.) que manda tener en cuenta las consideraciones de equidad y la adecuada ponderación de los hechos a las normas y de estas a los principios constitucionales (v. Linares, Juan F., "Razonabilidad de las Leyes", Ed. Astrea).

12) Por tales consideraciones, entiendo razonable y ajustado a derecho que la rectificación de la partida de nacimiento se realice por la modalidad de una nota marginal en la partida de nacimiento original y la extensión de un nuevo documento de identidad en el que figure el sexo varón. De modo que quede constancia de la propia historia así como la evolución dinámica de la identidad de la persona que cambia de sexo. Por las mismas consideraciones expuestas "ut supra", entiendo que debe hacerse lugar al cambio de nombre del causante, reemplazando F. por "F. K.", rectificando en este punto la partida en la forma de ley. Voto por la afirmativa.

La doctora Cernuschi dijo:

1. Que en la presentación de la actora F. B. K., con el patrocinio letrado de la

doctora L. B. C., peticiona la modificación registral de su partida de nacimiento y por ende, de su DNI, en lo referente al sexo, "femenino" por "masculino" y su nombre "F.", por "F.", fundando la misma en su condición de "transexual", tal como ofrece probarlo con la pruebas producidas, remitiéndose en la valoración de las mismas a los dichos por el juez preopinante.

2. En la consideración de la problemática planteada en el caso de autos -cambio de nombre y sexo, con todas sus implicancias, motiva al convencimiento del a quo, que al drama humano traído a estos estrados debe responderse con la protección jurisdiccional al individuo que se denomina "transexual", es decir que ha logrado, intervención quirúrgica mediante, adecuar su sexo morfológico y anatómico, con el psíquico, asumiendo voluntariamente los riesgos de aquella y sabiendo que su condición es absolutamente irreversible.

Siguiendo a Carlos Fernández, Sessarego en "Derecho a la Identidad Personal", Ed. Astrea, 1992, p. 14 "in fine": "La identidad personal supone ser uno mismo y no otro, pese a la integridad social. Esta raigal y profunda faceta de la existencia, que es la 'mismidad' del ser. se erige en un primordial interés personal que requiere de protección jurídica, al lado de la misma manera que acontece con otros esenciales intereses personales, tales como la libertad o la vida".

3. El juez preopinante ha hecho un exhaustivo análisis de la prueba producida, a la que no se referirá "brevitatis causa", solo hará una referencia a los dichos del peticionante vertidos en la audiencia celebrada ante el Tribunal en pleno, que dispuso toda duda acerca de su pertenencia sexual. Se presentó con aspecto prolijo, con evidentes rasgos de masculinidad en su físico, en el timbre de su voz, con presencia de vello en la región mentoniana, ratificando con sus dichos lo expresado en su demanda, que asumió su identidad sexual desde la más temprana edad, (a los cinco años usaba guardapolvo de varón, el padre le regalaba equipos de fútbol); (la menstruación la sufría, sumiéndolo en pozos depresivos, que lo reclusión en su casa): (eligió cursar el bachillerato en educación física, para usar "buzos deportivos" que ocultaban sus formas femeninas de adolescente); en la facultad de Psicología logra que su identidad no se ponga de manifiesto públicamente y es nombrado como "K. F.", sin exteriorizar su nombre "F.", manifiesta que se le practicó la extirpación de las mamas, en Rosario, siendo esta la primera intervención mutilante que el peticionante afrontó con todas las consecuencias en una etapa adolescente, no precisó la edad, sí lo manifiesta en la entrevista con la perito psicóloga, a fs. 38 párr. 3 y 4. Lamentablemente la prueba informativa requerida oportunamente por el juez de Trámite a fs. 115, tuvo resultado negativo. Surge de la relación de este hecho puntual una concordancia con lo manifiesto por la perito psicóloga a fs. 39, que nos ilustra "que el medio ambiente familiar aparece como un factor predisponente, sosteniendo y apoyando la consolidación de una identidad 'masculina', no pudiendo arribarse con qué carácter se practicó la misma, existiendo disparidad en la fecha en que se practicó". Ateniéndose a los

dichos de la perito, en el caso "el causante no tuvo elección posible: era ser varón, a riesgo de: 'no ser' (sic), puede considerarse como un 'sujeto transexual', concepto que debe ser claramente diferenciado de la perversión o la psicosis, y concluye que la identificación psicosexual de la persona examinada es plenamente masculina....agregando que la no correspondencia entre su aspecto físico y su documentación, le ocasiona serios inconvenientes a nivel de su inserción social y laboral, con el consiguiente daño psicológico" (sic).

4. Habiendo llegado a la íntima convicción, de que el causante encuadra en la clasificación de "transexual", respondiendo a Oversey y Pearson (1974), citado en la pericia de referencia a fs. 39 vta. -se puede hablar en este caso de transexualismo "primario" ya que el sujeto tiene la impresión de ser portador de una anomalía desde siempre, y por lo general, desde la adolescencia ha pensado en recurrir a una solución quirúrgica en cuanto resultara posible- de hecho lo hizo, extirpación de mamas -ver fs. 95- informe del doctor A. S. V. en respuesta al exhorto librado en autos y fotografías adunadas y reservadas en sobre 1139. Con posterioridad se sometió a tratamiento psicológico y a los 25 años resuelve hacerse la intervención quirúrgica de que da cuenta en autos la abundante prueba agregada y a la que me remito. Obtuvo apoyo económico de su familia par costear la intervención llevada a cabo en la Rep. de Chile, país donde no existen limitaciones civiles para la práctica de la intervención plástica genital, realizándose una histerectomía completa, cerramiento vaginal y colocación de prótesis, con cirugía plástica peneana (ver fs. 50/51 y fotografías reservadas en sobre 1139 de estos autos).

5. Omite referirse al aspecto determinante que distingue al hombre de la mujer, es el llamado sexo genético (que a su vez comprende el cromosómico y cromatínico), que parte de la ciencia médica actual ha considerado necesario complementar, reconociendo la existencia de otros factores tales como la composición gonadal, la hormonal, los órganos sexuales externos, la apariencia genital externa, las características sexuales secundarias, la identidad sexual social y la psicosexual. Así, a la par del sexo genético, se hace referencia al "sexo endócrino, al "morfológico" al "psicológico", al "social" y al "jurídico" (Bueres, "Responsabilidad Civil de los Médicos", p. 347, núm. 813, con cita de Bonnet), por encontrarse exhaustivamente tratado por la ciencia (Ramos Maranhao, Odon, "Manual de Sexología Médica legal", Revista de los Tribunales e Sao Paulo, 1972); "The Encyclopedia Americana-Internacional Edition", vol. XXVII, p. 26; también "The New Enciclopedia Británica", vol. XV, p. 17; ídem, VI. II, p. 900, etc. así como la referencia hecha por el juez preopinante con relación a los fundamentos de la demanda en su relata del punto d).

6. Hechas estas consideraciones, corresponde resolver el sexo que se le reconocerá a la peticionante, el que determinará por lógica consecuencia el nombre que deberá llevar en sus documentos. Visto lo manifestado supra con relación a la situación de la peticionante a su condición probada de "tran-

sexual", corresponde considerar el derecho a la identidad personal, o derecho personalismo, glosando a Carlos Fernández Sessarego, ob. cit., dirá que este derecho ha ido apareciendo en el escenario jurídico en el decurso de la historia y ello sucede debido a la compleja naturaleza del ser humano, nunca totalmente aprehendida por los científicos y pensadores que de ello se ocupan. En el transcurso del tiempo se presentan nuevas situaciones que se anticipan a toda regulación legislativa que las contemple y entonces somos los jueces que en forma directa e inmediatamente debemos resolver los conflictos ante los nuevos derechos que las personas reclaman en ejercicio de su libertad. El a quo sostuvo también este criterio en los autos "J. I. S. s/Autorización", Expte. 3885, tramitado ante este Tribunal, al referirse en su voto y citando a Morello, Augusto, "un nuevo modelo de justicia", LA LEY, 1986-C, 800), en el que expresa: "importa de parte del juez salir del rol pasivo tradicional de árbitro para adoptar la actitud del "entrenador" que "algunas veces por su consejos, mientras por su decisiones, se esfuerza en concurrir a la victoria colectiva".

7. En el caso de autos debemos resolver la asignación del "sexo", que peticona la accionante, "feme nino por masculino", a la luz de las pruebas a las que se hizo referencia y a la consideraciones expuestas, agregando que el derecho a la identidad personal, junto con los derechos a la libertad y a la vida, constituye la trilogía más importante en lo que concierne al ser humano. Es un derecho autónomo que comprende a otros derechos que contribuyen a configurarla, como es el caso el nombre a la imagen. El sexo es "un dato integral de la personalidad, determinado por un conjunto de factores de los cuales debe facilitarse o buscarse su equilibrio", Patti, Salvatore, "Identità sessuale e tutela della persona", en Nuove Legi Civili Commentate, 1986-351, citado por Carlos Fernández Sessarego n J. A., 3-11-99-6166, "Apuntes sobre derecho a la Identidad sexual". La identidad sexual representa un importante aspecto de la identidad personal, en l medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. El sexo se erige, así, en uno de los aspectos primarios de la identidad personal. Sin abundar en la profusa literatura respecto a este tema, en el caso de autos estamos en el profundo problema de la que habiendo nacido "mujer", vive y siente como "varón", afrontando un problema existencia que el derecho no puede soslayar. Dado que la peticionante recurrió a una solución quirúrgica practicada en un país extranjero, para adecuar su sexo, hecho resuelto en ejercicio de su derecho, que es irreversible.

No se desconoce que el problema de la "transe-xualidad", no resuelto por la ciencia médica ni genética a pesar de los avances científicos al respecto, ha procurado soluciones adecuando la apariencia genital exterior con la solución quirúrgica, lo que no significa un cambio el sexo biológico, ya que el cromosómico se mantiene inalterable, por lo que desde la perspectiva jurídica el debate médico se reitera. hay juristas que comparten la posición científica que el sexo es uno, arriban a la conclusión que no puede admitirse una adecuación

sexual. En contraposición se encuentra la corriente que, fundándose en argumentos existenciales y constitucionales, la consideran no sólo viable sino necesaria para contemplar la salud del transexual permitiendo así el desarrollo libre e integral de su personalidad.

Comparte esta última, la vertiente doctrinaria que acepta el sexo dinámico o psicosocial sobre el sexo estático o cromosómico.

8. Sin perjuicio de sustentar la posición personal en cuanto a la adecuación sexual a través de una intervención quirúrgica, la legislación y la jurisprudencia extranjera se han abocado a solucionar este grave problema humano, desde lo legal, cito al respecto Suecia, que desde 1972 permite la adecuación del sexo, Alemania desde 1980, e Italia, ley 164 sobre "Rectificación de la atribución el sexo" 1982, más reciente en otros países como Holanda y Turquía, EE.UU., de acuerdo a su régimen federal, tiene soluciones administrativas, que permiten inscribir registralmente una adecuación de sexo como resultado de una intervención quirúrgica (Illinois), como en otros Estado, Arizona, Lousiana, California, New York, entre otros. En este último, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido evolucionando en el sentido de llegar a admitir que el sexo puede ser determinado por otros factores que no sea el cromosómico. Cita el doctor Calatayud, en su voto en disidencia en el fallo de la CNCiv., sala E, marzo 31-1989. -P., F.N, en E.D. (t. 135) p. 494 y sigtes., que el primer caso que se registró en el país del norte, en el año 1966 ("Aonymous vs. Weiner"), el mencionado tribunal denegó el pedido de cambio de sexo, fundando su decisión en que antes que el deseo del individuo de modificar su sexo legalmente, debía prevalecer el interés de la sociedad ante la posibilidad de fraude. Dicho criterio fue mantenido, hasta que en 1977 y en el caso "Anonymous vs. Mellon", el Tribunal reconoció que el sexo e los individuos podía estar determinado por otros factores, aparte del cromosómico, si bien denegó la pretensión por considerarla abstracta, toda vez que la operación de cambio de sexo no había aún ocurrido. Otros precedentes jurisprudenciales emanados de tribunales estadounidenses, criticando la primitiva postura de la suprema corte de Nueva York, decidieron que debía acordarse primacía a los factores anatómicos y psicológicos, siempre que fueran armónicos. La Corte Europea de Derechos Humanos, el 25 de marzo de 1992, en la causa "B...c. France", promovida por un transexual, a quien la Corte de Casación francesa, había denegado su pedido de rectificación del acta de nacimiento en cuanto a la mención del sexo, imponiendo a Francia una condena por daño moral y las costas legales por encontrar incompatible la resolución de la corte de Casación con el respeto a la vida privada. Este pronunciamiento de la Corte Europea motivó el cambio del jurisprudencia de la Corte de Casación francesa. La Corte Europea se limita a constatar el daño causado a la privacidad y, por ende, impone el pago e una indemnización, abriendo un nuevo capítulo, en el cuál el Estado deberá buscar salidas para los transexuales de modo de evitar nuevas condenas y podrá hacerlo por la vía judicial o por la vía legislativa. -Más

recientemente, en España, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 7, de la ciudad de Lleida. Catalunya en un Fallo del 21 de Setiembre de 1999, se pronuncia no sólo reconociendo el cambio de sexo con la consiguiente rectificación de partida del registro civil, en lo referente a "sexo" y "nombre", sino que dispone "...sin más limitaciones en su capacidad que las impuestas por la ley', publicado en Internet, y también en nuestro país, con relación a los derechos personalísimos y a la identidad sexual, se ha pronunciado la Cámara Civil de San Nicolás (C1a CC San Nicolás, agosto 11-994, L., J. C.), LLBA, 1994-871 y el Juz. Civ. y Com N°8, Quilmes, mayo s/f-997 N.N.) LLBA, 1997-959, con nota de Julio César Rivera, haciendo lugar al cambio de sexo y nombre.

9. La ponderación del caso de autos, motiva el convencimiento de que corresponda atender la petición de definir la identidad de la peticionante. En primer lugar la identidad sexual para que la asignación documental se asocie con el sexo psicológico social en el ámbito de los derechos de la persona, a un aspecto indudablemente tutelable, (Fernández Sessarego, ob. cit., a partir de la p. 287; Bidart Campos, "Notas de actualidad constitucional", en ED, 104-1010, apart. XV).

Si al momento de decidir estos actuados, se carece de una legislación específica en nuestro país, se halla en juego que tiene derecho a reclamar el justiciable, no cumpliendo ej silencio como pretexto (art. 15 y 16, C.C.). Asimismo los principios fundamentales consagrados en nuestra C.N. (arts. 19; 28 y 31 con la incorporación en la reforma de 1994 del 145. 75 inc. 22 y ley 23.054, que en art. 5° apat. 1. contempla el derecho de la persona a que se respete "su integridad física, psíquica y moral".

Pesa, por fin, en modo concluyente, la firme decisión de la solicitante, producto de una libre elección que busca apuntalar su definición, para sí y en las relaciones con los demás.

10. Por las consideraciones expuestas precedentemente, las citas jurisprudenciales nacionales y extranjeras, la doctrina, y la íntima convicción de que el derecho protege al ser humano, que es el centro de su preocupación, su objetivo y su razón de ser, que ha sido creado como un producto cultural que el derecho tutela, dentro del bien común, la vida, la libertad, la salud, la integridad psicosomática y el honor de la persona humana, en tal sentido estima correspondiente asignar a la peticionante el cambio de sexo "femenino por masculino" y como corolario reconocer el cambio de nombre "F." por "F.", suprimiendo el de "B."

Conforme con lo aquí resuelto por el a quo, corresponde la rectificación de la partida de nacimiento y DNI de la causante, debiendo constar que el sexo es "masculino" y el nombre "F.", llamándose "F. K.". Las consideraciones sobre su capacidad por el reconocimiento de la identidad aquí reconocida., devienen abstractas, toda vez que le incumben las impuestas por la ley (arts. 19 y 33, C.N.; arts. 28, 2° y conc., Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre; art. 29 Declaración Universal de los Derechos Humanos; 16, 80 y 86 y conc., C.C.; arts. 15 y conc. de la ley 18,248 y arts. 374, 474, 475 y concs. CPCC).

11. Por tales consideraciones y sin perjuicio de practicarse la rectificación señalada, en resguardo de los intereses de terceros con relación a la identidad de la peticionante en su inscripción original, y en cumplimiento del art. 15 de la ley 18.248, previo a la inscripción de la rectificación ordenada, se publicarán edictos en el Boletín Oficial y en dos diarios, uno de la localidad de la ciudad de Rosario, donde se desarrolló la mayor parte de la vida de la misma, una vez por mes, en el lapso de dos meses en el que se notificará que "F. B. K" y "F.", son una misma y única persona. Voto por la afirmativa.

La doctora Arroyo dijo:

I) Considero pertinente señalar en primer término, conforme Meli Alzate, "Sexualidad Humana", p. 58 y sigtes. que no existe hoy en la ciencia moderna una definición unívoca de lo que debe entenderse por "sexo", razón por la cual coexisten en la actualidad diversas acepciones en relación a distintos factores que se consideran componentes o integrantes del mismo. Resulta innecesario en el caso la mención de todos ellos, visto las exhaustivas referencias consignadas en los votos precedentes.

No obstante, creo conveniente reiterar, que en la acepción de "sexo", cabe distinguir una doble vertiente; así, de un lado, es posible referirse al sexo desde un punto de vista estático, que comprende entre otros el biológico-cromosómico y el registral, que son aquéllos con los cuales se nace y con el cual el sujeto es inscripto en el correspondiente registro del estado civil conforme la simple observación de su estructura genital externa; mientras que, de otro lado, es posible aludir a un sexo dinámico (sexo psíquico - sexo social), referido a la personalidad misma el sujeto, a su actitud psico-social, al modo de comportarse y a sus hábitos y modales en general (J. Money y A. Eberhardt -Desarrollo de la sexualidad humana). Si bien por lo general, ambas vertientes coinciden, es dable señalar que no se da esta confluencia en el caso el transexual.

Santos Cifuentes ("Derechos Personalísimos", Ed. Astrea 1995, y "Soluciones para el pseudohermafroditismo y la transexualidad...", JA, 5937 - 14-6-95, p. 36 y sigtes.) destaca que el sexo psicossocial es uno de los elementos del sexo, por lo que al parecer como irreversible, es tan importante para la vida de la persona como la vida misma, porque es el alma de la persona que manda sobre el cuerpo, por lo que tal elemento resulta ser determinante y preponderante, mientras que, por su parte, Ravinovich Benkman y Ricardo David en "Transexualidad - Una aproximación jurídico integrativa", Ed. Dumken, Bs. As., 1996, p. 14, señalan que el sexo psíquico y del crianza, es la actitud del sujeto ante sí y ante los demás, como se ve, como se siente y se percibe el individuo, y como es considerado y reconocido por los otros con quienes convive. Coincidentemente con las opiniones vertidas, considero que debe ser el sexo psico-social (dinámico) el que debe predominar sobre el sexo biológico

(estático) en la transexualidad.

II) El avance científico en materia de técnica quirúrgica, si bien no lleva a un cambio de sexo biológico total y funcional, permite hoy modificar la apariencia sexual por lo que el transexual, a posteriori de la operación tiene un cuerpo morfológicamente diverso al que determina la pura transmisión genética, que ya no se corresponde con lo que la persona es, es decir que obtiene por esta vía de carácter irreversible, transformando, sustancialmente, su originaria asignación sexual y arribando a la opuesta a ella, mediante una adecuación externa compatible con su sexo psicosocial actual.

Debe tenerse en cuenta que, conforme Romi, Juan Carlos, "Vicisitudes del proceso de sexuación. Importancia médico-legal", en Rev. de Psiquiatría Forense, Sexología y Praxis, año4, vol. 2, N° 2, la reasignación sexual es un acto rehabilitatorio paliativo, pero no curativo y conlleva siempre una indicación psiquiátrico-psicológica previa, luego hormonal y por último quirúrgica.

III) El transexualismo - conforme informe Jéol de la Academia de Medicina Francesa (citado por Rivera, Julio C. en comentario a fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos en ED, t. 100-93) -se caracteriza por el sentimiento profundo e inquebrantable de pertenecer al sexo opuesto a aquel que es genéticas, anatómica y jurídicamente el suyo. El transexual se siente víctima de un error insoportable de la naturaleza, cuya rectificación física y jurídica reclama para arribar a una coherencia de su psiquismo y de su cuerpo y obtener una reinscripción social en le sexo opuesto. En igual sentido Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, Bs. As., 1992, dice que la transexualidad implica un hondo problema existencial que comprende por entero al ser de la persona, por lo que no es ni un simple capricho ni una tendencia".

IV) En la actualidad se considera que el sexo obedece a una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales que impiden, cuando existen discordancias entre ellos, una categorización homogénea, por ello, para brindar una respuesta que permita a la persona, en concreto, vivir en plenitud su propio cuerpo, es decir, ser ella misma, deberán conjugarse todos estos elementos en su análisis.

Sin embargo, la ciencia médica no descarga la influencia de factores biológicos en la determinación del sexo psico-social. Así, en la mesa redonda que sobre "El Transexual se llevará a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en agosto 1993, señaló uno d sus relatores oficiales, el doctor Gustavo Bossert la investigación científica llevada a cabo tanto en Australia como en EE.UU. respecto del proceso biológico que influye en la determinación del transexual, como así también en la identificación de un segmento del ácido desoxirribonucleico (ADN) que determina la existencia de diferencias en algunos de los genes que aparecen en los transexuales, con lo cual, de ser esto así, podría resultar el elemento psiquiátrico el transexual de

una discordancia entre elementos físicos incidiendo de este modo también factores genéticos en su determinación sexual diferente a la asignada cromosómica y cromatínicamente. Se investiga también la posible incidencia de una impregnación hormonal del cerebro en el transcurso de la vida intrauterina (ver Millot, Catherine, "Exsexo, Ensayo sobre el transexualismo", Ed. Catálogos, Paradisco. Point Hors Ligne., Bs. As. , 1984, p. 20), como asimismo sobre la presencia de células del hipotálamo que determinarían la conducta o comportamiento social del sujeto dándole una preferencia erótica distinta a la cromosómica. (Fernández Sessarrego, Carlos, ob. cit., p. 303), se considera además la posibilidad de un error biológico que determine la dicotomía entre la identidad genética y la psicosocial (ver Zella Luria, "Determinaciones psicosociales de la identidad genérica, del rol y la orientación", en estudio compilado por Herant A. Katchadourian, Fondo de Cultura Económica; México, p. 216).

V) Como características propias del transexualismo, tanto en la bibliografía científica en general cuanto en el OSM - IV (Digesto mundial de la salud-Manual de Diagnóstico, estadística y clasificación de los trastornos mentales, como así también en el CIE 10-(Clasificación Internacional de Enfermedades e la Organización Mundial de la Salud) en los cuales se lo define como un trastorno de la identidad sexual, se señala la presencia de cuatro componentes, a saber; 1°) identificación de un modo intenso y persistente con el otro sexo. 2°) malestar permanente por el sexo asignado o sentido de inadecuación en el papel de su sexo. 3°) ausencia de padecimiento de un trastorno físico de los llamados estados intersexuales. 4°) pruebas de malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes del individuo, Va de suyo que estos criterios de diagnósticos cobran relevancia en ausencia total de alteraciones de tipo psicótico en el transexual, conforme con las normas establecidas en la Clínica de Identidad de Género del John Hopkins Hospital y del Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association.

VI) Del análisis de los elementos probatorios allegados a la causa, en especial de la pericial psicológica de fs. 37/40, surge que K. presenta un trastorno de identidad sexual definido como transexualismo, y que no tuvo elección posible, en su caso era "ser varón" a riesgo de "no ser", como así también que k. Presenta un transexualismo primario, ya que ha empezado desde la más temprana infancia y se ha mantenido sin cambios, variaciones ni concesiones a su sexo biológico y de asignación originaria, hasta el momento en que el paciente se presenta con vistas a una reasignación hormono quirúrgica de su sexo (ver Chilland, Colette. "Cambiar de Sexo", Biblioteca Nueva, Madrid, 1999). Se observa en K. un proceso de maduración psico-social de características muy especiales, en un lapso de tiempo importante que llega a su más temprana edad y que logra su plenitud en su adultez, no como un acto de libre disposición de su propio organismo, sino como la necesidad imperiosa e impostergable de poner fin a la discordancia existente entre su sexo genético y

su sexo psico-social. No es homosexual, ni bisexual, ni un travesti, no es perverso ni psicótico, es un transexual al que se le sugirió una cirugía de readaptación. Psiquiátricamente libre de toda patología, no tiene otra solución que la reasignación genética con su consecuente corrección social y legal. En la pericial médico-ginecológica de fs. 50/51 consta que las características sexuales morfológicas externas se corresponden con el sexo masculino, mientras que del informe médico-legal-psiquiátrico de fs. 65/66 surge la inexistencia de patología mental y la presencia de algunos conflictos motivados por la discordancia entre su aspecto exterior y su documentación.

Esto último indica que corresponde analizar no sólo las condiciones psico-físicas y las naturaleza sexual de K. , sino también las dificultades que debe enfrentar en su vida cotidiana, tales como la limitación de aspiraciones laborales, en el caso la imposibilidad de ejercer su licenciatura en psicología, al no poder completar una definición coherente con su sexo vivencial o de autoidentificación, con más la discordancia y su documentación que afecta el deber cívico de sufragio, la posibilidad de transitar libremente tanto en el ámbito de la República Argentina cuanto en el exterior, la efectivización de operaciones bancarias, etc., como quien se siente y además quien parece, dadas su indumentaria y actitud decididamente masculinas, todo lo cual implica un creciente conflicto en sus ámbitos de relación personal y profesional.

De la entrevista personal ante el Tribunal, debo referir, a más de lo consignado en el punto 3 del voto de la doctora Cernuschi, que, en mi impresión personal, de la apariencia totalmente varonil de k., de sus rasgos, gestos, voz, etc., no resultó posible detectar la presencia de una persona que hubiera tenido previamente sexo biológico femenino, salvo, claro está, por el conocimiento de las circunstancias que surgen de la presente causa.

VII) En punto al enfoque jurídico a dar a la problemática planteada, que supone un lado, una abordaje cuidadoso y multifacético (Ramacci, Fabrizio, "Aspetti medico-legali del transessualismo" y Stanzione, V. "Problemi giuridici del transessualismo", ambos citados por Millot, ob. cit. p. 316 y sgtes.) (ver también Psiquiatría Forense Sexología Praxis 10: Transexualismo: Aspectos éticos, legales y religiosos", [www. Legislaw.com](http://www.Legislaw.com)); y, por lado una toma de posición desde diversos ámbitos que permitan una visión no unilateral ni parcializada, atento las complejas y delicadas cuestiones que suscita (Zannoni comentario a fallo de la CNCiv., sala E, marzo 31-1989 "El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica", Rev. Dcho. de Flia., Ed. Abeledo-Perrot año 1990, p. 142), considera Pliner que debe otorgarse al transexual la debida protección jurisdiccional, ya que, frente al orden y seguridad que inspira la regla de la inmutabilidad de la identidad sexual genética, pueden hallarse otros no menos atendibles, que responden a intereses particulares, pero tan dignos de consideración que merecen la tutela del orden jurídico (Pliner, Adolfo, "El nombre de las personas", Ed. Astrea, Bs. As. 1989, p. 281).

En consecuencia, el reconocimiento hacia la debida integración del individuo

compatibilizando la asignación sexual documental con el sexo psicológico-social debe importar al orden jurídico como un valor social tutelable.

Al respecto, dice Germán J. Bidart Campos ("El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados", JA, 1990-111-107 citando a Julián Marías que, si no es posible encauzar la cuestión dentro de los patrones del propio sexo biológico, si el cuerpo no se compadece con lo que la persona definitivamente "es", si no puede vivir en plenitud su propio cuerpo y desde su propio cuerpo; la persona tiene derecho a exteriorizarse en el sexo psíquico y a que se reconozca ese derecho para que pueda vivir "armoniosamente en el todo social de que forma parte", ya que en este tema se encuentran involucrados aspectos de la privacidad que la persona tiene derecho a proteger frente a la sociedad que integra. Afirma 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, razonar y acaso resolver parcialmente a otros operadores científicos.

VIII) En la vida del Derecho, las soluciones deben contemplar la realidad social y he aquí que nos encontramos frente a una realidad que debe encauzarse, en procura de conformar nuevos parámetros dentro del estado de derecho, que, sin descuidar nuestros valores, permiten contemplar acabadamente el reclamo social resultante.

Incumbe al Derecho, que es esencialmente dinámico, garantizar el pleno y digno desarrollo del hombre en libertad y como ser social, ya que es en este plano donde adquiere verdadera prevalencia la identidad psíquica de un individuo, por ser ésta determinante de su conducta y sentimientos, teniendo presente una visión integral del ser humano en pleno ejercicio de los derechos personales involucrados en su solicitud de protección jurídica.

Así, es menester señalar que el derecho a la identidad es un derecho subjetivo personalísimo, lo que implica reconocer que sobre él tiene el sujeto verdaderas facultades, ya que identidad es todo lo que la persona arma o crea socioculturalmente a través del tiempo, por lo que implica la posibilidad de que cada persona sea reconocida como un sujeto diferente a los demás, preservando las facultades que el individuo tiene sobre su proyección externa y constituye la asimilación de la verdad personal del individuo en cuestión, por lo que todo aquello que pretenda obligar a mostrar al mundo exterior una realidad distinta de la verdadera, configura una vulneración del derecho de identidad (conf. Santos Cifuentes, Conferencia en mesa redonda UBA 16-4-96, Departamento de Derecho Privado).

Por otra parte, señala Fernández Sessarego, C. ob. cit., la existencia de un derecho a la identidad personal, más amplio, comprensivo, rico, hondo y raigal que la mera "identificación", término que suele aludir a los elementos estáticos que permiten individualizar una persona en sociedad, por lo que el derecho a la identidad sexual debe ser incluido dentro de los derechos subjetivos personalísimos, dignos de tutela jurídica.

Va de suyo que el derecho a la identidad sexual se encuentra enraizado en el derecho a la intimidad protegido en el art. 19 de la CN, como así también su derecho de ser libre. Dice al respecto el citado autor: "El Derecho tiene como función fundamental proteger la libertad en que cada hombre consiste, para que pueda realizarse reconociéndosele su dimensión coexistencial. El Derecho existente porque el hombre es libre de cumplir o no con sus deberes jurídicos. Si el ser humano no fuera libre, el derecho carecería de sentido, pero el Derecho existe también para que el hombre no deje de ser libre.

IX) En el derecho comparado es dable observar una amplia recepción a lo aquí solicitado, e inclusive en nuestro país, se advierte un progresivo cambio tanto doctrinario cuanto jurisprudencial respecto de los precedentes desfavorables el pasado.

La Corte Europea de Derechos Humanos al fallar contra la resolución a la que arribara el Tribunal de Casación de Francia consideró que el fallo en cuestión "se negaba a reconocer la verdadera identidad sexual de la persona, con lo que la colocaba "cotidianamente" en una situación incompatible con el respeto a su vida privada. Debe destacarse aquí, que otros tribunales franceses, sin embargo, habían considerado con anterioridad que el no reconocimiento al cambio de sexo importaba una lesión al derecho a la intimidad, por configurar una violación al debido respeto de la vida privada y familiar, traduciéndose en un tratamiento jurídico inhumano y degradante al no tomar en cuenta que el transexual se encuentra cotidianamente emplazado en una situación global incompatible con su derecho así violado, y con ruptura del serio equilibrio a cuidar entre el interés general y los intereses particulares del individuo en cuestión (TGI - Aix en Provence, 6-3-91, Périguez, 10-9-90 y Comar, 15-5-91, todos ellos citados por Julio César Rivea en Comentario ut-supra citado). Asimismo se observa recepción legislativa de la temática en cuestión, las que fueron reseñadas en el punto 8) del voto que me precede y a las cuales "brevitatis causae" me remito.

X) Finalmente, debo destacar que si bien no existe en nuestro país una legislación específica sobre la materia, las disposiciones contenidas en los arts. 19, 28, 31, y 33 de nuestra Carta magna, Preámbulo, arts. I, II, V y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 11 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todo ellos tratados internacionales que han adquirido raigambre constitucional por su inclusión en el art. 75 inc. 22 de la CN, como integrantes del capítulo de derechos y garantías por ella consagrados, con más lo dispuesto en los arts. 11, 12, 26 y 56 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 16, 9, 80, 86 y concc. el C.C., arts 15 y concc. de la ley 18.248, arts. 27, 66, 67 y concc. dec. ley 8204/63, art. 5° ap. 1 de la ley 23.054 y los postulados de la ley 23.592 contra la discriminación, configuran un plexo normativo asaz suficiente para la resolución del caso traído

en autos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice en sus considerandos que "las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad".

La Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas - diciembre de 1948) privilegio al humano como un ser único e irrepetible, que conforma un universo de vida, con manifestaciones que posibilitan el desarrollo de una sociedad abierta en crecimiento, permitiendo de este modo el descubrimiento de nuevos caminos a seguir. Creo, coincidentemente con la opinión vertida por el doctor Manassero en causa n° 1089 de la Departamental Bahía Blanca, la que comparto totalmente, que contribuye positivamente al crecimiento espiritual del hombre, y consecuentemente a la evolución de la moral social, el respeto a la diferencia, la tolerancia a quienes podríamos considerar distintos, ya que en esto reside, en última instancia el respeto a la dignidad que conlleva la condición humana, el respeto a la libertad y a la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida,

Frente a la vigencia plena de estos derechos (identidad, intimidad, libertad), no encuentro en el reconocimiento legal de la identidad masculina peticionada por K. perjuicio o daño a terceros, como así tampoco veo afectada la moral social ni el orden público. Por el contrario, considero que el mantener la actual dicotomía, importaría, según mi parecer aquí expresado, la violación de los postulados de nuestra Carta Magna y de los tratados internacionales a ella incorporados en el art. 75 inc. 22 y leyes citadas.

XI) Por todo lo expuesto es mi íntima convicción que debe garantizársele y reconocérsele al reclamante su derecho a vivir con integridad su identidad personal, incluida la sexual, protegiendo su derecho a la intimidad y a su libertad personal, debiendo entenderse la presente causa no como un simple cambio de nombre por cambio de sexo, sino como una reasignación de sexo y consecuente cambio de nombre, por lo que entiendo corresponde hacer lugar a la demanda, ordenando el cambio de sexo femenino asentado en la partida de nacimiento de la demandante, por masculina; la supresión de su segundo nombre de pila B., y la modificación de su primer nombre F. por "F.", llamándose en el futuro F. K., entendiendo que toda rectificación correrá por nota marginal, debiendo expedirse documento de identidad en el que consten las modificaciones ordenadas, previa publicación de los edictos mencionados en el punto 11) del voto precedente y en la forma y tiempo allí indicados.

Por los fundamentos y citas legales aquí expuestos y los que sustentan los votos precedente, a los que adhiero expresamente. Voto por la afirmativa. Atento como ha quedado resuelta la cuestión planteada el tribunal resuelve: 1) Hacer lugar a la demanda interpuesta por F. B. K. que cambió de nombre y sexo,

ordenando en consecuencia la rectificación del sexo femenino asentado en la partida de nacimiento de la demandante por masculino, como así también la supresión de su segundo nombre de pila B. y la subsiguiente modificación de su primer nombre F. por "F.", llamándose de aquí en más F. K.

II) Ordenar en consecuencia la rectificación de la partida de nacimiento de la solicitante, de conformidad con lo aquí resuelto, entendiéndose que la misma deberá correr por nota marginal con relación l acta de fecha... de... de... N°... expedida en Villa Angela, Partido Mayor Luis Jorge Fontana, Provincia del Chaco, a cuyo fin se libraré oportunamente oficio ley 22.172 al Registro Civil correspondiente; debiendo emitirse nuevo Documento de Identidad en el que consten las rectificaciones ordenadas. Previo a la inscripción aquí ordenada deberán publicarse edictos en el Boletín Oficial y en dos diarios, uno de la localidad del domicilio actual de la peticionante -Quilmes- y otro de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, una vez por mes, durante el lapso de dos meses en los que se hará constar que "F. B. K." y "F.K.", son una misma y única persona (art. 15, ley 18.248). III) Imponer las costas del presente a la parte solicitante (art. 68 y sigtes. y cctes., CPCC). - Alberto R. Dalla Via. - Elsa Cernuschi. - Marta A. Arroyo.

© La Ley S.A. 2004