

# EL CAMINO HACIA LOS DERECHOS

La evolución de la jurisprudencia  
en materia LGBT

## ÍNDICE Contenido

|  |    |
|--|----|
| El camino hacia los derechos: la evolución de la jurisprudencia en materia LGBT..... | 4  |
| La historia jurisprudencial y los derechos fundamentales.....                        | 4  |
| El respeto de la vida de las personas según la jurisprudencia.....                   | 9  |
| La libertad de elegir un proyecto de vida.....                                       | 10 |
| Terminologías.....   | 13 |
| El reconocimiento de la identidad autopercebida.....                                 | 15 |
| Caso Prunello [1989].....  | 17 |
| Caso L., J. C. [1994].....   | 20 |
| Caso N. N. [1997].....   | 22 |
| Caso A., D. D. [1998].....   | 24 |
| Caso M., J. C. [1998].....   | 25 |
| Caso N. N. [1999].....   | 27 |
| Caso V., A. A. [1999].....   | 28 |
| Caso K., F. B. [2001].....   | 29 |
| Caso M., L. G. [2001].....   | 30 |
| Caso D., A. A. [2005].....   | 31 |
| Caso O., M. L. [2008].....   | 32 |
| Caso P., R. L. [2008].....   | 33 |
| Caso T., M. G. [2008].....   | 35 |
| Caso A., Z. B. [2009].....   | 37 |
| El acceso a la salud integral de las personas.....                                   | 44 |

|  |    |
|--|----|
| Caso S. M., R. [1966].....   | 47 |
| Caso J.C.P. [2001] y caso C.A.M. [2003].....                                 | 48 |
| Caso C.J.A. [2007].....  | 49 |
| Caso P., R. L. [2008].....   | 51 |
| Caso A., Z. B. [2009].....   | 52 |
| Caso P., M. E. [2009].....   | 53 |
| Caso L., G. A. [2011].....   | 55 |
| Caso Metzler [2014].....   | 56 |
| Caso N., V. A. [2014].....   | 57 |
| El derecho a formar una familia.....   | 61 |
| Caso D., P. A. [2007].....   | 62 |
| Caso F., A. C. [2009].....   | 63 |
| Caso L., S. M. [2009].....   | 66 |
| Caso Canevaro, Martín y otro [2010].....                                     | 67 |
| Caso B., D. A y otros [2010].....  | 68 |
| Caso M. del P.C. y otra [2011].....  | 71 |
| M., D. C. y Otro s/Adopción [2015].....                                      | 72 |
| P. M. A. c/ G. F. P. A.<br>s/ divorcio vincular - no contencioso [2015]..... | 73 |
| B.M. y otros s/ filiación [2016].....  | 76 |
| G., G. S. y J. G. G. s/ filiación [2016].....                                | 78 |
| B.C. E. c/ M. M. s/ nulidad de matrimonio [2016].....                        | 79 |
| L., M. de los Á. y Otra s/Medida Autosatisfactiva [2016].....                | 81 |

|  |     |
|--|-----|
| La inclusión laboral de las personas.....  | 85  |
| Caso M., C. C. D., A. M. [2007].....   | 88  |
| Caso E., S.O. [2007].....  | 90  |
| Caso M., M. J. [2009].....   | 92  |
| Caso V., R. A. [2012].....   | 93  |
| Caso Suárez, Marcos Dalmiro y otros [2013].....  | 96  |
| “M. M. J. c/CBA S.A. Ciesa U.T.E. y otro s/despido” [2013].....  | 98  |
| P.J.A. c/ L.D.P. SA p/ Despido [2014].....   | 100 |
| Caso G., N.B. [2015].....  | 101 |
| Salas, Mónica Graciela c. Provincia de Santa Fe<br>s/ recurso contencioso administrativo<br>s/ recurso de inconstitucionalidad [2016]..... | 103 |
| L.C. E. c/ G. d. I. P. d. B. A. s/Amparo [2016].....   | 105 |
| El derecho a los beneficios sociales.....  | 111 |
| Caso G., J. C. [2005].....   | 112 |
| Caso Yapur, Elvio Alberto [2009].....  | 114 |
| Caso P., A. [2011].....  | 116 |
| Caso G., S. G. [2011].....   | 117 |
| Caso R., C. A. [2011].....   | 119 |
| R.G.P. c/ GCBA y otros s/incidente de apelación [2015].....  | 120 |
| Caso Heredia, Luis Alberto c. Ministerio de<br>Economía - I.P.S. s/ pretensión indemnizatoria [2016].....                                  | 123 |
| Discriminación y Derecho de Admisión.....  | 129 |

|   |     |
|---|-----|
| P.D. N. c/ General Paz Hotel S.A. s/ daños y perjuicios [2016].....                               | 129 |
| Derecho a la intimidad.....   | 131 |
| V.M. c/ Editorial Atlántida S.A.   daños y perjuicios s/ ordinario [2015].....                    | 131 |
| El Derecho Penal y la decisión sobre la ejecución de las condenas.....                            | 132 |
| Caso T., J. N. [1999].....  | 133 |
| Caso Levoniuk, Jorge Omar [2008].....   | 134 |
| Caso Pistillo, Rosa Gisella [2009].....   | 136 |
| Caso O., F. D. [2011].....  | 137 |
| Caso Torres, Daniel Esteban p.s.a. [2011].....  | 140 |
| Caso P., L. D. [0] R. J. [2013].....  | 142 |
| Caso Tolosa, Mario [2014].....  | 144 |
| Caso Tarragona, Lucía s/Recurso de Casación [2014].....   | 147 |
| Caso Incidente de libertad condicional del interno penado [2014].....                             | 149 |
| Ibarra Ramón Antonio s/Recurso de Casación [2014].....  | 151 |
| Cromañon - Villareal, Raúl Alcides y otros s/recurso de casación [2015]...                        | 153 |
| Q. H. T. y otros s/ habeas corpus [2015].....   | 156 |
| Caso Analía Eva “Higui” Dejesús.....  | 158 |
| El concepto de “bien común” y el derecho a la obtención de la personería<br>jurídica.....         | 164 |
| Caso Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección Gene-<br>ral de Justicia [1991]..... | 166 |
| Caso Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual [2006]..                             | 170 |
| Conclusiones finales.....   | 176 |
| Glosario de Términos Jurídicos.....   | 190 |

## El camino hacia los derechos: la evolución de la jurisprudencia en materia LGBT

### La historia jurisprudencial y los derechos fundamentales

El derecho es una herramienta que asiste al ser humano a vivir en sociedad. Está formado por pautas, reglas y límites que establecemos para poder convivir con el otro o la otra. Por ello es que el derecho no es algo estático. La construcción jurídica de la sociedad se va desarrollando y evolucionando con el correr del tiempo a medida que la sociedad va manifestando o descubriendo nuevas necesidades.

Una forma de detectar los síntomas de una sociedad que requiere nuevas leyes es por medio de la jurisprudencia. Los procesos judiciales sirven para que los particulares reclamen aquello que consideran justo. Luego, el juez, funcionario público que encarna al Estado y que a su vez representa a la sociedad, determinará si el reclamo es válido o no según el derecho vigente y los principios que lo rigen. Finalmente, en muchos casos, esos reclamos que comienzan manifestándose en sede judicial terminan siendo receptados por normas específicas existentes que se interpreten de manera tal que regulen un tema en particular; o bien las demandas individuales van empujando a la creación de nuevas normas generales.

Existe un dicho que se refiere a que “el derecho le sigue a los hechos”, lo cual muestra que el derecho va normando en función de las necesidades que la sociedad va presentando. Tal fue así con el caso del divorcio,

que resultaba un menester social de suma importancia, manifestado en múltiples casos jurisprudenciales, que finalmente se tornó en normativa concreta que validó la existencia del divorcio y de la posibilidad de volver a contraer matrimonio. De la misma manera, va sucediendo con muchos otros casos de derechos que van surgiendo como necesidad social y que luego se traducen en verdaderos avances normativos.

La misma lógica se produce en relación al colectivo LGTB el cual fue conquistando muchos derechos desde numerosas luchas entabladas por las organizaciones de la sociedad civil, los movimientos de derechos humanos y la sociedad en general que, luego de ser receptado por los poderes públicos, fueron convirtiéndose en verdaderas prerrogativas emanadas del ordenamiento vigente.

Es en esta línea que nos propusimos analizar los antecedentes jurisprudenciales de mayor relevancia respecto al reconocimiento de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT). La historia jurisprudencial en esta temática en nuestro país es muy rica. Esto ha permitido, por un lado, visualizar los esfuerzos de los particulares interesados y del activismo por adquirir pronunciamientos judiciales favorables y, por el otro, reflexionar sobre la legislación en el tema, las políticas públicas, y su constitucionalidad o vigencia social.

Cabe destacar la importancia que tiene el análisis jurisprudencial en relación con los derechos fundamentales de la comunidad LGBT y, en particular, el estudio de la situación nacional a diferencia de la provincial. Esto se debe a que los marcos normativos difieren en cada provincia. Por lo tanto, hay diversidad de decisiones dependiendo de la provincia de la que se trate en cada caso en particular, y las situaciones de violación de derechos sufridas por la comunidad LGBT son analizadas en forma

distinta según la provincia. Es por esto que es esencial realizar un estudio pormenorizado del tema a los efectos de realizar un verdadero análisis y de conocer las temáticas que se tratan en los estrados a lo largo y a lo ancho del país para reconocer las diferencias que surgen de cada sentencia, si las hubiera.

La jurisprudencia se encuentra ordenada en ejes temáticos que, a su vez, están presentados en sentido cronológico comenzando de los casos más antiguos hasta llegar a los más recientes en cada tema. Para ello, dividimos el documento según los distintos aspectos de la vida de las personas LGBT, en relación con el impacto que tenga la jurisprudencia analizada en las distintas facetas de la vida y dignidad de la persona. Las categorías elegidas son: identidad; salud; familia; trabajo; beneficios sociales; no discriminación; derecho a la intimidad; derecho penal; y personería jurídica.

Puesto que los derechos humanos son universales, complementarios, interdependientes, irrenunciables e indivisibles, la división en distintas secciones se utiliza meramente a los efectos de organizar el presente trabajo y de categorizarlo de una manera clara, ordenada y didáctica. No obstante eso, somos plenamente conscientes que en los casos reales, tangibles y concretos algunas divisiones temáticas son artificiales dado que la persona es un todo íntegro y los derechos están íntimamente interrelacionados, por lo tanto los abordajes deben ser holísticos.

Por otra parte, la elección de dichas categorías mencionadas – y no otras – también responde parcialmente a fines didácticos y por otra parte se debe a la importancia que tienen estos temas sobre el desarrollo de cualquier persona en sociedad, y en este caso, a la persona perteneciente al colectivo LGBT. No obstante, podría haber otros aspectos a tratar, pero

consideramos que estos son actualmente los puntos más fundamentales para analizar.

Otra aclaración preliminar digna de remarcar es que estos no son, ni mucho menos serán en el futuro, los únicos temas posibles de tratar respecto al respeto de los derechos del colectivo LGTB. Esto se debe a que los derechos humanos se caracterizan por su progresividad, y por lo tanto, su desarrollo siempre es escalonado en miras a lograr cada vez más altos niveles de protección de derechos. Ante esto, son las jurisdicciones las que llenan de contenido a determinados derechos que antes podían tener menor alcance pero con el paso del tiempo, se le da una definición mucho más amplia y con mayor repercusión en términos de promoción y protección de derechos.

En esta línea, los fallos fueron elegidos sobre la base de un análisis de las distintas innovaciones en materia de derechos que se produjeron en relación con la temática seleccionada. Es decir, con el correr de los años, en cada fallo elegido en este trabajo los jueces otorgan a la comunidad LGBT, en general, una protección cada vez más amplia de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, la inclusión de los fallos elegidos no se basa sólo en un orden cronológico y temático, sino también evolutivo, teniendo en cuenta cuáles fueron los cambios y su incidencia en los derechos del colectivo LGBT a lo largo del tiempo.

Por otra parte, entendemos que es necesario realizar un estudio endógeno de la jurisprudencia tanto nacional, provincial como local. De esta manera, dentro de cada sección es importante destacar la jurisprudencia según fuera anterior o posterior a la reforma constitucional del año 1994. Esta reforma fue crucial en la decisión de los jueces en muchos casos, debido a la obligación de respetar ciertos derechos que antes no gozaban

de protección constitucional. Por lo tanto, esta consideración es debe ser tenida en cuenta para lograr un mejor entendimiento del desarrollo de derechos que son materia de análisis en este informe.

Por último, es interesante tener en cuenta otra consideración crucial. En muchas ocasiones los avances normativos no siempre se ven plasmados de manera automática en la vida de las personas. Por lo tanto, a pesar de tener una legislación de avanzada en la Argentina a nivel federal y en muchos casos a nivel provincial en materia LGTB, es determinante rastrear los fallos que den cuenta de la efectiva implementación de las normas y qué tipos de problemáticas se pueden suscitar en la protección de derechos. Es por esto que el análisis jurisprudencial es de vital importancia para conocer la efectividad de los derechos enunciados normativamente.

A modo de conclusión, con este trabajo esperamos poder hacer un aporte a los profesionales que se desempeñan velando por el respeto y el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBT, como así también poder contribuir con la promoción y protección de los derechos de cualquier particular interesado que se vea en una situación de desprotección, o que desee formarse en materia de derechos humanos en general y de los derechos que le competen particularmente al colectivo LGTB.

## **El respeto de la vida de las personas según la jurisprudencia**

El concepto de respeto de la vida de las personas se puede analizar desde múltiples abordajes. Uno de ellos, tiene que ver con el respeto a la vida en tanto a poder desarrollar un determinado plan de vida conforme a las creencias, ideales u objetivos personales. En esta primera faceta, el concepto de libertad es trascendental y el Artículo 19 de la Constitución entra en juego con su cláusula de reserva. En ésta, se establece que las acciones privadas que no perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados y a partir de este concepto es que hay un desarrollo doctrinario y jurisprudencial donde entra el juego la concepción de la libertad de adoptar un proyecto de vida sin verse obligado a que el Estado interfiera en el mismo. Este primer aspecto será analizado seguidamente en el apartado siguiente.

Otro de los alcances del derecho a la vida, es respecto a la vida digna. Este segundo abordaje, hace hincapié en que ningún proyecto de vida debería implicar una exclusión, marginación u obstáculo para poder desarrollarse en sociedad, vivir dignamente, acceder al circuito laboral formal, a la educación, a la salud, al trato digno. Este segundo aspecto, será abordado a través de estudios pormenorizados en secciones distintas según qué tipo de derecho sea el que esté en juego (como el de la salud, el trabajo o los beneficios sociales), sin embargo, es interesante destacar que la imposibilidad de acceder a cualquiera de estos derechos implica una violación al derecho a la vida en términos de dignidad de la persona.

Por último, y no menos importante, un tercer acercamiento al respeto a la vida es aquel que se refiere pura y simplemente a la protección del valor vida en el sentido más directo: no sufrir daños físicos, violencias, asesinatos, o cualquier violación de derechos que atente contra la vida e integridad física de las personas. Ante esto, la comunidad LGTB ha sufrido históricamente ataques, violencia y agresiones que atentaron contra las personas humanas que componen ese colectivo. Este último aspecto no ha sido aún totalmente erradicado debido a que continúan persistiendo prácticas de persecución por parte de conciudadanos o misma violencia institucional que atenta contra la vida de las personas que componen este colectivo. Este tercer abordaje será también retomado la sección que se refiere al derecho penal y sus implicancias en el colectivo LGTB.

## La libertad de elegir un proyecto de vida

Una vez realizadas estas consideraciones, se retomará la primera acepción del derecho a la vida. Respecto al mencionado aspecto, el concepto ha ido evolucionando con el correr de los años. En principio, sobre la base del artículo 19 de la Constitución Nacional es posible soste-

ner que todas las acciones privadas de las personas que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, no deberían ser objeto de restricciones por parte del Estado o de cualquier otro particular. Según este artículo, las acciones privadas de los particulares que cumplan con los mencionados requisitos deberían ser resguardadas de la actividad estatal.

Sin embargo, a su vez, el concepto de "orden y moral pública" y del perjuicio a un tercero ha tomado distintos significados a lo largo de la historia. Asimismo, es importante mencionar aquí las distintas acepciones que ha tomado el concepto de "bien común", como surge de fallos tales como "Comunidad Homosexual Argentina c. IGJ" o "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. IGJ", y la incidencia que ha tenido en la protección de los derechos de las personas LGBT. En estos casos se analiza el concepto de "bien común", la distinción entre el ámbito privado y público, y la definición de conceptos ambiguos como "moral pública".

Es decir, a lo largo de la historia y hasta el día de hoy ha sido difícil distinguir entre aquello que forma parte de la vida privada de las personas y la vida pública. Conceptos tales como los que han sido mencionados fueron tomando distintos significados, que incidieron en forma directa en los derechos de los colectivos y, en lo que aquí nos interesa, en los derechos de las personas LGBT.

Sin embargo, con la reforma constitucional del año 1994 y la incorporación de la normativa internacional de derechos humanos, la que adquiere jerarquía constitucional, se fue internalizando una definición amplia del concepto de "respeto de la vida de las personas". Ya no buscamos la homogeneidad de la sociedad, sino que cada uno sea respetado

sin importar sus elecciones, ni si las mismas coinciden o no con las de la mayoría de la sociedad. En esta línea fue sancionada la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que en su Artículo 11 se refiere al "derecho a ser diferente" retomando esta idea de la promoción y protección de la diversidad que existente entre los componentes de la sociedad.

Así, ya en el año 2006, en el mencionado fallo Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual, la Corte Suprema de Justicia afirmó que: "[...] el 'bien común' no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere común excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc."<sup>1</sup>, una idea muy distinta de lo que se creía años atrás.

Las resoluciones judiciales que recolectamos en este trabajo muestran una evolución en este sentido. El respeto hacia las personas aparece a lo largo de los años relacionado con distintos aspectos de nuestras vidas y, en particular, de las personas LGBT. Esto es así dado que el colectivo presenta características particulares en tanto ponen en jaque institutos clásicos, conservadores y dan cuenta de la configuración de nuestra sociedad. Un ejemplo de eso es la aparición de las familias diversidad luego de la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario. Asimismo, cuestiona en diversos contextos el sistema binario de sexo que caracteriza a la gran mayoría de las sociedades donde la población se divide en hombres y mujeres.

A modo de ejemplo, en cuanto a la identidad de género autopercebida, en un principio no se les permitía a las personas tomar decisiones

<sup>1</sup> Fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia", Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 21/11/2006. A. 2036. XL.

respecto de su identidad sexual. La misma era determinada por la naturaleza, y ni la misma persona ni el derecho o los jueces podían intervenir en la decisión. Sin embargo, como veremos más adelante, esta visión se modificó, considerando ahora que es la persona la que debe tomar decisiones con respecto a su sexualidad, así como la sociedad tiene la obligación de respetarlas. Los jueces, al mismo tiempo que la sociedad en su conjunto, pasaron de acordar con una concepción de "bien común" ajustada a las elecciones de una mayoría, a considerar fundamental el respeto por las distintas elecciones de vida de las distintas personas que forman parte de la sociedad.

Es por este tipo de cuestionamientos encarnados a través del colectivo LGTB que el respeto por la elección de un proyecto de vida se tornó algo muy difícil de conseguir por el colectivo, debido a las numerosas resistencias que fueron apareciendo ante la diversidad emergente del colectivo que aporta a la complejización de la sociedad y da cuenta de enorme variedad y diversidad de proyectos de vida.

## Terminologías

De esta manera también, fueron apareciendo y mutando determinadas terminologías dando cuenta de la enorme complejidad en la que estamos inmersos. Se fue diferenciando el sexo biológico del género; siendo el primero aquel que se refiere a los elementos sexuales del organismo – los cromosomas, glándulas, morfología, genitales y hormonas sexuales –, y el segundo, siendo los atributos constituidos socialmente de la mujer y del hombre y aludiendo al significado social y cultural

que se le atribuye a las diferencias biológicas, en otras palabras, la construcción social creada en torno al sexo. Luego, como se verá posteriormente, surge el tercer concepto que es el de identidad de género. Éste se apoya en la autopercepción del género en tanto vivencia interna y personal, que puede corresponderse o no, con el sexo asignado al nacer. Asimismo, como cuarta noción, se encuentra la de expresiones de género, que se refieren a cómo una persona expresa su género en función de múltiples aspectos como lo son la vestimenta, los intereses, el comportamiento, la manera de interactuar, ya sea como mujer, como hombre, de manera andrógina, entre otras.

Otra terminología importante para tener en cuenta es la orientación sexual. Ésta se refiere al objeto de deseo que una persona puede tener, es decir, la atracción o amor que una persona siente por otra. Ante esto, una persona puede sentirse atraída por personas de un género diferente al suyo, del mismo o de más de un género. De ahí se desprenden las personas heterosexuales, homosexuales, bisexuales entre las categorías más conocidas y diseminadas (pero no las únicas).

Desde ese punto de vista, la diversidad sexual entonces está compuesta por la totalidad de la sociedad, dado que cada orientación sexual es distinta de la otra y comprende un todo. Es decir, la diversidad sexual no está solamente compuesta por aquellos grupos que rompen (o rompieron históricamente) determinados cánones sociales, sino por todos los integrantes del conjunto de la sociedad.

## El reconocimiento de la identidad autopercebida

La lucha por el respeto a la identidad fue larga y ha tenido muchas variantes a lo largo de la historia. De manera gradual se ha logrado ir modificando progresivamente la concepción de la identidad de género. Lo que en un principio era impensable fue mutando a lo tolerable, hasta alcanzar la idea del respeto por la identidad autopercebida del otro o la otra.

Cabe destacar en esta sección la importancia que tuvo la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 para el derecho de las personas al reconocimiento de su identidad autopercebida. Según se puede apreciar de las resoluciones judiciales posteriores al año 1994, se empieza a pensar en la identidad no ya como un elemento biológico y natural, como se percibía en los casos más antiguos (como el fallo "Prunello" del año 1989), sino como producto de la percepción que tenga cada uno de su propio género. En los fallos posteriores a la mencionada reforma, los jueces comienzan a tomar conciencia de la discriminación que las personas LGBT están sufriendo, por lo que asumen una postura más protectora del derecho a la no discriminación, obligados desde ese momento por las normas de jerarquía constitucional.

La jurisprudencia más antigua mostraba la necesidad de una intervención quirúrgica en el exterior del país para luego poder rectificar la partida de nacimiento y documento de identidad de la persona por vía judicial, como sucedió en el caso "N.N." del año 1997. Posteriormente, se

permitió la realización de la cirugía en la República Argentina y, finalmente, se decidió que no era necesaria la intervención quirúrgica de las personas a efectos de poder llevar adelante la rectificación de los documentos según el género autopercebido, conforme lo establecido por el juez en el fallo "P., R. L." del año 2008.

Este avance se vio plasmado, finalmente, en el año 2012 y como consecuencia de un gran movimiento social que tuvo al activismo como protagonista, en el dictado de la Ley de Identidad de Género [Ley Nacional N° 26.743], la que receptó los distintos pedidos de las personas que bregaban por el respeto del derecho a ser reconocidos según el género con el que se identificaran, sin necesidad de trámite judicial o intervención quirúrgica alguna. Más aún, tal como se desarrollará más adelante, dicha ley en su Artículo 11 garantiza el goce a la salud integral y acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o a tratamientos integrales solamente en caso de que la persona así lo desee.

A continuación analizaremos los distintos casos jurisprudenciales que reflejan la evolución a la que aludimos previamente.

## Caso Prunello (1989)

En el año 1989, la Sala E de la Cámara Nacional Civil en el caso "Prunello, Federico Norberto" rechazó una demanda por rectificación de partida y cambio de sexo<sup>2</sup>. Se trata de una mujer transexual que se había efectuado una intervención quirúrgica fuera del país para adecuar su genitalidad a su identidad de género autopercebida.

Los jueces rechazan el pedido en Primera Instancia, y la Cámara confirma dicha resolución sobre la base de que "la libertad que invoca el recurrente no es absoluta sobre sí mismo, pues no puede alterar lo que corresponde a su naturaleza y es función del derecho limitar la posibilidad de que alguien se desvíe de sus fines fundamentales". En un importante antecedente, uno de los jueces de la Cámara, el juez Calatayud, vota en contra de lo expuesto por la mayoría, sosteniendo que

*"una vez que el individuo ha logrado, previa operación, adecuar su anatomía con su sexo psicológico, sin lugar a dudas debe ayudárselo a insertarse en la sociedad reconociendo legalmente su nuevo estatus, puesto que –reitero–, libre y voluntariamente ha elegido el difícil e irreversible camino que lo llevó a armonizar su apariencia física con su sentir interno".*

Cabe destacar que, anteriormente, se permitían por medio de acciones judiciales las modificaciones del nombre en el documento nacional de identidad en los casos de personas intersexuales. Por lo que, al momento de revisar los elementos probatorios, los jueces hacen alusión a que la

<sup>2</sup> Fallo "Prunello, Federico Norberto", Cámara Nacional Civil, Sala E, de fecha 31/03/1989.

pericia médica no había detectado rasgos de intersexualidad [el término utilizado en la sentencia es "hermafroditismo"]. A ese análisis se le suman teorías respecto al sexo, teniendo en cuenta que es un complejo estructural conformado por sexo genético, canalicular, hormonal, gonadal, psicológico, entre otros. Según los jueces del caso, su modificación es imposible de llevar a cabo, ya que el sexo genético es un elemento inalterable, y no puede ser modificado por una decisión unilateral por estar involucrado el orden público y la moral social.

En su sentencia, los jueces de la Cámara explican que las intervenciones quirúrgicas realizadas son insuficientes para realizar el "cambio de sexo" y la documentación identificatoria. Se agrega que la libertad invocada no es absoluta, ya que no se puede alterar lo que corresponde a la naturaleza, y es función del derecho limitar la posibilidad de que alguien se desvíe de sus fines fundamentales. La Cámara sostiene que el derecho tiene facultades que superan a la libertad de los propios sujetos de derecho, aun cuando su proceder no perjudique a terceros. Por último, agregan que la Justicia debe estar al servicio de la verdad y "no le es dable a los jueces alterar la naturaleza misma de las cosas, que por sólo la declaración pretendida tampoco se vería modificada".

Este es uno de los primeros antecedentes en la materia, que expone las consideraciones que existían respecto de la transexualidad y de la idea sobre cuál era en ese momento la función del derecho. Esta resolución refleja el accionar de un Estado paternalista que puede decidir sobre las disposiciones físicas de las personas, aun cuando no perjudiquen a ningún tercero. Consideramos que es un antecedente de suma relevancia, ya que no todos los jueces fallaron en igual sentido, por lo que comienza a surgir en el ámbito jurisprudencial una nueva forma de interpretar los derechos de las personas LGBT.

Ante la decisión de la Cámara Nacional en lo Civil, Prunello interpuso recurso extraordinario Federal, que fue denegado por la Cámara y, en consecuencia, originó la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Una vez en la Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN]<sup>3</sup>, en el año 1992, dicho tribunal desestima el análisis del caso en cuestión, pero por cuestiones formales relacionadas con ciertas dilaciones producidas, por lo que no hay un pronunciamiento de fondo de la mayoría de dicho tribunal en este caso. Sin embargo, el juez Fayt consideró que, pese a los formalismos legales, debía declararse procedente el recurso, aun teniendo en cuenta las circunstancias temporales de su interposición.

En su voto, Fayt hace hincapié en la conducta del señor Prunello quien, a lo largo de los años, mantuvo constantemente su decisión sobre la pretensión del reclamo iniciado en el año 1982. Esa comprometida constancia revelaba la inverosimilitud del desistimiento de efectuar los recursos adecuados en el tiempo oportuno<sup>4</sup>. Asimismo, la pretensión de Prunello no tiene un objetivo patrimonial a costa de una parte contraria, ya que la única contraparte en este caso sería la sociedad que, en definitiva, tiene como único interés el del cumplimiento efectivo de la Ley.

Así, Fayt entiende, en una interpretación amplia de la legislación vigente y de la doctrina de la CSJN, que la importancia de una causa, sobre la base de la posibilidad de que sea una "ocasión de gravedad suficiente", debe ser razón atendible en el momento de sopesar la admisibilidad de un nuevo recurso extraordinario. Finalmente, el magistrado analiza el interés general de que exista una doctrina judicial clara y segura que podría emanar de la CSJN.

<sup>3</sup> Fallo "Prunello, Federico Norberto s/ Información sumaria", Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 24/03/1992. Fallos 315:490.

<sup>4</sup> Consideramos importante aclarar que éste ha sido un caso que ha tenido recepción en los medios de comunicación, y que de la lectura de distintos artículos hemos podido constatar que la imposibilidad de presentar el recurso en tiempo oportuno se debió a la dificultad de la demandante de hallar un abogado o abogada que la representara para llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver Diario Clarín, 10 de noviembre de 2000.

En palabras de Fayt: "el problema planteado es de aquellos cuya gravedad para el interés general hacen adecuado establecer una doctrina judicial clara y segura, como la que podría emanar de esta Corte Suprema [...]". Así, el juez parecería develar su interés en que la CSJN se pronuncie al respecto, debido a la importancia de las decisiones de la CSJN para los tribunales inferiores, y a fin de comenzar a establecer un criterio que responda a la laguna normativa existente en ese momento en el país.

## Caso L., J. C. (1994)

Años más tarde, en 1994, la Cámara 1° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás debió decidir en el caso "L., J. C." <sup>5</sup>. Una persona que nació con una ambigüedad genital requirió judicialmente la anulación de su partida de nacimiento en la que fue registrada con nombre y sexo masculino, a fin de que se realizara una nueva inscripción con sexo y nombre femenino. Asimismo, solicitó la autorización judicial para realizarse una intervención quirúrgica que adecuara sus genitales a su identidad femenina.

La Cámara entiende que, debido a la necesidad de superar la ambigüedad sexual de la persona, debe hacer lugar a la intervención quirúrgica. Los jueces consideran que no sucede lo mismo con la anulación de la partida de nacimiento, debido a que el instrumento fue confeccionado en

concordancia con una situación real. Sin embargo, dada la necesidad de la homogeneización y coherencia que debe existir entre los diferentes aspectos de la sexualidad de una persona (biológica, física, social, entre otros), la Cámara decide, además de otorgar la autorización para la realización de la intervención quirúrgica, ordenar la rectificación de los documentos identificatorios de la peticionante.

13

El tribunal hace hincapié en que no se trata en el caso de una persona transexual, sino intersexual. Así, según la sentencia de la Cámara, "El individuo tiene derecho a la reafirmación de su identidad sexual aquejada por el destino que le tocó. Persigue, ante la indefinición de origen, lograr la definición consustancial con su persona." Asimismo, con respecto a la operación solicitada, sugiere que

*"[...] no se trata de una operación mutilante de variación del sexo, sino de remoción de una mixtura confusa [Arias de Ronchietto, artículo citado], que en definitiva tenderá a quitar sugerencias genitales masculinas no funcionales, según ya expresé, en beneficio de la persona."*

Cabe señalar que decidimos la inclusión de este antecedente ya que, hasta el año 1997, no se permitía la rectificación documental de la identidad de las personas transexuales y, en el caso de L., J. C., se explica indirectamente el porqué. Se delinea una clara diferencia entre personas transexuales e intersexuales, al tener estos últimos entre sí una realidad distinta al momento del nacimiento y de la confección de sus partidas de nacimiento.

<sup>5</sup> Fallo "L., J. C.", Cámara 1° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, de fecha 11/08/1994. Publicado en LLBA1994, 871. Cita online: AR/JUR/1040/1994.

## Caso N. N. (1997)

En el año 1997, con posterioridad a la reforma constitucional, el Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 de Quilmes debe decidir en la causa "N.N."<sup>6</sup>. La persona solicitante, luego de haberse intervenido quirúrgicamente en el extranjero, solicita la rectificación de su partida de nacimiento y de su documento de identidad. Éste es el primer antecedente jurisprudencial en que se hace lugar a la rectificación de la documentación identificatoria posterior a la adecuación física mediante una intervención quirúrgica.

Al no existir normativa que en ese tiempo regulara la situación, ni tampoco otra que pudiera aplicarse por analogía, el juez debe recurrir a los principios generales del derecho. Cabe destacar aquí que, al ser un caso posterior a la reforma constitucional del año 1994, la que recepta en su texto la eliminación de toda forma de discriminación por la incorporación de los tratados internacionales al conjunto de normativa constitucional, se habilita el análisis del planteo judicial realizado.

El fallo en cuestión analiza las implicancias de la reasignación sexual en el derecho de familia, más precisamente en el matrimonio y la adopción. El juez sostiene que en el matrimonio las características fisiológicas de la recurrente la inhabilitan para la reproducción y la habilitan sólo para un acto sexual irregular. Se interpreta que ambas son causales de nulidad relativa del matrimonio, y se deja a salvo el derecho del contrayente de pedir la anulación en caso de ignorar la realidad sexológica de su pareja.

En cuanto a la adopción, se hace referencia a la valoración de las aptitudes de la

solicitante. Se entiende que esas aptitudes deberán ser analizadas de manera particular y que, en principio, por los exámenes psicológicos efectuados, se refleja que la solicitante en este caso tiene condiciones inmejorables para llevar adelante la crianza de un menor.

Asimismo, se produce una confusión típica entre los conceptos de "homosexualidad" y "transexualidad", como ya hemos visto y veremos en otros casos analizados. Sin embargo, el juez considera que "la personalidad no es un valor que podemos configurar a nuestro gusto, su delineamiento se produce por innumerables factores que comienzan en etapas prenatales, al que se suman los ambientales, los de orden familiar o del medio social, como también la educación y otras experiencias de convivencia que afectan sensiblemente la definición de la misma y dentro de ella se encuentra todo lo atinente a su sexualidad".

Se tiene en cuenta que en su morfología externa la recurrente presenta genitales femeninos, que ha vivido desde su adolescencia como mujer, y que de la pericia psicológica surge que es mujer y no presenta síntomas psicopatológicos ni problemas en su identificación psicosexual, por lo que es netamente femenina.

Finalmente, el juez accede a la reasignación sexual por haberse realizado previamente la intervención quirúrgica, con lo que esta modificación en el cuerpo era necesaria para posteriormente poder exigir el reconocimiento del Estado de la identidad autopercebida. Según las palabras del juez,

*"Debe entenderse el tema a resolver como una reasignación de sexo y cambio de nombre, a lo que debe accederse teniendo en cuenta que el peticionante del cambio de sexo ha recorrido un sendero distinto al que, primigeniamente, le*

<sup>6</sup> Fallo "N. N.", Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 de Quilmes, de fecha 15/05/1997. Publicado en: LLBA 1997, 959, con nota de Julio César Rivera. Cita online: AR/JUR/2682/1997.

*signó su naturaleza y sin que ello fuera fruto de una decisión individual y libre sino que, por diversas circunstancias de orden familiar, social, educacional, formativa y anatómo-fisiológicas, desde muy temprana edad se va perfilando una personalidad que adquiere contornos propios de la mujer, adquiriendo relevancia el elemento psicosocial, además del genético, que determina el sexo, habiendo decidido someterse a una intervención quirúrgica para la ablación de los genitales masculinos y la implantación de una falsa vagina no como un acto de libre disposición de su propio organismo sino como la necesidad de poner fin a dicha transformación."*

En Argentina, dicha intervención quirúrgica sólo podía efectuarse previa autorización judicial, ya que la misma estaba estrictamente prohibida según la Ley 17.132 del Arte de Curar. La mencionada ley en su artículo 19 inciso 4 enunciaba:

*"Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial".*

## Caso A., D. D. (1998)

El caso de "A., D. D." fue resuelto por el Juzgado de la 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minas N° 14 de la Provincia de Mendoza en el año 1998<sup>7</sup>. Aquí, es importante destacar que el juez se refiere a la peticionante siempre en femenino. Asimismo, a lo largo de la resolución, se realiza un importante análisis de todos los aspectos

<sup>7</sup> Fallo "A., D. D. p/rect. part.", Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minas N° 14 de Mendoza, de fecha 24/11/1998. Publicado en LLGran Cuyo 1999, 706, con nota de Santos Cifuentes; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobias, Editorial LA LEY, 2003, 123, con nota de José W. Tobias. Cita online: AR/JUR/1502/1998.

en relación con la acciónante en particular, y con la medicina y el derecho en general. Se evalúan las pruebas aportadas para acreditar, ya no sólo las modificaciones anatómicas en el cuerpo de la peticionante, sino también su historia de vida.

Asimismo, se traen a estudio otros antecedentes jurisprudenciales, doctrinales y legislativos relevantes para clarificar la evaluación del caso.

Este antecedente es de relevancia ya que, al momento de tomar la decisión, se tiene en cuenta la discriminación de la que es víctima la accionante por no contar con una identificación acorde a su imagen y, por sobre todo, a su identidad autopercebida, aspecto que no era analizado por los jueces en decisiones anteriores. Es así como el juez explica que dejar desprotegida a la peticionante implicaría una ilegítima y manifiesta violación del principio de la no discriminación, careciendo de una justificación objetiva y razonable.

Por último, el juez entiende que hacer lugar a lo solicitado no altera el orden público ni atenta contra la moral, por lo que ordena la rectificación de la partida de nacimiento en el nombre y el sexo de la peticionante, y la emisión de un nuevo documento de identidad "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."

## Caso M., J. C. (1998)

El fallo "M., J. C." del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 9 de San Isidro, del año 1998, en línea con el tema tratado en el caso de "L., J. C.", resuelve el pedido de una persona de que se adecue la inscripción registral de nacimiento a la que considera su verdadera identidad sexual<sup>8</sup>. M., J. C. solicita, en consecuencia, que se rectifique

<sup>8</sup> Fallo "M., J. C.", Juzgado en lo Civil y Comercial N° 9 de San Isidro, de fecha 12/11/1998. Publicado en LLBA 1999, 1106, con nota de Andrés Gil Domínguez. Cita online: AR/JUR/2549/1998.

teniendo en cuenta la modificación del nombre de pila y el sexo, y que se le realice la intervención quirúrgica acorde a dicha adecuación.

Según el tribunal, hay una clara desarmonía entre los aspectos biológicos y psicosociales, lo que afecta a la personalidad de la solicitante. Además, sostiene que lo femenino prima por sobre los mínimos rasgos masculinos.

Con fundamento en el derecho a la identidad en sentido dinámico, el juez considera pertinente otorgar la autorización para llevar a cabo la intervención quirúrgica y la rectificación de la partida de nacimiento. Aquí se hace referencia a la Ley del Arte de Curar [Ley 17.132], la que regula el ejercicio de la medicina, aun cuando no fuera aplicable para casos de esta provincia. Dicha ley, en su artículo 19 inciso 4º, hoy derogado por la Ley de Identidad de Género, prohibía la realización de intervenciones quirúrgicas que modificaran el sexo del paciente, salvo que fueran efectuados con posterioridad a una autorización judicial.

El juez hace hincapié en que no es éste un caso de modificación de sexo, según lo dispuesto por la mencionada ley, sino que "[...] lo que se procura es favorecer la mejor definición del sexo que aparece como incierto o mixto, por lo que tal intervención resultaría intrínsecamente lícita en tanto un profesional médico la considerara adecuada."

Cabe destacar que, aun cuando el magistrado hace referencia en el comienzo de la sentencia al hermafroditismo, posteriormente se refiere a M., J. C. como transexual, cuando en realidad es el caso de una persona intersexual, con características físicas tanto de mujer como de hombre.

## Caso N. N. (1999)

En el año 1999 el Juzgado de la 1º Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4º Nominación de Rosario debió resolver el fallo "N.N." .<sup>9</sup> En el mismo se efectúa un análisis y evaluación de la prueba aportada, en relación con la configuración anatómica, estética y social de la persona que solicita la rectificación de la partida de nacimiento y del documento de identidad. El juez entiende que en el caso bajo análisis

*"el cambio de sexo no se peticiona como un fin en sí mismo, o sea para satisfacer fines eróticos perversos o caprichosos [no existe un derecho a la elección del sexo y/o a su cambio], sino como un imperativo para el logro de la unidad en la personalidad psicológica del sujeto y la definición de su propia identidad sexual y personal".*

El juez hace lugar a lo solicitado. Sin embargo, a diferencia de las resoluciones judiciales analizadas anteriormente, especifica en su sentencia que la rectificación de la partida de nacimiento debe efectuarse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas mediante "nota de referencia", de modo que quede correlacionada su identificación con su antecedente en la partida de nacimiento, por tratarse de un registro público que no debe ocultar información a terceros interesados. Según el juez:

*"No debe olvidarse que el matrimonio -en nuestro derecho- se basa en la heterosexualidad de los contrayentes y todo aquel que vaya a contraerlo tiene derecho a que no se le oculte información acerca de su presupuesto, esto es, el sexo en todos los elementos que lo definen [cromosómicos, gonádicos, hormonales, morfológicos, etc.]"*

<sup>9</sup> Fallo "N. N.", Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4º Nominación de Rosario, de fecha 21/05/1999. Publicado en LA LEY2000-D, 854 - LLLitoral 2000, 300. Cita online: AR/JUR/472/1999.

## Caso V., A. A. [1999]

En el caso de "V., A. A.", resuelto por el Tribunal de Familia de Bahía Blanca en el año 1999, la peticionante también solicita la rectificación de la partida de nacimiento y el documento de identidad<sup>10</sup>. Aquí vale la pena hacer mención de las peculiaridades de este pronunciamiento que, si bien ordena finalmente la rectificación de los documentos identificatorios, en este caso lo hace de manera parcial: dispone que en la partida de nacimiento sólo se rectificara el nombre de pila de la solicitante y, respecto al documento de identidad, ordena que se modifique el nombre de pila y el sexo, incorporándose el texto "sexo masculino transexual".

Así, el juez sostiene que

*"Habiéndose acreditado el carácter transexual de un individuo que se sometió a una intervención quirúrgica de cambio de sexo en otro país, corresponde hacer lugar a la consecuente petición de modificación de nombre, pues si bien el orden y la seguridad jurídica inspiran la regla de inmutabilidad, cabe apartarse de dicho principio cuando razones de atendible interés privado lo justifican. No hacer lugar a la demanda de A. A. V., tendiente a la rectificación de sexo asentada en su partida de nacimiento, anotándose en la misma el carácter de 'transexual'".*

Por otro lado, cabe destacar que, en el caso, el juez Pérez explica, refiriéndose a la accionante en masculino, que:

*"Su nuevo sexo no lo habilita –por ejemplo– para contraer matrimonio pues no es el dato registrado lo que confiere el derecho a casarse, sino la realidad biológica como condición natural ineludible. Esta condición incluye [en cuanto a la institución 'matrimonio' y por definición] fines de procreación de hijos y por ese motivo requiere su celebración entre dos sexos opuestos".*

<sup>10</sup> Fallo "V., A. A.", Tribunal de Familia de Bahía Blanca, de fecha 30/08/1999. Publicado en LLBA2000, 1051. Cita online: AR/JUR/2723/1999.

En este orden de ideas, explica que no sucede lo mismo en parejas heterosexuales estériles, ya que lo que tiene en miras el legislador es la potencialidad natural para procrear.

En consecuencia, según la sentencia, los matrimonios que se lleven a cabo por personas transexuales son susceptibles de ser anulados, ya que lo que se protege es el interés público de la reproducción de la especie humana.

## Caso K., F. B. [2001]

El fallo "K., F. B." del Tribunal de Familia N° 1 de Quilmes del año 2001 es el primer antecedente que hallamos de un requerimiento de rectificación de documentación identificatoria de un varón transexual<sup>11</sup>. Es importante resaltar aquí que a lo largo de la sentencia se hace referencia a la persona en masculino.

En primer lugar, la sentencia considera que se trata de un tema de suficiente relevancia e impacto social, por lo que debería regularse legislativamente. Además, se hace lugar a la rectificación de la partida de nacimiento, pero por medio de una nota marginal, ya que se considera que es de vital importancia preservar la verdad biológica e histórica.

Es decir, se hace lugar al requerimiento del solicitante con el fin de evitar situaciones discriminatorias y permitir, en consecuencia, la efecti-

<sup>11</sup> Fallo "K., F. B.", Tribunal de Familia Nro. 1 de Quilmes, de fecha 30/04/2001. Publicado en Sup.Const19/10/2001, 2 - LA LEY 2001-F 217, con nota de Germán J. Bidart Campos. Cita online: AR/JUR/4454/2001.

va inclusión social del requirente. Sin embargo, bastará con ver la partida de nacimiento para acceder al sexo biológico de la persona en cuestión.

Esta resolución, como las anteriores, si bien hace lugar al requerimiento, lo hace parcialmente, y sólo porque el requirente se ha sometido previamente a una intervención quirúrgica que modifica su anatomía en concordancia de la identidad de género autopercebida.

### Caso M., L. G. (2001)

El fallo "M., L. G." del Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de 19ª Nominación de Córdoba, del año 2001, analiza el caso de un varón transexual que solicita la rectificación de su partida de nacimiento y del documento de identidad, luego de su adecuación genital mediante una intervención quirúrgica<sup>12</sup>.

En su pronunciamiento, el juez resuelve hacer lugar al requerimiento, ordenando la anulación parcial de la partida de nacimiento del actor, por entender que la misma contenía un error esencial en lo que refiere a su identidad sexual. Por lo tanto, ordena una nueva inscripción registral del nacimiento del actor, consignando sexo masculino y nombre masculino.

Para arribar a tal decisión, el magistrado realiza un detallado análisis de todos los antecedentes jurisprudenciales y doctrinales. Así, comprende que, por la importancia de respetar la privacidad del requirente, una

<sup>12</sup> Fallo "M., L. G.", Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 19a Nominación de Córdoba, de fecha 18/09/2001. Publicado en LLC2001 (diciembre), 1313 - LLC2001, 1313 - LLC2002 (junio), 575 - LLC2002, 575 - Sup. Const. 2002 (julio), 37 - LA LEY2002-D, 607 - Derecho civil - Parte general - Director: Carlos A. Gherzi, 109. Cita online: AR/JUR/5130/2001.

anotación marginal expondría a "M.L.G." ante los terceros que consultaran el Registro, y esto atentaría contra la identidad real del accionante.

El juez analiza también la posibilidad de las personas transexuales de contraer matrimonio, y arriba a la conclusión de que, si los contrayentes están informados respecto de la identidad del otro o de la otra, corresponde permitir que contraigan nupcias. Al respecto, sostiene que:

*"el peticionante 'bajo ciertos resguardos' puede contraer matrimonio aludiendo al respecto a la necesidad de solicitar autorización judicial a los fines de asegurarse la información y el libre y pleno consentimiento de los futuros contrayentes, pero, considero que con el recaudo administrativo y registral adoptado estos derechos se encuentran resguardados".*

### Caso D., A. A. (2005)

En el caso de "D., A. A." del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 11 de Mar del Plata del año 2005 también ocurre que una mujer transexual solicita la rectificación de su partida de nacimiento y de su documento de identidad para que estén acordes a su nueva fisonomía producto de una intervención quirúrgica<sup>13</sup>.

En su razonamiento, el juez analiza diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, así como análisis psicológicos, médicos y no médicos al respecto, y comprende que:

<sup>13</sup> Fallo "D., A. A.", Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 11 de Mar del Plata, de fecha 12/12/2005. Publicado en LLBA2006, 85. Cita online: AR/JUR/5560/2005.

Es el primer pronunciamiento que comprende de manera acabada que la identidad de la persona transexual –y la de la no transexual también– afecta todas las esferas de su vida, por lo que requiere de un pleno reconocimiento de la misma. Es así como el juez entiende que:

*"el proceso judicial lleva al Magistrado al convencimiento pleno de la necesidad de que la parte actora asuma determinado sexo, correspondiente al psicológico y no al biológico, la decisión no puede beneficiarla en algunos aspectos y no en otros, dicho vulgarmente: se decide que sea varón o mujer; pero no varón o mujer según las circunstancias".*

Sin embargo, cabe destacar que el juez considera que es fundamental para contraer matrimonio o adoptar conocerse o informarse sobre el sexo biológico de la solicitante. Por lo tanto, al momento de resolver, concede el requerimiento de la rectificación de la partida de nacimiento con la modificación del sexo y el nombre, y ordena que se coloque una nota marginal que exprese: "Para matrimonio o adopción, informarse sentencia del 12/12/2005, expte. N°....., Juzgado Civ.Com. 11 Mar del Plata".

### **Caso O., M. L. (2008)**

El caso de "O., M. L." del Juzgado Civil y Comercial N° 12 de la provincia de Corrientes, del año 2008, es similar al caso "L., J. C." analizado anteriormente<sup>14</sup>. Una mujer solicita la reasignación de sexo y cambio de nombre en la partida de nacimiento de su hija de cuatro años de edad, quien había

<sup>14</sup> Fallo "O., M. L.", Juzgado Civil y Comercial N° 12 de la provincia de Corrientes, de fecha 04/04/2008. Publicado en: DJ 13/08/2008, 1004 con nota de Marcelo Sebastián Midón - DJ 2008-II. Cita online: AR/JUR/1835/2008.

nacido con una ambigüedad sexual congénita, por la que fue erróneamente inscripta como varón. La madre solicita, además, una cirugía correctiva, a efectos de dar una solución a la deformación patológica que sufre la niña, para lo que precisa previamente una reasignación judicial de cambio de sexo y nombre.

El tribunal, haciendo referencia al derecho a la identidad sexual y a la salud psicofísica de la niña, admite la solicitud de la madre. Autoriza la realización de la intervención quirúrgica y, a su vez, la anulación de la partida de nacimiento y la inscripción con sexo y nombre femeninos, por considerar que la partida contenía un error esencial respecto de la identidad de la persona.

Sin embargo, cabe remarcar que se hace referencia nuevamente a la Ley 17.132, en particular, a su artículo 19 inciso 4º, hoy derogado por la Ley de Identidad de Género. Por lo tanto, es importante destacar que el tribunal admite la realización de la operación solicitada, entendiendo que:

*"no se trata de cambio de sexo, si no de la asignación correcta del mismo, de su determinación o definición, debido a un error inferido involuntariamente al momento de nacer la menor por causa de un defecto congénito."*

### **Caso P., R. L. (2008)**

El caso "P., R. L.", resuelto por el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 4 de Mar del Plata en el año 2008, es el primer antecedente jurisprudencial que concede la modificación de los documentos registrales de la

solicitante sin haberse sometido a una intervención quirúrgica previa<sup>15</sup>. En el caso, una mujer transexual había solicitado autorización judicial para someterse a una intervención quirúrgica con la finalidad de adecuar sus genitales a su identidad de género autopercebida. A su vez, solicitó la modificación de sus datos registrales en su partida de nacimiento, documento de identidad y en su cédula de identidad.

Al momento de dictar la parte resolutive de la sentencia, el juez ordena primero la modificación de la partida de nacimiento y la confección de un nuevo documento de identidad, para luego autorizar la intervención quirúrgica solicitada. Al respecto, el magistrado expresa que "no es la intervención quirúrgica [femeneizante en este caso] la que determina la condición de persona transexual, sino que tal intervención quirúrgica habitualmente se lleva a cabo a consecuencia de la condición de transexualidad previa". Por lo tanto, el juez entiende que limitar el acceso al cambio de nombre sólo en los casos en los que se realizara previamente la intervención quirúrgica restringe el derecho a la identidad a un solo aspecto de la sexualidad, el físico. Según el juez:

*"[...] implicaría una seria incongruencia: sería nuevamente quedarnos en una visión reduccionista que equipara el sexo como género con sólo una de sus exteriorizaciones, por caso la presencia de órganos genitales externos masculinos, en desmedro de la identidad personal, evaluada desde una perspectiva totalizadora y a partir de fundados dictámenes periciales, complementados mediante otras pruebas concordantes incorporadas en la causa".*

<sup>15</sup> Fallo "P., R. L.", Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 4 de Mar del Plata, de fecha 10/04/2008. Causa N° 771.

Cabe señalar que, en una resolución anterior (del año 2001), el mismo juez había dado autorización para que primero se llevara a cabo una intervención quirúrgica y posteriormente se rectificaran los documentos registrales.

Es un antecedente de extrema relevancia para el posterior trabajo legislativo en la sanción de la Ley de Identidad de Género.

## Caso T., M. G. (2008)

En el caso "T.M.G.", resuelto por el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 4 de la Provincia de Neuquén, en el año 2008, una mujer trans solicita, luego de haberse sometido a una intervención quirúrgica de cambio de sexo en Chile, la reasignación de sexo, cambio de nombre, rectificación de partida de nacimiento e inscripción como perteneciente al sexo femenino.

La jueza del caso comienza su análisis sosteniendo que:

*"El sexo obedece a una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales que impiden cuando existen discordancia entre ellos, una categorización homogénea. El sexo de una persona integra y atraviesa la totalidad de su vida y no se puede reducir a sus genitales." [...] "La identidad sexual constituye uno de los caracteres primarios de la sexualidad. Esta no siempre responde a la ecuación sexo genital igual a sexo psicológico."*

<sup>16</sup> Fallo "T., M. G.", Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 4 de la provincia de Neuquén, de fecha 07/10/2008. Publicado en: LLPatagonia 2008 (diciembre), 599. Cita online: AR/JUR/10532/2008.

Por lo tanto, la jueza tiene una visión amplia del concepto "identidad sexual", distinta de la visión biológica o física, considerando que la misma:

*"Es el resultado de la interrelación de los elementos estáticos que conforman al individuo y los dinámicos que comprenden aspectos psicológicos, culturales, sociales, religiosos e históricos que integran la personalidad."*

Así, se distingue entre transexualismo y travestismo, homosexualidad y hermafroditismo. Se define al transexualismo como el sentimiento de una persona de pertenecer al sexo opuesto, por lo que puede decirse que el transexual "se encuentra atrapado en otro cuerpo".

Por lo tanto, se decide autorizar la adecuación de la documentación (inscripción registral de la partida de nacimiento, Documento Nacional de Identidad, Cédula Federal, datos del padrón electoral y estudios cursados) a la verdadera identidad sexual de T. M. G., quien durante casi toda su vida se sintió mujer, teniendo en cuenta la definición de "identidad sexual" expuesta anteriormente, a efectos de que la peticionante logre insertarse en la sociedad y pueda salir de la marginalidad a la que se vio expuesta por su situación.

Por último, la jueza agrega que la anotación registral del cambio de sexo no generará efectos retroactivos en lo que refiere a las relaciones familiares y, en particular, las paterno familiares, manteniéndose las mismas inalteradas. Además, cabe mencionar que la jueza sostiene que

sólo tendrán acceso a la partida de nacimiento las personas que acrediten interés legítimo, en caso de encontrarse afectado el orden público o en el caso de tratarse de actos jurídicos en los que el género de la parte interesada deba ser indefectiblemente considerado.

## **Caso A., Z. B. (2009)**

En el fallo "A. Z. B" de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del año 2009, la mayoría de los jueces vota en favor del acceso a la autorización para realizar la intervención quirúrgica y demás prácticas necesarias, a efectos de lograr la adecuación de los órganos genitales externos de la persona<sup>17</sup>.

Así, los jueces sostienen que:

*"[...] al encuadrar el caso del actor en una disforia de género como transexual genuino, no padecer enfermedades mentales, estar avanzada –por las cirugías a las que se sometió– la adecuación de su morfología genital externa al sexo adoptado, con contención de su familia, pareja y grupo íntimo y con una conducta que no genera escándalo social, además de sentirse y comportarse como hombre, corresponde hacer lugar a la demanda. Pero, dado que no se solicita*

<sup>17</sup> Fallo "A. Z. B. s. autorización s. proceso especial", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, de fecha 20/05/2009. Expte. N° 55.790/2005 (Rec. no 485893).

*ablación de órganos sino la colocación de los pendientes, resulta innecesaria la autorización judicial al respecto, debiendo el interesado sopesar y asumir los riesgos que conllevan estas cirugías a través de un adecuado consentimiento informado."*

Asimismo, los magistrados autorizan la reasignación registral, y la modificación del sexo femenino asentado por el masculino, y el reemplazo de los nombres de pila.

Sin embargo, es importante señalar que el juez Sánchez, en una solución contraria a la de los otros dos jueces, considera que:

*"Se debe rechazar la solicitud de autorización de cambio de sexo y de rectificación de partida toda vez que la noción de sexo excede el orden de lo jurídico. La libertad del individuo sobre sí no es absoluta, pues no puede alterar lo que corresponde a la naturaleza, es función del derecho limitar la posibilidad de que alguien se desvíe de sus fines. De ahí que, las alteraciones artificiales logradas mediante intervenciones quirúrgicas en fraude a la ley argentina –las que de haberse efectivizado en el país constituirían delito penal– son insuficientes para avalar –al estar involucrado el orden público moral y social– la procedencia del cambio de sexo."*

Según su parecer, la solución más adecuada en casos como el presente es la terapia psicológica y no la intervención quirúrgica. Asimismo, considera que:

*"El Estado debe desalentar este tipo de conductas por ser dañinas para el interesado y negar la modificación de datos en el Registro Civil, al existir un interés público respecto de su certeza."*

A modo de conclusión, como surge de los casos aquí enunciados, la jurisprudencia en la materia es sumamente variada, tanto en los temas a tratar como las diversas soluciones de los jueces. La jurisprudencia es muchas veces fundamental a efectos de lograr avanzar en el camino hacia la garantía de ciertos derechos. Sin embargo, el hecho de que sea tan heterogénea hace que en muchos casos se avance pero que también, en otros, se pueda llegar a retroceder con sentencias desfavorables para las personas LGBT, por no tener la seguridad y la previsibilidad jurídica de que en casos similares la resolución será semejante.

Según lo expuesto en las distintas resoluciones judiciales, el concepto de "sexo" fue adquiriendo distintos sentidos a lo largo del tiempo. En un principio, se lo entendía desde un punto de vista biológico y natural, por lo que los jueces interpretaban que no podría el derecho tomar decisiones sobre este aspecto ya que el sexo genético es inalterable. Asimismo, consideraban que estaba involucrado el orden público y la moral social. Por lo tanto, no podría el individuo tomar decisiones por sí solo en este aspecto. En caso de que se aceptara llevar adelante una intervención quirúrgica para modificar el sexo de la persona, se debía probar la existencia de "hermafroditismo" [en términos correctos intersexualidad],

con el solo objetivo de superar las ambigüedades que pudiera haber en relación con su sexualidad.

Más adelante, se empezó a entender que ya no se trataba solamente de un elemento físico, sino que comprendía un aspecto que se relacionaba con la percepción que tuviera cada persona sobre su género. Por lo tanto, algunos jueces comienzan a autorizar las rectificaciones de datos y las intervenciones quirúrgicas aun cuando no hubiera un elemento físico que lo ameritara – la intersexualidad –, y a sostener que la intervención quirúrgica ya no es una condición necesaria para autorizar la rectificación de datos de las personas LGBT, sino que muchas veces es una consecuencia de la identidad de género autopercibida.

Así, los jueces empiezan a comprender la discriminación a la que se exponen las personas LGBT, y la necesidad de ver resguardado su derecho a no ser discriminadas. Además, teniendo en cuenta que el sexo no se entiende como un elemento físico, ya no es necesario tomar recaudos al momento de rectificar los datos de las personas (como sucedía con las notas marginales de los registros, que tenían como fin dejar en claro la diferencia entre el sexo biológico y el psicológico ante terceros).

Sin embargo, aun cuando ya el sexo no era concebido simplemente en un aspecto natural o biológico, sino como un concepto dinámico, en muchos casos de intersexualidad los jueces seguían haciendo hincapié en que la intervención quirúrgica se autorizaba por el hecho de ser simplemente una elección entre dos sexos biológicos que conviven en un mismo cuerpo, y no una modificación de sexo.

Hoy en día, fruto de los esfuerzos de las organizaciones activistas y

organismos de derechos humanos y con el paso del tiempo, se pudo comenzar a diferenciar lo que es el sexo biológico (no solamente genital, sino también cromosómico y hormonal) del género, que se trata de una construcción social. De ahí se desprende el término de identidad de género, que puede o no, condecirse con el sexo biológico asignado en el nacimiento.

Esto hace alusión a los términos explicados precedentemente en secciones anteriores como lo es el sexo, género, la identidad sexual, la orientación sexual y las expresiones sexuales. Tal como quedó demostrado, esta terminología es fruto de una conquista social y de la visibilización de los derechos de las personas LGTB y que impactan en un cambio cultural que penetra en toda la sociedad. Asimismo, la recolección de los fallos en la temática demuestran también los numerosas confusiones que se fueron dando en un momento inicial en relación a estas terminologías y cómo las mismas fueron adquiriendo nociones más claras y consensuadas.

En esta línea, es que en el año 2012 se pudo sancionar la Ley de Identidad de Género [Ley 26.743], que fue redactada atendiendo a las propuestas y proyectos presentados por el activismo y teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de los particulares afectados.

Todos los obstáculos presentados en los antecedentes jurisprudenciales se vieron superados por la mencionada ley que contempla de manera amplia el derecho a la identidad de las personas transexuales permitiendo, por ejemplo, que las personas puedan modificar sus datos ante el Registro Nacional de las Personas mediante un simple acto administrativo, sin requerir la autorización judicial previa.

Según la letra de la ley, la modificación registral se realizará mediante la emisión de una nueva partida de nacimiento, ajustándola a los cambios solicitados por el o la titular, y la expedición de un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila. La normativa en cuestión agrega que queda prohibida cualquier referencia a la ley como nota marginal en la partida de nacimiento o en el documento de identidad. Además, garantiza la gratuidad del trámite sin requerir la asistencia de profesional alguno.

No solo esto, sino que también se obliga al trato digno [artículo 12 de la ley], respetando la identidad de género adoptada, por medio de la utilización de un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. Es decir que, la adopción de un nombre distinto al consignado – aún sin mediar cambio registral de género – es motivo suficiente para que los efectores del Estado lo utilicen para cualquier trámite y para llamar a la persona tal y como lo desea.

Más aún, la ley no impone una edad mínima legal para realizar el cambio ante el Registro Nacional de las Personas [artículo 5 de la ley]. Esto implica que una persona menor de 18 años posee el derecho de acceder al cambio registral conforme a su identidad de género, siempre que respeten los recaudos que establece la ley. Tal es así, que existe un conocido caso de niña trans, como es el caso de Luana<sup>18</sup> quien en el año 2013 realizó el cambio registral sin mediar proceso judicial y que al momento de la redacción de este trabajo acaba de cumplir los 10 años de edad.

---

<sup>18</sup> Disponible en: [http://www.clarin.com/viva/vida-luana-primera-nena-trans-mundo-conseguir-dni\\_0\\_By4lQjFix.html](http://www.clarin.com/viva/vida-luana-primera-nena-trans-mundo-conseguir-dni_0_By4lQjFix.html)

Por otra parte, los cambios registrales van afectando más esferas, como son los casos de cambio de identidad de género de una persona que ya tuvo descendencia. En estas circunstancias, también deberá modificarse la partida de nacimiento del hijo o de la hija cuyo progenitor o progenitora cambió el género. Ante esto, por ejemplo en la Ciudad de Buenos Aires, se realiza vía administrativa el cambio registral por medio de una Disposición del Director General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas quien autoriza se labre nueva acta de nacimiento con el correcto nombre del progenitor o progenitora. Todo esto, haciendo fe del principio de no judicialización propuesto por la Ley Nacional de Identidad de Género.

De esta manera, la ley marca el inicio de una nueva etapa con mayores certezas en términos de derechos de la comunidad LGBT en relación a esta temática, que llevará a decisiones judiciales que deban ajustarse a la protección de dichos derechos. Y que, por otra parte, implica que ya no sea necesaria la intervención judicial para el cambio registral dando así una explicación a que la jurisprudencia en la temática haya mermado por razones de la efectividad de la ley.

## El acceso a la salud integral de las personas

Entendemos que sin el acceso pleno al derecho de acceder a la cobertura integral de la salud difícilmente podamos lograr la protección y la promoción de los derechos humanos pertenecientes al colectivo LGTB. Tal es así en el caso del reconocimiento efectivo de la identidad autopercibida de las personas por sobre el sexo biológico, respecto a la adecuación del mismo a la autopercepción.

Según fue expuesto anteriormente, los derechos humanos son universales, complementarios, interdependientes, indivisibles, irrenunciables, inalienables, inherentes a las personas. Es decir, en cuanto a su complementariedad e interdependencia, sería imposible dividir el análisis de los distintos aspectos de las personas en compartimentos totalmente separados, ya que los mismos se entrelazan y se complementan entre sí. Es por eso que, en el caso particular de la identidad de las personas y el derecho a la salud, al haber muchos puntos en común, algunos fallos mencionados en la sección anterior también son incluidos en esta sección. Éste es el caso de los fallos "P., R. L." del año 2008 y "A., Z. B." del año 2009, en los que se analiza el otorgamiento de la autorización judicial a efectos de llevar adelante la intervención quirúrgica de cambio de sexo, aunque el núcleo de la cuestión está conformado por la determinación del concepto de "identidad autopercibida". De todos modos, en esta sección haremos hincapié en aquellas cuestiones que se relacionen específicamente con las intervenciones quirúrgicas, el acceso a técnicas de fertilización asistida y la temática de salud en general.

En la actualidad existen normas que pretenden eliminar el trato discriminatorio hacia las personas LGBT en cuanto al acceso a la salud integral. De igual forma, la jurisprudencia ha marcado el ritmo de la necesidad real

de las personas de superar barreras para adquirir una fisonomía acorde a su identidad de género autopercibida, o para tener hijos de su descendencia biológica. Con las constantes solicitudes o manifestaciones vertidas en varios planteos judiciales se ha logrado el reconocimiento de importantes derechos en lo que a la salud de las personas LGBT refiere.

Si bien en la actualidad la legislación vigente ha tomado estos aprendizajes y los ha reconocido a nivel nacional, en los hechos muchas veces se dificulta su efectiva implementación. El caso más reciente es el de la Ley de Identidad de Género, que tal como se mencionó precedentemente, reconoce en su Artículo 11 el derecho a una atención integral en materia de salud y, en particular, el derecho de las personas a acceder a intervenciones quirúrgicas a fin de adecuar su cuerpo a su identidad de género autopercibida. Asimismo, establece la obligación de reconocer los derechos que surgen de la mencionada ley por parte de los efectores del sistema público de salud, sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales.

Aun cuando dicha ley ha sido un gran avance en la materia, la falta de reglamentación del Artículo 11 durante los últimos años ha tornado más que dificultosa su implementación, y esto ha derivado en nuevos reclamos judiciales. Recientemente se ha salvado este vacío normativo con la firma del Decreto N° 903/2015. Sin embargo, debido al corto tiempo de la implementación de la ley y, más aún, del decreto, todavía no hemos tomado conocimiento del dictado de una sentencia según la nueva normativa. Además, es importante señalar que en muchos casos los conflictos se resuelven antes de llegar a una resolución judicial. Por otra parte, se conoce también que aunque existen quirófanos y cirujanos especializados en la operación de adecuación genital, son extremadamente escasas aquellas salas médicas que están a disposición para realizar estas intervenciones, y a su vez, que son notoriamente pocos los

profesionales con el conocimiento específico que se necesita para hacer esta intervención exitosamente que permita dar respuesta ágil a las demandas de la intervención quirúrgica. Estas cuestiones generan dilaciones a la hora de acceder, tal como lo prescribe la ley en su artículo 11, a la intervención correspondiente.

Por otra parte, se analizará los casos de fertilización asistida para aquellos casos de matrimonios homoparentales. En muchas de estas causas, la obra social no considera que estos tratamientos sean parte de aquellos obligatorios que debe proveer a sus abonados. Sin embargo, las sentencias apuntan al respeto de los derechos de salud integral y de formar una familia sin discriminación.

De esta manera, la cuestión de la salud hoy en día ya se ha topado con determinados obstáculos de índole prácticos en muchos casos, que ha conducido a estas sentencias que buscan garantizar determinados derechos.

Si bien las sentencias al momento son primordialmente de estas dos temáticas [adecuación genital y fertilización asistida] nada obsta que, más niveles de protección se vayan alcanzando por medio de la inclusión de nuevos aspectos que protejan al colectivo LGTB desde la faceta del derecho a la salud. De esta manera, volvemos a la idea de la progresividad de derechos en función de los avances normativos y de las necesidades sociales.

Algunos aspectos relacionados a la salud serán tratados en este apartado, mientras que otros, se analizarán en la siguiente sección que aborda el derecho a formar una familia. Esto ocurre así debido a la interdependencia de los derechos humanos, los cuales pertenecen a la persona que es un todo integral, y donde – insistimos – la división por tipos de derechos resulta artificial pero de todas maneras necesaria y eminentemente útil.

## Caso S. M., R. (1966)

El caso "S. M., R.", de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, del año 1966, es el primer antecedente que hallamos en materia de salud de las personas transexuales<sup>19</sup>. La Cámara resuelve sobre la responsabilidad por lesiones gravísimas de un médico por efectuar una intervención quirúrgica de cambio de sexo. En el fallo no se reconoce el derecho de las personas transexuales a someterse a dichas intervenciones, sino que lo que se busca es castigar penalmente al médico que la realizó en este caso.

En su sentencia, los jueces resuelven que:

*"La extracción de un pene sano a un hombre físicamente sano carece de razón científica. Ni por razones estéticas, ni por satisfacción de un malsano interés psicológico, ni por complacer una desviación mental en la víctima, tal extirpación puede justificarse. El empleo de título, conocimientos, medios y técnica médica en la operativa, no basta para cubrir la licitud, lo que es tan sólo una lesión dolosa reputada delito por la ley penal".*

La persona transexual es considerada una persona enferma, y se confunde el término "transexual" con el de "homosexual", usándolos como sinónimos. Asimismo, los jueces hacen referencia a la mujer transexual intervenida como una víctima y se refieren a ella en términos masculinos.

<sup>19</sup> Fallo "S. M., R.", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala de Cámara, de fecha 29/07/1966. Fallo N° 56.208 (ADLA, IV; VII, 71), LL. t. 123.

En lo que respecta a la salud, en particular, este tribunal entiende que el médico imputado obró en contra de los preceptos de la medicina ya que "a estos enfermos no hay que destrozarles el cuerpo; hay que procurar curarles la mente". Así, los jueces explican que el ataque al hombre en su atributo de hombre es un desafío a la preservación de la especie.

Por último, agregan que el consentimiento se encontraba viciado debido a un mal psíquico que afectaba a la persona, que desfiguraba el real alcance y sentido de la operación, aun suponiendo el mejor resultado de la misma.

### Caso J.C.P. (2001) y caso C.A.M. (2003)

El caso de "J. C. P." del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 de Mar del Plata, del año 2001, es el primer antecedente jurisprudencial en el que una mujer transexual obtiene la autorización judicial para realizarse una intervención quirúrgica a fin de adecuar sus órganos genitales exteriores [una intervención quirúrgica feminizante].<sup>20</sup>

El juez de la causa entiende que la transexualidad es anterior a la alteración física del cuerpo, y que ésta, en realidad, conforma un aspecto de la salud de la persona transexual. Es por ello que se ordena primero la realización de la intervención quirúrgica y, una vez realizada, la anotación en la partida de nacimiento de J.C.P. de su nuevo nombre femenino ("S. A. P."), haciendo constar su sexo femenino. Asimismo, se ordena la confección de un nuevo documento de identidad.

<sup>20</sup> Fallo "J. C. P. s/ acción de amparo", Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, Secretaría N° 5, de fecha 19/07/2001. Causa N° 7/60.193.

Con posterioridad a este fallo, el mismo juez resuelve una situación similar, en el mismo sentido y con los mismos argumentos, en el caso "C.A.M." del año 2003.<sup>21</sup>

### Caso C.J.A. (2007)

En relación con el tema de salud pero, en particular, sobre la temática en el caso de menores de edad, el fallo "C.J.A." del Juzgado de 1° Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, del año 2007, es paradigmático.<sup>22</sup>

Los padres de una menor solicitaron a la Justicia autorización para someter a su hija transexual a una intervención quirúrgica para la adecuación de sus genitales. El juez de Primera Instancia rechazó in limine la demanda interpuesta, al entender que el ejercicio de la patria potestad no incluye la posibilidad de decidir sobre una intervención tan radical y definitiva como la solicitada. Al respecto, sostuvo que "la naturaleza de la pretensión que constituye el objeto de la demanda excede las facultades que la ley civil acuerda a los actores para actuar en representación de su hijo menor" [sentencia del 26/11/2004]. Los demandantes apelaron, y la Cámara rechazó la apelación. Apelaron nuevamente y, en este caso, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba declara mal denegado el recurso de casación interpuesto y anuló la decisión de la Cámara.

Luego de la resolución del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba transcurrió el tiempo desde la presentación inicial hasta que

<sup>21</sup> Fallo "C. A. M. s/ acción de amparo", Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, Secretaría N° 5, de fecha 06/10/2003. Causa N° 3/53.401.

<sup>22</sup> Fallo "C. J. A. y otra - solicitan autorización", Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, de fecha 21/09/2007. Publicado en LLC2007 [noviembre], 1102. Cita online: AR/JUR/5596/2007.

## Caso P.,R.L. (2008)

la Primera Instancia volvió a tomar el caso, y la joven transexual, que al momento del inicio de las actuaciones tenía 14 años de edad, cumplió 17 años. A su vez, el Comité Consultivo en Prácticas Médico-Sanitarias y Bioéticas del Poder Judicial consideró, en el segmento pericial de su informe, entre otras cosas, que el menor tenía plena conciencia de su transexualidad, y que se encontraba convencido de que el sometimiento a una cirugía de reasignación de sexo mejoraría su calidad de vida. Asimismo, dicho Comité sostuvo que:

*"[...] se estima que el menor tiene aptitud y madurez acorde a su edad y dentro de sus cabales por sí, para comprender la trascendencia para su vida futura, los riesgos de la cirugía y/o tratamientos hormonales a que fue, es, y será sometido, y de sus irreversibles consecuencias."*

Finalmente, dicho Comité emitió su dictamen de manera favorable a lo solicitado, y autorizó la intervención quirúrgica "feminizante", requiriendo el consentimiento informado del menor y el asentimiento de los padres. Asimismo, impuso a los padres una debida supervisión o acompañamiento interdisciplinario por un psicólogo, psiquiatra, endocrinólogo y cirujano, tanto en un momento anterior como posterior a la cirugía, y hasta la mayoría de edad de su hija.

Cabe destacar que, nuevamente, en este caso los jueces supeditan la rectificación de la partida de nacimiento y el cambio de nombre, y la emisión de un nuevo documento de identidad, a la intervención quirúrgica.

El fallo "P., R. L." del año 2008, anteriormente analizado en la sección vinculada al derecho a la identidad de las personas, consistía en el requerimiento de una mujer transexual para realizarse una intervención quirúrgica a los fines de adecuar su genitalidad a su identidad autopercebida<sup>23</sup>.

En este caso, el juez hace lugar a la demanda, y ordena la rectificación registral de la partida de nacimiento y del documento de identidad sin establecer como requisito previo que se realizara la intervención quirúrgica.

En la misma resolución se autoriza la intervención quirúrgica solicitada. Sin embargo, se dispone como condición la obligatoriedad de continuar con tratamiento psicológico, y de realizar un control psicológico y psiquiátrico dentro de los seis meses desde el dictado de la sentencia y con anterioridad a dicha intervención quirúrgica.

Al respecto, el juez de la causa manifiesta que:

*"La misma sentencia contendrá asimismo la 'autorización' para la intervención quirúrgica, aunque su realización no será inmediata, sino que estará precedida del apoyo psicoterapéutico ya indicado, y una evaluación psicológica actualizada que indique la conveniencia de la misma en resguardo de la salud integral de la persona solicitante".*

<sup>23</sup> Fallo "P., R. L.", Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata, de fecha 10/04/2008. Publicado en LA LEY 08/10/2008, B, con nota de Silvia Eugenia Fernández; LA LEY 2008-F, 37, con nota de Silvia Eugenia Fernández; LLBA 2008 (octubre), 963, con nota de Felicitas Maliztegui Marcó; Sup. Const. 2009 (marzo), 43, con nota de Augusto C. Belluscio; LA LEY 2009-B, 577, con nota de Augusto C. Belluscio; LLBA 2010 (febrero), 21, con nota de Silvia E. Fernández. Cita online: AR/JUR/7764/2008.

Debido a las manifestaciones que la peticionante realizara al momento de llevarse a cabo la pericia psicológica, y con la intención de resguardar su salud mental, el magistrado dispone esta medida obligatoria como requisito para acceder a la intervención quirúrgica.

Cabe aclarar que, actualmente, la Ley 26.743 de Identidad de Género en su artículo 11 no establece ningún requisito más que el consentimiento informado de la persona a los fines de requerir la intervención quirúrgica.

### **Caso A., Z. B. (2009)**

El caso de "A. Z. B." de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del año 2009, fue anteriormente estudiado en este documento en la sección que analiza cuestiones de identidad <sup>24</sup>.

El tema en estudio consiste en el requerimiento de un hombre transexual que se había realizado una extirpación del útero y ovarios en otro país, y que ahora requería la autorización judicial para efectuar una intervención quirúrgica de adecuación genital a los fines de que se le colocara una prótesis peneana y sacos testiculares para adecuar su genitalidad al sexo masculino.

Dicha solicitud fue rechazada en Primera Instancia. Debido a la denegación de la apelación, se logra acceder a la resolución de la Cámara por medio del recurso de queja.

<sup>24</sup> Fallo "A., Z. B. s. autorización s. proceso especial", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, de fecha 20/05/2009. Expte. N° 55.790/2005 (Rec. no 485893).

Al respecto, la Cámara resuelve que, en realidad, el peticionante no necesita una autorización judicial para efectuar la intervención quirúrgica que solicita, ya que no se trata de la ablación de órgano alguno, sino la colocación de una prótesis. A su vez, se ordena la modificación de la inscripción registral respecto del nombre y el sexo, y la confección de un nuevo documento de identidad.

### **Caso P., M. E. (2009)**

En el caso de "P., M. E.", resuelto por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2009, una pareja de mujeres lesbianas reclamó ante la justicia su derecho al acceso al procedimiento de reproducción asistida<sup>25</sup>.

En particular, la pareja, tras obtener la cobertura médica, y con la intención de tener un hijo en común con un donante de semen anónimo, solicitó a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) que se le otorgara la cobertura para realizar el tratamiento de fertilización asistida requerido, ya que no podían hacer frente a los costos económicos que dicho tratamiento implicaba. El óvulo utilizado sería de una de ellas, mientras que el útero en el que el embrión sería implantado sería de la otra, por lo que ambas serían las madres.

Sin embargo, OBSBA les comunicó que este tipo de tratamientos no está incluido en el Plan Médico Obligatorio (PMO), por lo que no podrían cubrir los gastos que el mismo implique. Es decir, no habría arbitrariedad

<sup>25</sup> Fallo "P.M.E. y otros c/ OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] s/amparo [art. 14 CCABA]", Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires, de fecha 24/11/2009. Expte. N° 35403/0.

en el caso de este pedido en particular, ya que no se cubren estos tratamientos en forma general y universal a todos los afiliados.

Por su parte, en su sentencia, la jueza entiende que, tal como lo establece la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el derecho a la salud es integral, "[...] lo cual significa, según el propio texto constitucional, que el derecho a la salud se vincula directamente con la satisfacción de las necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente [artículo 20]." Asimismo, sostiene que, en caso de no proceder la demanda, no sólo se vería afectado este derecho, sino también su derecho a la igualdad, para lo que la jueza cita el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

De esta manera, la jueza resuelve que se:

*"proceda de inmediato a adoptar las medidas necesarias tendientes a cubrir los costos económicos del tratamiento médico pertinente a los fines de que [las demandantes] puedan acceder a la posibilidad de tener un hijo en común".*

Es importante señalar que ya el año anterior a este fallo algunos juzgados habían decidido en el mismo sentido. Sin embargo, siempre se trataba de parejas heterosexuales con problemas de fertilidad. Ésta es la primera vez que la justicia argentina reconoce este derecho a una pareja de homosexuales.

## Caso L., G. A. (2011)

En el caso de "L. G. A." de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del año 2011, una mujer transexual solicitó autorización judicial para realizarse una intervención quirúrgica de adecuación genital, y la rectificación de la partida de nacimiento y del documento de identidad<sup>26</sup>:

La sentencia de Primera Instancia autorizó dicha intervención quirúrgica y dispuso que, una vez acreditada su realización, se rectificara la partida de nacimiento mediante nota marginal. Ante esta decisión, L., G. A. interpuso un recurso de apelación respecto del requisito de someterse primero a la intervención quirúrgica para acceder luego a la modificación registral.

Ante este planteo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sólo hace lugar a la solicitud en forma parcial, ya que ordena la inscripción registral de la partida de nacimiento como una partida nueva en la que deberá constar la siguiente leyenda: "Por orden del Sr. Juez de... Instancia según Resolución [Auto Interlocutorio, Sentencia, etc.] N°... de fecha... Secretaría... con relación al acta anterior que se identificará por su número y fecha".

La Cámara señala que la sentencia judicial de cambio de sexo podrá inscribirse en la oficina del Registro Civil donde se encuentra la inscrip-

<sup>26</sup> Fallo "L. G. A.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, de fecha 22/03/2011. Publicado en DFyP 2011 (diciembre), 237, con nota de Fernando Millán. Cita online: AR/JUR/10726/2011.

ción original del nacimiento de la persona transexual. Seguidamente deberá procederse a marginar la misma, consignando la siguiente leyenda: "Prohibido expedir certificado o testimonio de la presente, salvo casos de orden judicial o requerimiento del titular de la partida".

De esta manera, el Tribunal expresa que no sólo responde al interés público, sino que además refleja la situación real de la persona preservando su derecho a la intimidad. Cabe destacar que durante toda la resolución los jueces se refieren a la requirente en términos masculinos.

Por último, es importante hacer hincapié en que los jueces no se expiden respecto al requisito de cumplir primero con la intervención quirúrgica para acceder a la modificación registral, no haciendo lugar a esa fracción del planteo.

### **Caso Metzler (2014)**

En el caso "Metzler, Sabrina M.", resuelto por la Cámara del Trabajo de la 3ª Circunscripción Judicial, Provincia de Río Negro, en el año 2014, la solicitante interpuso acción de amparo a fin de que se condene a O.S.P.A.T. a cubrir íntegramente los gastos del tratamiento de fertilización asistida, con el objeto de poder formar una familia con su esposa desde el año 2010, Paola Alejandra Cariac<sup>27</sup>. La demandada, por su parte, efectuó cuestionamientos contra la procedencia de la acción, fundados en la normativa contractual que une a las partes, y plantea la incompe-

27 Fallo "Metzler, Sabrina M. c/O.S.P.A.T. s/ Acción de Amparo", Cámara del Trabajo de la 3ª Circunscripción Judicial, Provincia de Río Negro, de fecha 12/03/2014. Expte. N° 25003/13.

tencia del tribunal.

El tribunal, a su vez, luego de resolver la cuestión procesal planteada en el caso, entiende que la Ley Nacional de Reproducción Medicamente Asistida [Ley 26.862], dictada en junio de 2013, y su Decreto Reglamentario N° 956/2013, tienen por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Según dicha ley, la Obra Social se encuentra obligada a brindar la cobertura peticionada, en los términos que marca la normativa y su reglamentación.

Finalmente, si bien el tribunal reconoce el derecho a obtener un tratamiento de fertilización asistida, considera necesario -para evitar la desfinanciación de la obra social- efectuar un límite en cuanto a la cantidad de tratamientos a cargo de O.S.P.A.T., fijando el mismo -en función de la edad de Metzler- en dos tratamientos de la fecundación asistida solicitada.

### **Caso N., V.A. (2014)**

"N., V. A.", resuelto por el Tribunal en lo Criminal N° 4 de La Plata, en el año 2014, es un caso de un matrimonio de mujeres lesbianas que promueven acción de amparo, solicitando a su obra social, en este caso el Instituto de Obra Médico Asistencial [I.O.M.A.], la cobertura médica para llevar a cabo una fertilización in vitro de alta complejidad con donación

ovocitaria y espermatozoides, procedimiento requerido según la patología de infertilidad que padece una de las mujeres<sup>28</sup>. La pareja solicita que la cobertura se disponga en su integralidad y mientras se mantenga la prescripción de atención médica que ha sido indicada.

I.O.M.A. se niega a otorgar la cobertura médica solicitada, argumentando que dicha práctica no se encuadraba dentro de Resolución Ministerial I.O.M.A. N° 8538/10 [y su modificatoria 4310/12], en relación con la cobertura de técnicas de fertilización asistida.

La pareja considera que la Resolución mencionada limita en forma arbitraria e irrazonable la posibilidad de realizar estos tratamientos a las parejas del mismo sexo. Las solicitantes sostienen, además, que el Estado ha reconocido el derecho al matrimonio igualitario, por lo que no se puede dejar de lado ninguno de los elementos que restrinjan en modo alguno la formación de una familia, lo que se realiza en plenitud con la llegada de los hijos, que -en un matrimonio del mismo sexo- es imposible que se logre sin la donación de óvulos o espermatozoides.

IOMA no contemplaba técnicas de fertilización asistida con la utilización de óvulos y semen heterólogos en sus convenios y resoluciones vigentes, dado que en la Ley provincial 14.208 y su reglamentación se reconoce la cobertura médico asistencial sólo respecto de las prácticas médicas de fertilización homóloga, es decir, con la utilización de gametos propios de cada integrante de la pareja, dejando fuera la pretendida técnica de fertilización asistida con ovodonación y donación de esperma.

<sup>28</sup> Fallo "N., V. A. y otra vs. Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s. Amparo", Tribunal en lo Criminal N° 4 de La Plata, Buenos Aires, de fecha 18/06/2014. RC J 4892/14.

En su sentencia, los jueces consideran significativamente importante destacar que la Ley de Matrimonio Igualitario establece que no se podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión con fundamentos en la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

Aquí se discuten las diferencias entre la fertilización homóloga y heteróloga, así como la jerarquía normativa argentina ya que, a partir de la sanción de la Ley de Reproducción Medicamente Asistida [Ley 26.862], las leyes provinciales deben ajustarse a sus lineamientos y adaptar sus regulaciones locales. Así, luego de realizar un recorrido detallado por toda la normativa internacional de derechos humanos aplicable al caso en cuestión, el tribunal entiende que deben tenerse en cuenta el compromiso y el respeto a los derechos consagrados en los tratados internacionales con jerarquía constitucional que la ley recepta.

Asimismo, el tribunal considera pertinente resaltar que la Resolución Ministerial I.O.M.A. N° 8538/10 ha sido dictada con posterioridad a la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario, por lo que debería receptor los principios que surgen de la misma, en particular, en materia de igualdad de acceso a los derechos reproductivos.

Finalmente, y sobre la base de la Ley de Matrimonio Igualitario, se resuelve hacer lugar a lo solicitado por las peticionantes, y se ordena a I.O.M.A. que arbitre los medios y tome los recaudos necesarios para satisfacer los gastos y costos que insuma la fecundación in vitro requerida, por constituir su negativa un acto de discriminación en razón de la orientación sexual de las peticionantes.

A modo de conclusión, la evolución en materia de derechos a la salud de las personas LGBT surge en forma clara de los distintos fallos seleccionados en esta sección.

En el año 1966 los jueces de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en el fallo "N. N." se refieren a las personas transexuales (a quienes confunden con homosexuales) como "enfermos" a quienes hay que "curarles la mente", por lo que los consideran víctimas en casos de intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo.

Más adelante en el tiempo, los jueces comienzan a entender que hay una demanda por parte de la sociedad que hay que tener en cuenta, por lo que empiezan a hacer lugar a las autorizaciones a fin de posibilitar las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo, y terminan por eliminar el requisito de la intervención para poder realizar la rectificación de la documentación personal. Además, finalmente se decide que no es necesaria la autorización judicial previa a fin de realizar la intervención, ya que se trata de la aplicación de una prótesis y no de una ablación de órganos.

Por otro lado, no sólo se modifica con el tiempo la visión de los jueces con respecto a las personas LGBT en relación con su adecuación genital, sino que también empiezan a entender que las personas pertenecientes a dicho colectivo también tienen un derecho a formar una familia. Por lo tanto, al igual que para parejas heterosexuales en determinados casos, los jueces obligan a las obras sociales a hacerse cargo de los costos económicos involucrados a fin de poder llevar adelante tratamientos de fertilización asistida. Los fallos "P., M. E." del año 2009, y "Metzler" y "N., V. A." del año 2014, son ejemplos que muestran claramente la evolución en este sentido.

Según fuera aclarado anteriormente en relación con el derecho a la identidad y a la salud, aquí también los derechos se ven interrelacionados. Así, al tratar casos sobre la protección del derecho al acceso a la salud, también entra en la discusión el derecho a formar una familia: para parejas homosexuales, por ejemplo, la única manera de concebir un hijo

y formar una familia es accediendo a técnicas de reproducción asistida. Por lo tanto, si un juez limita el derecho de acceso a la salud de una persona LGBT en estos casos, automáticamente está limitando también su derecho a formar una familia.

## El derecho a formar una familia

A través de los años las personas LGBT han logrado reconocimiento, tanto en la jurisprudencia como, posteriormente, en la legislación, como personas con derecho a formar una familia al igual que cualquier otra persona, sin discriminación. No ha sido tarea fácil, pero el activismo y la constancia en los pedidos han logrado que progresivamente la jurisprudencia hiciera lugar a sus demandas, reconociéndoles el derecho.

El dictado de las leyes de matrimonio igualitario [Ley N° 26.618 del año 2010] y de fertilización asistida [Ley N° 26.862 del año 2013] fue posible gracias a una incansable lucha en sede judicial para que se les reconocieran los derechos de las personas LGBT no solo casarse sino también acceder a distintos derechos en relación con la posibilidad de criar a sus propios hijos e hijas. Todas las personas nacemos libres e iguales, y nuestras elecciones personales, como con quién queremos compartir nuestras vidas en nuestra esfera más íntima, forman parte de nuestro ámbito de autonomía de la voluntad, como ya fue abordado precedentemente al referirnos a las libertades desprendidas del Artículo 19 de la Constitución.

Progresivamente, el Estado lo fue receptando y pudo convertir esas demandas judiciales en enorme puntapié para lograr un reconocimiento

legislativo a nivel nacional, de ahí la importancia de la jurisprudencia en la materia. Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, dichas reformas quedan plasmadas en distintas normas que ordenan las bases jurídicas en materia civil y comercial de la sociedad Argentina.

Consideramos necesario compartir en esta sección la jurisprudencia relevante al respecto.

## Caso D., P. A. (2007)

Un primer caso a resaltar es el de "D., P. A." de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Provincia de Santa Fe, del año 2007. Tras el fallecimiento de su pareja [C., A. V], una persona homosexual [D., P. A.] inició una demanda por "disolución de comunidad de bienes", y con el objeto de que se le reconociera el 50% de un bien inmueble, contra los sucesores de la persona fallecida<sup>29</sup>. La pareja había convivido en una "unión de hecho homosexual" hasta el momento en que se produjo el deceso.

En Primera Instancia se hace hincapié en la ausencia de normativa con respecto al tema en cuestión, sosteniendo que se analizaría el caso sobre la base de las normas generales del derecho, y se rechaza la demanda, por no haber acreditado el solicitante la existencia de aportes a la sociedad de hecho. El inmueble había sido adquirido por C., A. V., con su propio patrimonio, y no había pruebas que indicaran la existencia de la participación de D., P. A.

D., P. A. apela la decisión, pero la Cámara confirma la sentencia. Para así decidir, la Cámara considera necesaria la prueba de la existencia de la

sociedad de hecho. Sin embargo, no se encuentran acreditados aportes de significación por parte de D., P. A. a la sociedad de hecho para poder acceder a la pretensión.

## Caso F., A. C. (2009)

En el año 2009, en el caso de "F., A. C.", resuelto por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una pareja homosexual, tras haberle sido denegada su petición de contraer matrimonio en un Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpone una acción de amparo ante la justicia local para revertir la situación<sup>30</sup>. Denuncian la existencia de trato discriminatorio, y la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil, en relación con la necesidad de que los contrayentes sean hombre y mujer.

En una decisión sin precedentes en la Argentina, la jueza Seijas decide en favor del reclamo de la pareja, declarando la inconstitucionalidad de los artículos citados y ordenando se permita la celebración del matrimonio entre los peticionantes.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sostiene, por un lado, que la acción de amparo no es la vía más idónea en el caso, y que no hay prueba suficiente que acredite la existencia de una conducta activa u omisiva arbitraria de dicho Gobierno. Por otro lado, alega que la administración

<sup>29</sup> Fallo "D., P. A. c. V., H. y/u otro", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II Integrada, de fecha 02/11/2007. Publicado en LLLitoral 2008 (marzo), 220, 2008/03/12, 87. Cita online: AR/JUR/9210/2007.

<sup>30</sup> Fallo "F. A. c/ GCBA s/ AMPARO (ART. 14 CCABA)", Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 10/11/2011. Expte N° 34292-D.

local no tiene competencias para ejercer funciones judiciales [artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional], como lo sería declarar la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil, sino que debe obedecer a ellos [artículo 1071 del Código Civil], y es el Poder Legislativo el que debería reformar la ley.

La jueza, por su parte, distingue el concepto de "legitimidad" del de "legalidad", por lo que, aun cuando su accionar fuera acorde a la ley, el obrar del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue ilegítimo, por no ajustarse a los mandatos constitucionales de mayor jerarquía que velan por la igualdad. Si bien para los contrayentes del mismo sexo existía el instituto de la "unión civil", regulado en la Ley 1.004, el mismo no era suficiente para otorgar las mismas ventajas – tanto concretas como simbólicas – que surgen de la institución del matrimonio, ni para satisfacer el derecho a la igualdad.

Por otro lado, dedicar ese instituto sólo a los contrayentes del mismo sexo implicaría, a su juicio, estigmatizar y segregar aún más a la minoría homosexual en nuestro país, por no ajustarse a lo que una supuesta mayoría entiende como "correcto" o "normal":

*"Partiendo del régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, es claro que no hay orientaciones sexuales o géneros buenos y malos: la opción sexual y el género son cuestiones extramORALES. No hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos. Se trata de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes para la dignidad humana."*

*La igualdad, sostiene la jueza, presupone la diferencia y, siendo la orientación sexual una categoría sospechosa, susceptible de ser discrimi-*

*minada especialmente, cabe aplicar la inversión de la carga de la prueba sobre la persona o institución que discrimine, que deberá demostrar, acorde a los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, que su conducta obedece a estándares razonables. A su vez, deberá demostrar que la discriminación responde a fines sustanciales, cuyos medios para alcanzarlos sean no sólo efectivos, sino lo menos lesivos y las mejores alternativas viables para lograrlos.*

*Conforme se desprende de la sentencia:*

*"A fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador, el constituyente de la Ciudad ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad. Esta contradicción directa con el texto constitucional lleva a considerar a la categoría como sospechosa de discriminación [Fallos: 314:1531, votos de Petracchi y Fayt; y Fallos: 329:5266] y, por lo tanto, hace pesar sobre dichas normas una presunción de inconstitucionalidad [...]."*

*Finalmente, la jueza hace una analogía con la igualdad entre el hombre y la mujer en la historia nacional, analizando cronológicamente el avance de la mujer en cuanto a la protección de sus derechos, y su reflejo en la ley. Postula que la misma situación sería aplicable a las parejas del mismo sexo, a quienes no les alcanza con ser "toleradas" por el resto de la sociedad, sino que deben poder gozar de las mismas posibilidades y lograr el reconocimiento estatal, fuera de cualquier juicio moral o religioso.*

## Caso L., S. M. (2009)

Con posterioridad a la sentencia del fallo "F., A. C.", también en el año 2009 y con relación a dicho fallo, el caso de "L., S. M." es el de un ciudadano que interpone ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 85 una acción para que se declarara la nulidad de la cosa juzgada, por considerar que la decisión en el caso "F., A. C." afectaba la institución familiar y el orden público<sup>31</sup>. A su vez, pide que se ordene una medida cautelar a efectos de suspender la celebración de dicho matrimonio, todo lo cual fue concedido por la Justicia Civil, sin expedirse sobre el fondo del asunto.

Según el magistrado, la aplicación de los artículos 172 y 188 del Código Civil constituye una interpretación razonable de la ley, y no sería competencia de la justicia local declarar su inconstitucionalidad, permitiendo que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio.

En su sentencia, el juez sostiene que corresponde revisar la cosa juzgada, ya que se encuentra viciada y no cumple con los requisitos formales que habilitan a la celebración de un matrimonio. Asimismo, se permite que terceros ajenos al proceso pidan la nulidad de lo fallado sobre la base de su derecho a peticionar a las autoridades ante supuestos en que está en juego la defensa de una institución que afecta el interés general y al orden público.

Finalmente, considera que corresponde suspender cautelarmente el matrimonio en cuestión, por cumplirse con los requisitos de peligro en la demora, y por la urgencia e inminencia del matrimonio.

<sup>31</sup> Fallo "L., S. M. y otro c/ GCBA", Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 85, de fecha 30/11/2009. Publicado en DJ23/12/2009, 3665. Cita online: AR/JUR/44451/2009.

## Caso Canevaro, Martín y otro (2010)

En el año 2010, en la causa "Canevaro, Martín y otro", Martín Canevaro y Carlos Humberto Álvarez Nazareno inician una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tras haberles sido denegada su petición de turno para contraer matrimonio por el oficial del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Delegación CGP N°5, sobre la base de su orientación sexual y la prohibición establecida en ese sentido en el Código Civil<sup>32</sup>.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tras declararse competente para entender en el caso, hace lugar al amparo y ordena permitir el matrimonio de los solicitantes, obviando los obstáculos formales y declarando la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil.

El juez analiza en primer lugar la competencia de la justicia local, para lo cual cita el artículo 129 de la Constitución de la Ciudad, que establece que la Ciudad tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Por otro lado, acude a precedentes tales como "Mill de Pereyra", argumentado que la Constitución local establece que los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva [artículo 14]. De ello deriva que, si puede revisarse de oficio la constitucionalidad de la norma [ley o reglamento] en que se funde el acto lesivo, con mayor razón aún podrá hacérselo a pedido de parte, como en el caso.

<sup>32</sup> Fallo "Canevaro, Martín y otro c/ GCBA s/ Amparo [Art. 14 CCABA]", Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 19/03/2010. Expte. N° 36410/D.

Acto seguido, el juez, ya habilitada su competencia y la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad, considera que el caso constituye una violación a los principios igualitarios establecidos constitucional y convencionalmente, agregando que la orientación sexual es uno de los atributos que integran las categorías sospechosas, sobre las que pesa una presunción de inconstitucionalidad. De esta manera, quien efectúe una discriminación basada en estas categorías, deberá probar fehacientemente que ésta obedece a motivos razonables y no lesivos.

En el caso, no se logran acreditar motivos por los cuales podría privárseles a los peticionantes su derecho a gozar de las mismas prerrogativas y beneficios que otorga el matrimonio a los contrayentes de distinto sexo. Tras pronunciarse sobre la importancia del derecho a la igualdad y el respeto a la autonomía, cuyo límite es el daño concreto a terceros (artículo 19 de la Constitución Nacional), el juez decide dejar sin efecto lo dictado por el oficial público de la Delegación del Registro Civil, y ordena que se celebre el matrimonio cuando los actores lo dispongan.

## Caso B., D. A y otros (2010)

En el caso de "B., D. A y otros" resuelto por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el año 2010, dos contrayentes del mismo sexo interponen una acción amparo ante la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Delegación CGP N° 14, atacando una resolución administrativa dictada por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, denegatoria de la autorización para contraer matrimonio por ser ambos del mismo sexo<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Fallo "Canevaro, Martín y otro c/ GCBA s/ Amparo [Art. 14 CCABA]", Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 19/03/2010. Expte. N° 36410/0.

El Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 de la Ciudad hace lugar al pedido de la pareja, en consonancia con lo resuelto en el fallo "F., A. C.", autorizando la celebración del matrimonio y otorgándoles, por analogía, ya que no surge expresamente del Código Civil vigente, las mismas prerrogativas que tienen los contrayentes de distinto sexo. Según las palabras del juez:

*"Es evidente entonces que los actores tienen derechos reconocidos en textos constitucionales y supraconstitucionales los cuales se ven impedidos de ejercer por causa de normas vigentes que no se encuentran acorde a los tiempos, por lo tanto, se hallan excluidos de gozar de esos derechos en virtud de normas de inferior jerarquía normativa desactualizadas que no contemplan el nuevo alcance dado a estos derechos a fin de aventar la exclusión y la marginación por causa de discriminación por orientación sexual."*

Ante esto, el Ministerio Público Fiscal de la Nación apela dicha decisión y, además, interpone un recurso de apelación ante la Justicia Nacional en lo Civil planteando la acción de nulidad de la autorización emanada de la Justicia local, calificándola de "sentencia y consiguiente matrimonio aparentes". Según el magistrado de la Justicia Nacional, el matrimonio carece de efectos desde el inicio.

Así, el juez nacional decreta la nulidad del matrimonio, por considerar que el mismo es inexistente, al violar lo prescripto en el artículo 172 del Código Civil. Dicho artículo sostiene que, para que exista matrimonio, los contrayentes deben ser hombre y mujer. Por lo tanto, el magistrado sostiene que permitir la existencia de este matrimonio atentaría contra los intereses generales de la Nación y contra el orden público. La pareja, por su parte, apela este fallo de la Justicia Nacional.

## Caso M. del P.C. y otra (2011)

Por lo tanto, ante la contradicción entre ambos fallos, la Procuración General de la Nación, responsable de la decisión, debe resolver quién tiene jurisdicción para decidir en el presente ya que, en caso de que se confirmara la sentencia nacional, se neutralizarían los efectos del amparo promovido localmente por los contrayentes.

La Procuración General de la Nación considera, entonces, que ambos procesos deben tramitar ante el mismo juez, por entender que, al tratarse aquí de un derecho humano como lo es el estado civil de las personas, no debe permitirse un "escándalo" que podría surgir como consecuencia del dictado de sentencias contradictorias sobre el mismo tema. Para así decidir, la Procuración argumenta que, si bien los jueces ya se pronunciaron en los dos procesos de distinta jurisdicción, y si bien las discusiones sobre competencia no pueden darse luego de la sentencia, en este caso se justifica que algunos criterios formales cedan a efectos de poder obtener una solución coherente.

La Procuración decide, entonces, otorgarle jurisdicción a la justicia local, que es la que dictó sentencia originalmente, y por la que se cumplió la unión entre los particulares, ya que no sería coherente que:

*"las consecuencias de una decisión judicial sean atendidas en una circunscripción ajena -que de tal modo, vendría a constituirse en los hechos en una verdadera instancia revisora- [...]"*

En relación con el derecho a la paternidad y maternidad de las personas homosexuales, el caso de "M. del P.C. y otra" del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del año 2011, constituye un importante antecedente<sup>34</sup>.

Una pareja de dos mujeres lesbianas recurrió a técnicas de fertilización asistida con el objetivo de tener un hijo. Para que ambas fueran consideradas madres, se utilizó el óvulo de una de ellas y se implantó en el útero de la otra. Sin embargo, cuando el niño nació, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo inscribió consignando como progenitora sólo a quien lo había dado a luz. Consecuentemente, la pareja solicitó el dictado de una medida cautelar autosatisfactiva tendiente a que el Registro Civil dejara sin efecto la denegación y lo inscribiera como hijo de ambas.

La jueza del caso hace lugar a lo peticionado, ordenando rectificar la partida de nacimiento. Considera que:

*"Corresponde rectificar la partida de nacimiento de un menor, debiendo consignarse que es hijo de quien lo dio a luz y de la mujer que es su pareja y donó el óvulo para que se produjera la fecundación pues, una solución contraria implicaría asentar registralmente una filiación que no corresponde a su verdadero mapa biológico,*

<sup>34</sup> Fallo "M. del P. C. y otra c. GCBA", Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 07/04/2011. Publicado en LA LEY 26/05/2011, 5, con nota de Mercedes Ales Uría; LA LEY 2011-C, 370, con nota de Mercedes Ales Uría; LA LEY 07/06/2011, 7, con nota de Eduardo A.

como así también aceptar una situación de clara discriminación por la condición sexual de la pareja, todo lo cual vulneraría los derechos fundamentales a la identidad y a la autonomía personal".

Asimismo, argumenta que:

*"el derecho a la identidad es el alma de la persona en su faz jurídica. Y en este caso en particular, ese derecho a la identidad del niño, ha de hacerse efectivo mediante el reconocimiento de ambas progenitoras que es lo que efectivamente se corresponde con su realidad merecedora de amparo".*

El magistrado llega a tal razonamiento sobre la base del fundamento constitucional del principio de la voluntad procreacional para determinar la filiación cuando se accede a técnicas de fertilización. Esta "voluntad" modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como la "identidad en sentido dinámico".

## **M., D. C. y Otro s/Adopción (2015)**

La causa materia de análisis tramitó ante el Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de Río Grande quien otorgó el 19 de Febrero de 2015 la adopción plena de dos hermanos menores a un matrimonio igualitario, debido a que los niños se encuentran en estado de adoptabilidad, y se acreditó que los peticionantes les brindan contención afectiva y se preocupan constantemente por la situación de los mismos, y a su vez de las pruebas aportadas se demostró que la dinámica familiar es favorable

para el desarrollo psicosocial de los menores, cumpliendo los adoptantes las funciones de padres con cariño y firmeza, por lo que se reúnen los requisitos establecidos en el art. 315, primer párrafo del Cód. Civ..

Si bien lo resuelto es algo esperable tras la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario, es sabido que aún resulta compleja la efectiva implementación de las cuestiones de adopción en materia de matrimonios homoparentales<sup>35</sup>. Por lo tanto, este fallo refleja un avance en estos términos.

## **P. M. A. c/ G. F. P. A. s/ divorcio vincular - no contencioso (2015)**

El 6 de Mayo de 2015, se emite la sentencia de la Cámara de Familia de Córdoba que resuelve respecto al pedido de cambio de guarda del menor efectuado por intermedio del padre. Este caso tiene sus matices interesantes, debido a que luego de la separación de los progenitores, la mujer pasó a tener una pareja homosexual.

Lo que se debe tener en cuenta es que el fallo hace especial hincapié respecto a que el cambio parcial de guarda en favor del padre se acepta porque así lo prefiere el hijo, pero que en nada tiene que ver la relación homosexual que mantiene la madre con su posterior pareja.

35 Ver más en: <http://noticias.perfil.com/2017/03/10/las-barreras-ocultas-que-sufren-las-parejas-gay-para-adoptar-un-hijo/>

Particularmente, la Cámara de Córdoba realiza especial mención sobre la cuestión de la homosexualidad de la progenitora, diciendo que:

*“V) Antes de comenzar a analizar los hechos relatados como base de la petición y la prueba incorporada en autos, debo poner de resalto que de ninguna manera la condición sexual de la progenitora puede ser considerada como elemento determinante a la hora de resolver un pedido de cambio de guarda, tal como parece pretender el incidentista. Este aspecto de su vida, hace a un área de su privacidad que en nada puede influenciar al analizar en abstracto la mejor capacidad para ejercer el cuidado de su hijo. Por eso resultan sobreabundantes algunas de las explicaciones del Sr. P., como cuando manifiesta que la progenitora “duerme en la misma cama junto a su novia y no tiene ningún reparo frente al niño”, ya que todo padre o madre que rehízo su vida con otra persona, tiene plena libertad para desarrollar su proyecto de vida de pareja, sin que ello importe una tacha en su rol de padre/madre. De otra manera, se obligaría a los progenitores a una especie de “celibato” frente a sus hijos que resulta a todas luces impropio en un Estado de Derecho, en el que se respetan cabalmente las libertades individuales. Cabe preguntarse entonces si ese reproche que realiza M. P., hubiera sido el mismo si la pareja de la Sra. G. F. fuese un varón. Seguramente no. Por eso debe reafirmarse la posición que la sexualidad de la madre no puede tenerse como categoría al momento de realizar el análisis de la viabilidad de lo solicitado por el incidentista. Lo contrario implicaría una mirada discriminatoria en base a la orientación sexual, que está prohibida en nuestro sistema jurídico, según se desprende de lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporado a la Constitución Nacional en el art. 75 inc 22. En este sentido cabe recordar el señero fallo de la Corte Interamericana de Derecho de Justicia en el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” [Sentencia de 24 de febrero de 2012], quien entiende que “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual” [Parr. 93].”*

Ante esto, deja expresamente aclarado que cualquier decisión que se tome no tendrá que ver con la orientación sexual de la progenitora y de hecho marca las aclaraciones innecesarias que realiza el progenitor sobre la vida actual de la madre del menor.

Luego de esto, analiza las pericias que se realizaron a ambos progenitores y al niño. La perito designada aclara que ambos lugares son perfectamente sanos para el desarrollo del niño, diciendo que las dos viviendas están en condiciones y que ambos progenitores son claros referentes afectivos del menor. Sin embargo, se aclara que de los dichos del niño, éste dice no tener una buena relación con la pareja de la madre, pero contundentemente se expresa que no debido a la relación homosexual que mantienen, sino a causa del carácter de la pareja de la madre.

Ante esto, y atendiendo al derecho del niño de ser escuchado y a su interés superior, se acoge parcialmente lo solicitado por el progenitor generando un régimen de tenencia compartida, en el cual el niño pasará más tiempo del que pasaba antes con el padre.

Es interesante destacar que el fallo, en la fase casi final de la sentencia, aclara lo siguiente:

*“...También estimo adecuado instar al Sr. P. a realizar un tratamiento terapéutico, ya que de su escrito de incidencia se desprende un rasgo de no elaboración de la sexualidad de su ex pareja, que podría eventualmente influenciar de manera negativa en la relación de sus hijos con aquella...”*

Sobre esto, es valorable destacar la medida sugerida de acompañamiento terapéutico por la Cámara para el padre del niño, en miras a evitar un impacto negativo entre la progenitora y su hijo.

En este caso, si bien la guarda se modifica parcialmente a favor del progenitor, no se puede dejar de tener en cuenta que la cuestión de la homosexualidad no es tratada como variable a la hora de tomar la decisión. Por el contrario, el único parámetro tenido en cuenta para resolver de esa manera es la voluntad [que se estima que no está influenciada] del niño.

Más aún, se busca resguardar el vínculo de la madre con su hijo buscando evitar la posibilidad de que las manifestaciones del padre sobre la ex pareja generen consecuencias negativas en su vínculo entre el niño y ésta.

## B. M. y otros s/ filiación (2016)

Esta causa es de Abril de 2016 y tiene como origen una demanda ante el Poder Ejecutivo provincial, a través del Registro de las Personas, por no proceder a inscribir al niño con la doble filiación requerida [materna] y que por tal motivo, las progenitoras se vieron forzadas a petitionar ante las autoridades judiciales a fin de que no se vulneraran los derechos tanto de F. como de ellas. En tal sentido, las accionantes postulan que el reconocimiento de la filiación no depende de una actividad jurisdiccional en la que deba ser oído el niño, siendo discriminatorio el motivo esgrimido por el Registro provincial por el cual se rechazó la inscripción.

Esto es así debido a que el derecho a ser oído del niño, y la designación de un abogado defensor por un posible conflicto de intereses debido a que “los intereses del niño podrían hipotéticamente estar en oposición con los de sus representantes” fue un criterio utilizado con desacierto y discriminatoriamente, dado que el legislador expresamente estableció como requisito para la designación del tutor especial la existencia del conflicto y no una mera posibilidad por medio de su Art. 397, inc. 1 del Código Civil.

El presente caso, encontró su solución por medio de la modificación del antiguo Código Civil por el nuevo Código Civil y Comercial, el cual dice en su Artículo 9:

*“Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta” [art. 9º, ley 26.994. Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación. El resaltado me pertenece].”*

Esto implica que la causa cae en abstracto y que su posterior desenlace se resuelve aplicando la nueva normativa vigente, dando por sentado que siempre y cuando los progenitores presten su consentimiento previo, libre e informado, alcanza para la inscripción en el Registro de las Personas del niño o niña.

## G., G. S. y J. G. G. s/ filiación (2016)

Este caso tramitó ante el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario y tuvo resolución el 27 de Mayo de 2016. Esta causa versa sobre la cuestión de la reproducción humana asistida y en éste se declara el emplazamiento del niño como hijo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional, excluyendo a la madre quien carece de esa voluntad. Asimismo, se impone a los progenitores procreacionales la obligación de hacerle saber a su hijo la manera en que fue concebido y gestado mediante la ayuda psicológica que pueda corresponder.

Es un asunto en el que se utiliza el Artículo 565 y 588 del Código Civil y Comercial Nacional, emplazando como progenitor en el acta de nacimiento del niño a aquel que ya constaba en el acta y al otro integrante del matrimonio unisexual. Esto se realizó contando con la conformidad expresa de todos los involucrados: los accionantes, el asentimiento del marido de la gestante y la Defensora General que representa complementariamente al niño.

Al aplicar este sistema, este fallo implementa el tercer tipo de filiación incorporada por el nuevo ordenamiento civil y comercial: la filiación por reproducción humana asistida, la cual se asienta en la voluntad procreacional de los progenitores, el Artículo 9 del CCivCom. de la Nación enuncia que: los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.

## B. C. E. c/ M. M. s/ nulidad de matrimonio (2016)

Este fallo de Julio de 2016 resulta interesante si bien, primordialmente, no es la afectación a los derechos de las personas LGTB aquello que se está protegiendo por medio de la sentencia judicial.

En este caso, se declara procedente la demanda de nulidad de matrimonio debido al vicio de error en el consentimiento otorgado por parte de la actora, quien acreditó la revelación la homosexualidad del demandado tras 9 años de noviazgo y 10 meses de vida conyugal, truncando así las finalidades primordiales afectivas y reproductivas del matrimonio.

Luego, la sentencia retoma las pruebas testimoniales rendidas en autos donde los testigos ofrecidos coinciden al declarar que:

*“la relación de noviazgo entre las partes era una “relación normal”, que tenían “una relación excelente”, eran “la pareja ideal” [fs. 57 vta. y 58]. Asimismo son coincidentes las declaraciones en cuanto a que ninguna de las personas del círculo íntimo del matrimonio conocía la condición sexual del demandado y que de haber sabido dicha condición la actora no habría celebrado dicho matrimonio. Entre los testigos citados a declarar, lo hace a fs. 59 el Sr. quien manifiesta que desde Enero del 2015 comenzó “a salir” con el demandado, confirmando la condición homosexual del mismo desde antes del matrimonio.”*

Si bien en este párrafo, se destaca una terminología cuestionable e inadecuada, sobre todo respecto a la cuestión de la normalidad de las relaciones, por otra parte, en el último párrafo previo al resolutivo, se dice lo siguiente:

*“Aunque resulte evidente, no por ello queremos dejar de remarcar que a la luz de la reciente Ley 26.618 que modificó el Código Civil habilitando el matrimonio entre personas del mismo sexo, podría llegar a darse en matrimonios entre homosexuales un supuesto similar, pero en sentido inverso. Así en una pareja del mismo sexo, la heterosexualidad o bisexualidad son aspectos que de ocultarse al otro contrayente, podrían ser determinantes del error que venimos analizando, ya que sería en este supuesto la homosexualidad-y no la heterosexualidad-la característica esencial y determinante que llevara a los contrayentes a celebrar el matrimonio. Resulta lógico pensar que en una pareja homosexual, si un contrayente hubiera conocido antes de celebrarse el matrimonio que el otro cónyuge no era homosexual o que no tenía definidos aún aspectos de su sexualidad en tal sentido, es evidente que no habría prestado su consentimiento matrimonial” [“La homosexualidad oculta del marido y el error de la cualidades personales como causal de nulidad del matrimonio”. Merlo, Leandro. DFyP 2011 (noviembre), 01/11/2011,69].”*

Este último punto, es de suma importancia debido a que contempla de manera igualitaria que, la misma nulidad hubiese tenido acogida cuando un matrimonio homosexual no fuera tal por la falta de homosexualidad o indefinición de alguno de los contrayentes.

Entonces, es interesante cómo se le da otro carácter a la cuestión de la nulidad dando cuenta, por medio de una cita, que la causal de nulidad es aplicable en todos los escenarios posibles de la misma manera para los matrimonios homosexuales como heterosexuales. El hecho de que se contemple la posible situación inversamente, muestra la aplicación adecuada de la Ley de Matrimonio Igualitario.

## **L., M. de los Á. y Otra s/Medida Autosatisfactiva (2016)**

Por último, se encuentra la mencionada causa, cuya sentencia data del 18 de Agosto de 2016. En este caso, el juzgado interviniente es el de Familia de Puerto Madryn el cual hizo lugar a la medida solicitada por las accionantes, quienes conforman un matrimonio del mismo sexo (femenino) por medio de la cual resuelve ordenar el Registro del Estado Civil y la Capacidad de las Personas de Chubut la inscripción de su hija.

El caso surge debido a que en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas fue rechazada verbalmente la inscripción de su hija a nombre de las dos progenitoras quienes:

*“manifiestan que a pesar de ello, por razones de fuerza mayor, ante los problemas de salud de Á., aceptaron en disconformidad a inscribirla como hija de madre soltera de la Sra. L..”*

En este caso, ella fue concebida bajo las técnicas de reproducción asistida, con material genético de una ellas, quién además la gestó, y material genético masculino anónimo. Lo indicado por el magistrado fue proceder a la inscripción con doble filiación materna, ya que si bien la técnica bajo la cual nació la niña ha permitido que la misma tenga relación genética solo con una de las peticionantes, ello no es obstáculo para que el vínculo filiatorio pudiera abarcar a ambas progenitoras, máxime cuando hubo voluntad procreacional a formar una familia por parte de ambas mujeres.

En este caso, se hace una lectura del art. 558 y ss. del Cód. Civ. y Com. el cual define las especies de filiación, clasificándolas por naturaleza, por adopción, y agregando a las que tiene origen en las técnicas de reproducción asistida, reconociendo que todas esas filiaciones, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones del Código Civil y Comercial, y con el límite de que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

En el supuesto de la filiación por TRHA [Técnicas de Reproducción Humana Asistida], lo relevante para determinar la filiación, es la voluntad procreacional que tienen quienes utilizan estas técnicas, ya que en algunos casos queda disociada la realidad biológica y el vínculo jurídico que se pretende, por lo que será la voluntad procreacional la verdadera razón por la que se establece el vínculo de filiación; esa voluntad procreacional está configurada por el hecho de querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, psicofísica y social, es el deseo de tener un hijo basado en el amor filial. En esta línea, en el caso de especie se da por demostrada la voluntad procreacional dando lugar a la doble filiación solicitada.

A modo de conclusión, distintos aspectos son tratados por los jueces en los fallos analizados en relación con el derecho a formar una familia. En esta sección es fácil detectar cómo desde el año 2007 los jueces han ido otorgando protección a derechos de diverso carácter que hacen al pleno ejercicio del derecho a formar una familia.

Empezando por el derecho a contraer matrimonio de personas del mismo sexo, la jurisprudencia muestra en el año 2007 en el fallo "D., P. A." uno de los reclamos que estaban presentes en la sociedad en ese

momento: los derechos de las personas homosexuales a heredar a su pareja una vez que ésta fallece. En ese momento, al no admitirse en la Argentina el matrimonio entre personas del mismo sexo, existía una laguna normativa que imposibilitaba la protección de dichas personas en ese sentido. Es decir, las parejas homosexuales se encontraban luchando por la posibilidad de contraer matrimonio ya que el mismo otorga derechos que no se receptan en otras instituciones.

Entendiendo esto, y considerando que la "unión civil" era estigmatizante para las parejas homosexuales, la jueza Seijas en el fallo "F., A. C." del año 2009 resuelve, en una decisión sin precedentes en la Argentina, autorizar a dos personas del mismo sexo a contraer matrimonio. Los argumentos se basan en la igualdad de las personas, la autonomía de la voluntad y la obligación de cumplir con los estándares impuestos por la normativa internacional de derechos humanos llevan a la jueza a tomar la decisión. Asimismo, cabe destacar la presunción de discriminación que se analiza en el fallo, afirmando que es el Estado, en casos de discriminación de grupos minoritarios como los homosexuales, quien debe probar que obró según estándares razonables.

Este fallo fue decisivo a fin de dictar en el año 2010 la Ley de Matrimonio Igualitario, la que finalmente recepta la obligación del Estado de proteger el derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio y a formar una familia. Es decir, con el dictado de dicha ley, decisiones contrarias al otorgamiento de los derechos que surgen del matrimonio a parejas homosexuales, como es el caso de "L., S. M.", quedan fuera de las posibilidades de los jueces de matrimonio igualitario que ya no es necesario llegar a instancias judiciales para lograr la autorización del matrimonio homosexual.

Por otro lado, se relevan casos que buscan la autorización otorgada por los jueces a fin de que se reconozca el derecho de dos personas del mismo sexo a ser inscriptas como progenitoras de un menor por técnicas de reproducción asistida que eso se refleje en la partida de nacimiento teniendo como criterio la voluntad procreacional y no el vínculo biológico. Esto pasa a ser una realidad a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial Nacional que da por reconocido este derecho que le es aplicable directamente a las personas LGBT.

Lo mismo en relación a la adopción, si bien hay muchas trabas en la práctica para la adopción por parte de parejas del mismo sexo, es alentador encontrar casos donde se otorga la adopción a parejas homoparentales para mostrar que los prejuicios de los operadores y los obstáculos prácticos se pueden ir removiendo en la práctica a medida que los integrantes de la sociedad internalizan la legislación y, por consiguiente, van adaptando su cosmovisión al paradigma legal vigente.

## La inclusión laboral de las personas

Tal como surge del cuerpo normativo constitucional y de los distintos tratados internacionales, todas las personas tenemos el derecho a trabajar. Consecuentemente, las distintas leyes deberían adecuarse y resguardar tal derecho. Sin embargo, siempre existieron ciertas barreras, tanto explícitas como implícitas, que han dificultado durante largos años el acceso a un trabajo por parte de personas LGBT o que han obstaculizado el ambiente laboral respecto al colectivo.

Hoy en día, la normativa vigente intenta, en líneas generales, erradicar la discriminación, sin embargo no existe en la actualidad una normativa clara a nivel nacional que especifique la prohibición de tratos discriminatorios hacia las personas LGBT como sí existe en la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, a través de su Código Contravencional y su Ley Antidiscriminación del 2015 que prohíbe la discriminación basada en orientación sexual e identidad de género. A lo largo de esta sección, se retomaran sentencias respecto a despidos u otras acciones indirectas en ámbitos laborales que poseen claro tinte discriminatorio por haber sido ejercidas sobre personas pertenecientes al colectivo LGTB en razón de su mera pertenencia a ese grupo.

En la otra línea, existe escasa normativa vigente que resguarde de manera específica a las personas LGBT de los tratos discriminatorios en términos de inclusión laboral. En relación a esto, algunos grupos dentro del colectivo LGTB encuentran más dificultosa su inclusión al ámbito laboral formal. A modo de ejemplo, las personas trans poseen graves

inconvenientes para conseguir empleo en el circuito formal y, ante esto, son solo las Provincias de Buenos Aires y de Santa Fe las que cuentan con una Ley de Cupo Laboral Trans para la inclusión específica de este colectivo. Esto muestra que los avances en términos de inclusión son aun escasos y, al momento, no se puede hablar de una política pública a nivel nacional para resguardar este aspecto del derecho al trabajo.

Es importante tener en cuenta que la discriminación en el ámbito laboral trae como consecuencia la exclusión de las personas y la falta de acceso a un trabajo digno conlleva automáticamente al empobrecimiento. Dicho empobrecimiento es el camino contrario al empoderamiento y conduce en muchos casos a la posibilidad de que las personas sean víctimas de distintos tipos de abusos por parte de autoridades estatales, privadas y de la sociedad en general por no tener medios para reivindicar sus derechos. De esta manera, la falta de acceso al trabajo priva a las personas de pertenecer y contribuir a la sociedad de manera digna debido a que el trabajo dignifica a cualquier persona y le permite poder tomar las riendas de su vida.

Por otra parte, se debe hacer especial mención del colectivo trans por presentar particularidades que se deben tener en cuenta. Sobre esto, es necesario destacar que la esperanza de vida de una persona trans oscila entre los 35 y 40 años<sup>36</sup> y que esto es un tema que se encuentra sumamente invisibilizado. Las razones que explican su alto índice de mortalidad van desde la marginación histórica del colectivo, la imposibilidad de acceder al circuito formal de trabajo que trae aparejada la probable consecuencia de terminar en la prostitución, el posible desarraigo

---

<sup>36</sup> Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201610/168907-informe-espectativa-vida-trans-40-anos.html>

familiar que implica su cambio de género y sus altas chances de terminar prostituyéndose, los riesgos de contraer enfermedades venéreas, entre muchas otras razones.

Ante esto, es importante destacar que aún falta desarrollar legislación protectora, sobre todo a nivel nacional, que tome en consideración las mencionadas particularidades de este colectivo. Más aun, el extremo riesgo sufrido por esta población y su baja esperanza de vida llama a tomar medidas urgentes. Hoy en día hay varios proyectos de ley que vienen a salvaguardar varios de estos aspectos, sin embargo al momento siguen siendo meros proyectos y no leyes reales y efectivas.

Desde otro punto de vista, existe una carencia de sensibilización sobre la sociedad civil, la cual también margina y excluye sistemáticamente, por sobre todo, al colectivo trans. En este sentido, el Estado posee la responsabilidad objetiva – como garante de derechos – de ir erradicando determinados patrones culturales y estereotipos estigmatizantes que aún imperan en la gran mayoría de las personas. Es en este tipo de casos que se puede hablar de que a veces las leyes, como es la Ley de Identidad de Género, le lleva mucha ventaja al cambio cultural y social que aún no ha penetrado acabadamente en las personas. Es por esto, que se puede decir que el imaginario social no ha alcanzado al cambio legislativo propuesto que habla del trato digno, de la inclusión, entre otros derechos básicos.

Dicho esto, en esta sección expondremos las resoluciones judiciales en las que los jueces se han pronunciado en relación con el derecho de las personas LGBT en general, y de las personas trans en particular, a un trabajo digno y a un trato respetuoso – y no discriminatorio – en el ámbito laboral.

## Caso M., C. C. D., A. M. (2007)

En el año 2007, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de 5° Nominación de Rosario dicta sentencia en el caso de "M., C. c. D., A. M.", en el que un empleado [C. A. M.] de la peluquería "LC" de Rosario demanda a su empleador por despido sin causa, y por daño moral [artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo] derivado de trato discriminatorio, debido a su condición de travesti y a su orientación sexual, al inmiscuirse el empleador en su intimidad [artículo 1071 del Código Civil]<sup>37</sup>. El juzgado de Rosario resuelve en favor del empleado, al concluir que hubo discriminación en el despido, indemnizándolo por los rubros laborales correspondientes y por daño moral.

Tras un intercambio de telegramas entre ambas partes – el empleado intimando a que el empleador cese en su obrar discriminatorio, y este último, a su turno, desmintiendo y tomando tal intimación como una injuria –, el empleador decide despedir a C. A. M., por considerar que hubo una pérdida de confianza, un deterioro en el ambiente laboral y una afectación moral, causadas por el empleado.

El juez sostiene que el alegado poder de dirección del empleador – al interpretar como injuria y obrar "antiestético" el accionar del empleado – es normativamente inferior a los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, de cumplimiento obligatorio. Y el empleador, en este caso responsable de probar que su obrar respondía a parámetros de racionalidad o legitimidad [ante la desigualdad material de las partes], no logró acreditar que tuviera razones suficientes para despedir al actor.

<sup>37</sup> Fallo "M., C. c. D., A. M. y/u otro", Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Laboral de 5a Nominación de Rosario [JLabRosario] [5aNom], 22/06/2007, LL Litoral 2007 (noviembre), 1126 - LA LEY 12/11/2007, 11, con nota de Juan Pablo Cifré; LA LEY 2007-F, 441, con nota de Juan Pablo Cifré; Cita online: AR/JUR/5043/2007.

Alega el juez que hubo violación del artículo 1071 del Código Civil vigente en la época por intromisión en la intimidad y que, si bien la ley laboral no prevé expresamente el supuesto de despidos discriminatorios, en caso de omisión cabe aplicar supletoriamente las reglas del Código Civil y la ley antidiscriminatoria.

Así, el juez sostiene que:

*"Debe concluirse que en el despido del actor tuvo un peso decisivo su orientación sexual y de género y su voluntad de construir su sexualidad de un modo diverso a lo que el empleador estaba dispuesto a tolerar, si de la prueba colectada no surge que hubiera evidenciado un mal trato hacia los clientes o hacia sus compañeros y sí que realizó diversos cambios físicos relacionados con su condición de homosexual y travesti, más de modo irresistible porque no se evidencian como fruto de una libre elección antojadiza ni de una provocación."*

Por otro lado, adhiriéndose a una postura intermedia con respecto al daño moral, por la que "[...] descarta tanto la proscripción de todo daño moral vinculado al despido, como su pertinencia en base en las resonancias espirituales de todo despido arbitrario, sin excepción alguna [...]", decide concederlo, ya que este caso deriva de un actuar ilícito del empleador, que sería resarcible aun si no hubiera habido un contrato laboral entre las partes.

El fallo es un texto referente en cuanto al desarrollo de una noción dinámica, y no estática, del sexo, planteándolo como una construcción personal que debe ser respetada. Antes de decidir, el juez recorre la situación normativa nacional e internacional, toda la cual tiende a respetar las expresiones individuales, cada una diferente de la otra.

Además, el juez señala que, de registrarse ofensas a terceros por parte de, en este caso, una persona travesti, éstas deben ser concretas y no meras molestias. Las meras molestias, que no generen daños, no están amparadas constitucionalmente, según lo establece el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, ya que de hacerlo podría incurrirse en extremos que en muchos casos restringirían en gran medida el derecho a la identidad, que a todos nos asiste.

Por último, se debe destacar la terminología utilizada, haciendo alusión a la condición homosexual y “travesti”. Este concepto responde a un término histórico utilizado coloquialmente pero que hoy en día posee una connotación mayoritariamente considerada peyorativa por lo cual se hace alusión, en general, a persona trans, mujer u hombre trans, transexual o transgénero.

### Caso E., S.O. (2007)

En el mismo sentido, el fallo “E., S. O.” de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Tucumán, Sala IV, del año 2007, admite la demanda por daños y perjuicios iniciada por E., S. O. contra su empleador debido al trato discriminatorio por su condición de homosexual<sup>38</sup>.

Según se desprende de la sentencia de la Cámara y de las pruebas aportadas, el empleador se inmiscuía en la vida privada de sus empleados para obtener información sobre su orientación sexual y su relación con otros empleados de la empresa fuera del ámbito laboral.

Tras analizar las pruebas aportadas por ambas partes, la Cámara

Fallo “E.S.O. c. C.S.A.C.I.F.I.A.”, Cámara de Apelaciones del Trabajo de Tucumán, Sala IV (CTrabTucumán), de fecha 05/09/2007. Publicad en LLNDA2008 (marzo), 197. Cita online: AR/JUR/9428/2007.

concluye en que es clara la intromisión arbitraria a la vida privada de los empleados, lo cual genera un daño pasible de ser resarcido. A su vez, admite que los empleados pueden ser testigos de E., S. O., ya que son ellos quienes mejor conocen las condiciones laborales para acreditar la razonabilidad de la pretensión. Además, los jueces destacan que el hecho de que hayan sido despedidos tras declarar en el juicio es un claro indicador del obrar arbitrario y discriminatorio del empleador.

Por su parte, la demandada no logra acreditar que hubiera una pérdida de eficiencia en el desempeño laboral del empleado, quien hacía diez años trabajaba en la empresa, que justificara su despido. Si bien al despedirlo sin justa causa y abonando las indemnizaciones previstas en la ley laboral [artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo] se está obrando legalmente, ello no quita la aplicación de una multa por el daño moral causado a E., S. O., al violar su intimidad y vida privada, según lo establece el artículo 1071 bis del Código Civil.

Por lo tanto, los jueces condenan al demandado a indemnizar por daño moral causado al solicitante, al ser despedido sin justa causa y de forma discriminatoria por su orientación sexual, como consecuencia de una indebida injerencia por parte del empleador en la vida privada de su empleado. Se viola, en este caso, el derecho a no ser discriminado y a un trato igualitario en identidad de situaciones, establecidos en la Ley de Actos Discriminatorios [Ley 23.592], los artículos 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, el artículo 16 de la Constitución Nacional, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los artículos 11.1, 11.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## Caso M., M. J. (2009)

Unos años más tarde, en el año 2009, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, dictó sentencia en el caso "M., M. J."<sup>39</sup>:

Luego de que la entidad empleadora tomara conocimiento de su condición de homosexual y portador de H.I.V., un empleado bancario dejó de percibir evaluaciones de desempeño positivas y fue trasladado de sucursal. Finalmente, se acogió a un plan de retiro voluntario.

El juez de Primera Instancia hizo lugar a la acción de daños y perjuicios deducida, y la Cámara confirmó dicha decisión.

La Cámara constató las pruebas aportadas por M., M. J., y corroboró que se trataba de una persona homosexual, que era portador de H.I.V., que trabajó para la demandada, que había sido ascendido reiteradas veces hasta el año 1998 y que, finalmente, se extinguió la relación laboral con posterioridad a que la empleadora tomara conocimiento de la enfermedad.

Los jueces del caso entienden que, como consecuencia de las pruebas anteriormente mencionadas, hay una presunción de discriminación, por ser el empleado una persona integrante de un grupo de personas que "suelen ser objeto de discriminación". Por lo tanto, se debe invertir la carga de la prueba. Así, la demandada debería acreditar que hubo razones estrictamente objetivas que hicieron que el empleador dejara de ascender a su empleado a partir del momento en que se hizo pública su orientación sexual y su enfermedad. Además, debería probar que razones puramente basadas en la persecución de un mejor servicio justificaban

su traslado de sucursal y, en definitiva, que el actor libre y voluntariamente quiso dejar la empresa y extinguir el vínculo laboral, sin sentirse presionado a causa de la discriminación.

No habiendo logrado el empleador probar dichos extremos, la Cámara hace lugar a la demanda interpuesta por M., M. J., confirmando la decisión de Primera Instancia.

Cabe destacar que el empleador sostiene que, al haber el empleado solicitado su retiro voluntario y haber percibido una indemnización, la demanda resultaría inviable. Solicita, además, que se le descuenta de la indemnización lo que su empleado ya había percibido. Sin embargo, la Cámara considera que se trata de dos situaciones distintas: por un lado, la indemnización ya percibida, de la que es merecedor cualquier empleado que sea despedido sin justa causa y, por el otro, la indemnización como consecuencia de los daños sufridos por haber sido discriminado en su ámbito laboral. De hecho, aun cuando no se hubiera extinguido la relación laboral, el empleado podría haber demandado a su empleador sobre la base de los daños por la discriminación de la que fue víctima.

## Caso V., R. A. (2012)

En el caso de "V., R. A." de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería – I Circunscripción Judicial, Sala II, del año 2012, un empleado demanda a su empleador (Y.P.F.) y a su aseguradora de riesgos de trabajo (MAPFRE) por daños y perjuicios derivados del daño psicológico o burn out causado por hostigamiento y falta de promoción

<sup>39</sup> Fallo "M., M. J. c. Citibank N.A.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H [CNCiv] [SalaH], de fecha 07/04/2009. Publicado en LA LEY 14/07/2009, 5, con nota de Tomás Ignacio González Pondal; LA LEY 2009-D, 437, con nota de Tomás Ignacio

<sup>89</sup> Véase: <[http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/24/actualidad/1429827035\\_368004.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/24/actualidad/1429827035_368004.html)>

en su trabajo, como consecuencia de sus preferencias sexuales<sup>40</sup>. El demandante denuncia un permanente acoso y otorgamiento excesivo de trabajo, lo que le generaba presión para resolver las distintas tareas encomendadas, y asignación de trabajos para los que no tenía la preparación técnica y profesional suficiente.

El Juzgado de Primera Instancia Civil N° 2 rechaza las pretensiones del empleado, y la Cámara confirma dicha decisión, por no encontrar acreditado el daño alegado por el demandante, ni la relación de causalidad entre el supuesto daño y el autor del mismo.

Ambas partes expresan sus agravios. El demandante alega que se hizo una errónea valoración de la prueba testimonial y pericial por él ofrecida y, a su vez, el demandado alega que la enfermedad sufrida por el empleado no era laboral sino inculpable, que el trato discriminatorio fue denunciado en términos abstractos y genéricos, y que la alegada carga laboral excesiva se debía a un período de mayor trabajo en la empresa por cuestiones objetivas.

Por su parte, los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén deciden no hacer lugar al recurso deducido por el demandante, en cuanto a que no logró probar un daño antijurídico concreto dirigido a su persona, ni la relación de causalidad entre el daño y el autor del mismo.

En el análisis de las pruebas, los jueces se expresan en contra de la teoría de la "carga dinámica de la prueba", ya que sostienen que

*"[...] Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, con lo cual y además de los principios constitucionales, la letra clara de la legislación vigente vedan la aplicación de la teoría en cuestión [...]"*.

Es decir, contrariamente a la idea que sostuvieron los jueces en los casos anteriores mencionados en este trabajo, no basta con la denuncia de la discriminación para que la contraparte tenga que probar que no ha incurrido en la misma, sino que cada parte debe probar los hechos.

Por otro lado, teniendo los testigos un interés subjetivo en la defensa del demandante, aunque sus testimonios no estuvieran excluidos legalmente, según los jueces, los mismos podrían no ser totalmente imparciales, por lo que deben ser analizados en forma más rigurosa. La prueba pericial, por otro lado, da cuenta de la expresión de los hechos según la percepción del demandante, lo cual es suficiente desde un aspecto psicológico, pero no para tenerlos como ciertos al momento de atribuir responsabilidad.

Los jueces, haciendo uso de su facultad de apreciación de la prueba, contrastan cada una de las pruebas con datos objetivos (la mayor cantidad de trabajo en la empresa, el tiempo que lleva ascender de puesto en un trabajo en relación de dependencia, la ausencia de acreditación de una política institucional discriminatoria, entre otros), dando cuenta de que no hubo una intención maliciosa particular del empleador hacia V.R.A.

Por último, en cuanto a la aseguradora, los jueces la eximen de responsabilidad ya que, al haber sido demandada en forma directa, es preciso concretar y acreditar cuáles son las conductas antijurídicas

<sup>40</sup> Fallo "V. R. A. C/ Y.P.F. S.A. y otro s/ daños y perjuicios", Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial, Sala II, de fecha 22/03/2012. N° de fallo: 41/12. Expediente 350548 - Año 2007.

imputadas que guardan adecuado nexo de causalidad para tener por configurada la responsabilidad, extremo que no se vio satisfecho en el reclamo de V., R. A. A su vez, a dolencia denunciada a la aseguradora por el demandante era de una mano, la cual en nada se relacionaba con los daños psicológicos por él alegados.

## Caso Suárez, Marcos Dalmiro y otros (2013)

En línea con los temas tratados en los fallos ya citados, en el caso de "Suárez, Marcos Dalmiro y otros" de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, del año 2013, dos personas del mismo sexo, empleados del Ministerio de Salud de la Nación y unidos en matrimonio, demandan haber sido víctimas de trato discriminatorio y consecuente falta de renovación de su contrato laboral por parte de dicho Ministerio para el que trabajaban<sup>41</sup>.

La pareja realiza la denuncia ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Posteriormente, ya en instancia judicial, Primera Instancia resuelve en favor de la pareja y, luego, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirma dicha decisión y aumenta el monto indemnizatorio, expidiéndose, además, sobre el daño moral.

La Cámara, luego de recorrer toda la normativa internacional de jerarquía constitucional aplicable en el caso en cuestión, establece que la Ley de Actos Discriminatorios [Ley 23.592] recepta las normas del bloque constitucional, lo que incluye las disposiciones de los tratados interna-

cionales que rigen en la materia. Según la Cámara, por ejemplo, ante un hecho de discriminación, cabe reducir el grado de convicción necesario para que la víctima lo acredite, y es el demandado quien carga con probar la falta de discriminación. Esto último se debe a que la discriminación muchas veces es difícil de acreditar concretamente y, a su vez, invertir la carga de la prueba genera un efecto disuasorio para los autores de la discriminación en el futuro.

La Cámara cita, además, distintos casos internacionales en los que la solución coincide con el análisis aquí realizado en torno a la carga de la prueba y su acreditación en relación con casos de discriminación.

Para decidir en el caso, la Cámara tiene en cuenta, principalmente, que:

*"[...] el matrimonio entre personas del mismo sexo, pese a estar regulado legalmente, todavía no cuenta con la aceptación unánime de la sociedad y la resistencia que se advierte en algunos sectores puede ser causa de discriminación y hostigamiento, por lo cual basta una prueba indiciaria de la existencia de la discriminación para así declararla."*

Cabe destacar que el testigo del caso y la perito psiquiátrica logran acreditar cabalmente el deterioro de la salud mental de ambos empleados, consecuencia del cada vez mayor maltrato que recibían por parte del Ministerio, que los reubicaba en otras áreas del edificio, los desabastecía de sus herramientas de trabajo, y les impedía indirectamente que participaran en el sindicato de trabajadores de dicho Ministerio.

Según surge de la sentencia:

<sup>41</sup> Fallo "Suárez, Marcos Dalmiro y otros c. Ministerio de Salud de la Nación y otro s/despido", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, de fecha 29/04/2013. Publicado en Checkpoint.

*"Unos y otros elementos crean indicios suficientes como para entender que los actores fueron hostigados en razón de su orientación sexual, por lo que en virtud de lo dispuesto en el art. 1, Ley 23.592, los actores tienen derecho a un resarcimiento por daño moral [...]"*

Luego de esto, la Cámara ajusta el monto estipulado anteriormente por Primera Instancia.

### **“M. M. J. c/CBA S.A. Ciesa U.T.E. y otro s/despido” (2013)**

Este se trata de un caso que llega a la Sala IX de la Cámara Nacional del Trabajo en el año 2013 que versa sobre mobbing laboral: hostigamiento, acoso laboral y discriminación por condición sexual. Los hechos tuvieron lugar en el “Casino Puerto Madero”. Las coaccionadas [aseguradoras por riesgo de trabajo] apelan lo decidido en la instancia inferior, sin embargo la Cámara retoma el criterio del a quo. Tal como se transcribe, el cuadro determinado en el proceso es el siguiente:

*“En la pericia psicológica obrante en la causa [v. fs. 410 y vta.] se concluyó que se debe destacar que estos acontecimientos irrumpieron en forma traumática en la vida del entrevistado, que son ajenos a sí mismo y a su historicidad [no hay patología previa]. A) Las tareas realizadas por el Sr. M. implicaban un diario y constante estado de vigilia y tensión nerviosa por la intensa sobrecarga física y emotiva que permanentemente le demandaban, así como por el hacinamiento del hábitat en donde trabajaba, llevándolo a padecer síntomas psíquicos y psicósomáticos de agotamiento, cons-*

*tituyendo un cuadro psicopatológico de STRESS LABORAL AGUDO como consecuencias negativas psicológicas y fisiológicas de las experiencias traumáticas [agentes estresantes lesivos], derivados directamente de su ámbito laboral. B) El Sr. M. fue víctima de una violencia psicológica extrema sistemática y recurrente en su lugar de trabajo siendo discriminado y descalificado hostilmente por su condición sexual, ocasionándole esta situación una disminución permanente de su capacidad laboral. Lo antedicho hace que el Sr. M. presente el cuadro psicopatológico de MOBBING O ACOSO MORAL, Síndrome de Desgaste Profesional. Estos dos cuadros psicopatológicos [A y B] derivan de una Reacción Vivencial Anormal Depresiva, Grado IV y le corresponde por dicha dolencia una incapacidad del orden del 30% de la total obrera.”*

Más aún:

*“En el marco descripto, surge que el actor debía trabajar en una “casilla” - puesto de seguridad - de dos metros por tres metros sin ventanas ni ventilación, que le asignaron una función a él sólo cuando antes del cambio de firma esa labor la hacían varias personas, función que requiere una máxima exigencia ya que debía realizar la vigilancia de todo el casino, que sufrió expresiones despectivas por su condición de homosexual...”*

Seguido de esto, se le indica a las aseguradoras que deberán reparar integralmente al accionante pero ajustándose a la medida de la póliza de seguro de acuerdo a la fórmula establecida en el artículo 14 de la L.R.T. [Ley de Riesgos de Trabajo].

## P.J.A. c/ L.D.P. SA p/ Despido (2014)

La presente causa tramitó ante la Cámara 3ª del Trabajo de Mendoza y la fecha en que el fallo fue emitido fue el 29 de Septiembre de 2014.

En el caso materia de análisis, se condena a una empresa por:

*“despedir a un empleado luego de haber contraído matrimonio igualitario, en tanto la discriminación por su condición de homosexual y el hostigamiento después de haber contraído matrimonio, así como no haberle otorgado la licencia por matrimonio, constituyen injurias por incumplimiento de los deberes genérico de conducta, de actuar de buena fe y de igual de trato, reglados por los arts. 62, 63 y 81 LCT, y art. 1 ley 23592.”*

El caso da por demostrado un despido indirecto, que posee su génesis el matrimonio contraído entre el demandante y su pareja homosexual. Ante esto, el empleador comienza a dificultar la relación laboral modificando los horarios de trabajo y haciéndolos incompatibles con otros compromisos del demandante, como lo eran sus estudios. Para más detalles y conforme el fallo:

*“...que la encargada dispensa al actor un trato agravante y discriminatorio como consecuencia que para fecha 29/10/2010 contrajo matrimonio con el Sr. S.O.A., y a partir que la demandada tomo conocimiento de este hecho ha sido perseguido y discriminado. La conducta asumida por la demandada con cambio de tareas y de horario y lugar de prestación de servicios.”*

Ante esto, la Cámara mendocina acoge la pretensión del accionante y da por reconocidos el despido indirecto por la casual alegada y reconoce los rubros reclamados en materia laboral, Asimismo, y concordantemente a la pretensión del actor, se le concede la indemnización especial vigente en el derecho laboral correspondiente a matrimonio, siendo que:

*“En el presente caso valorando prudencialmente la conducta asumida por la empleadora se concluye que la injuria cometida está directamente relacionada con el matrimonio ya que las discriminaciones se produjeron después de contraído el mismo.”*

Es decir, se toma una doctrina amplia, donde la indemnización especial corresponde no solamente a las mujeres sino también al sexo masculino, atendiendo a la evolución de los paradigmas de las familias y a la evolución de los roles sociales. El trabajador varón tiene, entonces, derecho a la misma protección que la mujer en términos de poder percibir la indemnización especial por matrimonio y, en el caso de especie, queda demostrado que el distracto responde a su matrimonio.

## Caso G., N.B. (2015)

En el caso "G., N. B." del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del año 2015, una persona transexual que vivió gran parte de su vida en la calle como trabajadora sexual demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el otorgamiento de un subsidio extraordinario y reparatorio, equivalente al

salario mínimo vital y móvil<sup>42</sup>. La demandante sostuvo que, por su condición, sufrió la falta de acceso a un trabajo formal, la exclusión del sistema de salud, la falta de reconocimiento de su identidad, la impunidad de las fuerzas de seguridad y la ausencia del Estado para garantizarle la protección de sus derechos fundamentales.

Luego de haberse acreditado la situación de estigmatización y discriminación existencial que sufrió la demandante, una persona transexual que vivió durante muchos años en la calle como trabajadora sexual o detenida a causa de los Edictos Policiales que criminalizaban el travestismo, se decide condenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a abonarle una prestación mensual equivalente a un salario mínimo vital y móvil.

En su sentencia, la jueza Liberatori realiza un detallado análisis de los tratos ultrajantes a los que se ven expuestas las personas transexuales a diario y cómo la ausencia del Estado influye en la marginación constante de estas personas. El Estado, que tiene entre sus obligaciones cumplir con su rol de garante de protección de los derechos humanos de las personas, contraría aquí la normativa internacional de derechos humanos, ya que su ausencia trae como consecuencia la falta de cumplimiento de normas que tutelan la identidad de género, la igualdad, la autonomía, la libertad y la dignidad de la persona humana. Dicho incumplimiento, a su vez, lleva en la mayoría de los casos a vulnerar los derechos a la salud, a la educación, a trabajar, entre otros.

A su vez, la magistrada entiende que no se requieren más elementos probatorios que la sola acreditación de la demandante de su pertenencia al colectivo trans, ya que toda la comunidad es de por sí vulnerable.

<sup>42</sup> Fallo "G., N. B. c. GCBA s/ daños y perjuicios [excepto resp. medica]", Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 25/02/2015. Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/362/2015.

Según la sentencia, si estas personas tuvieran que probar los hechos, se verían sujetos a una revictimización.

De todas maneras, se reproducen las pruebas ofrecidas por G., N. B., y las declaraciones de diferentes testigos, de donde surge el constante abandono por parte del Estado. La jueza Liberatori explica que:

*"En el presente caso valorando prudencialmente la conducta asumida por la empleadora se concluye que la injuria cometida está directamente relacionada con el matrimonio ya que las discriminaciones se produjeron después de contraído el mismo."*

Es decir, se toma una doctrina amplia, donde la indemnización especial corresponde no solamente a las mujeres sino también al sexo masculino, atendiendo a la evolución de los paradigmas de las familias y a la evolución de los roles sociales. El trabajador varón tiene, entonces, derecho a la misma protección que la mujer en términos de poder percibir la indemnización especial por matrimonio y, en el caso de especie, queda demostrado que el distracto responde a su matrimonio.

## **Salas, Mónica Graciela c. Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso administrativo s/ recurso de inconstitucionalidad (2016)**

Esta causa versa sobre una docente que fue declarada "inapta" para ejercer su cargo en 1994 por razón de su orientación sexual, es decir, por ser lesbiana. Seguidamente, durante los 7 años subsiguientes a este acto administrativo que buscó impugnar, prosiguió con sus tareas. Con fecha

de 2001, por medio de otro acto administrativo, se la vuelve a declarar apta para ejercer su cargo.

En este orden de circunstancias, la accionante alega que la “inaptitud” psicofísica que la junta médica emitió se trató de un acto discriminatorio por su condición sexual, debido a que, tal como se registra, ella no padecía problemas psiquiátricos, no había pedido licencias en esa fecha y la inaptitud no se encontraba debidamente detallada.

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe anuló la sentencia de la Cámara, que había avalado la decisión administrativa, y acogió la pretensión de la accionante luego de analizar las falencias en las que recayó la Cámara al no analizar debidamente la totalidad de las pruebas para poder detectar la aludida discriminación en la incurrió el sistema educativo santafesino.

Ante la complejidad de demostrar la discriminación, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe retoma el criterio establecido por la Corte Nacional:

*“Máxime si se tiene en cuenta que como señaló la Corte Suprema de Justicia de Nación in re “Sisnero” (Fallo del 20 de mayo de 2014) “la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor”. Y que en estas situaciones, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con “la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión de trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a la discriminación” [ver también Fallos 334:1387].”*

Ante esto, se puede ver que ambas Cortes utilizan el criterio amplio para la prueba de un acto discriminatorio, donde quien lo alega debe inducir la existencia de tal, y a quien se le imputa esta conducta, le cabe aportar la prueba de que los criterios fueron objetivos y razonables.

Para concluir, la Corte anula el decisorio y acoge afirmativamente el recurso presentado por la actora, dándole lugar a su pretensión y a la indemnización que le correspondiera por la conducta discriminatoria padecida.

## L. C. E. c/ G. d. I. P. d. B. A. s/ Amparo (2016)

En último lugar, el 15 de Junio de 2016 se resuelve un recurso extraordinario de Inaplicabilidad de la ley ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

El presente fallo versa sobre la percepción de una indemnización a modo de reparación para una mujer transexual debido a la discriminación y marginación que sufrió durante toda su vida. Al declararse el recurso inadmisilible, no se conoce el fondo de la cuestión, ni se cuenta con una sentencia favorable o desfavorable.

En el presente caso, no se concede el recurso interpuesto por considerarse que el amparo no era la vía más idónea para solicitar el otorgamiento de un subsidio periódico y vitalicio de carácter reparatorio, restando aún otras vías administrativas y judiciales pasibles de ser utilizadas. Más aún, que el fondo de la cuestión aún no había sido debidamente analizado ni rechazado, no habiéndose causado un gravamen irreparable sobre la accionante.

Sin embargo, se puede analizar también que contrariamente a la

opinión mayoritaria sostenida por cuatro magistrados, está la opinión disidente al interior de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostenida por el doctor de Lázari. Según lo afirmado por el magistrado el recurso debería ser admitido:

*“Ante las particulares circunstancias del caso, cabe afirmar categóricamente que no hay otro medio judicial más idóneo, que razonablemente pueda abastecer con eficacia un reclamo vinculado con los derechos humanos y la necesidad de evitar cualquier tipo de discriminación. Y aún cuando existiera, si los procedimientos ordinarios, reputados en abstracto adecuados para resguardar el derecho de que se trata, comportaran una remisión del todo ritual o infecunda, habrá que privilegiar la procedencia del amparo teniéndose por satisfecho el requisito de la inexistencia de los restantes carriles utilizables, porque de lo contrario ocasionaría un daño insubsanable. [...]”*

A su vez, el magistrado agrega una descripción de las condiciones de vulnerabilidad padecidas por la actora, y retoma los compromisos asumidos por el Estado en esta materia:

*“Si el planteo ha sido formulado por una persona que aduce encontrarse en condiciones de vulnerabilidad [Reglas de Brasilia, art. 20], invocando una serie de circunstancias a tenor de las cuales habría padecido y estaría padeciendo marginación y discriminación laboral, educativa, penal, previsional, sanitaria, en razón de su identidad y expresión de género, y que hace descansar su reclamo en las desventajas históricas que porta el grupo LGTB por virtud de su orientación sexual, el marco jurídico aplicable excede ciertamente cualquier consideración de índole ritual [...]”*

En esta línea, el magistrado agrega:

*“8. Debe asegurarse a la actora el acceso a la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, en condiciones de igualdad, la que ha sido objeto de compromisos asumidos por el Estado nacional mediante la suscripción de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos.”*

Por lo tanto, el voto disidente del Dr. Lázari muestra sus fundamentos para admitir el recurso y poder decidir sobre la petición de la actora, adoptando una perspectiva de derechos humanos. De todas maneras, el recurso fue rechazado por mayoría.

A pesar de esto, se puede rescatar la mencionada opinión disidente que puede servir de precedente en casos ulteriores y que da cuenta de la importancia de la problemática de vulnerabilidad del colectivo y de la reparación por discriminación histórica como una vía posible.

A modo de conclusión, según puede observarse de los fallos analizados en esta sección, los jueces, en general, han receptado la normativa internacional de derechos humanos relacionada con la protección del derecho de las personas a no ser discriminadas y, con ella, las leyes locales que plasman los principios generales en la materia. Así, en los distintos casos se ve la intención de los magistrados de proteger dicho derecho, a fin de lograr promover el respeto por la autonomía y el ámbito de privacidad de las personas buscando la no estigmatización de los trabajadores por su orientación sexual que pertenece al ámbito de su intimidad.

En una parte de los casos nos encontramos con situaciones en las que un empleador abusa de su poder para inmiscuirse en la vida privada de sus empleados. Como consecuencia de ello, determina si el modo de vida de cada empleado es correcto o no, según sus parámetros, y toma decisiones al respecto. Las distintas decisiones transcritas en esta sección muestran una intención de los jueces de proteger el ámbito de privacidad de las personas. El hecho de que un empleado sea homosexual, travesti o sea portador de H.I.V. no amerita como causa para que esa persona sea despedida de su trabajo. En los fallos analizados desde el año 2007 hasta el día de hoy, los jueces, en general, consideran que se debe fomentar un trato igualitario de las personas, sin poder el empleador decidir sobre el futuro del empleado en la empresa o el organismo en donde preste sus funciones sobre la base de que considere que su modo de vida es el correcto o no lo es.

En este tipo de casos es muy difícil probar los actos discriminatorios para la persona que los sufre, ya que no es algo que se haga público al momento de realizarlo y no hay muchas pruebas para aportar, más allá de testigos, por ejemplo. Por lo tanto, teniendo en cuenta que se trata en el caso de personas pertenecientes a un grupo que "suele ser víctimas de discriminación", según palabras de los jueces en el caso "M., M. J." del año 2009, existe una presunción de discriminación en este tipo de situaciones. En consecuencia, una vez que se denuncia el hecho de discriminación, es el empleador el que debe probar que el despido se llevó a cabo por cuestiones objetivas y racionales. Es decir, la mayoría de los jueces en estos casos aplica la "teoría de las cargas dinámicas de la prueba" a efectos de probar el acto de discriminación. Aquí cobra especial importancia tanto la normativa internacional de derechos humanos, que enfatiza la importancia de la protección del derecho a no ser discriminado, y la Ley de Actos Discriminatorios [Ley 23.592], mencionada en las sentencias sobre el tema.

Sin embargo, en el caso "V., R. A." del año 2012 el proceso de evolución se ve interrumpido. Los jueces sostienen que no existe una presunción de discriminación que el empleador deba rebatir, sino que cada parte debe aportar pruebas. Este caso es resuelto en contra del empleado, ya que se considera que el mismo no pudo probar la relación de causalidad entre el daño y el empleador. Posteriormente, el fallo "Suárez" del año 2013 vuelve a la línea esbozada en los casos anteriores.

No obstante esto, se puede observar una evolución sostenida desde el año 2007 [más allá del fallo "V., R. A." del 2012, que como se dijo, se trata de un retroceso] en la protección del derecho a la igualdad, el derecho de las personas a no ser discriminadas y a que se proteja su ámbito de privacidad.

Por otra parte, cabe destacar el fallo "G., N. B." del año 2015, en el que se enfatiza en la responsabilidad del Estado en la protección de grupos desprotegidos. El fallo no sólo obliga al Estado a indemnizar a una persona trans por la omisión en su rol como protector de los derechos de las personas, lo que deja al descubierto su responsabilidad, sino que se lleva a cabo una descripción detallada de la situación de la persona y de lo que debió sufrir durante su vida como consecuencia de la mencionada omisión estatal.

Sin embargo, el caso siguiente, "L. C. E. c/ G. d. I. P. d. B. A. s/Amparo" refleja claras limitaciones impuestas por las sentencias judiciales en términos de reparaciones históricas por discriminación y por falta de acceso a derechos. Si bien se trata de un solo caso, éste da cuenta que aún ciertos derechos para las personas trans no han sido conquistados, muy a pesar de su extrema y múltiple vulnerabilidad. De todas maneras se puede rescatar que la causa no existió armonía entre todos los magistrados y que existieron opiniones disidentes que sí reconocían la

marginación y discriminación histórica sufrida por la población trans y la necesidad de resarcir esta realidad de larga data.

Cabe aclarar que la vulnerabilidad de las personas trans es necesaria ser tratada de manera focalizada y compensatoria tal como se mencionó al inicio de la sección debido a las razones ya esbozadas.

Tal como se ha dicho precedentemente, hay mucho camino por recorrer pero, sin embargo, es rescatable que este tipo de causas – como lo es la reparación histórica al colectivo trans – hayan comenzado a surgir para plantear el debate y que comience a estar en agenda y en causas concretas ante los magistrados aunque la jurisprudencia aún no es consistente.

Ante esto, es menester realizar cambios legislativos acordes, como lo puede ser una ley nacional de cupo trans o de ley integral trans, u otras iniciativas para poder tomar acciones afirmativas en pos de un colectivo que aún sufre una enorme marginalidad y escasa inclusión en la sociedad de manera integral. Para esto, el aporte desde la administración de la justicia es de suma utilidad cuando estos avances legislativos aún no fueron conquistados, por lo tanto, en el futuro se deberán analizar con detenimiento causas semejantes, cuando las haya.

## El derecho a los beneficios sociales

Progresivamente se ha ido reconociendo, gracias al activismo y los avances de la jurisprudencia, el derecho de las personas LGBT al acceso de diversos beneficios sociales. Lo que antes era impensado hoy es política nacional para garantizar los derechos de las personas LGBT, a fin de colocarlos en pie de igualdad respecto al resto de las personas. Hoy en día una pareja homosexual tiene los mismos derechos que una pareja heterosexual en lo que respecta, entre otras cosas, a la seguridad sexual. Asimismo, las personas transexuales también han logrado tener cierta consideración y reconocimiento de las diversas problemáticas que pudieran atravesar. En este sentido, es paradigmático el caso en el que se otorgó una pensión por embarazo a un varón transexual, el que fue resuelto en una instancia administrativa sin la necesidad de accionar judicialmente.

Tanto en el fallo "G., J. C." del año 2005, como en "Yapur" del año 2009 o "P., A." del año 2011, estos últimos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces dejan de lado el apego a la letra de la ley para realizar una interpretación armónica de las leyes en cuestión y las distintas normas de derechos humanos en juego en cada caso, que logre finalmente proteger los derechos de las personas LGBT. No todos los jueces estaban de acuerdo con esta visión, al menos en ese momento, pero las instancias superiores resuelven de manera de proteger los derechos básicos de las personas.

A su vez, la Ley de Matrimonio Igualitario [Ley 26.618] marcó un antes y un después en el ámbito de la protección de los derechos de las personas LGBT a gozar de beneficios sociales, otorgando a los jueces directivas mucho más claras a fin de dictar sentencia en los distintos casos.

En esta sección resumiremos las diferentes resoluciones que se han dictado con respecto a este tema, teniendo en cuenta particularmente el dictado de la Ley de Matrimonio Igualitario y la incidencia que la misma tuvo en la decisión de los jueces. Y, por otra parte, tratará un caso de beneficios sociales para una mujer trans.

### Caso G., J. C. (2005)

En primer lugar, cabe mencionar el caso de "G., J. C.", resuelto por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2005. Aquí, G., J. C., beneficiario titular de la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (O.S.E.C.A.C.), manifiesta haber iniciado los trámites administrativos correspondientes, según lo indicado por dicha obra social, con el objeto de adherir a su plan médico, como beneficiario indirecto, a su pareja homosexual<sup>43</sup>. Sostiene que O.S.E.C.A.C. le informó que, para llevar adelante dicho trámite, debería acreditar las condiciones previstas en el artículo 9º, inciso b) de la Ley de Obras Sociales [Ley 23.660], lo que fue debidamente cumplido.

Posteriormente, ANSeS emitió el comprobante de empadronamiento, que confirmó la adhesión de la pareja como familiar y/o adherente del beneficiario titular.

Una vez que G., J. C. solicitó a la obra social la credencial y el resto de la documentación correspondiente, O.S.E.C.A.C. negó que aceptara la incorporación de convivientes del mismo sexo. Ante ello, la pareja decidió

recurrir a la Justicia para solicitar que se incorpore a su pareja a la cobertura médica.

Según surge de la contestación de demanda de O.S.E.C.A.C., la inclusión de una pareja homosexual como beneficiario indirecto consiste en "[...] una situación de hecho excluida por las leyes vigentes y el Código Civil.". Además, agrega que:

*"[...] las personas que no tienen carácter de beneficiarios por no estar comprendidas en los arts. 8º y 9º de la ley 23.660, deberán insertarse en efectores públicos", y que "[...] el Código Civil no ha sido modificado en la esencia respecto a los capítulos referentes al Derecho de Familia, en lo que hace a la relación de parejas de mismo sexo. Por lo cual, entiende que la ordenanza dictada por el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no puede oponerse a una ley de fondo, como es el Código Civil y la ley de obras sociales [...] señala que el actor no solicitó la inconstitucionalidad de ninguna norma que avale su pretensión [...]"*

Asimismo, cabe destacar que por la Resolución N° 426/04, dictada por el Superintendente de Servicios de Salud, se intima a O.S.E.C.A.C. a afiliarse en forma inmediata a R., S. C. bajo apercibimiento de encuadrar su conducta en el artículo 42 de la Ley del Sistema Nacional del Seguro de Salud [Ley 23.661] y, consecuentemente, aplicar las multas que correspondieran.

Para decidir en el caso, la jueza cita el artículo 9º inciso b) de la Ley 23.660, del que surge que "Quedan también incluidos en calidad de beneficiarios: ... b) las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar...". Sobre la base de una interpretación dinámica y extensiva de la ley, teniendo en cuenta que la

<sup>43</sup> Fallo "G., J. C. y otro c. Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles", Juzgado Federal de 1a Instancia Nro. 2 de Rosario (JFedRosario)[Nro2], de fecha 01/08/2005. Publicado en: LA LEY 1/10/2005, 5, con nota de Néstor E. Solari; LA LEY 2005-F, 177, con nota de Néstor E. Solari; LLLitoral 2005 (noviembre), 1043, con nota de Néstor E. Solari. Cita online: AR/JUR/3722/2005.

realidad social es cambiante, la magistrada considera que la situación de R., S. C. encuadra en lo establecido por el artículo 9º antes citado, por haber sido probada la convivencia y el ostensible trato familiar.

Por último, la jueza entiende que, siendo la demandada una obra social, resulta de aplicación lo dispuesto por la Ley 23.661, que establece que las obras sociales se considerarán agentes del seguro de salud, cuyo objeto es procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

Por lo tanto, O.S.E.C.A.C. debe incorporar a R., S. C. como beneficiario indirecto de dicha obra social.

## Caso Yapur, Elvio Alberto (2009)

En el caso "Yapur, Elvio Alberto", el demandante solicitó el beneficio de la pensión por el fallecimiento de su conviviente del mismo sexo ante la Caja de Previsión y Seguro Médico<sup>44</sup>. Dicha solicitud fue rechazada, sobre la base de la identidad de sexos entre el solicitante y la persona fallecida, y principios que surgen del artículo 55, párrafo 3º de la Ley 12.207 de la Provincia de Buenos Aires, en relación con los causahabientes que, según la ley, tienen derecho a pensión. Yapur interpone, entonces, una acción de amparo ante la justicia en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires a efectos de que se deje sin efecto dicha resolución, con fundamento en la protección de derechos fundamenta-

<sup>44</sup> Fallo "Yapur, Elvio Alberto c. Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires", Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 28/07/2009, S.C. Y. 36; L. XLIII.

les, tales como el derecho a la igualdad de trato y a la protección contra cualquier forma de discriminación.

Primera Instancia resolvió en favor de Yapur, pero la Cámara consideró que ya había pasado el tiempo para interponer la acción y que, en principio, no surgía probada "con nitidez" la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto cuestionado.

Ante dicha negativa, el demandante interpuso ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires un recurso de inconstitucionalidad local, el que fue rechazado por entender dicho tribunal que no era un recurso viable, ya que la Cámara no se había pronunciado sobre un caso constitucional.

Finalmente, el demandante recurre ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], la que debe resolver este caso en el año 2009. Dicho tribunal sostiene que la Corte Provincial incurrió en arbitrariedad al no argumentar suficientemente las razones por las que desestimó el recurso de inconstitucionalidad local, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso [los derechos en juego, la delicada situación de salud del demandante, entre otras]. Así, considera que dicho tribunal "atendió a una cuestión formal, como ser el nomen iuris de la vía utilizada, en desmedro del estudio de los agravios conducentes que ponían en tela de juicio temas de derechos fundamentales llevados ante su estrado, sin dar otro basamento para ello." Según la CSJN, esta solución no se ajusta a la cautela que deben tomar los jueces en casos relacionados con el derecho previsional.

Por lo expuesto, la CSJN decide dejar sin efecto la sentencia de la

<sup>125</sup> Ver información completa en: <http://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones/55-comision-sobre-tematicas-degenero/2410-se-homologo-guia-para-regular-las-requisas-a-personas-trans>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y, sobre el fondo del asunto, considera aplicable la solución que surge del dictamen del Procurador General en el caso "M., J. J. c. A.N.S.E.S. y otros"<sup>46</sup> de fecha 28/06/2007.

### **Caso P., A. (2011)**

El caso de "P., A." llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2011<sup>46</sup>. Una persona entabló una demanda contra la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) a los fines de que le fuera reconocido el derecho a pensión derivado de la muerte de su conviviente de su mismo sexo.

La petición fue denegada en Primera Instancia y en la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social por tratarse de personas del mismo sexo, y por no cumplirse el requisito de "convivencia pública en aparente matrimonio" que surge del artículo 53 de la Ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones [Ley 24.241] para el caso de convivientes. Contra la decisión de la Cámara, P., A. interpone Recurso Extraordinario.

Una vez en la CSJN, P., A. logró que le concedieran el beneficio –a través de la Resolución de la ANSeS N° 671/2008–, pero sólo se proyectó al año anterior a aquella norma, y el demandante exigía los haberes devengados desde el fallecimiento de su pareja.

La CSJN considera que el caso en cuestión no puede ser excluido del régimen legal de pensiones, por tratarse de una:

<sup>46</sup> Fallo "P., A. c/ ANSeS s/ pensiones", Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 28/06/2011, P. 368. XLIV.

*"[...] persona sobreviviente que mantenía con la beneficiaria fallecida una relación que, por sus características, revelaba lazos concretos y continuos de dependencia económica, bien de la primera respecto de la segunda, bien de índole recíproca o mutua."*

Es decir, se cumple con el objetivo protectorio del régimen de pensiones: la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por la muerte de una persona a aquéllos que las sufren. Según entiende la CSJN, hay una afectación económica de P., A., derivada de la pérdida de los ingresos de su pareja.

Por lo tanto, la CSJN sostiene que el hecho de que esta situación no se ajuste a los términos que surgen del artículo 53 de la Ley 24.241 no impide que se le conceda el beneficio al demandante, desde el momento del fallecimiento. Así, se revoca la sentencia apelada.

### **Caso G., S. G. (2011)**

En línea con el razonamiento de la CSJN en el fallo "P., A.", el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata tuvo que resolver el caso de "G., S. G." en el año 2011<sup>47</sup>.

Como consecuencia de la muerte de su pareja, beneficiario de una jubilación y con quien convivía hacía más de 15 años, el demandante requirió a la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones que se le otorgara el beneficio de la pensión. Ante el rechazo de la solicitud, por entender que se debe poder suponer la existencia de un vínculo matrimonial aun cuando no se haya celebrado matrimonio alguno, y en el caso de parejas

<sup>47</sup> Fallo "G., S. G. c. Caja Retiros Jub y Pens.policía Bs.as.", Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo Nro. 2 de La Plata, de fecha 06/10/2011. Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/57369/2011.

homosexuales no cabría tal suposición, G., S. G. interpuso demanda, con el objeto de obtener la anulación de la resolución que deniega el beneficio de pensión solicitado en su calidad de conviviente.

G., S. G. sostiene que el artículo 43 de la Ley de Regulación de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías de la Provincia de Buenos Aires [Ley 13.236] consagra el beneficio para "personas de uno u otro sexo que se hubieran unido y mantenido vida marital de hecho [...]".

Cabe destacar que, con posterioridad al dictado de las resoluciones por parte de la Caja, se sancionó la Ley 26.618 (de fecha 22/07/2010), la que introduce modificaciones importantes a efectos de resolver este caso. Dicha ley modifica ciertos artículos del Código Civil en materia de familia, y permite, entre otras cosas, la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo [artículos 2 y 42 de la ley]. Por lo tanto, el Juzgado debe analizar el caso en cuestión teniendo en cuenta dichas modificaciones.

La jueza interviniente entiende que, habiéndose reconocido el derecho a las personas homosexuales de contraer matrimonio, debe realizarse una interpretación que contemple el beneficio pensionario de los convivientes del mismo sexo, ya que toda valoración opuesta deviene contraria a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación y, por ende, carecería de justificación objetiva y razonable, tornándose discriminatoria y violatoria de los derechos humanos.

Luego de recorrer tanto la normativa como la jurisprudencia internacional, que brindan argumentos para el otorgamiento del beneficio de la pensión, la jueza hace lugar al requerimiento efectuado por G., S. G., ya que:

*"los beneficios previsionales se asimilan al derecho alimentario y tienden a la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, que son manifiestos en los momentos de la vida en que la ayuda es más necesaria y, por ello, las cuestiones que integran la materia previsional deben ser interpretadas en el marco del siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia sociales [C.S.J.N., Fallos:267:336; 293:304; 294:94; 307:135;311:1644; 319:2151; in re"ltzcovich c/ ANSeS s/reajustes" varios", sent. de 29-III-05, LA LEY, 2005-B, 646]."*

## Caso R., C. A. (2011)

Con posterioridad al dictado de la Ley 26.618, es importante citar la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "R., C. A." del año 2011, en este caso en relación con el ámbito laboral y la Ley de Contrato de Trabajo<sup>48</sup>.

Ante la solicitud del otorgamiento de una indemnización por fallecimiento, como consecuencia de la muerte de su pareja de su mismo sexo, R., C. A. inició demanda contra AMSA a los fines de obtener el beneficio mencionado, sobre la base del artículo 248 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En Primera Instancia se hizo lugar a lo solicitado. Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió revocar dicho pronunciamiento y denegar la petición, sosteniendo que el beneficio debía otorgarse sólo en el caso de que hubiera una unión de un hombre y una mujer.

Finalmente, la CSJN se expide al respecto, remitiéndose a lo decidido en el fallo "P., A." antes nombrado. Así, dicho tribunal sostiene que

<sup>48</sup> Fallo "R., C. A. v. AMSA S.A.", Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 29/11/2011. Cita online: AP/JUR/70/2011.

*"el derecho a la indemnización por fallecimiento prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo tiende a paliar la situación de desamparo de la familia del trabajador fallecido, originada por la pérdida de los ingresos con que el causante subvenía sus necesidades, situación asimilable —en este aspecto— a las prestaciones de la seguridad social que fueron objeto de tratamiento en el precedente citado".*

Por lo tanto, la CSJN deja sin efecto la decisión de la Cámara.

## **R.G.P. c/ GCBA y otros s/incidente de apelación (2015)**

Esta causa también es de la Ciudad de Buenos Aires, y el fallo es emitido por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trata de una queja por un recurso de inconstitucionalidad denegado. La actora es una mujer transexual. Su petición inicial se trata de la necesidad de renovar una medida cautelar que permite que ésta no esté en situación de calle. La actora explica que la decisión de la Cámara que revocó la medida cautelar dispuesta a su favor le provoca un gravamen irreparable, puesto que la coloca en situación de calle nuevamente. Según los dichos de actora:

*"revocar la medida cautelar en el caso específico implica necesariamente retrotraer mi situación al momento de inicio de la presente acción, colocándome nuevamente en efectiva situación de calle, con los consecuentes agravios a mi salud, integridad física, dignidad y vida. Agravios concretos que se producen al estar desamparada y sin un lugar donde vivir, los que no podrían repararse en el futuro con la sentencia de fondo" [fs. 6 de la queja]."*

Esto muestra la gravedad que implica que no le concedan la queja por no admitir el recurso de inconstitucionalidad. No obstante esto, la mayor parte de los votos del Tribunal Superior se basaron en que la queja debería ser rechazada dado que la sentencia que busca ser impugnada carece de la condición de ser definitiva o equiparable a tal [por tratarse de una medida provisional o cautelar], y que a su vez, la actora no logró mostrar que la sentencia que no era definitiva, sí era equiparable a una de tal característica. Además, se basó en que el razonamiento de la actora no demostraba contundentemente la gravedad y vulnerabilidad esgrimida por su parte, que permitiera desvirtuar la sentencia de manera tal que devenga infundada. Estas circunstancias resultaron suficientes para determinar que la queja interpuesta sea rechazada.

Disidentemente, se rescata la opinión de la Jueza Ruiz dado que admite la queja, explicando que la actora esgrimió motivos suficientes y fundamentos concretos para mostrar el gravamen irreparable que le implica la sentencia resistida, diciendo:

*"4... es difícil imaginar una consecuencia más gravosa e irremediable que vivir en la calle. Se trata de un sufrimiento cuya reparación posterior es francamente imposible. Sorprenden, por ello, los términos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que, con ligereza, tuvo por no acreditado este aspecto."*

Una vez dada por admitido el recurso, resuelve que:

*"8. La decisión de los jueces a quo evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual la Sra. Rodríguez no reuniría suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de una mujer trans de 41 años con innumerables conflictos de violencia suscitados con motivo de su identidad de género. Una persona cuya situación de vulnerabilidad determinó su*

*inclusión por parte del demandado en un programa de emergencia habitacional. Al señalar que no ha demostrado impedimentos para el trabajo (nótese que la amparista, en su presentación, de hecho relató los variados trabajos que realiza), los magistrados eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo -en ocasiones insalvable- que la identidad de género, la edad, la limitada instrucción y la precariedad habitacional constituyen para ese fin.*

9. Los extremos reseñados en el punto anterior son suficientes para revocar el fallo impugnado.”

Lamentablemente, tratándose de una opinión minoritaria, no se resuelve lo sostenido por la Jueza Ruiz a favor de lo solicitado por la accionante. Sin embargo, esta opinión disidente puede servir como precedente en futuras causas. También se puede destacar que en este caso, no le fue denegada la pretensión sino el recurso en relación a cuestiones formales, por lo tanto, en términos del voto mayoritario, no se resolvió sobre el fondo de la cuestión sino que fue rechazado la queja por cuestiones de admisibilidad.

Si bien este panorama no es el más favorable, se puede tener en cuenta que esta causa no puede aplicarse como precedente en relación al fondo de la cuestión en caso de volver a suscitarse una pretensión semejante dado que no se resolvió sobre eso. Sumado a esto, es destacable que aquella Jueza que optó, por medio de su voto minoritario, por declarar la admisibilidad del recurso, además de admitirlo hace lugar a la pretensión.

Lamentablemente, tratándose de una opinión minoritaria, no se resuelve lo sostenido por la Jueza Ruiz a favor de lo solicitado por la accionante. Sin embargo, esta opinión disidente puede servir como precedente en futuras causas. También se puede destacar que en este caso, no le fue denegada la pretensión sino el recurso en relación a cuestiones formales, por lo tanto, en términos del voto mayoritario, no se resolvió sobre el fondo de la cuestión sino que fue rechazado la queja por cuestiones de admisibilidad.

Si bien este panorama no es el más favorable, se puede tener en cuenta que esta causa no puede aplicarse como precedente en relación al fondo de la cuestión en caso de volver a suscitarse una pretensión semejante dado que no se resolvió sobre eso. Sumado a esto, es destacable que aquella Jueza que optó, por medio de su voto minoritario, por declarar la admisibilidad del recurso, además de admitirlo hace lugar a la pretensión.

## **Caso Heredia, Luis Alberto c. Ministerio de Economía - I.P.S. s/ pretensión indemnizatoria (2016)**

Este asunto tramitó ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de Mar del Plata, luego de un recurso interpuesto por parte de la accionada, quien sería el Instituto de Previsión Social (I.P.S.) de la Provincia de Buenos Aires y que fue resuelto el 2 de Febrero de 2016.

El caso se refiere a la pensión por fallecimiento que le debería corresponder al conviviente supérstite, que en este caso era un hombre – al igual que el fallecido – conformando una unión homosexual.

Lo que entra en tela de juicio es la aplicación del decreto ley 9650/80 el cual, para otorgar la pensión, la persona acreedora de la misma si:

*“hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco [5] años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos [2] años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.”*

En concordancia con esto, el I.P.S. esgrime que esto no podría haber sido posible, debido a que las personas eran del mismo sexo, y que al momento del fallecimiento del fenecido, la legislación civil vigente no contemplaba aún el matrimonio igualitario, por lo tanto, la pensión no correspondería.

Ante esto, la Cámara sostiene en su sentencia:

*“2.2.1. Es claro que la noción de convivencia pública y en aparente matrimonio plasmada en el citado art. 34 inc. 1° del decreto ley 9650/1980 tiende a contemplar, en fin, el caso de quienes entre sí han desarrollado un vínculo estable y permanente, sin estar —precisamente— unidos bajo la figura jurídica de un matrimonio válidamente celebrado de conformidad con los recaudos que al efecto fija la ley civil, aunque manteniendo una comunidad de habitación y de vida ostensiblemente similar a la que existe entre cónyuges [argto. doct. S.C.B.A. causa B. 56.761 “Córdoba”, sent. del 19/02/2002; cfr. Bossert, Gustavo, “Unión extraconyugal y matrimonio homosexual”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 3 y sgtes.]”*

*Así, de probarse que entre los convivientes se ha exteriorizado objetivamente una relación de comunidad signada por elementos conductuales y afectivos propios de la vida conyugal —como lo serían la cohabitación bajo un mismo techo, el hecho de compartir la vida en aspectos atinentes al disfrute y satisfacción de las necesidades cotidianas y al porvenir común, la vocación de permanencia en dicha unión, la fidelidad guardada entre los convivientes y, principalmente, la notoriedad dada a tal vínculo—, la sola circunstancia de que no verificarse respecto de la pareja un requisito esencial para que dicha unión pudiera adquirir el estatus de matrimonio legalmente constituido, en manera alguna atentaría contra el carácter de “matrimonio aparente” que ella pudiese exhibir.”*

En función a estos dichos, agrega la Cámara que una lectura diferente implicaría una lectura rígida y restrictiva de la norma municipal, y que implicaría, en otros términos:

*“...un acotamiento del universo de beneficiarios de la prestación en cuestión más allá de lo expresamente previsto por la norma, fundado exclusivamente en la condición sexual del interesado y contrario —por tanto— al principio de igualdad consagrado por el art. 16 de nuestra Carta Magna y a los principios de no discriminación que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados por el art. 75 inc. 22° de la Constitución Nacional [cfr. art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17 inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros; v. Bossert, Gustavo, Op. Cit., p. 325].”*

Con este corolario, la Cámara desestima la apelación del Instituto y acoge la pretensión del Sr. Heredia, el accionante, a recibir la pensión que le corresponde.

En este fallo, se puede destacar la lectura protectora de los derechos del colectivo LGBT por medio de una lectura amplia de una normativa de

1980 que a su vez, es aplicada para un caso que acontece poco tiempo antes de la promulgación de la Ley de Matrimonio Igualitario. De esta forma, la lectura realista aplicada – donde se considera que la normativa municipal no debe leerse rígidamente sino conforme a la realidad que valida la existencia de uniones homosexuales – es un aporte importante para el fomento de la percepción de los derechos sociales de las personas LGBT.

A modo de conclusión, en materia de beneficios sociales los fallos mencionados parecen mostrar una línea clara en cuanto a la interpretación de los jueces de las distintas normas en juego. En los casos analizados, desde el año 2005 los jueces han tratado de analizar los principios que se encontraban detrás de las distintas normas. Aun cuando en muchos casos el derecho de la pareja homosexual no era explícito, algunos jueces consideraban que ése no era un impedimento para otorgarles los beneficios de los que eran merecedores sobre la base de normas constitucionales y convencionales. Es decir, los jueces analizan los casos teniendo en cuenta la situación de desprotección que sufre la persona que sobrevive a su pareja y tomándose del espíritu de la ley más que de su literalidad. Es por eso que el fallo "P., A." es paradigmático en este sentido, ya que lo que se tiene en cuenta para resolver no es lo que surge explícitamente de la ley, sino que se cumpla con el objetivo propuesto [en el caso, con el objetivo protectorio del régimen de pensiones].

Los jueces llevan a cabo interpretaciones amplias y dinámicas de los derechos, teniendo en cuenta que las circunstancias cambian a lo largo del tiempo y es necesario que tanto la sociedad como la interpretación del derecho se adapten a dichos cambios para que no se aparte del concepto de justicia. Por lo tanto, dejan entrever que, aun cuando las

leyes no se adecuen automáticamente, la interpretación que los jueces deben realizar al momento de decidir sobre un caso en particular debe ser armónica y comprensiva de los derechos fundamentales de las personas, según principios básicos, y sin hacer mayor hincapié en cuestiones formales que puedan impedir la protección de derechos de las personas.

En este sentido, el dictado de la Ley 26.618, que otorga la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo, es fundamental en la decisión de los jueces. Una vez que la ley explicita la posibilidad de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, hay derechos inherentes que no podrían ser rechazados. Tal como sostiene la jueza en el fallo "G., S. G." del año 2011, cuya decisión es posterior al dictado de la mencionada ley, en caso de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, negarles derechos que se desprenden del mismo sería contrario a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, por lo que carecería de justificación objetiva y razonable, tornándose discriminatoria y violatoria de derechos humanos.

Por lo tanto, la evolución en materia de beneficios sociales para personas LGBT es visible y constante. Aún cuando todavía haya jueces de instancias inferiores que se atengan más que otros a la letra de la ley, como en el caso de la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el caso "R., C. A." del año 2011.

Por su parte, se retoma en el caso "R.G.P. c/ GCBA y otros s/incidente de apelación" va por otra línea, que es aquella que versa sobre los beneficios sociales de una mujer trans. Lamentablemente, en esta oportunidad no se le reconoce el derecho que pretende la mujer trans en función de la medida cautelar que le permite no vivir en situación de calle. Sin embargo, poco a poco se van multiplicando los casos de exigencias por parte del colectivo trans en relación a los beneficios sociales y a las reparacio-

nes que le competen por su marginación histórica y extrema vulnerabilidad. Además, cabe aclarar la existencia de una opinión minoritaria que puede ser retomada a futuro en casos que puedan sucederse posteriormente.

La tendencia, en general, marca una evolución paulatina y progresiva en materia de protección de los derechos a la obtención de beneficios sociales de los grupos LGBT.

## Discriminación y Derecho de Admisión

### P. D. N. c/ General Paz Hotel S.A. s/ daños y perjuicios (2016)

P. D. N. c/ General Paz Hotel S.A. s/ daños y perjuicios (2016)

Este caso llegó a la Sala H de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y el fallo es de fecha 16 de Diciembre de 2016. La temática gira en torno a un hotel alojamiento [albergue transitorio] que denegó el ingreso de un cliente con su pareja del mismo sexo, incurriendo por consecuencia en una conducta discriminatoria.

A lo largo del fallo judicial, se retoman los avances culturales que ha habido en la temática, dado que la demandada se funda en una Ordenanza de 1970 para justificar su accionar, aduciendo que la misma establecía que los diversos tipos de hotel “que esté destinado a alojar parejas de distintos sexos”. Sobre esto, la Sala estima que la ordenanza no puede ser interpretada literalmente:

*“Menos aún en la Argentina, donde desde el 15 de julio de 2010 existe legislación que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo. No es ocioso recordar que la ley surgió a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo la consigna «Los mismos derechos, con los mismos nombres». Además, el 12 de diciembre de 2002 se aprobó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el proyecto de ley de unión civil presentado por la Comunidad Homosexual Argentina.”*

Mismo agrega:

*“Lo concreto es que a partir de la ratificación por parte del Estado Argentino de los instrumentos de derechos humanos y en especial a partir de la sanción de la ley 26.618, no queda espacio para reputar como justificada una decisión que implique una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas [CN art. 16 y 75 inc. 22, CIDH "Atala Riffo" -2012-].”*

Luego añade que, más allá de toda interpretación literal:

*“a) la Ordenanza es de 1970, y ha habido una fuerte evolución cultural y jurídica en contra de la discriminación y de los prejuicios; b) una ordenanza está claramente por debajo de la Constitución Nacional, de tratados internacionales, de leyes nacionales, y de una jurisprudencia que se orienta hacia la igualdad de derechos; c) no se intentó siquiera armonizarla con leyes posteriores; d) cuando se legisla una prohibición, la interpretación debe ser lo menos restrictiva posible, y siempre a favor del ejercicio de derechos fundamentales; e) pudo arriesgarse la demandada a cometer una “infracción”, y de ser sancionada cuestionar con buenos argumentos su inconstitucionalidad.”*

Esto muestra la protección en términos de derechos para el caso de discriminación en el derecho de admisión de hoteles, que se fundan en argumentos discriminatorios.

## Derecho a la intimidad

### V. M. c/ Editorial Atlántida S.A. | daños y perjuicios s/ ordinario (2015)

En el presente fallo, se condena a una editorial a resarcir el daño moral causado a raíz de la publicación de una foto de archivo del actor en un contexto diferente, toda vez que la misma resultó apta para crear una intriga sobre su sexualidad respecto de la cual no tenía intención de ventilar.

En este fallo es interesante la cuestión del derecho a la intimidad y a la no divulgación de la sexualidad de las personas por parte de los medios de comunicación, sea esta divulgación certera o falaz.

Concordantemente, el Juez sentencia:

*“5.-No había ninguna necesidad social o interés público que justificaran violar la intimidad del afectado con la sola finalidad de condimentar la nota periodística y hacerla más atractiva, prescindiendo en otro contexto, de las referencias que sí constaban en la primigenia publicación, no pudiendo sostenerse válidamente que el actor hubiera renunciado a la preservación del anonimato acerca de su verdadera identidad sexual por la circunstancia de que colaborara activamente con la toma del modo en que se hiciera.”*

En este caso se busca proteger al accionante, en función de que las fotos publicadas inducen a la homosexualidad siendo esto algo inexacto. Es interesante el hecho de que a través de este fallo se preserva el derecho a la intimidad y la no divulgación de la sexualidad del demandante.

## El Derecho Penal y la decisión sobre la ejecución de las condenas

El derecho penal y la decisión sobre la ejecución de las condenas penales han sido históricamente espacios de constantes abusos de los derechos de las personas LGBT. Desde la incriminación de un delito o su agravamiento por involucrar a una persona LGBT, hasta el lugar y las condiciones de alojamiento de las personas LGBT en las cárceles del país, reflejan un trato cruel y claramente discriminatorio.

Los casos llevados ante la justicia han logrado, muchas veces, replantear la situación, y modificar hábitos o costumbres que han dañado durante años la integridad física y moral de las personas LGBT. Sin embargo, ha sido difícil lograr una modificación sustancial en ámbitos tales como el servicio penitenciario.

Nuevamente, teniendo en cuenta que los derechos humanos son interdependientes y no es posible analizar algunos de ellos sin entrar en el ámbito de otros, aquí también cabe mencionar la importancia de la Ley de Identidad de Género. Aun cuando dicha ley ha sido fundamental en

sus efectos para personas LGBT, muchas veces ciertos ámbitos no son muy receptivos al cambio y aun no han terminado de penetrar las consecuencias de la ley en todo ámbito donde pueda ser aplicable. Por lo tanto, es difícil alcanzar un avance real en la protección de ciertos derechos. Sin el total apoyo del sistema penitenciario y del derecho penal en general, la transformación hacia un ámbito más respetuoso de los derechos de las personas LGBT todavía es incompleta. Esta idea se refleja claramente en el fallo "Incidente de Libertad Condicional Del Interno Penado" del año 2014.

Aquí se podrán consultar los diversos modos de discriminación reflejados en los casos que accedieron al sistema judicial, como así también las nuevas miradas de los jueces al contemplar los derechos de las personas LGBT dentro del sistema penal.

## Caso T., J. N. (1999)

Siguiendo el orden cronológico de las secciones anteriores, cabe analizar, en primer lugar, el fallo "T., J. N." de la Cámara Criminal de Río Cuarto, del año 1999. Una mujer transexual es condenada por la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación a trece años de prisión por el delito de robo agravado por homicidio. La mujer es alojada en una cárcel de varones y, al no tener un sector adecuado para su situación, se la aisló desde su ingreso. Por lo tanto, solicita a la Cámara Criminal de Río Cuarto cumplir su condena en una unidad de mujeres.

<sup>49</sup> Fallo "T., J. N.", Cámara Criminal de Río Cuarto, de fecha 20/01/1999. Publicado en: LLC1999, 1211. Cita online: AR/JUR/3239/1999.

El juzgado de ejecución en Primera Instancia rechaza el pedido, por lo que se apela dicha resolución y la Cámara la revoca, haciendo lugar a lo solicitado por T., J. N.

Atendiendo a que la requirente tiene su cuerpo adecuado a su identidad de género autopercebida, la Cámara hace lugar al pedido, teniendo en cuenta que es necesaria la "integración al grupo que se aprecia de mayor afinidad". Sin embargo, en este antecedente también se produce la confusión entre homosexual y transexual.

Asimismo, la Cámara entiende que el encierro no debe constituir un rigor excesivo ni tampoco un grado de mortificación que lo convierta en un simple castigo, sino que debe ser un medio de seguridad en la persona y el re-encauzamiento de su conducta.

### Caso Levoniuk, Jorge Omar (2008)

Del fallo "Levoniuk, Jorge Omar" de la Sala B del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, del año 2008, sólo nos limitaremos a analizar la interpretación que hace dicho tribunal del daño sufrido por el menor en cuestión<sup>50</sup>:

El caso versa sobre el abuso sexual de un menor de edad por parte de su padre, quien es acusado y condenado por la Cámara Criminal N° 1 de Santa Rosa, Provincia de La Pampa, por el delito de abuso sexual agravado. El Fiscal de Cámara y el Defensor recurren la decisión de dicho tribu-

nal y, finalmente, el caso llega al Superior Tribunal de Justicia (STJ) de la provincia, el que confirma la decisión de la Cámara.

En su sentencia, el STJ, al momento de analizar el daño sufrido por el menor, considera que los actos perpetrados por el adulto al niño le causaron a éste una desviación del curso natural de su desarrollo sexual, ya que dichos actos son en sí mismos "prematurados, excesivos y perversos". En lo que aquí nos interesa, el STJ, en consonancia con lo sostenido por el Fiscal de Cámara, considera, entre otros argumentos, que:

*"El acto es perverso cuando en sí mismo es depravado, porque implica un ejercicio anormal de la sexualidad [homosexualismo, coitos anormales con manifestaciones de sadismo o masoquismo, etcétera]."*

Asimismo, a efectos de determinar la culpabilidad del señor Levoniuk, el STJ afirma que:

*"el imputado conocía la edad de la víctima por ser su padre, como así también el contenido homosexual de sus actos y por ello la naturaleza corruptora de los mismos. Se trató en el caso, de un hombre mayor que inicia en actividades sexuales de naturaleza corruptora a su hijo menor de trece años, también varón, actividad idónea para torcer o deformar el normal desarrollo sexual de la persona."*

Sobre esto, siendo cierto lo aberrante del abuso sexual de un padre hacia su propio hijo, no es menos cierto que algunas de las afirmaciones realizadas y algunos adjetivos utilizados sobre el acto homosexual pueden ser cuanto menos cuestionables.

<sup>50</sup> Fallo "Levoniuk, Jorge Omar, en causa n° 02/07 (reg. C. en lo C. n° 1 - Sta. Rosa) s/ recurso de casación", 104/07, Supremo Tribunal de Justicia, Sala B, Provincia de La Pampa, de fecha 21/05/2008.

## Caso Pistillo, Rosa Gisella (2009)

En el caso de "Pistillo, Rosa Gisella", del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, del año 2009, una mujer lesbiana que se encontraba cumpliendo una pena dentro de un establecimiento penitenciario para mujeres solicitó la autorización para recibir visitas íntimas de su pareja<sup>51</sup>. Al ser rechazado el pedido, se interpone recurso de apelación ante el Tribunal, el que finalmente concede la autorización solicitada.

Para así decidir, el Tribunal hace una revisión de los antecedentes de la relación y constata que estas mujeres se conocieron dentro del establecimiento penitenciario, iniciaron una relación y la mantuvieron luego de que una de ellas quedó en libertad.

Asimismo, cabe destacar que se encontraba acreditado el concubinato, según surgía de las constancias del acta de convivencia otorgada por la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Es decir, la pareja había cumplido con todos los requisitos administrativos necesarios a fin de solicitar las visitas íntimas (el artículo 51, inciso e) del Decreto 1136/97, reglamentario de la Ley 24.660, otorga el derecho a las visitas íntimas a la "concubina o concubinario").

Según surge de lo expuesto por el Director de la Unidad N° 31, donde se encontraba detenida Pistillo, aun habiendo presentado un certificado de concubinato en la unidad carcelaria, no se autorizaban las visitas íntimas en este caso, pero:

*"[...] si la autoriza para hacerlo en calidad de amiga, ello así tal como lo aconseja el informe social mediante el que se concluye que la relación actúa como favorecedora en el proceso de reinserción social de Pistillo."*

<sup>51</sup> Fallo "Pistillo, Rosa Gisella s/autorización visitas", del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, incidente N° 1989/17/09, de fecha 11/12/2009.

Explica el Tribunal que, a efectos de determinar la existencia de una relación entre estas dos mujeres, sólo debe importar el propio reconocimiento de las interesadas, no así el de terceras personas o incluso el Estado, ya que de esa forma se estaría vulnerando el principio de intimidad.

Luego de citar el artículo 19 de la Constitución Nacional, el Tribunal sostiene que:

*"[...] no puede sostenerse que en el caso analizado pueda desprenderse alguna situación que pudiese ofender, como se dijo, al orden o a la moral pública o incluso a un tercero [...]" por el hecho de considerar que Pistillo demostró un "[...] claro respeto por la autoridad y el orden, que se traduce en las diferentes solicitudes realizadas a tal fin."*

Por lo tanto, el Tribunal concluye que privar a la demandante de recibir visitas íntimas de la que fuera su pareja resulta violatorio del principio de igualdad, de lo que se desprende una vulneración al principio de no discriminación. Según surge de la sentencia, ambos principios se encuentran respaldados por distintas normas internacionales de derechos humanos, detalladas en forma exhaustiva por el Tribunal.

## Caso O., F. D. (2011)

El caso de "O., F. D." de la Cámara de Acusación, del año 2011, coincide con el tema a resolver en el fallo "Levoniuk, Jorge Omar" citado anteriormente<sup>52</sup>. Un hombre mayor de edad es acusado por el delito de abuso sexual con acceso carnal (del artículo 119 inciso 3° del Código Penal) por

<sup>52</sup> Fallo "O., F. D. p.s.a. s/ abuso sexual con acceso carnal - Apelación defensiva", Cámara de Acusación, de fecha 29/03/2011. Causa 0-46/10.

haber mantenido relaciones con un menor de catorce años de edad a cambio de dinero. Luego de un análisis de las circunstancias, el fiscal entiende que el delito tiene rasgos y características propias del delito de facilitación o promoción de la corrupción (del artículo 125 del Código Penal).

Sin embargo, el juez de la Cámara de Acusación que vota en primer lugar considera que el delito no encuadra en ninguna de las dos normas citadas. De la sentencia surge que no podría ser un delito de abuso sexual con acceso carnal ya que:

*"[...] deviene necesario que exista por parte del sujeto activo la introducción – total o parcial – de su miembro viril en la vagina o ano de la víctima [varón o mujer], acciones estas que, por obvias razones, sólo pueden ser ejecutadas por el individuo varón, pero que, según el relato hasta hoy existente, no se han perpetrado por parte del imputado F.D.O. en la persona del menor A."*

El juez agrega que, a partir del dictado de la Ley 25.087 (modificación del Código Penal en relación con los delitos contra la integridad sexual), también podría ser sujeto activo de este delito la mujer u hombre que se hicieran penetrar por la víctima. Sin embargo, el magistrado, en línea con parte de la doctrina, coincide con la idea contraria. Es decir, las mujeres o personas homosexuales que se hicieran penetrar no podrían ser sujetos activos del delito en cuestión. Además, considera que no se encuentran cumplidos los demás requisitos que surgen del mencionado artículo 119 inciso 3º.

Por otro lado, el juez considera que tampoco pudo probarse la comisión del delito de promoción o facilitación a la corrupción de menores de edad. Según los argumentos ofrecidos, el delito en cuestión requiere que los actos sean perversos, prematuros o excesivos. En relación con estos requisitos, dicho juez sostiene que:

*"[...] no sólo carece de la aptitud suficiente como para corromper o depravar al menor, sino también de una intencionalidad dirigida a ese fin. En efecto, no puede decirse que, en este caso, el acto sexual haya sido excesivo desde que es obvio que está lejos de verse impregnado de una lascivia extraordinaria. Por otro lado, considerando que la víctima es un sujeto varón, que cuenta ya con 14 años de edad y, por lo demostrado, expuesto a condición de marginalidad y promiscuidad integral [fs. 15/16], tampoco puedo decir que nos encontremos frente a un acto llevado a cabo precozmente. Mucho menos puede decirse que en este caso haya existido corrupción de menores por el carácter homosexual del acto practicado [consta en autos que el mayor sería efectivamente homosexual ya con anterioridad], dado que sostener ello importaría afirmar que la homosexualidad importa, per se, un acto sexual "desviado", o "anormal" o "depravado", lo cual va en contra no sólo de la legislación vigente [que en tanto admite el matrimonio entre personas del mismo sexo acepta implícitamente la posibilidad de que los contrayentes sean homosexuales, y ello importa una clara demostración de la neutralidad estatal respecto a la calificación de la homosexualidad o de la heterosexualidad como práctica sexual "normal"], sino también de la opinión más actualizada de los especialistas [...]"*

Por último, el magistrado afirma que no se evidencia el delito de promoción de la prostitución (del artículo 125 bis del Código Penal), ya que no hay en el caso una entrega a "tratos sexuales habituales, venales y con personas indeterminadas". El delito que sí se encuentra configurado, según el juez, es el de abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez de la víctima (del artículo 120 del Código Penal), por entender que se cumple con los requisitos de abuso sexual sin acceso carnal gravemente ultrajante y el aprovechamiento de la inexperiencia sexual de la víctima.

Sin embargo, el juez que vota en segundo lugar considera, en relación con el delito de promoción o facilitación a la corrupción de menores, que:

"[...] debiéndose entender que depravar es tanto como viciar, adulterar, pervertir a alguien, me pregunto entonces si O., al actuar como antes se dijo, no buscaba viciar las buenas costumbres o modos de vida de los menores al ofrecerles dinero a cambio de sexo, sin que importe en lo más mínimo la coincidencia de género existente entre ellos."

Asimismo, agrega que:

"[...] el tinte de perverso de una conducta no sólo se encontrará relacionado con cuestiones que hagan referencia a su normalidad de acuerdo a las leyes naturales [vgr. actos de zoofilia], sino también a parámetros sociales o culturales que, por aceptados que fuesen, sean considerados normales o habituales."

Así, sostiene que, por el solo hecho de ser tanto autor como víctima del mismo sexo, no podría afirmarse que no hay en el caso una tendencia depravadora.

Finalmente, luego de que el último juez del caso coincidiera con el primero, la sentencia resuelve la modificación de oficio de la calificación legal del hecho atribuido a F., D. O. por la de abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez de la víctima, según los argumentos expuestos.

## Caso Torres, Daniel Esteban p.s.a. (2011)

Así, sostiene que, por el solo hecho de ser tanto autor como víctima del Otro fallo a destacar es el de "Torres, Daniel Esteban p.s.a.", de la Cámara Séptima en lo Criminal, del año 2011<sup>59</sup>. El asesinato de Natalia Noemí

<sup>59</sup> Fallo "Torres Daniel Esteban p.s.a. de homicidio agravado por el art. 41 bis.", Cámara Séptima en lo Criminal, de fecha 23/08/2011. Expte. 242005 Letra T N° 06 Año 2010.

("Pepa") Gaitán tomó fuerte difusión por su condición de lesbiana activista. Ella se encontraba en pareja con Dayana Elizabeth Sánchez, hija de Silvia Suárez, con quien convivía. Según se pudo probar en el caso, el autor del homicidio fue el señor Daniel Esteban Torres, pareja de Silvia Suárez.

A lo largo de la sentencia, la Cámara intenta analizar cuáles fueron las circunstancias y motivaciones del caso, a efectos de determinar si pudo haber sido la orientación sexual de la víctima lo que motivó el asesinato. Sin embargo, dichos extremos no pudieron probarse, por lo que la Cámara, por unanimidad, llega a la conclusión de que se trató de un homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego. Según palabras del tribunal:

*"No se pudo probar que Daniel Esteban Torres mató a Natalia Gaitán por su condición sexual, sino más bien para terminar con el conflicto que se había generado en su familia y que padecía sobretudo su mujer, por sus angustias y preocupaciones, en virtud de que Dayana, de 17 años en la época del delito, había elegido a Natalia, de 27 años, como pareja. No se presentaron como evidentes, durante el curso del debate, elementos de convicción reveladores de una situación lesbofóbica, con aptitud suficiente para fundar un juicio apodíctico sobre su existencia, que permita afirmar que hay relación de causa a efecto entre el crimen y la sexualidad de la víctima [...] aunque lo que subyace, es el tema relativo a la censura a ejercer libremente la sexualidad."*

Los amigos y la familia de la víctima, junto con organizaciones activistas, manifestaron su disconformidad con lo resuelto, dado que era de conocimiento de todos ellos el trato discriminatorio que la víctima había recibido por parte de su victimario.

## Caso P., L. D. (O) R. J. (2013)

En el caso de "P., L. D.", el Juzgado de Ejecución de Segunda Nomina- ción, como consecuencia de la solicitud presentada por una mujer trans que se encontraba cumpliendo su pena en una cárcel para hombres, dispuso que se trasladara a la imputada a "[...] un Establecimiento Penitenciario acorde a su condición físico-anatómica." El defensor de P., L. D. deduce recurso de casación ya que considera que el Juzgado mencionado se niega a tratar a su defendida según su identidad de género autopercebida "[...] obligándola a vivir en una cárcel para hombres y denominándola con el nombre femenino junto al nombre masculino e incluso de forma indeterminada.", lo que es contrario a lo estipulado por la norma del artículo 1 de la Ley de Identidad de Género [Ley 26.743]<sup>54</sup>. Asimismo, solicita la recaratulación del legajo de ejecución, incluyendo sólo el nombre de pila femenino, ya que el existente incluía tanto el femenino como el masculino, separados por la disyunción "o". Según el defensor, este hecho es contrario a la normativa sobre identidad de género, la que prohíbe la publicidad de la rectificación del sexo y cambio de nombre de pila.

P., L. D. había llevado a cabo la rectificación registral de su sexo, su cambio de nombre de pila y de su imagen, según su identidad de género autopercebida, sin haberse sometido a intervenciones quirúrgicas. Por lo tanto, el Juzgado, al mencionar la "condición físico-anatómica" le negó a la solicitante el traslado a una cárcel de mujeres, la que habría sido acorde a su identidad de género autopercebida.

En la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en el año 2013, los jueces hacen un recorrido por

la Ley de Identidad de Género, sus fundamentos, y distintos principios y normas internacionales de derechos humanos, para llegar a la conclu- sión de que:

*"[...] surge con claridad que el legislador nacional reconoce y protege el derecho a la identidad de género autopercebida, la que se proyecta como una potestad inheren- te a la persona, que va más allá de la simple facultad de solicitar la rectificación regis- tral ante el Registro Nacional de las Personas."*

El Tribunal sostiene que el ejercicio del derecho a un trato digno inclu- ye:

*"[...] el respeto y la tutela a la identidad personal conforme a la vivencia interna de cada individuo lo que exige su alojamiento en un establecimiento penitenciario de mujeres."*

En esta línea, el término "sexo" ya no se refiere a la condición biológi- ca, sino que se debe interpretar en el sentido amplio de identidad autopercebida.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba resuelve autorizar el traslado de P., L. D. a un establecimiento penitenciario para mujeres, y recaratular el legajo de ejecución de acuerdo al nombre de pila que surge del Documento Nacional de Identidad de la solicitante, sobre la base de los artículos 6, 7 y 9 de la Ley de Identidad de Género, a fin de mantener la confidencialidad de los datos originarios.

<sup>54</sup> Fallo "P., L. D. (o) R. J. s/ ejecución de pena privativa de libertad – Recurso de Casación", Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, de fecha 02/09/2013. Expte. "P", 62/13. Sentencia N° 255.

## Caso Tolosa, Mario (2014)

En la causa "Tolosa, Mario" de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, del año 2014, se analiza la situación de Mario Tolosa, quien fue condenado a la pena de seis años de prisión por el Tribunal Criminal N° 3 del Departamento Judicial de San Martín, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante contra un niño de seis años, en los términos del artículo 119, párrafos primero y segundo, del Código Penal<sup>55</sup>.

Al decidir la figura en la que encuadraría el presente caso, y a efectos de determinar si el acto realizado fue "gravemente ultrajante", según el agravante determinado por el Código Penal, los jueces tienen en cuenta que:

*"[...] es claro que la elección sexual del menor, malgrado la corta edad, a la luz de los nutridos testimonios de sus próximos, ya habría sido hecha [conforme a las referencias a la recurrencia en la oferta venal y al travestismo]."*

Asimismo, hacen hincapié en la situación del menor, cuyo padre se encontraba preso por haber sido condenado por el delito de abuso sexual, y su madre lo había abandonado.

Los jueces consideran que no hubo en el caso un torcimiento del desarrollo sexual del menor como consecuencia de los actos perpetrados por el adulto, por lo que no se cumple con el requisito del "abuso sexual gravemente ultrajante" quedando calificado entonces como "abuso sexual simple". Así, uno de los jueces sostiene que:

55 Fallo "Tolosa, Mario s/ Recurso de Casación", Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, de fecha 02/06/2014. Causa N° 53.810.

*"[...] afecta al respecto una insondable duda que tiene por base esa familiaridad que el niño ya demostraba en lo que a la disposición de su sexualidad se refiriera. En todo caso y a esa corta edad, transitaba una precoz elección de esa sexualidad ante los complacientes ojos de quienes podían [y debían] auxiliarlo en ese proceso."*

Por lo tanto, y sobre la base de los argumentos expuestos, los jueces coinciden en que en el caso es aplicable la figura de abuso sexual simple [del artículo 119, párrafo primero, del Código Penal], descartando la posibilidad de encuadrar el acto en una figura agravada, por lo que la pena de seis años de prisión aplicada originalmente por el Tribunal Criminal N° 3 del Departamento Judicial de San Martín es modificada por la de tres años y dos meses.

Esta causa, no deja más que entrever que la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires atenúa la pena por la orientación sexual del menor de 6 años de edad, lo cual además de ser escandaloso es netamente discriminatorio.

Tomando las palabras de un comunicado de prensa emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a resultados de este fallo, se puede decir que:

*"... Asimismo, la orientación sexual, la identidad o la expresión de género de una persona no pueden resultar pertinentes para atenuar o justificar la gravedad de una conducta delictiva cometida en su contra, más aún cuando se trata de abuso sexual de un niño. El derecho internacional de los derechos humanos establece que los*

niños y las niñas son merecedores de un mayor nivel de protección, así como cualquier persona que esté en una situación de mayor vulnerabilidad, tal como un niño víctima de abuso sexual.”<sup>56</sup>

En este caso se ve la enorme trascendencia social y revuelo que tuvo un fallo de esta índole, donde distintos organismos se expidieron en contra de lo resuelto por Casación. Inmediatamente luego de esto, las autoridades del Gobierno intervinieron. Así como retoma una nota de Página 12:

*“Esteban Paulón, de la Federación LGBT, recalcó que si se mantiene en pie la reducción de la pena en este caso “se estaría beneficiando al autor de uno de los delitos más aberrantes, pretendiendo una excusa por la supuesta orientación sexual de un niño”<sup>57</sup>.*

Luego de esto, la causa llegó a la Suprema Corte de Justicia bonaerense y el 10 de Septiembre de 2015 ésta decidió reimplantar la pena de seis años de prisión anulando la reducción que había sido llevada a cabo por los jueces del Tribunal de Casación provincial tomando en consideración la orientación sexual del niño<sup>58</sup>. A su vez, dicha sentencia le costó el cargo a los magistrados que habían resuelto.

<sup>56</sup> Ver comunicado de prensa completo en : <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/059.asp>

<sup>57</sup> Ver en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/273015-72782-2015-05-19.html>

<sup>58</sup> Nota periodística completa en: <http://www.cba24n.com.ar/content/anulan-fallo-que-beneficiaba-violador-de-un-nino>

## Caso Tarragona, Lucía s/Recurso de Casación (2014)

Este asunto tramitó inicialmente ante el Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Pergamino. Se trata de un caso en el que la imputada es una mujer trans que en ocasión de ir a una guardia médica se ofusca, comete daños sobre las instalaciones del establecimiento de salud y, ante la aparición de la policía, se resiste acatar su la autoridad. También existe una muerte que se le imputa a la acusada pero que no es acabadamente probada según el criterio del Tribunal. En este caso, lo resuelto por la instancia inferior, fue apelado ante la Sala I del Tribunal de Casación Penal de La Plata tanto por la imputada Tarragona como por la Fiscalía. La Defensa de Tarragona critica:

*“... el decisorio de marras, al sostener que no es posible acreditar que en el momento de la comisión del delito de daño haya tenido Tarragona capacidad de culpabilidad, alegando que viola la defensa en juicio el poner en cabeza de esa parte la verificación de tal extremo. Señala que su ahijada procesal, al arribar al hospital, se hallaba alterada, como dijeron los testigos Ramírez, Pérez y Cuenca, de donde resulta su inimputabilidad. En otro orden de cosas, postula que se concurre idealmente de conformidad con el art. 54 del Código Penal, los delitos de lesiones leves y resistencia a la autoridad, por tratarse de una misma conducta.*

*En relación a la cuantificación penal, destaca que el a quo omitió valorar el informe psicológico de fs. 430/435, rechazando la ponderación como severizante de los antecedentes condenatorios registrados por Tarragona por violación del ne bis in idem. Solicita la imposición de de una pena de un mes de prisión que habrá de darse por compurgada.”*

Por su parte, la Fiscalía busca imputarle a la acusada el delito de homicidio que sobre el cual ya se había resuelto la absolución en el Tribunal Oral Criminal.

La Sala recapitula ambas pretensiones y los hechos y acoge parcialmente la pretensión de la imputada. Hace lugar a todos sus reclamos salvo el de la inimputabilidad, por considerar que no se encontraba viciada su capacidad de culpabilidad y por ende no podría ser inimputable. Es interesante destacar lo resuelto por los jueces Benjamín Ramón Sal Llargues y Daniel Carral en relación al informe psicológico omitido por el a quo cuyo extracto que se transcribe a continuación:

*“Surge de la experticia que Tarragona ha padecido una serie de conflictos internos e intrafamiliares debido a la discordancia entre su sexo biológico y el de su identificación, lo que ocasionó en ella inestabilidad emocional, angustia, malestar y deterioro social, familiar y laboral en toda su historia vital[f. 7]. Entiendo que la historia de vida del inculsado detallada en dicho informe, sumida en su lucha por asumir un sexo que no se condice con el biológico, que trasuntó en una seria afección de sus relaciones familiares y comunitarias, implica un atenuante de la sanción penal que esta Judicatura no puede soslayar, en respeto a la diversidad sexual y al principio constitucional de igualdad [art. 16 C.N.]”*

Lo que muestra esto es que, en definitiva, se tiene en cuenta el carácter de mujer trans de Lucía Tarragona debido al profundo malestar, angustia y deterioro que le implica tal condición y lo considera como una circunstancia mitigante de la condena, reduciéndola a aquello solicitado por la Defensa, o sea, un mes de prisión.

Es interesante este caso debido a que se tiene en consideración la profunda marginalidad e indefensión histórica que implica la pertenencia a este grupo y esto se traduce en un criterio de reducción de la pena.

## Caso Incidente de libertad condicional del interno penado (2014)

En el año 2014 se dictó sentencia en el caso "Incidente de libertad condicional del interno penado s. apelaciones ejecución". El mismo consta de una mujer trans que se encontraba cumpliendo una condena en un establecimiento carcelario masculino, quien decide realizar un pedido de libertad condicional<sup>59</sup>. Ante la denegación del mismo, vuelve a solicitarlo luego de nueve meses. Sin embargo, es rechazado por considerar el Juez de Ejecución de Sentencia que el caso no se encontraba comprendido entre los requisitos para obtener dicho beneficio, por registrarse sanciones disciplinarias en su contra. Asimismo, encuentra como argumentos que la persona no tiene una vivienda adecuada a su condición y no cuenta con un informe favorable del Consejo Correccional en relación con su inserción laboral, entre otras cuestiones.

En lo que aquí interesa, el Tribunal realiza un análisis de los antecedentes del caso y observa que la requirente sufre un padecimiento psicológico por la incapacidad del sistema jurídico y penitenciario de dar respuestas a las problemáticas que surgen de su identidad de género, ya que la interna se encontraba cumpliendo su pena en una cárcel de varones. El Tribunal reconoce que ello ha de resultar de la dificultad que encuentra todo el sistema para adaptarse a los profundos cambios que la legislación y la sociedad han presenciado en los últimos años. Esta dificultad se

<sup>59</sup> Fallo "Incidente de libertad condicional del interno penado s/ apelaciones ejecución", Tribunal de Impugnación de Salta, Sala I, de fecha 08/08/2014. Publicado en: LLNDA2015 (abril), 344. Cita online: AR/JUR/73448/2014.

profundiza aún más en instituciones marcadamente cerradas como el servicio penitenciario que resulta en un microespacio social e institucional fuertemente estructurado.

Interpreta en ese sentido que la interna sufrió por dichas circunstancias una doble pena y explica:

*"Por un lado la correspondiente a los delitos por los que se la responsabilizó, pero por otro lado una penalización psicológica y social que la obligó a un esfuerzo de sobre-adaptación para ajustar la contradictoria identidad sexual entre lo que legítimamente siente que es, lo que la autoridad judicial y penitenciaria dicen que es, ajustándose a la letra fría de la documentación de identidad, y lo que sus compañeros de reclusión y la comunidad carcelaria le dicen que es".*

El Tribunal entiende que el comportamiento de la interna, y el establecimiento de sanciones disciplinarias como consecuencia, así como los avances y retrocesos experimentados durante la reclusión, se debieron a esta dificultad de adaptación al medio en el que se encontraba. Según la sentencia:

*"Hay una evidente falla en la clasificación de la interna dentro del sistema carcelario que la coloca en una situación de desajuste que explica el informe que da cuenta de los reiterados conflictos en los que recibió sanción. También hay un desajuste entre la evolución legislativa nacional, que con el dictado de la Ley N° 26.743 de Identidad de Género reconoce y regula una realidad propia de una sociedad pluralista y respetuosa de la dignidad humana, la que se confronta en los hechos con un medio carcelario que va por detrás, y lejos, de aquellos cambios y adaptaciones necesarios*

*para acoger a la diversidad, sin generar en su manejo situaciones de tensión horizontales entre la población, y verticales entre éstos y la autoridad, derivados de la falta de opciones en la adecuada clasificación."*

Teniendo en cuenta que la persona en el caso no había rectificado su género en el Registro del Estado Civil de las Personas, los jueces entienden que la solución sería llevar adelante:

*"[...] una flexibilización en la clasificación penitenciaria, que sin transferencia forzada de establecimiento, tenga respuestas de régimen de vida diferenciados para la diversidad sexual, donde la persona pueda ser la que es, respetada en su dignidad, con trato acorde a la elección evidente, y no colocada en un medio de abrumador predominio de sexo opuesto, con personal penitenciario de sexo opuesto, en un régimen de vida que en la cotidianeidad doméstica violenta minuto a minuto la opción sexual escogida con la demanda persistente de adecuación a una uniformidad a la que no pertenece."*

Finalmente, el Tribunal decide otorgar la libertad condicional, sobre la base de los argumentos mencionados.

## **Ibarra Ramón Antonio s/Recurso de Casación (2014)**

Este caso tramitó inicialmente ante el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de Quilmes, el cual dictó sentencia a Ramón Antonio Ibarra con fecha 16 de Octubre de 2013. La condena se mate-

realizó en una pena de ocho años y cinco meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual doblemente agravado por acceso carnal y por el vínculo filial cometido entre el año 2001 y Julio de 2003 en perjuicio de E. C. I. [arts. 5, 12, 40, 41, 45 y 119 tercer párrafo y cuarto párrafo letra b) del Código Penal; y 106, 210, 371, 375, 399, 530 y ccdtes. del C.P.P.].

Contra dicha sentencia, la Defensa Oficial interpuso un recurso para el cual debió entender el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en su Sala V.

La Sala retoma los agravios esgrimidos por la Defensa que reprocha “la consideración como agravante de que la víctima y el victimario sean del mismo sexo” y analiza si merece ser atendido. Esta causal ha sido invocada como pauta aumentativa de la pena con la sola justificación de “...tornar más grave la conducta al poner en riesgo su identidad sexual...” de la víctima.

Ante esto, la Sala considera que:

*“...la fundamentación dada por el a quo resulta en el caso insuficiente, pues se trata de una mera hipótesis que carece de comprobación científica o derivada de un dictamen técnico referido a que las acciones acriminadas puedan afectar la identidad sexual de la víctima, resultando solo una posibilidad o hipótesis que no ha sido suficientemente relacionada con el caso que se analiza, lo cual genera una indeterminación derivada del supuesto riesgo que como tal nunca puede ser la base de una circunstancia aumentativa de la pena que perjudique la situación del imputado, pues al no encontrarse señalada en el tipo, requiere de una comprobación objetiva y concreta.”*

Asimismo, la Sala también retoma los motivos esgrimidos por el Fiscal interviniente, quien solicitó la agravante de mención, motivando su consideración en la posibilidad de “desvío” de la sexualidad de la víctima. En función de esto, la Sala decide que:

*“...hablar de “desvío” en la identidad sexual de un menor por haber sido sometido a una relación homosexual deja entrever una noción discriminatoria en relación a las diversas inclinaciones sexuales que puede adoptar una persona, las que no deben ser clasificadas en “desviadas” o “no desviadas”, sino sólo como diversas, sin juicios de valor personales sobre las mismas.”*

Dicho esto, la Sala decide suprimir la agravante considerada por instancias inferiores y resuelve disminuir la pena impuesta a Ramón Antonio Ibarra. En función de esto, se puede destacar la decisión de la Sala que pone en relieve el tinte discriminatorio del agravante impuesto, decidiendo eliminarlo por considerarlo un motivo sin fundamento concreto ni probado que lo sustente.

## **Cromañon - Villareal, Raúl Alcides y otros s/recurso de casación (2015)**

Este caso, se trata de un recurso de casación que se resuelve en Septiembre de 2015 ante la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. Esto fue así debido a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Agosto de 2014, resolvió hacer lugar a las quejas interpuestas por las defensas de los imputados de Cromañon y ordenó que una Sala de esta Cámara de Casación Penal distinta de la que había intervenido originalmente efectuara una revisión de la sentencia atacada.

El caso de autos se enmarca en la tragedia Cromañón, de público conocimiento, que se trató del incendio del mencionado boliche que dejó el saldo de 194 muertos. La madrugada del 30 de diciembre de 2004 fue el día de la tragedia. Ésta tuvo su génesis en una bengala lanzada en el medio de la audiencia que había ido a ver el recital en vivo de la banda de música Callejeros, provocando que la media sombra que revestía parte del techo del boliche Cromañón se prendiera fuego al instante. Esto generó una inmediata situación caótica que no pudo ser solucionada: las puertas del lugar estaban cerradas desde afuera y esto produjo que muchos jóvenes no pudieran salir del lugar muriendo, trágicamente, asfixiados y aplastados<sup>60</sup>.

Como consecuencia de esto, se avanzó en la búsqueda de aquellos responsables siendo algunos de ellos quienes estaban en el Gobierno de turno. Su responsabilidad se debió a no ejercer diligentemente sus deberes de cuidado por medio de inspecciones al local y el consiguiente incumplimiento de sus obligaciones como funcionarios de áreas de gobierno que tenían como competencia el control de este tipo de locales.

Ante esto, la Sala III de la misma Cámara había condenado a Ana María Fernández como autora penalmente responsable del delito de omisión de deberes de funcionario público – desde su rol de garante y teniendo la obligación de una debida conducta que fue omitida por impericia – en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte conforme al Código Penal Nacional.

La Sra. Fernandez fue condenada a 3 años y 6 meses. Sin embargo, ella se encontraba embarazada, y luego, amamantando su criatura lo

cual le permite hacer uso la modalidad de prisión domiciliaria. Ante esto, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 había decidido inicialmente no hacer lugar al planteo debido a que el niño tenía otra madre, es decir, era hijo de madres lesbianas.

Esto implicó que se utilicen erróneamente las leyes de protección de derechos LGTB, dado que le impidió el ejercicio de un derecho que le compete a las madres que dan a luz, por considerar que el niño ya contaba con una figura materna<sup>61</sup>. Es decir, se utilizó un criterio discriminatorio para fundamentar el rechazo del beneficio proporcionado por la ley 26.472 que permite el arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de hijos menores de 5 años o con un hijo discapacitado en base a la orientación sexual de la imputada y su pareja homosexual.

Teniendo en cuenta este contexto, en la aludida Sala de Casación Penal IV revisó lo resuelto por la Sala III, los jueces Hornos, Gemignani y David resolvieron:

*“Pues bien, a mi modo de ver, las circunstancias reseñadas por la Defensa Pública Oficial –particularmente, el rechazo de la aplicación del instituto de la prisión domiciliaria de acuerdo con las previsiones del art. 32, inc. F de la ley 24.660 sobre la base de inaceptables fundamentaciones de ostensible corte discriminatorio, incompatibles con los más elementales principios de igualdad consideración y respeto que el Estado debe a todos sus habitantes, y a los compromisos más esenciales asumidos con la comunidad internacional– comportaron un maltrato institucional sobre la persona de Ana María Fernández y su hijo B.F.A. que necesariamente impacta en la respuesta punitiva que en definitiva corresponde aplicar en el caso.*

[...]

<sup>60</sup> Disponible en: [http://tn.com.ar/sociedad/a-una-decada-de-cromanon-la-peor-tragedia-de-la-historia\\_558875](http://tn.com.ar/sociedad/a-una-decada-de-cromanon-la-peor-tragedia-de-la-historia_558875)

<sup>61</sup> Véase : <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-210590-2012-12-26.html>

*En virtud de lo expuesto, en las específicas circunstancias de autos, teniendo en cuenta que Fernández fue sometida a internación carcelaria desde el 21 de diciembre de 2012, y hasta el 12 de julio de 2013, corresponde reducir proporcionalmente la condena impuesta en 8 meses, quedando individualizada la medida de su pena en dos [2] años y diez [10] meses, en razón de las consideraciones que rodean a esta particular situación, lo que así propongo en definitiva a mis colegas.”*

En este caso entonces, se admite el tinte discriminatorio esgrimido por la otra Sala de Casación Penal arrastrado por el TOC al considerar que a la Sra. Fernández no le podía corresponder la prisión domiciliaria en razón de tener su criatura recién nacida otra madre.

De esta manera, se puede ver – en un caso de gran incidencia política y enorme gravedad – que se consideró discriminatorio el criterio utilizado en la sentencia revisada. Esto desembocó en la reducción de la pena por el tiempo pasado injustamente en situación de privación de la libertad fundada, en parte, en la orientación sexual de la ex funcionaria.

Cabe aclarar que, en esta revisión, todas las condenas fueron confirmadas y la única que recibió una reducción de la pena fue la de la Sra. Fernández por los motivos expuestos.

## **Q. H. T. y otros s/ habeas corpus (2015)**

En Noviembre de 2015, se le da curso a un hábeas corpus interpuesto por la Defensoría General de la Nación que determinó los recaudos a adoptar en el caso de exámenes físicos que debieran ser realizados a las internas trans que ingresan en unidades carcelarias.

Este fallo tiene como ámbito de aplicación las unidades dependientes del Servicio Penitenciario Federal. A través de la sentencia, se estima que los exámenes físicos deberán realizarse por comparendos judiciales, ya que el aludido examen compromete la dignidad de las persona si no se justifica la necesidad y razonabilidad de su realización.

La Defensoría General retoma los dichos de la población trans (travesiti, transexual, transgénero) detenidas en la órbita del Servicio Penitenciario Federal, y de sus relatos surgió que:

*“los exámenes corporales y requisas resultan degradantes y que comprometen distintos derechos de raigambre constitucional e internacional [derecho a la integridad personal, a la dignidad, a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la vida privada, a la no discriminación, a ser oídos y al acceso a la justicia] verificándose a través de esas prácticas una vulneración y restricción arbitraria de tales derechos, y por ende, un agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención.”*

Ante esto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional resolvió:

*“Encomendar al juez de grado que convoque a una mesa de diálogo para que las partes, con la colaboración de los organismos, funcionarios o expertos que correspondan, elaboren en forma consensuada propuestas para hacer cesar las vulneraciones de derechos verificadas, tomando en consideración las pautas aquí señaladas, el Protocolo elaborado por el S.P.F. y las observaciones formuladas por la parte accionante a fs. 178/183vta.”*

De esta manera, se va atendiendo lentamente a algunas de las numerosas vulneraciones de derechos que sufre la población trans, sobre todo aquella porción del colectivo que se encuentra en condiciones de detención y que, en más de los casos, son personas que sufren la estigmatización, discriminación y abusos de poder. Estos padecimientos son compartidos en cierta medida por todas las personas privadas de la libertad, sin embargo, la población trans detenida, debido a su expresión de identidad de género, es pasible de sufrir aún más vejaciones.

En el marco de esta causa, fue posteriormente elaborada y homologada la “Guía de Procedimiento de ‘visu médico’ y de ‘control y registro’ de personas trans en el ámbito del Servicio Central de Alcaidías”. La guía regula cómo deben ser revisadas médicamente y requisadas las personas trans que ingresen a las Alcaidías ubicadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dependientes del Servicio Penitenciario Federal<sup>62</sup>.

## Caso Analía Eva “Higui” Dejesús

El caso “Higui” se trata de una mujer lesbiana de 42 años que se encuentra presa en una comisaría de Villa Maipú desde el mes de Octubre de 2016 por herir de un puntazo a un hombre que luego murió en el contexto de un intento de violación llevado a cabo por un grupo de hombres en su contra. Este caso, resulta de sumo interés al momento de la redacción del presente documento aunque aún no tenga sentencia alguna en la Justicia Penal.

Lo complejo de Higui es que es una mujer lesbiana a quien se la perseguía por el barrio desde hacía años por su orientación sexual y que, a su vez, el grupo de hombres que la agredió e intentó violar eran presunta-

mente lesbofóbicos debido a que la perseguían por el barrio hace tiempo. Además, por los comentarios utilizados en la agresión que hacían alusión a que debían violarla para que corrigiera su orientación sexual, entre otras acotaciones<sup>63</sup>.

Al defenderse, Higui utilizó el arma blanca que portaba para evitar la agresión, dando muerte a uno de los agresores. Eva Higui fue procesada por homicidio simple por el Juzgado de Garantías N°6 de San Martín tras una breve instrucción de la Unidad Fiscal N° 25 a cargo interinamente de German Weigel, y desde entonces está presa en el Destacamento Femenino de San Martín, donde su caso comenzó a divulgarse.

Ante esto, tomaron intervención y conocimiento las organizaciones de la sociedad civil, como por ejemplo la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) la cual afirma por medio de sus voceros la doble violencia sufrida por Higui: por un lado, por ser mujer y, por el otro, por su orientación sexual<sup>64</sup>. Actualmente lo que se está intentando lograr es que Higui pueda vivir el proceso penal en libertad y no con prisión preventiva.

Este tipo de asuntos, será de trascendencia en relación a cómo se considera la cuestión de la orientación sexual y de género en los casos penales en contextos que podrían encuadrar en la legítima defensa con otras variables que pueden complejizar la situación, como lo es en este caso la cuestión de género y de la condición sexual de Higui.

A modo de síntesis, en materia de derecho penal, las conclusiones se pueden dividir por sub-temáticas abordadas.

<sup>62</sup> Véase: <http://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones/55-comision-sobre-tematicas-de-genero/2410-se-homologo-guia-para-regular-las-requisas-a-personas-trans>

<sup>63</sup> Ver más en: <https://www.pagina12.com.ar/19282-presa-por-mujer-morocha-pobre-y-lesbiana>

<sup>64</sup> Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201702/179318-irregularidades-caso-mujer-presa-crime-intento-violacion.html>

<sup>64</sup> Ver más en: [http://www.playgroundmag.net/noticias/actualidad/Higui-Argentina-violencia-agresion\\_0\\_1963603640.html](http://www.playgroundmag.net/noticias/actualidad/Higui-Argentina-violencia-agresion_0_1963603640.html)

<sup>65</sup> Ver más en: [http://www.playgroundmag.net/noticias/actualidad/Higui-Argentina-violencia-agresion\\_0\\_1963603640.html](http://www.playgroundmag.net/noticias/actualidad/Higui-Argentina-violencia-agresion_0_1963603640.html)

La cuestión de la identidad de género en el ámbito carcelario desde los primeros fallos referidos ha tratado de ser atendida adecuadamente. Esto se refleja en el primer fallo citado de 1999 que parecería proponer una visión bastante protectora de los derechos de las personas LGBT aun cuando destaque el requisito de la adecuación genital a efectos de otorgar el traslado de una mujer trans a una cárcel de mujeres, decisión que fue tomada a pesar de no haber ley específica que lo avale. Esto se va acomodando con el correr de los años, dado que en el Caso P., L. D. [O] R. J., al ser la causa del 2013, se encuadra en la Ley de Identidad de Género ya vigente y en este fallo se estipula que la detención de las personas trans debe ser en un ámbito acorde a la identidad autopercebida.

Por su parte, se encuentra el Caso Incidente de libertad condicional del interno penado de 2014, que es una causa en la que el poder judicial admite las enormes deficiencias que padece el sistema carcelario como generadora de una conducta problemática por parte de una mujer trans. Como resultado, se decide otorgar la libertad condicional a la peticionante trans a pesar de los informes adversos, a modo de compensación del padecimiento psicosocial sufrido por la detenida al encontrarse en una cárcel de varones. En la misma línea, el Caso Q. H. T. y otros s/ habeas corpus de 2015 refleja que en el ámbito penitenciario [del sistema federal] se debe considerar de manera diferenciada la cuestión de la identidad de género en los exámenes y las requisas y se deben tomar los recaudos necesarios que este colectivo merece para no violar sus derechos.

Otro aspecto de la identidad de género es tenido en cuenta en el referido caso "Tarragona", mujer trans a quien se le reduce la pena perseguida por la Fiscalía por contemplar la discriminación y marginalidad histórica padecida, creándole un cuadro psicológico endeble que debe ser contemplado y que impacta directamente sobre la definición de la pena que deberá cumplir la imputada, la cual se reduce sustancialmente por ser trans y por los fundamentos enunciados.

La segunda temática que se debe considerar en el ámbito carcelario es la paulatina asimilación en los derechos de las personas del colectivo LGBT al resto de la población carcelaria. El "Caso Pistillo" de 2009 encarna la cuestión del derecho a recibir visitas al penitenciario de una mujer por parte de su pareja homosexual. Si bien este derecho no fue concedido en primera instancia, posteriormente la Cámara decidió otorgarlo para evitar tomar una decisión discriminatoria y por considerar que los requisitos que debe tener la visita se encontraban cumplidos, sumado a que, las referidas visitas contribuían al bienestar de la mujer detenida. Lo mismo sucede en el "Caso Cromañón". En un primer momento, el poder judicial en lo penal erra en su decisión de no otorgar el beneficio de la prisión domiciliaria a una mujer embarazada por ser ella lesbiana y por contar el bebe con otra madre. Subsiguientemente, esta decisión se revisa y se reduce la pena de la condenada por el tiempo que fue injustamente cumplido intramuros puesto que fue su homosexualidad la causa de que haya recibido un tratamiento distinto al que hubiera tenido cualquier otra mujer embarazada condenada.

Desde otro abordaje, el sistema penal posee otro aspecto para analizar, que es el de la homosexualidad del sujeto activo en los casos de abusos sexuales. La cuestión se suscita en si un abuso sexual debe ser considerado como agravado – o no – por la homosexualidad – per se – del acto, por ser sobre la víctima y el perpetrador del mismo sexo. En un primer momento, en el año 2008, en el fallo "Levoniuk" se encasilla a los actos homosexuales como "actos perversos" y como un ejercicio anormal de la sexualidad, por ende se considera agravante para el condenado. Luego de esto, el "Caso O., F. D." del año 2011, considera la cuestión de una manera distinta. En este fallo el hombre imputado por mantener relaciones sexuales con un menor, se lo considera un abuso sexual simple y no se da por demostrado el acceso carnal gravemente ultrajante ni se acoge el tipo penal de corrupción de menores. Para fundamentar esta decisión, los magistrados esgrimen que debería

acreditarse que haya un elemento de perversión, de exceso o de precocidad que avale el agravante o la configuración del otro delito. Suponer que así fuera sin ninguna justificación específica que lo avale estaría dando por sentada a la homosexualidad en sí misma como una perversión y este supuesto no resulta admisible en un contexto de cumplimiento de la Ley de Matrimonio Igualitario vigente desde el año 2010. No obstante eso, no todos los jueces que analizaron la causa estuvieron de acuerdo con lo decidido, sin embargo, este desacuerdo no fue respecto al tratamiento de la homosexualidad – cuya decisión fue homogénea – sino a la posible configuración del delito de corrupción pero por otras razones distintas a la de la homosexualidad. En la misma línea, el “Caso Ibarra” del 2014 tampoco admite la homosexualidad del abuso sexual como agravante de pena, ya de manera más sólida.

Seguido a estos casos, se encuentra el fallo “Tolosa” en donde se considera la presunta homosexualidad del sujeto pasivo, que a su vez es menor de edad, para atenuar la pena de quien ejerció el abuso sexual. Esta escandalosa decisión generó un enorme revuelo por considerar como mitigante la supuesta orientación sexual precoz de una víctima tan joven (6 años de edad). Esto fue inmediatamente revisado por la instancia suprema del poder judicial de la Provincia de Buenos Aires y el fallo fue modificado. Lamentablemente, que el a quo haya decidido de tal manera es algo repudiable, sin embargo, este garrafal error fue rápidamente enmendado.

Desde una última línea, el “Caso Torres” del 2011 trata de una mujer lesbiana víctima de un homicidio, y en este asunto la orientación sexual no se tiene en cuenta para agravar la pena del condenado por homicidio, quien fuera el padrastro de la víctima. Así fue decidido aún cuando las organizaciones activistas y conocidos de la mujer asesinada aseguraban que se trató de un asesinato de tinte lesbofóbico. A su vez, el caso “Higui”, que todavía se encuentra pendiente, trae nuevamente la cuestión de la lesbofobia a la mesa. Sin embargo, en esta oportunidad, la

mujer lesbiana es a la vez víctima de una agresión colectiva como imputada del delito de homicidio sobre uno de sus agresores, lo cual complejiza aún más la situación. La cuestión aún se encuentra pendiente de resolución y marcará una postura judicial.

Desde estos múltiples puntos de vista analizados, sí se podría decir que la temática LGTB se tiene en cuenta en determinados casos y que progresivamente recibe un tratamiento más justo e igualitario. Los casos recabados surgen como avance en contraste a una realidad del sistema penal que refleja que la protección de derechos del colectivo se encuentra atrasada. Esto es así debido a que lo penal cuenta con un sistema sumamente rígido, con esquemas tradicionales y difíciles de adaptar. No obstante esto, se rescatan casos de respeto y reconocimiento de derechos a la población trans, en relación a los delitos de abuso, con los derechos de los detenidos y las detenidas. Existen en general decisiones judiciales que marcan una tendencia hacia la protección de los derechos humanos de las personas LGBT en pos de la supresión de la discriminación imperante y el fomento de un trato digno.

## El concepto de "bien común" y el derecho a la obtención de la personería jurídica

Por mucho tiempo las organizaciones de la sociedad civil que tenían como objetivo exclusivo velar por el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT carecían del derecho a la obtención de la personería jurídica, por ser su objeto contrario al "bien común", según la interpretación que hicieran los jueces de dicho concepto. Es cierto que, aun sin dicha personería jurídica, las organizaciones podían funcionar con normalidad. Sin embargo, al no ser reconocidas por el Estado, no les era posible adquirir derechos y contraer obligaciones que estaban disponibles para las demás organizaciones con personería jurídica.

Tanto la Inspección General de Justicia (IGJ) como los distintos juzgados a los que llegaban las causas podían realizar su propia interpretación del concepto de "bien común", a cuyo significado debía ajustarse el objeto de las organizaciones, según lo estipulado por el artículo 33 del Código Civil, a efectos de otorgar la personería jurídica.

Incluso la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación lo manifestó en un antecedente histórico: el fallo "Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia" del año 1991. Desde la IGJ se habían formulado declaraciones que explicaban el rechazo de la inscripción de las mencionadas organizaciones de la sociedad civil como personas jurídicas por considerar a la homosexualidad "una desviación del instinto sexual normal" para que luego la Cámara de Apelaciones en lo Civil dijera que "No se deniega en razón de la homosexualidad que pudiera atribuirse a los miembros de la asociación, sino en la descalifica-

ción del objeto de la misma, en tanto incluye la pública defensa de la homosexualidad". La mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación concuerda con la decisión.

Dichas concepciones fueron superadas y, con el tiempo, las organizaciones LGBT de la sociedad civil lograron el reconocimiento jurisprudencial de su derecho a una personería jurídica. La postura de la sociedad ante las personas LGBT y, por lo tanto, la interpretación del concepto de "bien común" se modificaron con el correr de los años, por lo que los jueces adhirieron, en general, a un concepto más integrador y protector de los derechos humanos de todas las personas. Esta visión se ve receptada por primera vez en la decisión tomada por los jueces en el fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia", recién en el año 2006.

Nos parece provechoso exhibir en esta sección las resoluciones judiciales dictadas en la materia.

## Caso Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia [1991]

Tal como fue mencionado, el caso "Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), del año 1991, es un antecedente histórico en relación con el derecho de las personas LGBT a obtener la personería jurídica<sup>66</sup>.

La Comunidad Homosexual Argentina (CHA) solicitó el otorgamiento de la personería jurídica. Denegado el pedido por la Inspección General de Justicia (IGJ), la asociación apeló judicialmente la resolución, que fue confirmada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Contra tal pronunciamiento, la peticionante interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido parcialmente, por lo que interpuso recurso de hecho. La CSJN, por mayoría, confirmó la sentencia, entendiendo que la CHA no tenía como objeto principal el bien común.

La CHA había manifestado que el objeto que se tuvo en miras a la hora de su creación era bregar por que la condición de las personas homosexuales no sea motivo de discriminación en lo familiar, social, moral, religioso, laboral, ni de ninguna otra índole, generar ámbitos de reflexión y de estudios multidisciplinarios sobre la problemática homosexual y difundirlos y, en último término, luchar por la plena vigencia de los derechos humanos en todo el territorio de la Nación Argentina.

Sin embargo, los argumentos de la Cámara, en línea con la resolución de IGJ, consistieron, entre otros, en que:

*"[...] la decisión del ente rector tuvo sustento en autorizadas opiniones que concordaron en el hecho de que la homosexualidad es un trastorno en la conducta sexual y en gran parte de los casos requiere un adecuado tratamiento psiquiátrico; c) que por otra parte, los principios de la denominada "moral cristiana", que rechazan este tipo de conductas por ser contrarias a los objetivos mismos de la sexualidad, esto es a la reproducción de la especie, poseen profundo arraigo en nuestra sociedad y se expresan por medio de los arts. 2, 67 incs. 15 y 16 de la Constitución Nacional y art. 33 del Cód. Civil; d) que la pretensión intentada se aparta del art. 14 bis de la Ley Fundamental, en cuando dicha norma asegura la protección integral de la familia; e) que los fines de la asociación en cuestión no se compadecen, por otra parte, con los objetivos de bien común que exige la norma vigente para el otorgamiento de la personería jurídica [...]"*

Por lo tanto, al no cumplir con los requisitos para obtener la personería jurídica, no podría decirse, según la decisión de la Cámara, que hubo discriminación contra la CHA, ya que la Ley 23.592 de Actos Discriminatorios no sanciona toda discriminación, sino

*"[...] exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución Nacional."*

La Cámara había interpretado que la CHA tendría como fin "la defensa pública de la homosexualidad con vistas a su aceptación social" y ése fue uno de los motivos para rechazar la demanda, ya que dicho objeto sería contrario al "bien común". La CSJN coincide con dicho argumento, aun cuando el objetivo mencionado no estuviera probado, sino que surge como interpretación de la Cámara. Al responder a los distintos agravios de la demandante, la CSJN considera que no corresponde en el caso su revisión, ya que no hay arbitrariedad que lo justifique, y surge de la sentencia la enunciación de las razones para así decidir.

<sup>66</sup> Véase: <http://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones/55-comision-sobre-tematicas-de-genero/2410-se-homologo-guia-para-regular-las-requisas-a-personas-transl>

A su vez, en relación con el derecho a la libre expresión, la CSJN sostiene que el mismo no se ve cercenado, ya que las simples asociaciones civiles [del artículo 46 del Código Civil] tienen plena capacidad para ejercer su derecho a la libre expresión, aun sin acceder a la personería jurídica. Según lo entiende el juez Belluscio en su voto, "El derecho constitucionalmente consagrado es el de asociarse y no el de acceder a la personalidad jurídica."

Asimismo, en línea con lo decidido por la mayoría, según el voto del juez Barra,

"La autorización prevista en el art. 33 del Cód. Civil es de interés estatal –para fomentar en los particulares su asociación con finalidades que el Estado considera de bien común–, por lo cual –cuando expresa un interés sustancial estatal, según resulta de la motivación del acto administrativo denegatorio de la personalidad jurídica pedida– su no otorgamiento no agravia derechos del peticionante, ni puede importar discriminación alguna."

Sin embargo, es importante destacar el voto en disidencia del Dr. Carlos Fayt, quien entiende que, aun cuando la CHA podría llevar adelante sus actividades como asociación civil, es claro que la medida tomada por la IGJ le impide disfrutar de todos los derechos de que son titulares las restantes asociaciones a las que sí se les otorgó la personería jurídica.

Asimismo, Fayt expresa que:

*"La exégesis de la norma legal no puede llegar al extremo de exigir mayores requisitos que los que impone la ley, situación que se presenta en la sentencia de Cámara dado el contenido otorgado por ella al art. 33 del Código Civil" y que "[...] la protección consagrada por la Constitución Nacional para la familia no puede ser interpretada con abstracción de otros derechos [...] la arquitectura social, para la que es sumamente valiosa la unidad familiar, no puede sobreponerse a las decisiones íntimas. De*

*no ser así, se impondría a los habitantes de nuestro territorio un tipo de vida planificado con el objeto de construir una comunidad dirigida desde el poder que aniquilaría los derechos individuales".*

Fayt sostiene que:

*"La protección del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno.", por lo que "el punto axial en examen reside en determinar si las conductas de las personas a las que tiene en vista la recurrente, trascienden o no la esfera que la Constitución protege, de modo que puedan llegar a afectar a la sociedad toda" [...] y "[...] la respuesta resulta negativa".*

Considera, además, que la homosexualidad es una fuente de discriminación y de padecimiento, por ser considerada una práctica no adecuada a una normalidad:

*"[...] aún cuando se le dé a este término el mas relativo y débil de los sentidos [...]"*

Por su parte, el juez Petracchi, también en disidencia, considera que:

*"[...] no se advierte vínculo racional alguno entre aquella pauta –la conducta sexual de los asociados – y de algún ideal público constitucionalmente válido que se quisiera alcanzar limitando el derecho de aquéllos a asociarse, como lo sería la defensa de bienes e intereses de terceros respecto de un daño o peligro cierto y concreto, cuya existencia, por lo demás, no ha sido acreditada en autos."*

## Caso Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual (2006)

En el caso "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, confirmó la resolución de la Inspección General de Justicia que denegó a la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual (ALITT) la autorización para funcionar como persona jurídica, en el marco del artículo 33, segunda parte, apartado 1° del Código Civil. ALITT tiene como fin luchar para que el Estado y la sociedad no discriminen al travestismo como una identidad propia, eliminándose prácticas marginales y estigmatizantes que vinculan al travestismo con la violencia y la prostitución como única alternativa de vida<sup>67</sup>.

Una vez en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2006, se hizo lugar a la queja, se declaró procedente el recurso extraordinario y se revocó la sentencia apelada, en línea con lo dictaminado por el Procurador General de la Nación.

La Cámara había tomado su decisión teniendo en cuenta que la asociación no cumplía con el bien común (lo que no significa que fuera ilegal, según aclaración de la Cámara), ya que:

*"[...] el bien común se satisface cuando el objeto de la asociación es socialmente útil, entendiéndose por tal expresión a un bien general público extendido a toda la sociedad, de manera que los objetivos se proyecten en beneficios positivos, de bienestar común, hacia la sociedad en general." y, en el caso en cuestión, "[...] los*

*objetivos expuestos por los recurrentes no se vinculan con ese propósito, sino que representan sólo una utilidad particular para los componentes de la asociación y -por extensión- para aquellos que participan de sus ideas."*

En primer lugar, la CSJN entiende que la decisión de la Cámara restringe el derecho de asociación receptado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en tratados internacionales de igual jerarquía. Aun cuando ALITT podría constituirse como asociación civil, dicha figura no le otorga todos los derechos que ejercen las asociaciones que sí son autorizadas por la IGJ para funcionar como personas jurídicas.

Cabe destacar que la CSJN en este caso cita los votos en disidencia de los jueces Fayt y Petracchi en el fallo "Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia" mencionado en esta sección, al tratar el concepto de "fines útiles" que condicionan el derecho a asociarse, según el artículo 14 de la Constitución Nacional. Al entender de la CSJN:

*"[...] La trascendencia del pluralismo, la tolerancia y la comprensión llevan a concluir que todo derecho de asociarse es constitucionalmente útil, en la medida en que acrecienta el respeto por las ideas ajenas, aun aquellas con las que frontalmente se discrepa, y hasta se odia, favoreciendo la participación de los ciudadanos en el proceso democrático y logrando una mayor cohesión social que nace, precisamente, de compartir la noción fundacional del respeto a la diversidad y de la interacción de personas y grupos con variadas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, económicas, políticas, étnicas, religiosas, etc. [Tribunal Europeo de Derechos Humanos en "Gorzelik and others v Poland" Application n° 44.158/98C, pronunciamiento del 17 de febrero de 2004, puntos 89 a 92]."*

<sup>67</sup> Fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia", Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 21/11/2006. A. 2036. XL.

Por lo tanto, a esta interpretación debería adecuarse el artículo 33, segunda parte, apartado 1º, del Código Civil.

En esta oportunidad la CSJN tiene en cuenta que las personas travestis y transexuales forman parte de una minoría sexual que sufre constantes prejuicios y actos discriminatorios, en ocasiones sumamente violentos, y reconoce su vulnerabilidad y la marginación social que sufren. Además, considera la dificultad para la inclusión laboral, la carencia de atención sanitaria y la violencia institucional de la que son víctimas.

Por todo ello, la CSJN entiende que:

*"resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad".*

Según la CSJN, no es posible sostener que defender el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, sean en el solo beneficio de las personas que forman parte de una agrupación. Dichos objetivos forman parte del interés del conjunto social, y son parte del objeto del Estado.

Por lo tanto, según la CSJN, no se rechazó la personería jurídica por el hecho de que se estuviera beneficiando a un grupo en particular, sino porque "[...] ese auxilio está dirigido al grupo travesti - transexual." En el caso, según el tribunal, no se logra justificar la diferencia de trato hacia un determinado grupo.

De manera radical la CSJN modifica la postura que tuvo en el caso anterior y comprende al bien común en otros términos. Ya no hace una interpretación abstracta e independiente de las personas de colectivos. En este precedente ya no tiene en cuenta lo que la mayoría considera "común", excluyendo a las minorías, sino que considera que el bien común es el bien de todas las personas. Así, la CSJN afirma que "[...] el "bien común" no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere "común" excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc."

En ese sentido la Corte expresa que:

*"La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca [...] a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del "derecho a ser diferente", pero no puede confundirse nunca con la "igualación", que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales".*

Según el voto del juez Fayt, en consonancia con la decisión de la mayoría:

*"[...] la Cámara no ha advertido la inconsecuencia a la cual conduce irremisiblemente su errónea concepción del bien común, pues no intenta conciliar la rigurosa comprensión asignada al texto infraconstitucional en juego con los derechos reconocidos desde 1994 en la Ley Suprema a las asociaciones que, como la actora, tienen por objeto evitar cualquier forma de discriminación, al atribuirseles capacidad procesal para pretender ante el Poder Judicial la tutela del derecho señalado."*

De esta manera, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia de la Cámara.

A modo de conclusión, el concepto de "bien común" y su interpretación en los distintos momentos ha sido clave a efectos de permitir a organizaciones LGBT gozar de ciertos derechos que antes les eran negados. El artículo 33 del Código Civil limitaba el otorgamiento de la personería jurídica al cumplimiento de la promoción del concepto de "bien común", según la idea que tuviera del mismo el juez que analizara el caso. En derecho no es extraño encontrarse con conceptos ambiguos como éste, que finalmente son interpretados por la Justicia. Sin embargo, aquí las implicancias de esta ambigüedad han sido sumamente trascendentes para los grupos LGBT.

Los dos fallos analizados muestran visiones totalmente distintas respecto de la protección de los derechos de las personas LGBT. La CSJN con el correr de los años ha internalizado los cambios sociales que se han ido gestando, y ha terminado por aceptar una visión más protectora de los derechos humanos, al considerar que el concepto de "bien común" debe ajustarse a una idea de tolerancia y pluralidad, no ya a lo que la mayoría de las personas en una sociedad acepta. Esta nueva interpretación ha permitido a las organizaciones LGBT ser finalmente aceptadas

por el Estado, obtener la personería jurídica y gozar de los derechos en pie de igualdad con otras organizaciones.

Las asociaciones civiles LGBT con personería jurídica han sido sujetos clave a la hora de petitionar por los derechos de estos grupos, y la aceptación de su funcionamiento por parte del Estado puede interpretarse como un claro mensaje hacia el resto de la sociedad.

Cabe destacar que, como consecuencia de estas discusiones jurisprudenciales, el nuevo Código Civil y Comercial, al regular el objeto de las asociaciones civiles, finalmente soluciona la cuestión al sostener en su artículo 168 que "La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales". Es decir, la nueva normativa de derecho civil y comercial plasma en este artículo la preponderancia que tienen hoy en día los principios de igualdad, tolerancia y respeto por la diversidad al momento de autorizar el funcionamiento de una asociación civil.

## Conclusiones finales

El objetivo de este trabajo ha sido la confección de un mapeo de la situación jurisprudencial a nivel nacional y provincia en relación con los derechos de las personas LGBT. Es fundamental que la sociedad entienda en qué momento nos encontramos y cuál es la opinión de los jueces sobre la materia. Tal como mencionamos en la Introducción, consideramos necesario analizar esta situación teniendo en cuenta los distintos aspectos fundamentales en la vida de estas personas, por lo que hemos dividido el trabajo en secciones según el tema analizado.

De esta manera, a través de las resoluciones judiciales hemos podido detectar la evolución en la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBT. Hechos tales como la reforma constitucional del año 1994, el dictado de las leyes de Matrimonio Igualitario (año 2010), de Identidad de Género (año 2012) y de Reproducción Médicamente Asistida (año 2013) han sido avances clave que incidieron de manera directa en las resoluciones de los jueces en la materia.

Aun cuando no en todos los aspectos encontremos una línea clara en la evolución de la protección de los derechos de las personas LGBT por parte de los jueces, en la mayoría de los casos hay una tendencia hacia el reconocimiento y respeto de las visiones y elecciones de las distintas personas, y la importancia en la protección y promoción de dichas ideas. Así, van delimitando el ámbito privado de las personas, estableciendo, a veces en forma expresa, cuál es el rol que el Estado debería tener en las decisiones de los ciudadanos. Un ejemplo claro en este sentido es la eliminación de la judicialización del cambio de nombre en casos de identidad de género autopercebida.

Todavía queda mucho por avanzar a fin de lograr la protección de los derechos LGBT en forma integral. Las agrupaciones activistas y los

particulares han solicitado cambios, y los jueces han ido avanzando en este camino, pero no es suficiente todavía. Necesitamos decisiones más claras que otorguen seguridad a los ciudadanos, para lo que también requerimos que los derechos en juego se plasmen en leyes dictadas por el Estado nacional.

Así como las leyes de Matrimonio Igualitario, de Identidad de Género y de Técnicas de Fertilización Asistida han otorgado mayor seguridad a los ciudadanos, aun cuando en muchos casos no se pueda asegurar su cumplimiento efectivo, todavía hay aspectos clave en los derechos de las personas LGBT que no han sido legislados. El ámbito laboral, por ejemplo, ha sido sumamente hostil en muchos casos para las personas LGBT. Hoy en día no hay una solución que abarque los distintos conflictos a los que se enfrentan dichas personas al momento de buscar trabajo y de desarrollarse en el ambiente laboral, en el que muchas veces son discriminadas tanto por sus compañeros como por sus jefes. El ámbito del derecho penal, por otro lado, ha sido un espacio muy reticente a los cambios, y hoy todavía hay mucho por mejorar respecto de la protección de los derechos fundamentales de las personas detenidas en general, y aquellas personas detenidas LGTB en particular.

Sabemos que el apoyo jurisprudencial es sumamente importante cuando buscamos la protección de derechos de ciertos colectivos. Sin embargo, como ya mencionamos, plasmar los derechos en leyes específicas y lograr el apoyo de la sociedad en la aplicación efectiva de las mismas es el paso siguiente para que los jueces puedan dictar sus sentencias con seguridad y, así, brindar la protección necesaria a los ciudadanos.

Por lo tanto, creemos que tener información suficiente sobre la situación que vivimos en este momento es el comienzo para detectar qué nos

falta en materia de derechos y qué es lo que podemos hacer para lograr un cambio, teniendo en cuenta acciones pasadas. Facilitar el acceso a dicha información y lograr internalizar la necesidad de cambio en la sociedad es el objeto principal de este trabajo.

Asimismo, recopilar esta información en sí mismo un medio de sensibilización y concientización para la sociedad en general, a quien también está dirigido este trabajo. Por medio de este documento es posible conocer más a fondo las luchas entabladas por los grupos afectados, por los activistas, por las organizaciones de derechos humanos. Lo que hoy en día son realidades, tiempo atrás eran actos prohibidos o eran meras aspiraciones. Por lo tanto, dar cuenta del recorrido jurisprudencial es también mostrar un camino histórico por medio del cual se fue avanzando hacia la conquista de derechos.

A continuación, haremos un breve repaso de las secciones a efectos de lograr resumir en breves palabras los avances logrados en los distintos aspectos de los derechos de las personas LGBT.

En materia de identidad, los fallos desde el año 1989 hasta el 2009 analizan situaciones en las que se puede otorgar la autorización para realizar la intervención quirúrgica, la rectificación de la documentación personal y los recaudos que habría que tomar a efectos de realizar las modificaciones. Por otro lado, es fundamental la visión que adquieren los jueces respecto del sexo, considerándolo en los últimos fallos no en su aspecto biológico, sino según la percepción que tenga la persona de su identidad de género.

- Fallo Prunello [1989 y 1992]. La intervención quirúrgica ya había sido realizada. La Cámara rechaza la rectificación de documentos. La CSJN rechaza el tratamiento del caso por problemas formales. El Juez Fayt considera que la CSJN debería analizarlo por ser un caso de trascendencia.

- Fallo L., J. C. [1994]. Caso de intersexualidad. Se admite la intervención para superar la ambigüedad sexual. Se admite la adecuación de documentación personal.

- Fallo N. N. [1997]. Ya había habido intervención quirúrgica en el extranjero. Se admite la rectificación de la documentación.

- Fallo A., D. D. [1998]. Se autoriza la rectificación de los documentos. Se tiene en cuenta la discriminación que sufren las personas LGBT para resolver, y no tanto el hecho de que se hubiera llevado a cabo previamente la intervención.

- Fallo M., J. C. [1998]. Caso de intersexualidad. Se autoriza la intervención quirúrgica y la rectificación de documentos personales. Se hace hincapié en que no es un cambio de sexo, sino una adecuación de sexo.

- Fallo N. N. [1999]. Se autoriza la rectificación de los documentos, pero haciendo hincapié en la necesidad de realizar una nota de referencia en el Registro, a fin de dejar asentado el sexo biológico de la persona.

- Fallo V., A. A. [1999]. Se autoriza la rectificación de los documentos. Sin embargo, se debe agregar en la partida que la persona pertenece al "sexo masculino transexual".

- Fallo K., F. B. [2001]. Se autoriza la rectificación de documentos personales, pero sólo por el hecho de que se había llevado a cabo la intervención quirúrgica. Necesidad de agregar una nota marginal en el Registro.

- Fallo M., L. G. [2001]. El juez considera que no es necesaria la anotación marginal en el Registro.

- Fallo D., A. A. [2005]. Se considera importante el sexo biológico de la persona. Es necesario realizar una nota en el Registro haciendo referencia a este fallo para el caso de matrimonio o adopción.

- Fallo O., M. L. [2008]. Caso de intersexualidad de una niña de cuatro años. Su madre solicita la intervención quirúrgica y la rectificación de documentos, y se decide a favor de la peticionante. Se hace hincapié en que no es una intervención de cambio de sexo, sino de adecuación del mismo.

- Fallo P., R. L. [2008]. La intervención quirúrgica no es determinante a efectos de rectificar los documentos de la persona.

- Fallo T., M. G. [2008]. Concepto de identidad dinámica. Se autoriza la intervención quirúrgica y rectificación de documentos personales.

- Fallo A., Z. B. [2009]. No se requiere autorización judicial a fin de realizar la intervención quirúrgica, ya que no se trata de una ablación de un órgano, sino de una colocación.

En cuanto al derecho a la salud, los fallos desde el año 1966 a 2014 han analizado temas relacionados con la posibilidad de realizar una intervención quirúrgica a fin de adecuar los caracteres físicos a la identidad de género, y con la cobertura brindada por las obras sociales a parejas homosexuales.

- Fallo N. N. [1966]. El primer antecedente en materia de salud de personas transsexuales. Responsabilidad médica por realización de la intervención quirúrgica y persona transsexual como víctima. No se autoriza la intervención quirúrgica.

- Fallo J., C. P. [2001] [y C., A. M. [2003] en el mismo sentido]. Una mujer transexual obtiene la autorización a fin de adecuar sus órganos genitales exteriores a su identidad de género autopercebida.

- C., J. A. [2007]. Caso de menor de edad. Se autoriza la intervención quirúrgica con el previo consentimiento informado de la menor y el asentimiento de sus padres. Se requiere el apoyo de un psicólogo, psiquiatra, endocrinólogo y cirujano, tanto en un momento anterior como posterior a la cirugía, y hasta la mayoría de edad de la menor.

- Fallo P., R. L. [2008]. Se dispone como condición para realizar la intervención quirúrgica la obligatoriedad de continuar con tratamiento psicológico, y de realizar un control psicológico y psiquiátrico dentro de los seis meses desde el dictado de la sentencia y con anterioridad a dicha intervención quirúrgica.

- Fallo A., Z. B. [2009]. No se requiere la autorización judicial a fin de realizar la intervención quirúrgica por no ser el caso de una ablación de órganos, sino de colocación.

- Fallo P., M. E. [2009]. Caso de reproducción asistida. Se obliga a la obra social a cubrir los costos económicos del tratamiento a una pareja de lesbianas.

- Fallo L., G. A. [2011]. Rectificación parcial de la documentación. Se requiere agregar una leyenda en relación con el cambio de sexo. Los jueces no se expiden sobre la autorización de la intervención quirúrgica.

- Fallo Metzler [2014]. Caso de reproducción asistida. Se obliga a la obra social a cubrir los costos económicos del tratamiento a una

pareja de lesbianas. Sin embargo, se establece un límite de dos tratamientos a fin de no desfinanciar a la obra social.

- Fallo N., V. A. [2014]. Caso de reproducción asistida. Se obliga a la obra social a cubrir los costos económicos del tratamiento a una pareja de lesbianas. No se permite introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión con fundamentos en la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

Los fallos relacionados con el derecho a formar una familia de las personas LGBT, desde el año 2007 al 2014, han resuelto sobre el derecho de dichas personas a ser herederas de sus parejas del mismo sexo, a gozar de los beneficios del matrimonio y a tener la posibilidad de inscribir a sus hijos como padres homosexuales.

- Fallo D., P. A. [2007]. Caso de disolución de comunidad de bienes por fallecimiento de una persona. Unión de hecho homosexual. Su pareja solicita un porcentaje de un inmueble adquirido por ambos. Los jueces sostienen que no hay pruebas de la sociedad de hecho.

- Fallo F., A. C. [2009]. Se autoriza la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

- Fallo L., S. M. [2009]. El juez decide que corresponde la suspensión cautelar del matrimonio autorizado en el fallo "F., A. C."

- Fallo Canevaro, Martín y otros [2010]. Se autoriza la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

- Fallo B., D. A. y otros [2010]. Se autoriza la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo por analogía. Problemas de competencia entre la Justicia nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Fallo M. del P. C. y otra [2011]. Se autoriza la inscripción de un menor en el Registro como hijo de dos madres.

- M., D. C. y Otro s/Adopción [2015]. Se otorga la adopción plena de dos hermanos menores a un matrimonio igualitario.

- P. M. A. c/ G. F. P. A. s/ divorcio vincular - no contencioso [2015]. Se hace lugar al pedido de cambio de guarda del menor efectuado por el padre, pero no por la relación homosexual que mantiene la madre, sino porque así lo prefiere el hijo.

- B. M. y otros s/ filiación [2016]. Registro de un niño a una pareja homoparental. La causa que cae en abstracto ante la sanción del nuevo Código Civil y Comercial Nacional.

- G., G. S. y J. G. G. s/ filiación [2016]. Registro de un niño a una pareja homoparental. Implementación del régimen incorporado por el nuevo Código Civil y Comercial, referente a la reproducción humana asistida.

- B. C. E. c/ M. M. s/ nulidad de matrimonio [2016]. Un matrimonio heterosexual se da por nulo por el ocultamiento de la homosexualidad de un contrayente. Inversamente, de manera idéntica, se contempla que la misma nulidad hubiese tenido acogida en un matrimonio homosexual.

- L., M. de los Á. y Otra s/Medida Autosatisfactiva [2016]. En un caso de una niña nacida bajo una técnica de reproducción asistida, se procede a la inscripción con doble filiación materna. La relación genética de la niña solo con una de las peticionantes no es obstáculo para el vínculo filiatorio con ambas.

En materia de derechos laborales, los fallos del año 2007 al 2013 han tratado fundamentalmente temas de derecho a la intimidad de los empleados, intromisión de empleadores, discriminación en el ámbito laboral, y la teoría de la carga de dinámica de la prueba en relación con el hecho de que se trata de minorías que han sido discriminadas por mucho tiempo.

- Fallo M., C. c. D., A. M. [2007]. Caso de despido de persona travesti. Intromisión a la intimidad y discriminación. El juez tiene en cuenta una noción dinámica del sexo y hace lugar a la demanda.

- Fallo E., S. O. [2007]. Caso de despido de persona homosexual. Los jueces hacen lugar a la demanda por discriminación.

- Fallo M., M. J. [2009]. Caso de persona homosexual portadora de H.I.V. que fue adherida a un plan de retiro voluntario. Se hace lugar a la demanda por discriminación.

- Fallo V., R. A. [2012]. Los jueces rechazan la demanda realizada por una persona homosexual por no haber probado el daño antijurídico, ni la relación de causalidad entre el daño y el autor del mismo. Cada parte debe aportar pruebas.

- Fallo Suárez, Marcos Dalmiro y otros [2013]. Caso de discriminación de pareja homosexual en un Ministerio en el que trabajaban. Según los jueces, el demandado debe probar que no ha incurrido en discriminación.

- M. M. J. c/CBA S.A. Ciesa U.T.E. y otro s/despido” [2013]. En un caso de acoso laboral se indica a las aseguradoras que deberán reparar integralmente al accionante pero ajustándose a la medida de la póliza de seguro.

- P.J.A. c/ L.D.P. SA p/ Despido [2014]. Se trata de un despido indirecto de un hombre por contraer matrimonio con su pareja homo-

sexual. Se condena a la empresa por esto, y se le impone la obligación de pagar la indemnización especial que le cabe al despido por matrimonio.

- Fallo G., N. B [2015]. Caso de una persona transexual que ejerció como trabajadora sexual durante casi toda su vida. Demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por omisión en su rol de garante de protección de los derechos humanos de las personas. No se requieren más pruebas que la sola acreditación de la demandante de su pertenencia al colectivo trans.

- Fallo Salas, Mónica Graciela c. Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso administrativo s/ recurso de inconstitucionalidad [2016]. Se acoge la pretensión de la accionante, quien padeció discriminación en el orden laboral, en calidad de docente, debido a su orientación sexual.

- Fallo L. C. E. c/ G. d. I. P. d. B. A. s/Amparo [2016]. Caso de solicitud de una indemnización, a modo de reparación, para una mujer transexual debido a la discriminación y marginación que sufrió durante toda su vida. El recurso se declara inadmisibles, no se entiende sobre el fondo de la pretensión.

Los casos relacionados con el otorgamiento de beneficios sociales a personas LGBTI, desde al año 2005 al 2015, abarcan distintos temas tales como demandas a obras sociales por incorporación de parejas homosexuales como beneficiarios indirectos, demandas por beneficio de pensión, indemnizaciones por fallecimiento de una pareja y demandas al Estado por omisión de su deber de velar por el bienestar de las personas.

- Fallo G., J. C. [2005]. Pedido de adhesión de la pareja homosexual como beneficiario indirecto del plan médico. Jueza hace lugar a la solicitud.

- Fallo Yapur, Elvio Alberto [2009]. Beneficio de la pensión para una pareja del mismo sexo. La CSJN considera que hay que tratar con cautela los temas previsionales como éste.

- Fallo P., A. [2011]. Caso de derecho a la pensión de una pareja del mismo sexo. Se hace lugar a la demanda aun cuando el derecho no surja explícitamente de la ley.

- Fallo G., S. G. [2011]. Se dicta la Ley de Matrimonio Igualitario durante el proceso judicial. Por lo tanto, los jueces consideran que no pueden rechazar derechos que surgen de dicha institución.

- Fallo R., C. A. [2011]. Caso de indemnización por fallecimiento. Los jueces consideran que es fundamental para paliar una situación de desamparo.

- Fallo R.G.P. c/ GCBA y otros s/incidente de apelación [2015]. Se trata de una queja por un recurso de inconstitucionalidad denegado. La actora es una mujer transexual cuya petición inicial es la de renovar una medida cautelar que permite que ésta no esté en situación de calle. Se rechaza la medida por no ser una sentencia definitiva o equiparable a tal.

- Caso Heredia, Luis Alberto c. Ministerio de Economía - I.P.S. s/ pretensión indemnizatoria [2016]. Caso sobre una pensión por fallecimiento al conviviente supérstite, que en este caso era un hombre al igual que el fallecido. En el caso se hace una lectura amplia del decreto ley 9650/80 en concordancia con la Ley de Matrimonio Igualitario.

El caso relativo a la discriminación y el derecho de admisión arbitrariamente discriminatorio del año 2016.

- P. D. N. c/ General Paz Hotel S.A. s/ daños y perjuicios [2016]. La causa versa de un hotel alojamiento [albergue transitorio] que denegó el ingreso de un cliente con su pareja del mismo sexo basándose en una

Ordenanza de 1970. Se considera que la interpretación literal del hotel no es acorde a la evolución cultural.

El caso relacionado con el derecho a la intimidad, que tuvo lugar en el año 2015.

V. M. c/ Editorial Atlántida S.A. | daños y perjuicios s/ ordinario [2015]. En el caso se condena a una editorial a resarcir el daño moral causado por una publicación de una foto de archivo de un actor puesto que resultó apta para crear una intriga sobre su sexualidad respecto de la cual el actor no tenía intención de ventilar.

Los fallos en el ámbito del derecho penal desde el año 1999 hasta el 2014 analizan la situación de las personas LGBT en las cárceles, sus derechos y las condiciones que hacen a los agravantes de las penas en casos de delitos.

- Fallo T., J. N. [1999]. Caso de una mujer trans en una cárcel de varones. Había habido intervención quirúrgica de adecuación de genitales a su identidad de género autopercebida. Los jueces admiten el traslado a una cárcel de mujeres.

- Fallo Levoniuk [2008]. Caso de abuso sexual a un menor por parte de su padre. Relación de "acto perverso" con el "ejercicio anormal de la sexualidad" y la homosexualidad.

- Fallo Pistillo [2009]. Una mujer lesbiana que se encuentra cumpliendo su pena en la cárcel solicita visitas íntimas de su pareja. El Tribunal hace lugar a la solicitud.

- Fallo O., F. D. [2011]. Caso de abuso sexual a un menor. Discusión sobre el agravante por ser el caso de dos personas del mismo sexo.

- Fallo Torres, Daniel Esteban psa [2011]. Asesinato de una mujer lesbiana por el marido de la madre de su pareja. Se discute cuáles pudieron haber sido los motivos del homicidio.

- P., L. D. o R. L. [2013]. Caso de una mujer transexual que cumple su condena en una cárcel de hombres. No había habido intervención quirúrgica. Se hace lugar al traslado a una cárcel de mujeres y la rectificación de documentos personales.

- Fallo Tolosa, Mario [2014]. Caso de abuso sexual contra un menor de seis años de edad. Discusión sobre condiciones que hacen al agravante.

- Fallo Tarragona, Lucía s/ recurso de casación [2014]. Se reduce la pena de la imputada por lesiones y daños debido a sus padecimientos registrados en los informes psicológicos ocasionados ser una mujer trans.

- Fallo Incidente de libertad condicional del interno penado [2014]. Una persona travesti realiza un pedido de libertad condicional. Los jueces analizan el padecimiento de un travesti por cumplir su condena en una cárcel de varones.

- Ibarra Ramón Antonio s/Recurso de Casación [2014]. Se trata de un caso de abuso sexual agravado. Se toma en consideración como agravante que la víctima y el victimario son del mismo sexo. La Sala rechaza este agravante por considerarlo discriminatorio.

- Cromañon - Villareal, Raúl Alcides y otros s/recurso de casación [2015]. A una imputada no se le permite tener prisión domiciliaria aún siendo madre de un bebé por tener éste otra madre. Una Sala de Casación Penal revisa la decisión de la otra Sala y la considera discriminatoria y resuelve reducirle la pena a la imputada.

- Q. H. T. y otros s/ habeas corpus [2015]. Se trata de un hábeas corpus interpuesto por la Defensoría General de la Nación que determinó los recaudos a adoptar en el caso de exámenes físicos que debieran ser realizados a las internas trans que ingresan en unidades carcelarias.

- Caso Analía Eva "Higui" Dejesús [2016]. El caso "Higui" se trata de una mujer lesbiana se encuentra presa en una comisaría de Villa Maipú desde el mes de Octubre de 2016 por herir de un puntazo a un hombre que luego murió en el contexto de un intento de violación llevado a cabo por un grupo de hombres en su contra. Al momento de la redacción del documento, no hay sentencia.

Por último, en cuanto al otorgamiento de la personería jurídica, los fallos analizan en qué consiste el concepto de "bien común" a efectos de que se reconozca a las organizaciones LGBT como personas jurídicas.

- Fallo Comunidad Homosexual Argentina [CHA] [1991]. El objeto de la CHA es contrario al "bien común", por lo que se rechaza la solicitud de personería jurídica.

- Fallo Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual [2006]. El "bien común" es el bien de todas las personas, por lo que la organización cumple con tal requisito. Se hace lugar a la solicitud de personería jurídica.

## Glosario de Términos Jurídicos

**Actor/a.** La parte que reclama la protección de la Justicia. Es quien de hecho interviene o figura en el proceso como sujeto activo de una determinada pretensión.

**Disidencia.** Es la expresión formal de un desacuerdo respecto de otros criterios individuales o colectivos. En este caso, se refiere al desacuerdo entre los jueces al momento de dictar sentencia, por lo que se genera una opinión mayoritaria y minoritaria.

**Recurrir.** El medio establecido en la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial, ya sea del mismo tribunal que la dictó o de otro de superior jerarquía.

**Recurso extraordinario.** Recurso por el cual se puede apelar una decisión ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes [según el artículo 14 de la Ley 48]:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

**Recurso de queja.** En los casos en los que el juez deniegue la apelación, la parte que se considere agraviada puede recurrir directamente en queja ante la Cámara, pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente. La queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema es un recurso disponible una vez denegado el recurso extraordinario por el superior tribunal de la causa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**Recurso de casación.** Las sentencias definitivas, o equiparables, dictadas por la Cámara de Apelación, son susceptibles de recurso de casación. El recurso de casación es admisible contra las resoluciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra las decisiones que declaren formalmente inadmisibles a la pretensión contencioso-administrativa.

**Recurso de inconstitucionalidad local.** Remedio que se acuerda para impugnar la sentencia definitiva de última instancia que haya decidido un caso constitucional, entendiéndose por tal aquél que versa sobre la validez de una norma impugnada como contraria a la Constitución de la provincia o sobre la inteligencia de algunas de las cláusulas contenidas en ésta.

Recurso de hecho. Recurso que tiene por objeto que el tribunal superior enmiende alguno de los errores en los que haya podido incurrir el juez de primera instancia al pronunciarse sobre la concesión de un recurso de apelación deducido.

Rechazo in limine. Rechazo de oficio por parte del juez de las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas [artículo 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación].

Procurador General de la Nación. Es el funcionario que dirige el Ministerio Público Fiscal y, en tal carácter, es el jefe de todos los fiscales que actúan ante tribunales nacionales. A su vez, es el fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en esa función, dirige la tarea de los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema.

Personería jurídica. Aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones conferida a los entes por parte del ordenamiento jurídico para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación. [Artículo 141 Código Civil y Comercial de la Nación].

Sociedad de hecho. Aquella sociedad que se caracteriza por no haber adoptado ningún tipo societario detallado en la Ley de Sociedades, no tener un contrato escrito ni estar inscripta en el Registro Público de Comercio.

Simple asociaciones civiles. Unión de un grupo de individuos con la intención de desarrollar actividades sociales, comunitarias, culturales, o cualquier otra que tienda al bien común, sin perseguir fines económicos. Una vez que esa agrupación establece por escrito ciertas reglas de funcionamiento, distribuye roles y responsabilidades, especifica las tareas a las que se van a dedicar y solicita ante un organismo del Estado [Inspección General de Justicia] su reconocimiento como entidad jurídi-

ca [personería jurídica], esa simple asociación pasa a convertirse en una verdadera Asociación Civil.

Unión de hecho homosexual. La unión de personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente.

Medida cautelar. Medida por la cual se tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Peligro en la demora. Uno de los presupuestos que se deben cumplir a fin de poder solicitar una medida cautelar. Es la posibilidad de que, en caso de no adoptarse dicha medida, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Los otros dos presupuestos consisten en la verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal y la prestación de contracautela [el previo otorgamiento de una caución] por parte del sujeto activo.

Medida cautelar autosatisfactiva. Se trata de un requerimiento 'urgente' formulado al órgano judicial por los justiciables. No es necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis se la haya calificado, erróneamente, de cautelar autónoma. La procedencia de las medidas autosatisfactivas está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios; de la fuerte verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre acreditada al inicio del requerimiento o, en su

caso, de sumaria comprobación; la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar o preventiva, con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico (procesal o sustancial) del peticionante. Las consideraciones precedentes tornan más necesaria la prudencia que en otras, pues la denominación "cautelar autónoma" llama al demasiado extendido razonamiento por analogía que lleva a aplicar reglas propias de la cautelar, inadmisibles para un proceso monitorio.

Carga dinámica de la prueba. Teoría del derecho probatorio por la cual se asigna la carga de probar un hecho a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

Legajo de ejecución. Conjunto de documentos relacionados entre sí reunidos bajo un mismo cuerpo.

Artículo 248 Ley de Contrato de Trabajo. Art. 248. —Indemnización por antigüedad. Monto. Beneficiarios.

En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos [2] años anteriores al fallecimiento.

Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada

de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco [5] años anteriores al fallecimiento.

Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa-habientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador."

Artículo 1071 Código Civil de la Nación. Art. 1.071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."

Este informe se publica como parte de un proyecto realizado por



[www.identidadydiversidad.adc.org.ar](http://www.identidadydiversidad.adc.org.ar)

Con el apoyo de



Reino de los Países Bajos

Agradecemos la colaboración de

Luciana Wechselblatt