

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO - JURISPRUDENCIA DEL FUERO CAYT DE LA CABA PREVIA A LA SANCIÓN DE LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO

Alejandro Ariel FERNÁNDEZ ¹

El fuero Penal, Contravencional y de Faltas del poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) parece haber exhibido una menor receptividad al reconocimiento del derecho a la identidad de género. Así lo demostró la Sala II de la Cámara de Apelaciones cuando rechazó un pedido de la defensa para que la acusada fuera nombrada en el expediente de acuerdo a su género autopercebido y no el nombre de su documento ². El fuero Contencioso Administrativo y Tributario, por el contrario, sí realizó un gran avance en este campo, al dictar un gran número de fallos en los que dio favorable acogida a los planteos relativos a la identidad de género de los y las accionantes.

Por empezar, el juzgado de primera instancia N° 13, a cargo del Dr. Guillermo Scheibler, dictó sentencia en los autos “S. D. A. c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)” (2010) ³, haciendo lugar al pedido de la actora para que se modificara su nombre y sexo registral.

1 Abogado con orientación en Derecho Internacional Público y Derecho Penal (UBA). Actualmente se desempeña como relator en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Fue miembro del consejo de redacción de la revista Lecciones y Ensayos. Representó a la Facultad de Derecho (UBA) en la VI edición de la Nelson Mandela World Human Rights Moot Court Competition en Ginebra, Suiza, y en XXI edición del Concurso Interamericano de Derechos Humanos en Washington D.C., EE.UU.

2 Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, “Soria Piña, Alpino s/inf. art. 81, Oferta y demanda de sexo en espacios públicos ley 1472- Apelación”, Causa N° 28665-00/00/2010, 3-V-2011.

3 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13, “S. D. A. c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Causa N° 39.475/0, 29-XII-2010.

La actora había nacido en el marco de un hogar tradicional y había sentido desde la temprana infancia un poderoso deseo de relacionarse de acuerdo al sexo femenino. Inició una serie de consultas médico-psicológicas que la llevaron a someterse a un tratamiento autoindicado de ingesta de hormonas que, sumado a una cirugía de implantes, le proporcionaron un aspecto femenino.

En su fallo, el magistrado formuló una distinción entre sexo, relativo a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, y género, abarcativo de todas aquellas pautas culturales que sintetizan lo masculino y lo femenino. El concepto de “identidad de género” se referiría al supuesto en que el sexo asignado al nacer no se compadece con aquel autopercibido por el sujeto.

Como respaldo jurídico de su razonamiento, el juez enumeró varias resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos condenando la violencia e instando a los Estados a prevenir la discriminación por razones de identidad de género (AG/RES. 2600 del 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 del 4 de junio de 2009 y AG/RES. 2435 del 3 de junio de 2008); la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*La no discriminación y los DESC*, 2009), que refiere a la identidad de género como un motivo prohibido de discriminación dentro del artículo 2.2 del Pacto; el artículo 11 de la Constitución local, que menciona al género como categoría sospechosa de discriminación; varias leyes de la Ciudad, como la ley 2687, que instituye el día 17 de mayo como “Día de Lucha contra la Discriminación por Orientación Sexual o Identidad de Género”, la ley 2957, que crea el “Plan Marco de Políticas de Derechos y Diversidad Sexual”, y, particularmente, la ley 3062, que ordena respetar “[...] *la identidad de género adoptada por travestis y transexuales que utilicen un nombre distinto al consignado en su documento de identidad y, a su solo requerimiento, el nombre adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión administrativa tanto en la Legislatura de la C.A.B.A. como en las dependencias de la Administración Pública Central local [...]*” (art. 2). A partir de esta enumeración, concluyó que, aunque la identidad de género no se encontraba incluida en la legislación como causa para modificar el nombre, se trataba de un concepto con amplia recepción, tanto nacional como internacional.

Como, a entender del juez, la identidad de una persona comprendía mucho más que lo biológico, supeditar el cambio registral a la

realización de una intervención quirúrgica colocaría al peticionante en la obligación de “[...] someterse a una mutilación física -que conlleva ni más ni menos que la esterilización- para poder lograr reparar la mutilación institucional o jurídica que importa la identificación estatal con una identidad de género diversa a la que posee”. Más aun, en la medida en que la cuestión concernía al aspecto más íntimo del individuo, el magistrado consideró improcedente ordenar pericias que certificaran la legitimidad del pedido.

Por último, descartó que el cambio de sexo y nombre registral pudiera afectar el interés colectivo, por cuanto trastocaría los datos identificatorios del accionante; un enfoque de derechos humanos sobre el tema exige que, en la tutela del bien común, los derechos individuales sean restringidos en el menor grado posible. Considerando que nuestro ordenamiento contempla la posibilidad del cambio de nombre mediando justos motivos (artículo 15 de la ley 18.248), el juez no advirtió en el caso de qué modo el interés público podría verse afectado, máxime cuando el peticionante conservaría su apellido y número de DNI.

Concluyó, entonces, haciendo lugar a la petición.

El juzgado de primera instancia N° 15, a cargo de la Dra. Gabriela Seijas, se expidió en la causa “N. D. A c/GCBA” (2011) ⁴, en la cual la actora había interpuesto una acción de amparo a fin de exigir al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) que readecuara su identidad civil con su identidad sexual, autorizando a cambiar su nombre -Daniel- por otro de sexo femenino -María-.

El accionante expresó que desde su infancia había vivido con la sensación de sentirse mujer, lo que eventualmente lo había llevado a asumir un tratamiento hormonal y una cirugía de reasignación de sexo. Explicó que esta transformación había mejorado su autoestima y su inserción social, pero había dificultado su progreso laboral y el ejercicio de distintos derechos por no contar con documentos que reflejaran su realidad.

Al conceder la petición, la jueza comenzó por señalar que el nombre es un atributo de la personalidad que contribuye a la individualización del sujeto, razón por la cual es, como regla general, inmutable. Sin embargo, la ley 18.248 autorizaba su modificación, previa

4 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, “N. D. A c/GCBA”, Causa N° 41648/0, 12-IX-2011.

resolución judicial, por justos motivos, sin especificar en qué éstos podían consistir.

En lo concerniente a la modificación del sexo registral, sin embargo, la magistrada consideró que existía un vacío legal, por cuanto la antedicha ley nada regulaba al respecto. Esto no obstaría a la procedencia de la acción, ya que conforme doctrina de la Corte Suprema, siempre que exista un derecho, debe reconocerse una acción procesal destinada a defenderlo. En un caso como el que se analizaba, el derecho pretendido podía extraerse tanto de los artículos 33 (derechos implícitos) como 75 inciso 22º (instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional) de la Constitución Nacional.

La identidad, en palabras de la Dra. Seijas, comprende un conjunto de factores interrelacionados, de carácter estático (biológicos), como dinámicos (culturales, sociales, psicológicos). La identidad sexual ocupa un lugar preponderante entre ellos, debido a su incidencia determinante en numerosos aspectos de la vida personal y social.

Como sustrato jurídico de su decisión, la jueza invocó los artículos 1 y 2.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente, que ordenan a los Estados parte garantizar los derechos en ellos reconocidos sin discriminación, pero sobre todo la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, suscripta por la Argentina, conforme a la cual los derechos humanos debe ser asegurados a todas las personas, con prescindencia de su orientación sexual o identidad de género. Citó, asimismo, los Principios de Yogyakarta, para los cuales “[l]a orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. [...] Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”.

También mencionó el artículo 12 de la Constitución de la CABA, que garantiza el derecho a la identidad de las personas, y un conjunto de precedentes de la Corte Suprema sobre el derecho a la privacidad (“Bahamondez”, “Bazterrica”, “Portillo”).

Así pues, debiendo la identificación de la persona plasmar fidedignamente ciertos rasgos de la personalidad que se presentan como evidentes, la falta de reconocimiento supondría su exclusión social. La jueza, entonces, tuvo por configurados los justos motivos de la ley 18.248, e hizo lugar a la medida solicitada.

La Dra. Elena Liberatori, a cargo del juzgado N° 4, también se pronunció de un modo similar en los autos “I. K. c/GCBA s/amparo” (2011) ⁵, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora para que se modificara su nombre. Para la jueza, el peligro en la demora se encontraba configurado por cuanto la accionante no debía “[...]soportar un día más de su vida en un contexto precisamente de judicialización, estigmatización, criminalización y patologización hacia su persona y su calidad de vida. Por el contrario, esta medida adoptada en forma urgente e inmediata tal vez pueda ser -aunque infinitamente pequeña-, una reparación que les es debida desde que como personas sintieron como sienten su sexualidad”.

En la sentencia “C. A. J. L. c/GCBA” (2012) ⁶, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró inconstitucional el artículo 17 de la ley 18.248, en el marco de una causa en la que el accionante había solicitado que se modificara su nombre y sexo registral para adecuarlo a su identidad de género. Esta cláusula disponía la publicación del pedido de cambio de nombre una vez por mes durante dos meses en un diario oficial, algo que -en un caso como este- el tribunal consideró violatorio del derecho a la intimidad del accionante. Esta declaración fue formulada de oficio y como respuesta al recurso interpuesto por la fiscalía contra la sentencia de grado, que, al autorizar la modificación del documento, había omitido ordenar el cumplimiento del recaudo de publicidad establecido en dicha norma.

El conflicto entre el derecho a la privacidad -por una parte- y el derecho de información -por la otra- fue resuelto por la Cámara aplicando el precedente “Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S.A.” de la Corte Suprema. Si bien en el caso bajo análisis no se discutía el derecho a informar sobre las cuestiones privadas de una persona

5 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4, “I. K. c/GCBA s/amparo”, Causa N° 40910/0, 14-IV-2011.

6 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala I, “C. A. J. L. c/GCBA”, Causa N° 40906/0, 26-IV-2012.

célebre, resultaba igualmente afectado el derecho a la intimidad por el uso de un medio desproporcionado con relación a la finalidad perseguida.

En el mismo sentido, las leyes sobre protección de datos personales 25.326 y 1845 (nacional y local, respectivamente), disponían que ninguna persona puede ser obligada a brindar datos sensibles, tales como los relativos a su vida sexual.

En “Fernández Enrique Bentura c/GCBA” (2012)⁷, ya dictada la ley 26.743 de identidad de género, declaró abstracta la petición del actor para que se modificara su nombre y sexo registral, por cuanto estando expresamente autorizado este cambio en la nueva ley, se volvía innecesario continuar con el trámite judicial, ya que podía resolverse la petición de forma administrativa.

Este último pronunciamiento cerró una etapa en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad que -pretorianamente- había instituido un verdadero derecho al reconocimiento oficial la identidad de género autopercebida. La aprobación de la ley 26.743, promulgada el 23 de mayo de 2012, eliminó la necesidad de judicializar este tipo de reclamos.

7 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala II, “Fernández Enrique Bentura c/GCBA”, Causa N° 43374/0, 31-VII-2012.