495/2011

Comodoro Rivadavia,  de octubre de 2011.-

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

Estos autos caratulados: **"C. C. A. s/ ACCION DE AMPARO"** Expte. Nro. 495/11 venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la Circunscripción Judicial de Sarmiento (Expte. Nro. 79/11).

**I.-** Llegan a conocimiento de esta Sala por recurso de apelación interpuesto por la parte actora, a fs. 62/65, contra la resolución obrante a fs. 58 y vta. que no hizo lugar al recurso de revocatoria que interpusiera contra el decreto de fs. 53/54.

Le causa agravio al apelante que el juez de grado no se expidiera sobre el allanamiento formulado por el demandado, que a su juicio resulta real, incondicionado, oportuno y total, reconociendo explícitamente el derecho del actor, corriendo traslado de tal presentación y no sólo en lo atinente a la eximición de costas y sin que mencione o esgrima razones de orden publico que amerite la ampliación probatoria.

Señala que a través de la prueba ordenado el sr. Juez imprime un procedimiento sumario, desnaturalizando la esencia de la pretensión.

Afecta a su entender, el principio de congruencia, avanza desmedidamente sobre la intimidad del requirente con grave vulneración del principio de razonabilidad, apartándose ostensiblemente de los lineamientos trazados por la Alzada.

Dice que afecta de modo incomprensible la intimidad del peticionante abrogando con ello el principio de reserva contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional y 22 de la Carta Magna Provincial

en cuanto remite a la interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos según las cuales la prueba ordenada resulta abusiva y arbitraria, traduce una invasión intolerable de la intimidad del requirente sometiéndolo a una humillación inadmisible extralimitándose respecto del objeto de la pretensión. Cita, a modo de ejemplo, los puntos de prueba, que avanzan sobre aspectos de la vida privada del amparista.

Entiende que para tutelar un derecho humano, en este caso la identidad no puede avasallarse otro derecho como la intimidad.

Postula como resolución adecuada al caso que se provea la prueba aportada por su parte, el informe psicológico y un informe social que no recabe datos que afecten la privacidad.

Deja planteado el caso federal.

**II.-** Previo a ingresar al tratamiento de la cuestión de fondo sometida a revisión, se impone señalar una cuestión que aunque formal no resulta de menor importancia.

En tal sentido no puede soslayarse que y como fuera reseñado, en la primera instancia se concedió a fs. 66 el recurso de apelación contra la providencia que denegó la revocatoria que fuera interpuesta a fs. 57 y vta sin deducir la apelación en subsidio.

Este Tribunal ha resuelto que si al interponerse el recurso de reposición no se deduce subsidiariamente la apelación, se pierde el derecho a hacerlo en adelante pues por imperio del art. 243 del CPr., si no se planteó la apelación en subsidio, contra la denegación de la reposición no cabe recurso alguno, pues la resolución causa ejecutoria (esta Sala en Expte. Nro. 12.124, “R., R. c/ S. W. S.A. s/ Demanda Laboral, S.I Nro. 157/2000 y Expte. Nro. 12.185 “D. S., A. L. en autos: “D. S., A. L. c/ D. S., E. y otros s/ Remoción de Administrador”

Nro. 1291/98 s/ Incidente de nulidad" S.I. Nro. 05/2001 entre otros).

Tales conclusiones, no pierden vigencia en el proceso de que se trata, pues si bien y en el limitado sistema recursivo, admite la apelación directa referida a las resoluciones que se adopten en materia de prueba, debe considerarse que no existiendo prohibición con respecto al recurso de reposición cabe concluír que el mismo queda en pie (Fenochietto, Carlos "Cod. Proc. Civil…" Ed. Astrea, Bs. As. 2001, T.2 p. 766; id., Columbo-Kiper "Cod. Proc. Civ. y Com…" Ed. La Ley, Bs. As., 2011, T. IV, p. 482) y por lo tanto resultaria operativo el régimen general de los recursos.

No obstante, dada la envergadura y trascendencia del asunto sometido que a resolución de esta Sala; y la celeridad que la propia naturaleza de la petición impone, consideramos pertinente en este caso, y de modo excepcional, sortear tal déficit formal a los fines de no cohonestar un hipotético avasallamiento a la intimidad del requirente.

Ello es así, porque -como lo sostuviera el Dr. Morello- "... los Jueces de Corte no son fugitivos de la realidad, sus oídos están atentos a los reclamos, creencias, valores y orientaciones o expectativas de la gente. Saben que están en la mira de sus coterráneos, atentos a captar cuáles serán los pasos que dará el órgano frente a los graves -trascendentes- temas de su tiempo (Conf.: Morello, Augusto Mario, "La Corte Suprema en el Sistema Político", Ed.LexisNexis, Año 2005, págs. 9/10, ap. IV.).}

**III.-** Sentado lo anterior, habra de recordarse que la pretensión jurídica interpuesta, consiste en la revocación judicial del Dictamen Nro. 547/11 emanado de la Dirección General del Estado Civil y Capacidad de las Personal que denegó su petición de cambio de nombre y sexo.

En el marco de la misma, el requirente acompaño prueba documental, solicitó audiencia personal con el Sr. Juez que permita tomar contacto con la situación planteada de manera directa, y ofreció prueba informativa al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin que informe sobre la petición que efectuada oportunamente, y el testimonio de dos personas.

Al momento de contestar la acción, la provincia demandada se allanó a la pretensión y solicitó eximición de costas (fs. 43/47vta.).

A fs. 53/54, el Sr. Juez tuvo presente tal allanamiento, corrió traslado de la eximición de costas y entendió que era necesario abrir a prueba la causa. Proveyó la ofrecida por el actora, señalando audiencia para recibir los testigos propuestos. Con invocación del art. 36 del CPr. y sentencia del Juzg. Crim y Correc. Nro. 4 de Mar del Plata del 10/4/2008, entendió necesario la producción de informes psiquiátricos y psicológicos.

A tal fin dispuso la intervención del cuerpo medico forense de esta ciudad, para que se expida sobre diversos puntos que relativos a la personalidad del amparista con referencia a su historia vital, el estado psicológico actual del mismo, las características de su desarrollo psicosexual, si puede afirmarse que padece disforia de género y si tal obedece a una base orgánica, psíquica o ambas. Si desde la psicología o psiquiatría existen respuestas para la transexualidad, si es posible la falsa certeza de la afirmación de pertenecer al sexo opuesto según los íntimos sentimientos, si fuera posible que mantenga relación sentimental de la que derive procreación, si existe riesgo que pasados algunos años el amparista ansíe retornar a su condición sexual genética; si se ha sometido con anterioridad a terapias psicológicas vinculadas con la disforia de genero que afirma padecer, un pronóstico de la evolución sexual de su personalidad.

Apreció como necesario también la realización de un examen médico forense que informe si setrata de un caso de transexualismo; y tiempo de su aparición, si existen intervenciones quirúrgicas en su cuerpo, un examen anatómico sobre sus caracteres sexuales primarios y secundarios, si reconocen causa en la ingesta de hormonas, si existe un malestar clínicamente significativo o de deterioro social, laboral o de otra area importante para la actividad del amparista.

Por último dispuso dar intervención al Servicio Social del Tribunal a fin que el se efectúe un informe social y laboral que incluya la historia del amparista desde la escuela primaria y desarrollo intersubjetivo de su vida con especial atención al costado psicosexual, sus hábitos y costumbres.

Una vez recibidas tales pruebas se llevaría a cabo la entrevista personal.

**IV.-** Como primera reflexión amerita señalar que la sentencia

a la que remite el Sr. Juez de Primera Instancia y en la que funda la extensa prueba pericial dispuesta, no guarda relación con los extremos que en la presente causa se ventilan, pues, aún cuando haya sido citada por el amparista, se trata aquél de un caso en que el peticionante, requiere una intervención quirúrgica de cambio de sexo y la adecuación de la documentación identificatoria por parte del Estado.

En los presentes, sólo se solicita esto último, es decir la rectificación de la documentación identificatoria.

Fácil resulta advertir entonces la imposibilidad de aplicar idéntico criterio al utilizado en el fallo citado, pues las consecuencias de la reversión del sexo indican, como lo señala el Magistrado Hooft, que deben extremarse las pruebas y realizarse con suma prudencia.

Por ello, sin que el cambio de nombre y de sexo solicitado revista una menor trascendencia, las pruebas periciales indicadas e impugnadas por el peticionante, se vinculan con aspectos de su más profunda intimidad, y por lo tanto no resultan pertinentes.

No sólo no se escrutan como necesarias, sino que constituyen una instancia indebida de indagación estatal sobre aspectos privados de su personalidad.

Debe entenderse que la cuestión radica en adoptar una solución que, extremando los recaudos del análisis, no implique conculcar innecesariamente los derechos del actor, asegure también la efectiva vigencia del valor comunitario en juego, cual es, la adecuada identificación de las personas que componen la comunidad. Tal identificación esta comprendida en el derecho personalísimo a la identidad y resulta la base para consolidar este último (Conf. Chersi, Carlos “Los Tratados Internacionales, el Derecho a la Identidad y el Derecho a una nueva identificación” 23/05/2008 MJ-DOC-3457-AR).

La sola invocación de la facultad del juez de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, a la luz de las consideraciones precedentes no resulta suficiente.

En tal sentido, si bien se aprecia el celo evidenciado en la actitud del juez en el sentido de resguardar de la mayor seguridad la formación de la certeza y convicción de los fundamentos de su futura decisión, aparece

innecesaria la realización de los puntos de pericia individualizados por el recurrente e identificados como apartado J) del punto IV;  punto V relativo al examen médico forense y punto VI) relativo a la interención del Servicio Social del Tribunal de fs. 53 vta., debiéndose dejar los mismos sin efecto.

Y teniendo en cuenta que el propio amparista presta acuerdo con la pericia psicológica requerida por el juez, y en el entendimiento de dotar a quien deberá pronunciar sentencia de la asistencia científica objetiva, que juzgó necesarias a tales fines, -con las limitaciones antes indicadas- deberá producirse el mencionado informe sobre los puntos requeridos en los apartados A) a H) inclusive y los requeridos en los apartados K), L) y M) del punto IV; (fs. 53 y vta).

Respecto del punto requerido en el apartado I (si existe riesgo que pasados algunos años la persona ansíe retornar a su condición sexual genética), no se juzga relevante pues, más allá que se trata de una circunstancia meramente hipotética, la situación que se presentaría seria idéntica a la actual: un nombre y un sexo registrado en el documento que es contrario al utilizado y aparentado, sin que nada obste a impulsar una nueva rectificación registral llegado el caso (ver Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Autónoma de Buenos Aires Nro. 13 “S.D.A. c/ GCBA s/ Amparo” Expte. Nro. 39.470 20/12/2010, elDial AA67F5).

La conclusión a la que arribamos se refuerza si se tiene en cuenta que el Juez de Primera Instancia, ha invertido el orden de prelación de las pruebas y fijado audiencia de contacto personal con posterioridad a la producción de los informes que requiere. Es que frente a la manifestación de los hechos invocados y la constatación de los aspectos objetivos de la cuestión, mediante los medios de prueba que aquí se señalan, la audiencia personal que se mantenga con la persona solicitante resultará de vital importancia a los fines de formar su convicción.

Por ello, no debe soslayarse la importancia que adquiere en estos procesos judiciales -que tienden a procurar la tutela de derechos humanos fundamentales no patrimoniales- (ver Augusto M. Morello y Guillermo C. Morello, "Apéndice" del trabajo publicado en Jurisprudencia Argentina 2005-III-fasc.5, ps. 67/68, ap. IV).

**V**.- El agravio relativo al trámite que imprimió el juez respecto del allanamiento formulado, no resiste análisis.

Ninguna norma fija la necesidad de correr traslado al accionante del allanamiento que formule su contraria.

La norma del art. 310 del Código de rito, señala que producido el allanamiento, el juez dictara sentencia conforme a derecho. Con ello la disposición indica que el allanamiento no es vinculante para el juez, quien debe libremente adentrarse en el análisis del acto haciendo mérito de su licitud. Siempre y en todos los casos debe evaluar la procedencia del allanamiento, no pudiendo permanecer impasible ante la tentativa de hacer de el un instrumento legitimatorio destinado a perjudicar a terceros (ver en tal sentido Fornaciari, Mario A "modos anormales de terminación del proceso", Ed. Abeledo Perrot, B.s As. 2009 Vol I p. 93 y sus citas). Debe el juez analizar y determinar la existencia de norma ojetiva que de sustento a la pretensión sostenida por el actor, pues el derecho debe ser aplicado debidamente.

Cuanta menos fuerza decisoria tendrá el allanamiento formulado, si se tiene en cuenta la trascendencia jurídica y moral y el interés colectivo involucrado en las decisiones que se adopten en casos como el presente de manera de justificar el tramite dado por el juez actuante.

**VI.-** Atento la cuestión debatida, la falta de controversia no se imponen costas en esta intancia procediendo a regular honorarios al Dr. M. A. M. de acuerdo a las pautas arancelarias contenidas en los arts. 13 y 32 último párrafo de la ley XIII-4 y XIII-15 DJ.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

**R E S U E L V E :**

**1)** Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 62/65vta.

**2)** Dejar sin efecto los puntos de pericia requeridos en los apartados I) y J) del punto IV; puntos V y VI todos ellos del auto de apertura a prueba de fs. 53 y vta.

**3)** Sin costas atento el considerando pertinente. Regúlense los

honorarios profesionales al Dr. M. A. M. en la suma de pesos equivalente a dos (2) Jus.

**4)** Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

La presente se dicta por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Graciela Mercedes GARCIA BLANCO y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17).-

**REGISTRADA BAJO EL NRO. 180 DEL AÑO 2011**
**EN EL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS**