

Boletín Jurisprudencia

Febrero de 2018

LGBTIQ

Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Ministerio Público de la Defensa



INTRODUCCIÓN

El boletín de jurisprudencia elaborado en febrero de 2018 reúne pronunciamientos judiciales emitidos en relación con el colectivo LGBTIQ. Tiene como propósito ofrecer una guía de análisis a partir de los fallos disponibles en las bases de datos de jurisprudencia de acceso abierto, las secretarías de jurisprudencia de los diferentes tribunales y las decisiones enviadas por los integrantes del Ministerio Público de la Defensa.

El boletín contempla jurisprudencia emitida entre 1994 y 2018 por tribunales internacionales (Comité de Derechos Humanos, CorteIDH y el TEDH), argentinos y americanos (Estados Unidos, Colombia, Brasil y México). Las sentencias se encuentran ordenadas en razón de la órbita en la que fueron emitidas y, dentro de cada categoría, en orden cronológico. Además, están descriptas con voces que aluden a las temáticas que tratan y se encuentran enlazadas a la [página web de jurisprudencia](#) de la Defensoría General de la Nación, donde se puede consultar el texto completo de todos los fallos.

Este informe toma en consideración la existencia de otros documentos que indagaron acerca del mismo tema y procura abordar aquellos problemas que registran desarrollos jurisprudenciales novedosos. De conformidad con esto, su lectura puede complementarse con los trabajos realizados por la Asociación por los Derechos Civiles, “[El camino hacia los derechos. La evolución de la jurisprudencia en materia LGBT](#)” y “[LGBT. Los derechos. Estándares internacionales y nacionales](#)” (proyecto “[Identidad & Diversidad](#)”).

La lectura de este documento, además, debe tomar en cuenta las reformas legislativas que tuvieron lugar en los países a los que alude cada sentencia. En lo que respecta a la Argentina, resulta de especial importancia contemplar la sanción del [Código Civil y Comercial](#) (ley N° 26.994, 2015), la [ley N° 26.862](#) (2013, de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida), la [ley N° 26.743](#) (2012, de identidad de género) y la [ley N° 26.618](#) (2010, que introdujo el matrimonio igualitario).

Es posible que existan pronunciamientos referidos al colectivo LGBTIQ que no se encuentren comprendidos en este boletín. Si estima que se omitió jurisprudencia cuya incorporación a este documento pudiera resultar relevante para la comprensión de las materias tratadas, por favor, escribanos un correo electrónico a jurisprudencia@mpd.gov.ar.

ÍNDICE

Capítulo I - Jurisprudencia Internacional

1. Comité de Derechos Humanos. “Toonen”. 4/4/1994.....	Página 7
<i>Voces: LGBTIQ. Código Penal. Derecho a la privacidad. Igualdad. No discriminación. Salud pública. HIV. Principio de proporcionalidad.</i>	
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “OC- 24/17”. 24/11/2017.....	Página 9
<i>Voces: LGBTIQ. Género. Igualdad. No discriminación. Actos discriminatorios. Familia. Matrimonio igualitario. Niños, niñas y adolescentes. Nombre. Derecho a la identidad. Identidad de género. Orientación sexual.</i>	
3. CIDH. “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas”. 7/9/2017.....	Página 18
<i>Voces: LGBTIQ. Derechos humanos. No discriminación. Acceso a la justicia. Género. Niños, niñas y adolescentes. Pueblos indígenas. Afrodescendientes. Migrantes. Personas privadas de la libertad. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Salario. Orientación sexual. Actos discriminatorios.</i>	
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Flor Freire”. 31/8/2016.....	Página 20
<i>Voces: LGBTIQ. Leyes militares. Igualdad. No discriminación. Derecho al honor. Orientación sexual. Principio de dignidad humana. Actos discriminatorios.</i>	
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Duque”. 26/2/2016.....	Página 22
<i>Voces: LGBTIQ. Vulnerabilidad. Orientación sexual. Igualdad. No discriminación. Familia. Seguridad social. Pensión.</i>	
6. CIDH. “Violencia contra las personas LGBTI”. 12/11/2015.....	Página 24
<i>Voces: LGBTIQ. Vulnerabilidad. Igualdad. No discriminación. Actos discriminatorios. Violencia. Vulnerabilidad.</i>	
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Atala Rizzo y niñas”. 24/2/2012.....	Página 26
<i>Voces: LGBTIQ. Vulnerabilidad. Orientación sexual. Igualdad. No discriminación. Familia.</i>	
8. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Aldegier”. 14/6/2016.....	Página 29
<i>Voces: LGBTIQ. Familia. Matrimonio igualitario. Orientación sexual. Derecho a la vida privada y familiar. Igualdad. No discriminación. Seguridad social. Pensión por fallecimiento.</i>	
9. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “AP, Garçon y Nicot”. 16/4/2016.....	Página 31
<i>Voces: LGBTIQ. Partida de nacimiento. Nombre. Derecho a la identidad. Igualdad. No discriminación.</i>	
10. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Oliari”. 21/7/2015.....	Página 33
<i>Voces: LGBTIQ. Familia. Matrimonio Igualitario. Orientación sexual. Igualdad. No discriminación.</i>	
11. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Vallianatos et Alii”. 7/11/2013.....	Página 34
<i>Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Matrimonio igualitario. Familia. Principio de proporcionalidad.</i>	

12. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “X”. 19/2/2013.....	Página 36
<i>Voces: LGBTIQ. Adopción. Niños, niñas y adolescentes. Familia. Igualdad. No discriminación.</i>	
13. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “PB y JS”. 22/10/2010.....	Página 38
<i>Voces: LGBTIQ. Orientación sexual. Derecho a la vida privada y familiar. Igualdad. No discriminación. Seguros.</i>	
14. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Kozak”. 2/6/2010.....	Página 40
<i>Voces: LGBTIQ. Vivienda. Vivienda familiar. Alquileres. Igualdad. No discriminación.</i>	
15. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “SL”. 9/4/2003.....	Página 42
<i>Voces: LGBTIQ. Orientación sexual. Derecho a la vida privada y familiar. Igualdad. No discriminación.</i>	
16. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Goodwin”. 11/7/2002.....	Página 44
<i>Voces: LGBTIQ. Partida de nacimiento. Derecho a la identidad. Nombre. Seguridad social. Relación de dependencia. Acoso laboral. Igualdad. No discriminación. Actos discriminatorios.</i>	

Capítulo II - Jurisprudencia Argentina

1. Corte Suprema de la Justicia de la Nación. “PA”. 28/6/2011.....	Página 47
<i>Voces: LGBTIQ. Seguridad social. Pensión. Matrimonio igualitario. Igualdad. No discriminación.</i>	
2. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. “LCE”. 15/6/2016.....	Página 49
<i>Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Daños y perjuicios. Daño. Daño moral. Reparación. Matrimonio igualitario. Principio de dignidad humana. Actos discriminatorios. Administración pública.</i>	
3. Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. “SMG”. 10/2/2016.....	Página 51
<i>Voces: LGBTIQ. Trabajo. Derecho de enseñar y aprender. Licencias. Daños. Daños y perjuicios. Actos discriminatorios. Igualdad. No discriminación.</i>	
4. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal. “PLD”. 2/9/2013.....	Página 53
<i>Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Nombre. Ejecución de la pena. Cárceles.</i>	
5. Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala H. “PDN”. 16/12/2016.....	Página 55
<i>Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Daño moral. Contratos. Principio de dignidad humana. Actos discriminatorios.</i>	
6. Cám. Fed. de Apel. de la Plata, Sala III. “Pabellón C y D”. 16/6/2016.....	Página 58
<i>Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Habeas Corpus. Identidad de género. Cárceles. Orientación sexual.</i>	
7. Cám. de Apel. en lo Cont. Adm. de Mar del Plata. “HLA”. 2/2/2016.....	Página 59
<i>Voces: LGBTIQ. Pensión. Igualdad. No discriminación. Matrimonio igualitario. Unión convivencial. Pensión por fallecimiento.</i>	

8. Cám. Nac. de Apel. en lo Crim. y Correc., Sala 5. “QHT”. 2/11/2015.....Página 61

Voces: LGBTIQ. Servicio Penitenciario Federal. Requisa. Derecho a la intimidad. Cárceles. Traslado de detenidos. Principio de dignidad humana. Actos discriminatorios.

9. Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, Sala VI. “SMD”. 29/4/2013.....Página 64

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Matrimonio igualitario. Contrato. Daño moral. Daño. Daños y perjuicios. Despido. Responsabilidad del Estado. Reparación. Actos discriminatorios. Administración pública.

10. Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, Sala VII. “ALD”. 27/3/2013.....Página 65

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Trabajo. Daños. Daños y perjuicios. Reparación. Declaración de inconstitucionalidad. Actos discriminatorios.

11. Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala D. “AZB”. 20/5/2009.....Página 66

Voces: LGBTIQ. Identidad de género. Derecho a la identidad. Registro civil. Nombre. DNI.

12. Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala H. “MMJ”. 7/4/2009.....Página 68

Voces: LGBTIQ. Trabajo. Igualdad. No discriminación. HIV. Daños. Daños y perjuicios. Reparación. Actos discriminatorios.

13. Juzg. de Familia N° 7 de Viedma. “Autorización judicial”. 6/7/2017.....Página 70

Voces: LGBTIQ. Familia. Filiación. Técnicas de reproducción humana asistida (THRA). Consentimiento informado. Voluntad procreacional. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Convención sobre los derechos del niño. Interés superior del niño. Gestación por sustitución.

14. Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 16 de la CABA. “ENK”. 30/6/2017.....Página 73

Voces: LGBTIQ. Acción de amparo. Vivienda. Vulnerabilidad. Igualdad. No discriminación. Principio de progresividad.

15. Juzg. de 1° Inst. Civ., Com. y Min. N° 2, de Neuquén. “CMJ”. 12/5/2017.....Página 75

Voces: LGBTIQ. Acción de amparo. Derecho a la salud. Técnicas de reproducción humana asistida (THRA). Igualdad. No discriminación. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

16. Juzg. en lo Cont. Adm. y Trib. N° 2 de la CABA. “BMA”. 12/5/2017.....Página 77

Voces: LGBTIQ. Acción de amparo. Técnicas de reproducción humana asistida (THRA). Derecho a la identidad. Familia. Registro civil. Maternidad.

17. Juzg. 1° inst. Civ. y Com. N° 6 de Rosario. “SS c. IAPOS”. 21/9/2016.....Página 79

Voces: LGBTIQ. Identidad de género. Obras sociales. Acción de amparo.

18. Trib. Col. Fam. N° 5 de Rosario. “SGG”. 27/5/2016.....Página 81

Voces: LGBTIQ. Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Matrimonio igualitario. Gestación por sustitución. Consentimiento informado. Interés superior del niño.

19. Juzg. Crim. de Inst. N° 1. “Comisión de cárceles”. 26/9/2015.....	Página 83
---	-----------

Voces: LGBTIQ. Identidad de género. Igualdad. No discriminación. Condiciones de detención. Derecho a la integridad personal. Habeas corpus.

20. Juzg. de Fam. 2da Nom. de Córdoba. “PMA”. 6/5/2015.....	Página 84
---	-----------

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Cuidado personal. Interés superior del niño. Convención sobre los derechos del niño. Derecho a ser oído. Niños, niñas y adolescentes.

21. Juzg. en lo Cont., Adm. y Trib. N° 15 de la CABA. “GNB”. 25/2/2015.....	Página 86
---	-----------

Voces: LGBTIQ. Subsidio. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Reglas de Brasilia. Prueba. Vulnerabilidad. Actos discriminatorios.

22. Juzg. de Fam. y Min. N° 1 de Tierra del Fuego. “MDC y BD”. 19/2/2015.....	Página 90
---	-----------

Voces: LGBTIQ. Familia. Adopción. Interés superior del niño. Matrimonio igualitario.

23. Juzg. Cont., Adm. y Trib. N° 17 de la CABA. “BFM”. 18/12/2014.....	Página 91
--	-----------

Voces: LGBTIQ. Competencia. Acción de amparo. Nacimiento. Inscripción registral. Gestación por sustitución.

24. Juzg. Civ., Com. y Fam. N° 2 de Rio Cuarto. “OMB”. 18/12/2014.....	Página 92
--	-----------

Voces: LGBTIQ. Familia. Adopción. Identidad de género.

25. Tribunal en lo Criminal N° 4, La Plata. “NVA”. 18/6/2014.....	Página 93
---	-----------

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. TRHA. Acción de amparo. Matrimonio igualitario. Derecho a la salud. Obra social.

26. Juzgado Correccional N° 4, Mar del Plata. “PRL”. 10/4/2008.....	Página 96
---	-----------

Voces: LGBTIQ. Derecho a la identidad. Igualdad. No discriminación. Acción de amparo. Consentimiento informado. Nombre. Identidad de género.

Capítulo III - Jurisprudencia Americana

1. Corte Suprema de Chile, Sala 4. “Gonzalez Pino, Alejandra”. 19/12/2017.....	Página 99
--	-----------

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Actos discriminatorios. Derecho al honor.

2. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. “Obergefell”. 26/6/2015.....	Página 101
--	------------

Voces: LGBTIQ. Matrimonio. Igualdad. No discriminación. Orientación sexual.

3. Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia T-063/15”. 13/2/ 2015.....	Página 103
--	------------

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Nombre. Vulnerabilidad.

4. Supremo Tribunal Federal de Brasil. “N° 4277”. 5/5/2011.....Página 106

Voces: LGBTIQ. Familia. Matrimonio igualitario. Igualdad. No discriminación. Trabajo.

5. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. “Amparo directo 6/2008”. 6/1/2009.....Página 108

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Orientación sexual. Registro civil. Nombre.

Capítulo I

Jurisprudencia Internacional

1. Comité de Derechos Humanos. “Toonen v. Australia”. Comunicación N° 488/1992. 4/4/1994.

Voces: LGBTIQ. Código Penal. Derecho a la privacidad. Igualdad. No discriminación. Salud pública. HIV. Principio de proporcionalidad.

- Hechos

Nicholas Toonen –ciudadano del Estado de Tasmania, Australia, y miembro destacado del Grupo de Reforma de leyes relativas a las personas homosexuales– impugnó dos disposiciones del Código Penal de Tasmania que criminalizaban diversas formas de contacto sexual entre hombres, aún cuando hubiesen tenido lugar de forma consentida y en privado. Dicha normativa facultaba a la policía a investigar aspectos íntimos de la vida privada de las personas y detenerlas si contaban con motivos para creer que participaron en actividades sexuales ilícitas. Por todo esto, Toonen denunció que Australia había violado, en su perjuicio, el párrafo 1 del artículo 2 y de los artículos 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Decisión y argumentos

El Comité de Derechos Humanos opinó que los hechos examinados constituían violaciones del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 2 y requirió la revocación de la ley lesiva. Por otro lado, no consideró necesario examinar si se infringió el artículo 26 del Pacto.

“En lo que atañe al artículo 17 [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de ‘vida privada’ y que en la actualidad el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania representan una ‘injerencia’ en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. En ese contexto, el Comité señala que la política del ministerio público de no entablar acciones penales en relación con una conducta homosexual privada no constituyen una garantía de que en el futuro no se iniciarán acciones contra homosexuales, especialmente si se tienen en cuenta las declaraciones no desmentidas del director del Ministerio Público de Tasmania formuladas en 1988 y las de los miembros del Parlamento de Tasmania. En consecuencia, el mantenimiento de las disposiciones impugnadas representa una ‘injerencia’ continua y directa en la vida privada del autor” (Cfr. párr. 8.2).

“Por lo que se refiere al argumento de las autoridades de Tasmania referente a la salud pública, el Comité señala que la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA. El Gobierno de Australia señala que las leyes que penalizan las actividades homosexuales tienden a impedir la ejecución de los programas de salud pública, empujando a la clandestinidad a muchas de las personas que corren el riesgo de infectarse. Así pues, la penalización de las prácticas homosexuales iría en contra de la ejecución de programas de educación eficaces en materia de prevención de la infección por el VIH y del SIDA. En segundo lugar, el Comité señala que no se ha observado relación entre el mantenimiento de la penalización de las actividades homosexuales y el control eficaz de la difusión del VIH/SIDA” (Cfr. párr. 8.5).

“El Comité no puede aceptar que, a los fines del artículo 17 del Pacto, las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada. El Comité señala asimismo que, salvo en Tasmania, todas las leyes que penalizaban la homosexualidad se han derogado en toda Australia y que, incluso en Tasmania, es evidente que no hay consenso en cuanto si también convendría derogar los artículos 122 y 123. Considerando además que actualmente esas disposiciones no se aplican, lo que implica que no se las considera fundamentales para proteger la moral en Tasmania, el Comité concluye que las disposiciones no superan la prueba de lo que resulta ‘razonable’ en las circunstancias particulares del caso, y constituyen una injerencia arbitraria en el derecho que confiere al Sr. Toonen el párrafo 1 del artículo 17” (Cfr. párr. 8.6).

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “OC- 24/17”. Serie A, N° 24. 24/11/2017.

Presentación de la defensa

Voces: LGBTIQ. Género. Igualdad. No discriminación. Actos discriminatorios. Familia. Matrimonio igualitario. Niños, niñas y adolescentes. Nombre. Derecho a la identidad. Identidad de género. Orientación sexual.

• Hechos

El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica presentó una solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2 (Protección de la honra y de la dignidad), 18 (Derecho al nombre) y 24 (Igualdad ante la ley) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 (Obligación de respetar los derechos) del mismo instrumento.

Costa Rica presentó a la Corte las siguientes preguntas específicas:

1. Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por la CADH, ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?;
2. ¿Se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?;
3. ¿Podría entenderse que el Código Civil de Costa Rica debe ser interpretado en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?;
4. Considerando que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por la CADH ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?; y
5. ¿Es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esa relación?

• Decisión y argumentos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva 24/17 en relación con la interpretación y el alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su jurisprudencia respecto de la protección de los derechos de identidad de género e igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo.

1. El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI

El tribunal expresó que “[l]as formas de discriminación en contra de las personas LGBTI se manifiestan en numerosos aspectos en el ámbito público y privado [...]. [U]na de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGBTI es la que se materializa en situaciones de violencia” (párr. 36).

“[L]as personas LGBTI también sufren de discriminación oficial, en ‘la forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial, en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud’ [...]. [E]ste tipo de normas repercuten negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios, y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas de las personas LGBTI e intersexuales. Además, en las jurisdicciones en las que se penaliza su comportamiento sexual, es mucho más probable que se supriman medidas preventivas que debieran ser ajustadas específicamente a estas comunidades. De la misma manera, el temor de ser juzgados y castigados puede disuadir a quienes practican” (párr. 39).

“En el ámbito privado, estas personas típicamente sufren de discriminación en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios que permean en el ámbito laboral, comunitario, educativo y en las instituciones de salud” (párr. 40).

“La discriminación que sufren las personas LGBTI resulta también altamente lesiva del derecho a la integridad psíquica de estas personas (artículo 5.1 de la Convención), en razón de las particularidades de la discriminación por orientación sexual, que en buen número de casos se le revela a la persona en una etapa psicológicamente evolutiva difícil como es la pubertad, cuando ya ésta ha internalizado los desvalores prejuiciosos incluso dentro del núcleo familiar [...]. La contradicción valorativa en que se sumerge el adolescente es particularmente lesiva de su integridad psíquica en el momento de evolución de su personalidad que hace a su identidad y proyecto de vida, lo que en ocasiones determina no sólo conductas autolesivas sino incluso es causa de suicidios adolescentes” (párr. 48).

“La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona [...]. [S]e podría definir la discriminación como ‘toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas’...” (párrs. 61 y 62).

“Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias” (párr. 65).

“[N]o toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad” (párr. 66).

“[T]eniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 71 a 76), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género [...]. En consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o autopercibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no” (párrs. 78 y 79).

“[L]os criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato [...]. [C]uando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma” (párr. 81).

“[L]a falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido...” (párr. 83).

“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, identidad de género o expresión de género. Lo anterior violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención” (párr. 84).

2. El derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre

“[L]a Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad” (párr. 85).

“[U]n aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (párr. 88).

“Respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso...” (párr. 90).

“[S]e puede entender que este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual” (párr. 91).

“[E]l derecho a la identidad y, por tanto, el derecho a la identidad sexual y de género, tiene entre sus implicaciones y alcances más relevantes, el de constituirse como un derecho con carácter autónomo que alimenta su contenido tanto de las normas del derecho internacional, como de aquellas que se deriven de los rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento interno de los Estados, concurriendo así a conformar la especificidad de la persona, con los derechos que lo hacen único, singular e identificable” (párr. 92).

“[C]orresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento...” (párr. 94).

“[E]l sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida...” (párr. 95).

“[La] Corte entiende que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero” (párr. 98).

“[E]l Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas...” (párr. 100).

“La falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace a la persona vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares. Asimismo, su falta de reconocimiento supone desconocer la posibilidad de ser titular de derechos, lo cual conlleva la imposibilidad efectiva de ejercitar de forma personal y directa los derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial” (párr. 103).

“[L]a fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad [...]. Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca. Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad auto-percibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y que si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su identidad. En tal circunstancia también se ve menoscabado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la identidad de género” (párr. 111).

“El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines” (párr. 116).

“El Tribunal entiende que es una obligación del Estado asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género autopercibida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos” (párr. 124).

“La regulación y la implementación de esos procesos deben estar basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante. Lo anterior resulta consistente con el hecho de que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género encuentran su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, así como en el derecho a la dignidad y a la vida privada del solicitante...” (párr. 127).

“[E]n lo que respecta a los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos, la Corte entiende que además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. Es así como ese tipo de requisitos o certificados médicos contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino” (párr. 130).

“[L]as consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada. En igual sentido, resulta pertinente recordar que el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que ‘todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente’” (párr. 154).

“Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona” (párr. 160).

3. La protección internacional de los vínculos de las parejas del mismo sexo

“[E]sta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia [...]. [Además] estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención” (párr. 191).

“[S]ería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual [...]. El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada” (párr. 192).

“[E]l alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales” (párr. 198).

“La Corte advierte que para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad generandi o de interés en procrear. Por otro lado, el significado de la palabra ‘matrimonio’ al igual que la de ‘familia’ ha variado conforme al paso de los tiempos...” (párrs. 221 y 222).

“[C]rear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados ‘normales’ en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados ‘anormales’ según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana” (párr. 224).

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas”. 7/9/2017.

Voces: LGBTIQ. Derechos humanos. No discriminación. Acceso a la justicia. Género. Niños, niñas y adolescentes. Pueblos indígenas. Afrodescendientes. Migrantes. Personas privadas de la libertad. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Salario. Orientación sexual. Actos discriminatorios.

- Hechos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó un informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas y aludió al impacto diferenciado que la pobreza tiene en distintos grupos vulnerables.

- Decisión y argumentos

“Existe un fuerte vínculo entre pobreza, exclusión y violencia por prejuicio” (párrafo 441).

“La Comisión ha sido informada por organizaciones de la sociedad civil que las personas LGBT, especialmente las personas trans y las personas trans de grupos raciales minoritarios, se encuentran inmersas en un ciclo de exclusión y pobreza que las hace más vulnerables a la violencia. Al respecto la CIDH destaca que son múltiples los factores de discriminación y exclusión que afectan a las personas LGBT, los cuales además se encuentran estrechamente vinculados con las altas tasas de pobreza que enfrentan” (párrafo 443).

“La discriminación que afecta a las personas LGBT en las sociedades de la región las inserta en un ciclo de exclusión que tiende a culminar en la pobreza por falta de acceso a servicios, oportunidades y prestaciones sociales que en algunos casos inicia desde la temprana edad. Frente a esto la CIDH ha declarado que la discriminación y violencia contra niñas, niños y jóvenes con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas empieza en el hogar y en las escuelas, donde la familia, los miembros de la comunidad, profesores/as y directivos/as de las escuelas desaprueban su orientación sexual y/o identidad de género. Las personas LGBT son expulsadas de sus familias y escuelas, y en algunos casos ni siquiera pueden obtener trabajos que pagan el salario mínimo” (párrafo 444).

“Como resultado, las personas LGBT a menudo enfrentan pobreza, exclusión social, y altas tasas de falta de vivienda. Esto les empuja hacia la economía informal o a la actividad criminal. Algunas personas LGBT en estas situaciones participan en trabajo sexual, o en sexo para sobrevivir, que es el intercambio de sexo por dinero, comida, refugio y otros bienes materiales necesarios para la supervivencia. Como resultado, las personas LGBT que viven en la pobreza son vulnerables al acoso y a la estigmatización policial, y consecuentemente a tasas mayores de criminalización⁵⁶³ y encarcelamiento” (párrafo 445).

“De acuerdo con información presentada por organizaciones de la sociedad civil a la CIDH, en la región las personas trans enfrentan altas tasas de exclusión de las oportunidades de generación de ingresos y programas de bienestar social que frecuentemente las relega al desempleo y hace que estas recurran al trabajo sexual⁵⁶⁶, enfrentan ‘un falta crónica de acceso a los servicios educativos y de salud, oportunidades laborales y vivienda adecuada’, por lo que sufren de empobrecimiento severo la mayor parte de sus vidas” (párrafo 447).

“[D]ebe destacarse que esta situación se ve agravada cuando la discriminación por identidad de género se combina con otros factores de riesgo como la raza y la etnia” (párrafo 448).

“[L]a exclusión dificulta el acceso al sistema de salud y a transformaciones corporales de calidad y medicamento supervisadas, necesarias para algunas personas trans en el proceso de construcción de sus identidades, generando complicaciones de salud e incluso la muerte. Es así que el ciclo de pobreza y exclusión en el cual están inmersas las mujeres trans las hace más vulnerables a las muertes tempranas y prevenibles, y a la violencia de parte de agentes estatales y no estatales” (párrafo 449).

“[L]a CIDH observa con preocupación que las personas LGBT experimentan discriminación y violencia en los albergues y hogares comunitarios de cuidado para habitantes de calle” (párrafo 454).

“La CIDH toma nota de las desigualdades estructurales que enfrentan las personas LGBTI cuando acceden y/o tratan de acceder a servicios médicos de salud” (párrafo 455).

“Los Estados tienen la obligación de garantizar que sus políticas de educación estén especialmente diseñadas para modificar patrones sociales y culturales de conducta, contrarrestar prejuicios y costumbres, y para erradicar prácticas basadas en estereotipos de personas LGBTI que pueden legitimar o exacerbar la violencia por prejuicio” (párrafo 458).

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Flor Freire v. Ecuador”. Serie C, N° 315. 31/8/ 2016.

Voces: LGBTIQ. Leyes militares. Igualdad. No discriminación. Derecho al honor. Orientación sexual. Principio de dignidad humana. Actos discriminatorios.

- Hechos

En noviembre de 2000, el teniente Homero Flor Freire fue dado de baja del ejército por mala conducta profesional después de que se iniciara un procedimiento disciplinario en su contra. Se le atribuía haber mantenido relaciones sexuales con un soldado de otro rango dentro del recinto militar. Esto, dado que el Reglamento de Disciplina Militar ecuatoriano sancionaba con la separación del servicio los actos sexuales entre personas del mismo sexo.

- Decisión y argumentos

La Corte Interamericana declaró a Ecuador responsable por la violación del derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación (art. 24), derecho a la honra y a la dignidad (art. 11) y a la garantía de imparcialidad (art. 8).

Para llegar a tal conclusión, la Corte recordó que “...las obligaciones consagradas en la Convención Americana, tal como la prohibición de discriminación, deben ser respetadas por los Estados Parte desde el momento en que ratifican dicho tratado. Las obligaciones de derechos humanos derivadas de la prohibición de discriminación y el principio de igualdad ante la ley son de cumplimiento inmediato. En particular sobre la orientación sexual, esta Corte ha señalado que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países al momento de los hechos sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. Además, la Corte resalta que contemporáneo a los hechos en el presente caso, esta forma de discriminación estaba prohibida constitucionalmente a nivel interno. Por tanto, no hay duda que, para el momento en que sucedieron los hechos del presente caso, el Estado estaba obligado a no discriminar con base en la orientación sexual de las personas” (párr. 124).

Igualmente, consideró que “...las diferencias en la regulación disciplinaria evidencian una distinción relacionada con la orientación sexual, categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención. Sin embargo, Ecuador no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad. Este Tribunal destaca que, con el propósito de preservar la disciplina militar, podría resultar razonable y admisible la imposición de restricciones a las relaciones sexuales al interior de las instalaciones militares o durante el servicio. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales homosexuales, genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Asimismo, resalta que la diferencia de regulación existente en el presente caso frente a los actos homosexuales tenía como efecto excluir la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas...” (párrs. 126-127).

En relación con el derecho a la honra y la dignidad, la CorteIDH manifestó que “...se trata de un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad. [...] Por otra parte, la reputación puede resultar lesionada como consecuencia de informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo”. Así, el tribunal concluyó: “...como consecuencia del proceso disciplinario desarrollado en su contra, el señor Flor Freire vio afectado su derecho a la honra, pues debido al contexto social en el cual se desenvolvía y a las circunstancias específicas que dieron lugar a su baja de la Fuerza Terrestre resultó lesionada su estima y valía propia. Igualmente resultó afectada su reputación debido a que le fue impuesta una sanción disciplinaria que tenía como fundamento una normativa discriminatoria en razón de la orientación sexual, lo que acarreó una distorsión en el concepto público que sobre él se tenía” (párrs. 156-157).

Con respecto al artículo 8.1 de la Convención, expresó que “...la entrega de funciones, de responsabilidades y de su cargo no constituyeron una sanción disciplinaria, ni tampoco fueron la razón por la cual el señor Flor Freire fue separado de las fuerzas armadas ecuatorianas [...]. No obstante, este Tribunal resalta que dicha separación de las funciones habituales de la presunta víctima fue adoptada por el Comandante de la Cuarta Zona Militar en su carácter de superior jerárquico del señor Flor Freire, en respuesta a los hechos ocurridos el 19 de noviembre de 2000. Por tanto, si bien dichas actuaciones no formaban parte del procedimiento disciplinario sí constituyeron un prejuzgamiento de estos hechos por parte del Comandante de la Cuarta Zona Militar” (párr. 175). Por ende, determinó que “...en la medida en que dicho superior jerárquico posteriormente actuó como Juez de Derecho en el procedimiento disciplinario, estas actuaciones previas resultan relevantes a efectos de evaluar la imparcialidad del Comandante de la Cuarta Zona Militar para determinar la responsabilidad disciplinaria del señor Flor Freire en el proceso de información sumaria” (párr. 176).

Por último, el tribunal tuvo en cuenta “...que no resulta contrario a la Convención el simple hecho que el superior jerárquico del señor Flor Freire fuera quien ejercía la potestad disciplinaria sobre él. En ciertos supuestos y particularmente en el ámbito militar resulta lógico y razonable. El problema no es el diseño normativo por el cual el superior jerárquico del señor Flor Freire era a quien correspondía establecer su responsabilidad disciplinaria. Tampoco resulta contrario a la Convención que, en el marco de un procedimiento disciplinario, se suspenda al funcionario de sus funciones de manera cautelar con base en la normativa aplicable, hasta tanto se adopte una decisión. El problema es que, en el caso concreto del señor Flor Freire, dicho superior jerárquico actuó y adoptó decisiones previamente, en ejercicio de su facultad de mando, por fuera del procedimiento disciplinario, respecto de hechos que posteriormente le correspondería juzgar en el marco del mismo. Por tanto, no es posible afirmar que su aproximación a los hechos, en su carácter de juez disciplinario, era ajeno a toda idea preconcebida respecto de lo ocurrido, de manera tal que pudiera formarse una opinión de lo sucedido sobre la base de lo actuado y las pruebas recabadas en el procedimiento” (párr. 180).

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Duque v. Colombia”. Serie C, N° 322. 26/2/2016.

Voces: LGBTIQ. Vulnerabilidad. Orientación sexual. Igualdad. No discriminación. Familia. Seguridad social. Pensión.

- Hechos

Duque –peticionario ante la CorteIDH– y JOJG convivieron hasta el año 2001, fecha en la que éste último falleció. Frente a esto, el petionario solicitó a la compañía administradora de fondos de pensiones y cesantías que le indicara qué requisitos debía cumplir para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero. La compañía respondió que, de conformidad con la ley aplicable, no ostentaba la calidad de beneficiario para acceder a la pensión. En 2002, Duque interpuso una acción de tutela para que se le pagara la pensión. El Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la petición. La decisión fue confirmada en segunda instancia. Posteriormente, el expediente de tutela fue radicado en la Corte Constitucional pero no fue seleccionado para su estudio y revisión. En consecuencia, se presentó la denuncia en el sistema interamericano de derechos humanos.

- Decisión y argumentos

La Corte Interamericana declaró a Colombia responsable por la violación del derecho a la igualdad ante la ley por considerar que no se le permitió al petionario acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia.

La Corte constató que “...la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión” (párr. 103).

Por otra parte, la CorteIDH reconoció que actualmente la Corte Constitucional de Colombia permite a las parejas del mismo sexo acceder a las pensiones de sobrevivencia. Sin embargo, señaló que aún subsisten controversias con respecto a los requisitos para acreditar la calidad de compañero permanente y los efectos retroactivos del cambio normativo (párr. 130).

La Corte recordó que “...la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación” (párr. 91).

En este sentido, el tribunal destacó que “...cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación” (párr. 93).

La Corte Interamericana reiteró el estándar establecido en el caso “[Atala Riffo y niñas v. Chile](#)”, sobre la orientación sexual y la identidad de género de las personas, que son categorías protegidas por la Convención y recordó que “...está proscrita [...] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (párr. 104).

La Corte concluyó que “...el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. [L]a existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta del COLFONDOS a su gestión al respecto y por la sentencia de tutela del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá (supra párr. 79)” (párr. 124).

6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Violencia contra las personas LGBTI”. 12/11/2015.

Voces: LGBTIQ. Vulnerabilidad. Igualdad. No discriminación. Actos discriminatorios. Violencia. Vulnerabilidad.

- Hechos

Informe Regional elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la violencia perpetrada contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) o percibidas como tales, o personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas, o cuyos cuerpos difieren del estándar socialmente aceptado de los cuerpos masculinos y femeninos.

- Decisión y argumentos

El presente informe focaliza, esencialmente, en la violencia contra las personas LGBTI como un fenómeno social, complejo y multifacético, y no sólo como un hecho aislado o acto individual. Analiza las diferentes formas de violencia contra cada uno de estos grupos poblacionales. Según el Registro de Violencia contra personas LGBT que la CIDH llevó adelante por un período de 15 meses entre 2013 y 2014, los hombres gay y las mujeres trans constituyeron la mayoría de las víctimas de asesinatos y de actos de abuso policial. Las mujeres lesbianas y bisexuales son afectadas particularmente por violencia intrafamiliar y violencia sexual.

Por su parte, las mujeres trans son el grupo más afectado por la violencia policial, sobretudo en el contexto del trabajo sexual. En su gran mayoría se encuentran insertas en un ciclo de violencia, discriminación y criminalización que suele comenzar desde muy temprana edad, por la exclusión y violencia sufrida en sus hogares, centros educativos y comunidades, que se refuerza por la falta de reconocimiento legal de su identidad de género en la mayoría de los países de la región. La violencia que enfrentan las personas intersex es diferente. Niñas y niños intersex son frecuentemente sometidos a operaciones e intervenciones quirúrgicas que, en su mayoría, no son médicamente necesarias, con el único objetivo de modificar sus genitales para que se parezcan más a los de un niño o una niña. Estas cirugías, de naturaleza irreversible, se suelen realizar sin su consentimiento, a bebés recién nacidos o niños y niñas de muy corta edad, y pueden causar un enorme daño a las personas intersex, tales como dolor crónico, falta de sensibilidad genital, esterilización, capacidad reducida o nula para sentir placer sexual, y trauma. Igualmente, analiza también la situación de violencia que enfrentan las personas dada la intersección con otros factores, tales como etnia, raza, sexo, género, situación migratoria, condición de defensor o defensora de derechos humanos, y pobreza. Estos grupos pueden sufrir un ciclo continuo de violencia y discriminación causado por la impunidad y la falta de acceso a la justicia.

El informe afirma que existen varios obstáculos para el acceso a la justicia para personas LGBTI y sus familiares, que incluyen, entre otros, miedo a denunciar, subregistro del problema, abordaje inadecuado por parte de agentes estatales y falencias en las investigaciones. La ineffectividad por parte de los Estados de aplicar la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los asesinatos y otros crímenes violentos contra las personas LGBTI guarda estrecha relación con los prejuicios y estereotipos que los agentes del Estado tienen sobre las víctimas.

Cuando los Estados no realizan investigaciones exhaustivas e imparciales respecto de la violencia contra las personas LGBTI, como ocurre en la mayoría de los casos, se genera una impunidad frente a estos delitos que envía un fuerte mensaje social de que la violencia es condonada y tolerada, lo que genera aún más violencia y conduce a las víctimas a desconfiar en el sistema de justicia.

La CIDH destaca, asimismo, “...que la orientación sexual y la identidad de género no están expresamente incluidas en la Convención de Belém do Pará. No obstante, [...] considera que la Convención de Belém do Pará es un ‘instrumento vivo’. En consistencia, la Comisión considera que cuando el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará se refiere a la obligación del Estado de tener especialmente en cuenta factores de vulnerabilidad mencionando algunos ejemplos ‘entre otros’, estos otros factores necesariamente incluyen la orientación sexual y la identidad de género”.

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Atala Riffo y niñas v. Chile”. Serie C, N° 254. 24/2/2012.

Voces: LGBTIQ. Vulnerabilidad. Orientación sexual. Igualdad. No discriminación. Familia.

- Hechos

En este caso, el ex marido de Atala Riffo había iniciado acciones en la Justicia de Familia chilena con la finalidad de obtener la tenencia de sus hijas. Esto, debido a que la nombrada se había declarado abiertamente lesbiana y vivía en pareja con una persona del mismo sexo. El Tribunal de Primera Instancia le otorgó la tutela a la madre. La decisión fue apelada por el accionante. Finalmente, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile hizo lugar al recurso de queja y concedió al recurrente la tutela de las niñas con fundamento en la protección de su interés superior, por considerar que era incompatible con la orientación sexual de su madre. Por otra parte, en el presente caso tuvo lugar una investigación disciplinaria ordenada por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco en contra de Atala Riffo –quien se desempeñaba como jueza– con el fin de indagar acerca de las publicaciones en las que hacía referencia a su orientación sexual y la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas en el proceso de tenencia.

- Decisión y argumentos

En febrero de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado chileno por la violación de los derechos de la Sra. Atala Riffo y de sus hijas. Entre otros preceptos de la CADH, la CorteIDH aludió a la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, a la vida privada, a ser oído y la garantía de imparcialidad.

Para así decidir, la Corte sostuvo que “...al interpretar la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano” (párrafo 84) y que “[l]os criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo” (párr. 85).

Por otro lado, la Corte Interamericana estableció que “...la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (párr. 91).

En virtud de ello, sostuvo que “[u]n 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. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención” (párr. 93).

En este sentido, la Corte consideró necesario recalcar que “...el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas” (párr. 133).

Con respecto al interés superior del niño, el tribunal explicó que “[e]l objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso [...] este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’” (párr. 108).

Asimismo, la Corte agregó: “...la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (párr. 109). La Corte Interamericana consideró, además, que “[u]na determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños” (párr. 111).

En esta línea, el tribunal afirmó que “...para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición” (párrafo 119) y que “...el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos” (párr. 120).

La Corte, sostuvo, asimismo, que “...dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia” (párr. 139) y que “...exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad” (párr. 140).

En definitiva, la CorteIDH resaltó que “...las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre” (párr. 151) y que “...la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de ‘idoneidad, necesidad y proporcionalidad’” (párr. 165).

8. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Aldeguer v. España”. Aplicación N° 35214/09. 14/6/2016.

Voces: LGBTIQ. Familia. Matrimonio igualitario. Orientación sexual. Derecho a la vida privada y familiar. Igualdad. No discriminación. Seguridad social. Pensión por fallecimiento.

- Hechos

Un ciudadano español requirió una pensión de viudedad después de la muerte de su compañero. Ambos habían tenido una relación marital de hecho. La solicitud fue rechazada debido a que no estaban casados y, en consecuencia, no se podía considerar la existencia de un “cónyuge superviviente” en los términos del artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social. La legislación española les había impedido casarse mientras vivieron juntos. Sin embargo, tres años después de la muerte del compañero de Aldeguer, la legislación española posibilitó el matrimonio entre personas del mismo sexo (ley N° 13/2005). Dicha normativa suprimió la distinción que existía hasta ese momento en torno al derecho a casarse de las parejas homosexuales y las heterosexuales. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no reconoció el carácter retroactivo de la ley N° 13/2005 con relación al derecho a obtener una pensión de viudedad. Eso, a diferencia de lo que había acontecido con la aplicación de ley N° 30/1981 –que aludía a la situación de las parejas de hecho heterosexuales– que contenía una cláusula de retroactividad.

- Decisión y argumentos

El TEDH resolvió que España no había vulnerado el artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH y el artículo 1 del Protocolo 1.

Para llegar a esa conclusión, el TEDH señaló que “...el artículo 8 del Convenio no garantiza, como tal, el derecho a beneficiarse de un régimen de seguridad social concreto o un derecho de concesión de la pensión de viudedad [...]. Sin perjuicio de ello, el Tribunal reitera que el derecho a la vida familiar contemplado en el artículo 8 del Convenio no incluye únicamente dimensiones de una naturaleza social, moral o cultural, sino que también abarca intereses materiales...” (cfr. párr. 72).

Además, según el TEDH, “[l]a orientación sexual es un concepto incluido en el artículo 14 [referido a la prohibición de discriminación]. El Tribunal ha manifestado de forma repetida que, igual que las diferencias basadas en el género, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren ‘razones particularmente convincentes y onerosas’ para justificarlas [...]. Cuando la diferencia de trato se basa en el género o en la orientación sexual, el margen de discrecionalidad del Estado es limitado [...]. Por ello, las diferencias basadas únicamente en consideraciones sobre la orientación sexual son inaceptables con arreglo al Convenio...” (cfr. párr. 81).

El tribunal consideró que “...la diferencia de contexto y de la naturaleza de la imposibilidad legal de casarse, hace que la situación del peticionario difiera de la que afectaba a las parejas heterosexuales. Esto varía por el hecho de que el legislador interno reconociese el derecho a una pensión de viudedad a parejas homosexuales tras la muerte de la pareja del peticionario al aprobar, en 2005, el matrimonio entre personas del mismo sexo y en 2007 se consagrara el derecho a una pensión de viudedad a uniones de hecho estables, heterosexuales y homosexuales, bajo ciertas condiciones” (cfr. párr. 86-88).

En este sentido, el Tribunal Europeo explicó que las reformas legislativas que tuvieron lugar en España, “...no pueden ser consideradas como el reconocimiento por parte de las autoridades internas de que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual o su exclusión de algunos derechos y beneficios disponibles para parejas casadas, era en el momento pertinente incompatible con el Convenio...” (cfr. párr. 89).

Finalmente, el TEDH concluyó que “...el Convenio no obliga a los Estados contratantes a otorgar el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales. [E]l legislador no puede ser censurado, con arreglo a los términos del Convenio, por no haber aprobado la legislación de 2005 o de 2007 en una fecha anterior...” (cfr. párr. 90). Además, insistió en que “...el peticionario no se encuentra en una situación análoga a la de un miembro superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver casarse por impedimento legal antes de 1981...” (cfr. párr. 91).

9. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “AP, Garçon y Nicot v. Francia”. Aplicación N° 79.885/23, 54.471/13 y 52.596/13. 16/4/2016.

Voces: LGBTIQ. Partida de nacimiento. Nombre. Derecho a la identidad. Igualdad. No discriminación.

• Hechos

Tres personas transexuales solicitaron al Estado francés cambios en su certificado de nacimiento con el fin de que se correspondiera con su identidad sexual. En ese entonces, se requería para alterar la indicación del sexo que el interesado tuviera un “desorden de identidad”, que se hubiese sometido a una cirugía o tratamiento médico, que no tuviese todas las características físicas del sexo asignado al nacer, que hubiese adoptado la apariencia física del sexo auto percibido, y la demostración de un comportamiento social correspondiente a ese sexo. Estas exigencias, por lo general, implicaban que los interesados se sometieran a tratamientos o cirugías para obtener cambios irreversibles en su cuerpo, los que normalmente resultaban en su esterilización. El Estado rechazó las tres peticiones por motivos vinculados con el incumplimiento de esos requisitos.

• Decisión y argumentos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que Francia había violado el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los casos de dos de las peticionarias en lo que respecta al requerimiento de demostrar cambios irreversibles en la apariencia. Por otro lado, entendió que no se había violado el Convenio en relación con la tercera peticionaria por no acreditar la existencia de un trastorno de identidad de género y requerirle un examen médico.

Requerimiento de demostrar un cambio irreversible en la apariencia

“Elementos tales como identidad de género o identidad, nombre, orientación sexual y vida sexual entran en la esfera personal protegida por el artículo 8 del Convenio” (cfr. párr. 92).

“El Tribunal ha enfatizado que el concepto de autonomía personal es un principio importante que subyace la interpretación de las garantías del artículo 8 de la Convención (ver *Pretty v. Reino Unido*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Esto ha llevado a reconocer, en el contexto de la aplicación de esa provisión a personas transgénero, que incluye el derecho a la autodeterminación [...], en el cual la libertad de definir la identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos [...]. También ha dicho que el derecho al desarrollo personal y a la seguridad física y moral de las personas transgénero son garantizados por el artículo 8...” (cfr. párr. 93).

“Los Estados gozan de cierto margen de apreciación en la implementación de sus obligaciones positivas bajo el artículo 8. Al determinar la amplitud de ese margen, deben ser tomadas en consideración una serie de factores. Así, el margen será más amplio donde no haya consenso entre los Estados miembro del Consejo Europeo acerca de la importancia relativa del interés en juego, o sobre el mejor modo de protegerlo, en particular en aquellos casos en los que se planteen cuestiones éticas o morales sensibles. Usualmente, también habrá un margen amplio si se requiere que el Estado encuentre un equilibrio entre intereses públicos y privados o derechos reconocidos en la Convención. Sin perjuicio de ello, cuando se dispute una faceta de la existencia o identidad de un individuo particularmente importante, el margen concedido al Estado será restringido...” (cfr. párr. 121).

“Sin embargo, el Tribunal también destaca que un aspecto esencial a la identidad íntima de un individuo, por no decir de su existencia, es central en la presente demanda. Ello así, primero, porque la cuestión de esterilización se vincula directamente con la integridad física de un individuo y, segundo, porque las demandas se refieren a la identidad de género de los individuos” (cfr. párr. 123).

“Además, el Tribunal nota que la condición en cuestión no forma parte de la ley positiva de once Estados parte, incluida Francia, entre los años 2009 y 2016, y que reformas similares se encuentran siendo discutidas en otros Estados parte [...]. Esto demuestra que en los últimos años ha emergido una tendencia a abolir esta condición, acarreada por los desarrollos en el entendimiento de las cuestiones relativas a las personas transgénero” (cfr. párr. 124).

“[E]l Tribunal ha sostenido que, en el ámbito de la asistencia médica, incluso cuando la negativa del particular a recibir un tratamiento particular pueda derivar en un resultado fatal, la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente competente importaría una interferencia en su derecho a la integridad física...” (cfr. párr. 129).

“Por lo tanto, condicionar el reconocimiento de la identidad de género de una persona transexual a una cirugía o tratamiento de esterilización – o cirugía o tratamiento que muy probablemente resulten en esterilización – al que no desean someterse, equivale a condicionar el ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada en virtud del artículo 8 de la Convención, a que renuncien al ejercicio pleno de su derecho al respeto de su integridad física, tal como está protegido por esa disposición y por el artículo 3 de la Convención” (cfr. párr. 131).

“Asimismo, el Tribunal destaca que el 12 de octubre de 2016, la legislatura francesa expresamente excluyó la esterilización de los requisitos que deben cumplir a las personas transexuales que buscan reconocimiento de su identidad” (cfr. párr. 134).

Requerimiento de probar la existencia de un desorden de identidad de género

“[E]l Tribunal acepta que este requisito está destinado a salvaguardar los intereses de las personas afectadas, ya que está diseñado en todo caso para garantizar que no se embarquen de forma no deliberada en el proceso de cambiar legalmente su identidad” (cfr. párr. 141).

10. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Oliari y otros v. Italia”. Aplicación N° 18766/11 y 36030/11. 21/7/2015.

Voces: LGBTIQ. Familia. Matrimonio Igualitario. Orientación sexual. Igualdad. No discriminación.

- Hechos

Tres parejas conformadas por personas del mismo sexo plantearon ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la legislación italiana no les otorga la posibilidad de casarse o efectuar otro tipo de unión civil y que, como consecuencia de eso, eran objeto de discriminación.

- Decisión y argumentos

El TEDH resolvió, por unanimidad, que Italia violó el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para decidir de este modo, el tribunal consideró que "[e]l estado actual de los demandantes en el marco jurídico nacional sólo puede ser considerado como una unión 'de facto', que puede ser regulada por ciertos acuerdos contractuales privados de alcance limitado. En cuanto a los acuerdos de cohabitación mencionados, el Tribunal advierte que, si bien aseguran algunas disposiciones domésticas en relación a la convivencia [...] tales acuerdos privados fallan en asegurar algunas necesidades básicas que son fundamentales para la regulación de una relación de pareja [...] tales como, entre otras cosas, los derechos mutuos y obligaciones que tiene una persona hacia la otra, incluyendo el apoyo moral y material, obligaciones alimentarias y derechos de herencia" (cfr. párr. 169).

Asimismo, el TEDH destacó "...la necesidad de hacer referencia en varias ocasiones a los tribunales locales para exigir igualdad de trato, con respecto a cada uno, de la pluralidad de aspectos que se refieren a los derechos y deberes entre una pareja, especialmente en un sobrecargado sistema judicial como el de Italia, ya que equivale a un obstáculo no despreciable a los esfuerzos de los demandantes para obtener el respeto de su vida privada y familiar" (cfr. párr. 171).

El tribunal remarcó que "...existe un conflicto entre la realidad social de los solicitantes, quienes en su mayoría viven su relación abiertamente en Italia, y la ley, que no les ofrece ningún reconocimiento oficial en el territorio. En opinión del Tribunal, la obligación de asegurar el reconocimiento y la protección de las uniones del mismo sexo, y por lo tanto que la ley refleje la realidad de las situaciones de los demandantes, no supondría ninguna carga particular sobre el Estado italiano ya sea legislativa, administrativa o de otro tipo. Por otra parte, dicha legislación serviría a una importante necesidad social" (cfr. párr. 173).

11. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Vallianatos et Alli v. Grecia”. Aplicación N° 23.381/09 y 32.648/09. 7 de noviembre de 2013.

Voces: LGBTIQ. Familia. Matrimonio igualitario. Igualdad. No discriminación. Principio de proporcionalidad.

- Hechos

Grecia sancionó la ley N° 3719/2008 que contemplaba un “pacto de convivencia” y aludía, en su artículo 1°, a las parejas formadas por personas mayores de edad de distinto sexo. Un grupo de parejas del mismo sexo presentaron dos demandas contra Grecia por considerar que la ley atentaba contra su derecho a la vida privada y familiar y suponía una discriminación injustificada entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, en detrimento de estas últimas.

- Decisión y argumentos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró por unanimidad la acumulación de demandas y por mayoría admisibles en cuanto al agravio relativo al artículo 14 (no discriminación) y al artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar).

“[E]l Tribunal señala que el primer artículo de la Ley N° 3719/2008 limita expresamente la posibilidad de formalizar el ‘pacto de convivencia’ a las personas físicas de distinto sexo. Por consiguiente, al excluir tácitamente a las personas físicas del mismo sexo de su ámbito de aplicación, la ley en cuestión introduce un trato distinto basado en la orientación sexual de los interesados” (párr. 79).

“Cuando el margen de valoración de que disponen los Estados es escaso, como es el caso por ejemplo de un trato distinto basado en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solo exige que la medida adoptada permita alcanzar normalmente la finalidad buscada, sino que obliga también a demostrar que era necesario, para alcanzar dicha finalidad, excluir a ciertas personas –en el presente asunto los individuos que mantienen una relación homosexual– del ámbito de aplicación de la medida en cuestión [...], la carga de la prueba recae en este caso sobre el gobierno demandado. Es por tanto al gobierno griego a quien corresponde demostrar, en el presente asunto, que la búsqueda de las finalidades legítimas alegadas obliga a prohibir a las parejas homosexuales la posibilidad de formalizar el ‘pacto de convivencia’ previsto en la ley N° 3719/2008...” (párr. 85).

“[A]un suponiendo que la intención del legislador haya sido reforzar la protección jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio e indirectamente la institución del matrimonio, es innegable que mediante la ley N° 3719/2008 ha establecido una forma de pareja de hecho, concretamente el ‘pacto de convivencia’, que excluye a las parejas del mismo sexo mientras que permite a las parejas heterosexuales, tengan hijos o no, regular numerosos aspectos de sus relaciones” (párr. 88).

“Por último, el Tribunal señala que, tal como el mismo Gobierno indica [...], las parejas heterosexuales –a diferencia de las parejas del mismo sexo– ya gozaban en la legislación griega, antes de la aprobación de la ley N° 3719/2008, de un reconocimiento de su relación, plena mediante la institución del matrimonio o de un modo más limitado en virtud de lo dispuesto en el Código Civil sobre las parejas de hecho. Por consiguiente, las parejas del mismo sexo estarían muy especialmente interesadas en que se les permitiese beneficiarse del ‘pacto de convivencia’, ya que el mismo supondría para ellos, a diferencia de las parejas de distinto sexo, la única base jurídica en la legislación griega de dotar a su relación de una forma legalmente reconocida” (párr. 90).

“El hecho de que un país se halle, tras una evolución gradual, en una situación aislada con relación a un aspecto de su legislación no implica necesariamente que ese aspecto se oponga al Convenio [...]. Eso no impide que, en vista de lo que antecede, el Tribunal considere que el Gobierno no ha ofrecido motivos sólidos y convincentes para justificar la exclusión de las parejas del mismo sexo del ámbito de aplicación de la ley N° 3719/2008. Por tanto, estima que en el presente caso se ha vulnerado el artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio” (párr. 92).

12. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “X y otros v. Austria”. Aplicación N° 19010/07. 19/2/2013.

Voces: LGBTIQ. Familia. Adopción. Niños, niñas y adolescentes. Igualdad. No discriminación.

- Hechos

X mantenía una relación amorosa con una persona del mismo sexo, Z. La primera de ellas deseaba adoptar al hijo de su pareja para crear un vínculo legal entre ellos que no rompiera la relación del niño con su madre. En ese marco, realizaron un acuerdo de adopción. Sin perjuicio de eso, los tribunales nacionales se negaron a aprobar el convenio por entender que la adopción por parte de una sola persona implicaba reemplazar la relación filio-parental con el progenitor del mismo sexo que el adoptante; es decir, habría conllevado la supresión del vínculo parental del hijo con su madre biológica.

Los peticionarios acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos al entender que no había ninguna justificación razonable y objetiva para garantizar la adopción de integración a parejas de diferente sexo, casadas o no, y negar a parejas del mismo sexo. El Estado, entre otros argumentos, sostuvo que la imposibilidad legal de garantizar la adopción a los peticionarios no resultaba discriminatoria, en la medida que no estaba basada en su orientación sexual. Expresó que el artículo 182, inc. 2 del Código Civil hacía imposible que una mujer adoptara a un mejor mientras mantuviera vínculos legales con su madre biológica y que esa regla tenía carácter general.

- Decisión y argumentos

El TEDH resolvió que Austria era responsable por la violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) Convenio Europeo de Derechos Humanos, al comparar la situación de los peticionarios con un caso de adopción de integración en una pareja heterosexual no-casada.

“...el vínculo entre dos personas del mismo sexo que conviven y mantienen una relación de hecho estable, cae dentro de la noción de ‘vida familiar’ de la misma manera que lo haría una relación entre dos personas de distinto sexo...” (cfr. párr. 95).

“La orientación sexual es un concepto resguardado por el Artículo 14 [prohibición de discriminación]. El TEDH ha sostenido repetidamente que, al igual que las diferencias basadas en el sexo, se exigen motivos particularmente serios para justificar diferencias con base en la orientación sexual [...]. El Estado tiene un margen de apreciación acotado cuando el tratamiento diferenciado tenga como fundamento el sexo o la orientación sexual de los individuos” (cfr. párr. 99).

“La Corte de Distrito se basó únicamente en el argumento referido a la imposibilidad legal. No realizó análisis alguno sobre las circunstancias del caso. Particularmente, no lidió con la cuestión sobre si el padre del segundo peticionario consentía la adopción, o si existían fundamentos para restar valor a su negativa a consentir, como fuera alegado por los peticionarios” (cfr. párr. 119).

“La Corte Regional se limitó a observar –con base en el expediente– que [el padre] mantenía contacto regular con su hijo. No se expidió acerca de la existencia de fundamentos para restar valor a su negativa a consentir bajo el artículo 181 § 3 del Código Civil, como fuera alegado por los peticionarios. Al contrario, se refirió principalmente al hecho que, en el derecho de familia austríaco, el concepto de ‘padres’ implica a dos personas del sexo opuesto. También tuvo en cuenta los intereses del niño en mantener contacto con dos padres del sexo opuesto, lo que, bajo su entendimiento, militaba en contra de la adopción del niño por la pareja del mismo sexo de uno de sus padres...” (cfr. párr. 120).

“En consecuencia, el Tribunal entiende que la denuncia de los peticionarios de ninguna manera constituye un *actio popularis*. Como ya se ha expresado [...] los peticionarios se vieron afectados directamente por la ley impugnada, en la medida que el artículo 182 § 2 del Código Civil contiene una prohibición absoluta sobre los casos de adopción de integración en parejas del mismo sexo, haciendo que cualquier análisis de las circunstancias específicas del caso sea innecesario e irrelevante y resultando en la denegación de su solicitud de adopción como cuestión de principios. De esto se sigue que el Tribunal no está revisando la legislación en abstracto: por su propia naturaleza, la prohibición general elimina las circunstancias fácticas del caso del alcance tanto de los tribunales nacionales como del examen de este Tribunal...” (cfr. párr. 126).

“El Tribunal quisiera agregar que, a primera vista, podría parecer que la diferencia en el trato concierne principalmente a [X], quien recibe un trato distinto al que recibiría el miembro de una pareja heterosexual que no está casada y decide adoptar al hijo de su pareja. Sin embargo, como los tres peticionarios disfrutaban de su vida familiar juntos [...] y el objeto de la solicitud de adopción era obtener el reconocimiento legal de esa vida familiar, el Tribunal considera que los tres peticionarios se ven afectados directamente por ese trato diferenciado y, por lo tanto, pueden presentarse como víctimas de la violación alegada.” (cfr. párr. 127).

“Los peticionarios reclaman que recibieron un trato distinto al que recibiría una pareja homosexual no casada en lo que concierne a la posibilidad de obtener reconocimiento legal de su vida familiar a través de adopción de integración. En primer lugar, el Tribunal nota que el vínculo entre dos hermanas adultas o entre una tía y su sobrino, en principio, no entra dentro de la noción de vida familiar en el sentido que establece el artículo 8 de la Convención. En segundo lugar, incluso si así fuera, el Tribunal ha sostenido que el vínculo entre dos hermanas convivientes presenta una cualidad de distinta naturaleza que una relación de pareja, incluyendo parejas del mismo sexo.” (cfr. párr. 129).

“[E]l Tribunal sostiene que hubo un trato diferenciado entre los peticionarios y una pareja heterosexual no casada cuando uno de sus miembros busca adoptar al hijo del otro. Esa distinción se encuentra estrechamente vinculada al hecho que las peticionarias conformaban una pareja del mismo sexo, en base a su orientación sexual” (cfr. párr. 130).

“El Tribunal reitera que la prohibición de discriminación que encierra el artículo 14 se extiende más allá del goce de los derechos y libertades que los Estados deben garantizar en base al Convenio y los protocolos. También es aplicable a aquellos derechos adicionales que el Estado dispone voluntariamente, y que se encuentran bajo el alcance general de cualquiera de los artículos del Convenio. Aunque el artículo 8 no garantiza el derecho a la adopción, el Tribunal ha sostenido, con relación a la adopción por parte de una persona homosexual, que si un Estado establece un derecho que excede a las obligaciones contenidas en el artículo 8 del Convenio, no puede aplicar ese derecho de manera discriminatoria en el sentido del artículo 14...” (cfr. párr. 135).

13. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “P.B. y J.S. v. Austria”. Aplicación N° 18984/02. 22/10/2010.

Voces: LGBTIQ. Orientación sexual. Derecho a la vida privada y familiar. Igualdad. No discriminación. Seguros.

• Hechos

Una pareja del mismo sexo —conformada por PB y JS— convivía en Viena. JS se desempeñaba como funcionario público y, como tal, contaba con un seguro por accidente y enfermedad de la Corporación de Seguros de Funcionarios Públicos (CSIC por sus siglas en inglés). La normativa contemplaba la posibilidad de extender esa cobertura a la persona del sexo opuesto que conviviera con el asegurado. En 1997, PB solicitó que se le extendiera el seguro médico. Sin embargo, la CSIC rechazó el pedido. La decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Viena. En consecuencia, ambos se presentaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con posterioridad, en el año 2007, se introdujeron cambios en la legislación que excluía a los concubinos de la posibilidad de gozar del seguro médico de su pareja a las personas del mismo sexo.

• Decisión y argumentos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que la legislación resultaba violatoria del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación al artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) hasta el año 2007.

“El Tribunal nota que desde el año 2001, cuando se decidió sobre el caso Mata Estevez, se produjo en muchos Estados miembros una rápida evolución de las actitudes sociales respecto de las parejas del mismo sexo (cfr. párr. 29)

“En vistas a esta evolución, el Tribunal considera artificial mantener la visión según la cual, a diferencia de aquellas parejas de distinto sexo, las parejas del mismo sexo no pueden gozar de una ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8. Consecuentemente, la relación de los peticionarios, una pareja conviviente que mantienen una relación de hecho estable, entra dentro de la noción de ‘vida familiar’ de la misma manera que lo haría una relación de una pareja de distinto sexo en la misma situación (cfr. párr. 30).

“La prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 se extiende más allá del goce de los derechos y libertades que el Convenio [Europeo de Derechos Humanos] y los Protocolos exigen que cada Estado garantice. También se aplica a esos derechos adicionales que el Estado haya decidido proveer voluntariamente, que entren en el ámbito de cualquier artículo del Convenio...” (cfr. párr. 32).

“El Tribunal reitera que, a los fines del artículo 14, una diferencia en el tratamiento resulta discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado [...]. Además, habría que alegar razones muy significativas antes de que la Corte pudiera considerar que una diferencia de trato basada exclusivamente en el sexo es compatible con la Convención...” (cfr. párr. 38).

“El Tribunal reitera que en el caso *Karner v. Austria*, que mantiene ciertas similitudes al presente caso, resolvió que en los casos en que el margen de apreciación con el que cuentan los Estados es estrecho, como cuando hay una diferencia en el tratamiento basada en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solo requiere que la medida elegida sea acorde para obtener el fin perseguido. También debe demostrarse que era necesaria para asegurar que ese fin excluya ciertas categorías de personas – en este caso personas conviviendo en una relación homosexual – del ámbito de aplicación de la provisión específica de la norma...” (cfr. párr. 42).

14. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Kozak v. Polonia”. Aplicación N° 13102/02. 2/6/2010.

Voces: LGBTIQ. Vivienda. Vivienda familiar. Alquileres. Igualdad. No discriminación.

- Hechos

Kozak –peticionario ante el TEDH– mantenía una relación con una persona del mismo sexo. Ambos residían en un departamento cuyo alquiler estaba a nombre de esta última. Tras la muerte de su pareja, Kozak inició una acción contra la municipalidad y reclamó continuar con el arrendamiento. Los tribunales domésticos desestimaron la petición. A tal fin, tomaron en consideración que Kozak se había mudado del departamento y había dejado de pagar el alquiler antes que falleciera su pareja. Asimismo, los tribunales polacos sostuvieron que la relación marital de hecho –que constituía un pre-requisito para la sucesión del arrendamiento del piso municipal– solo podía tener lugar entre personas del sexo opuesto.

- Decisión y argumentos

El TEDH resolvió que Polonia era responsable por la violación al artículo 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

“En el goce de los derechos y libertades garantizados por el Convenio, el artículo 14 provee protección ante las diferencias en el trato de personas que se encuentran en situaciones semejantes, cuando no persigan un objetivo o no tengan una justificación razonable [...]. No todo trato diferenciado constituye una violación a esta disposición; los Estados tienen un margen de apreciación para evaluar si, y en qué medida, las diferencias que de otro modo serían similares, justifican un trato distinto ante la ley. A los fines del artículo 14, debe establecerse que no hay objetivo ni justificación razonable para la distinción impugnada, lo que significa que no persigue un ‘fin legítimo’ o que no hay ‘proporción razonable entre los medios empleados y el fin perseguido...’” (cfr. párr. 91).

“El concepto de orientación sexual encuentra resguardo en el artículo 14. Lo que es más, cuando la distinción en cuestión opera en la esfera de intimidad y vulnerabilidad de la vida privada de un individuo, debe presentarse ante el Tribunal razones especialmente importantes para justificar la medida impugnada. Cuando el trato diferenciado tenga como base el sexo o la orientación sexual, el margen de apreciación concedido al Estado es acotado; en dichas situaciones, el principio de proporcionalidad no solo exige que la medida sea adecuada para conseguir el fin perseguido, sino que también debe demostrarse que era necesaria en esas circunstancias. En efecto, si los motivos anticipados para hacer una diferencia en el trato se basaron únicamente en la orientación sexual del petitionerario, esto implicaría una discriminación bajo el Convenio” (cfr. párr. 92).

“Alcanzar un equilibrio entre la protección de la familia bajo el concepto tradicional y los derechos de minorías sexuales [...] es, por naturaleza, un ejercicio difícil y delicado, que puede requerir que el Estado deba conciliar los puntos de vista y los intereses en conflicto concebidos por las partes como fundamentalmente opuestas. Sin perjuicio de ello, en lo que concierne al estrecho margen de apreciación del Estado para adoptar medidas que resulten en diferencias basadas en la orientación sexual [...], una exclusión general de aquellas personas que mantienen una relación homosexual, de la sucesión de un arrendamiento no puede ser aceptada por el Tribunal como necesaria para la protección de la familia en su sentido tradicional [...]. En vista a lo precedente, el Tribunal entiende que al rechazar el reclamo del peticionario en base a la naturaleza homosexual de su relación con TB, las autoridades polacas fallaron en mantener una relación de proporcionalidad razonable entre el fin perseguido y los medios empleados. Por ello, la distinción empleada no resulta compatible con los estándares del Convenio” (cfr. párr. 99).

15. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “SL v. Austria”. Aplicación N° 45330/99. 9/4/2003.

Voces: LGBTIQ. Orientación sexual. Derecho a la vida privada y familiar. Igualdad. No discriminación.

- Hechos

El artículo 209 del Código Penal austríaco establecía: “[e]l hombre que haya cumplido 19 años y mantenga relaciones sexuales con una persona del mismo sexo que tuviera entre 14 y 18 años será penado a prisión entre 6 meses y 5 años”. El Código Penal también condenaba las relaciones sexuales de adultos con menores de 14 años y abusos sexuales por vicios en el consentimiento como abusos de una posición de poder o uso de fuerza, pero no criminalizaba las relaciones entre adultos (indistintamente de su sexo) y mujeres que tuvieran entre 14 y 18 años.

SL se sintió atraído por personas de su mismo sexo desde muy temprana edad, pero se abstuvo de mantener una relación íntima con un compañero adulto por miedo a exponer a esa persona a ser penada o a ser llamado como testigo en un proceso judicial y tener que exponer detalles íntimos de su vida privada. En este marco, denunció ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el artículo 209 CP trataba de prevenir infundadamente que hombres jóvenes mantuvieran relaciones con hombres adultos e impedía el desarrollo de hombres adolescentes homosexuales al crear un estigma social respecto de sus relaciones íntimas y a su orientación sexual en general.

En relación con la problemática implicada en este caso, cabe destacar que el Parlamento de Austria decidió derogar el artículo 209 del Código Penal en el año 2002.

- Decisión y argumentos

El TEDH resolvió por unanimidad que había habido una violación al artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación al artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar).

“De acuerdo con la Jurisprudencia establecida por el Tribunal, una diferencia en el trato es discriminatoria en los términos del artículo 14 si ‘no tiene una justificación objetiva y razonable’, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Asimismo, los Estados parte gozan de cierto margen de apreciación sobre si, y en qué medida, diferencias en situaciones similares justifican un tratamiento diferenciado...” (cfr. párr. 36).

“El peticionario denuncia una diferencia en el trato basada en su orientación sexual. En este sentido, el Tribunal reitera que la orientación sexual es un concepto cubierto por el artículo 14 [...]. Tal y como las diferencias basadas en el sexo [...], las diferencias basadas en la orientación sexual requieren motivos particularmente serios para ser justificadas...” (cfr. pár. 37).

“El tribunal observa que en casos previos alegados por el [Estado] relativos al artículo 209 del Código Penal austríaco, la Comisión no encontró una violación al artículo 8 del Convenio en sí mismo, ni en relación con el artículo 14. Sin perjuicio de ello, el Tribunal ha sostenido en varias ocasiones que el Convenio es un instrumento vivo, que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de la actualidad” (cfr. párr. 39).

“Lo decisivo es si existía una justificación objetiva y razonable por la cual los hombres jóvenes entre catorce y dieciocho años necesitaban ser protegidos de mantener relaciones sexuales con hombres adultos, mientras las mujeres jóvenes entre esas edades no necesitaban tal protección para mantener relaciones con hombres adultos o mujeres. En este sentido, el Tribunal reitera que el margen de apreciación delegado a los Estados Parte variará de acuerdo a las circunstancias, la cuestión de fondo y sus antecedentes; así, uno de los factores relevantes puede ser la existencia o falta de terreno común entre la normativa de los Estados Parte...” (cfr. párr. 41).

“En el presente caso, el peticionario señaló que, y esto no ha sido controvertido por el [Estado], hay un consenso cada vez mayor en Europa sobre la aplicación de edades iguales para consentir relaciones heterosexuales, lésbicas y homosexuales” (cfr. párr. 42).

“En la medida en que el artículo 209 del Código Penal constituía una parcialidad presupuesta de la mayoría heterosexual contra una minoría homosexual, esta clase de actitudes negativas no pueden ser consideradas en sí mismas justificativas de un trato diferenciado tanto como tampoco pueden serlo aquellas actitudes negativas similares respecto de razas, orígenes y colores de piel distintos” (cfr. párr. 44).

16. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Goodwin v. Reino Unido”. Aplicación N° 28957/95. 11/7/2002.

Voces: LGBTIQ. Partida de nacimiento. Derecho a la identidad. Nombre. Seguridad social. Relación de dependencia. Acoso laboral. Igualdad. No discriminación. Actos discriminatorios.

- Hechos

Chirstine Goodwin era una mujer transexual que se sometió a una operación de cambio de sexo. Tras la intervención quirúrgica, enfrentó varios inconvenientes en su trabajo y manifestó haber sido víctima de acoso. Como el registro civil del Reino Unido no admitía alteraciones de la partida de nacimiento en lo que respecta al género, Goodwin debió mantener el certificado en el que se la identificaba como hombre. Esto le generó diversas molestias y humillaciones. Además, tuvo dificultades en el ámbito de la Seguridad Social: a los efectos legales era considerada un hombre, por lo que se le impuso el pago de aportes hasta los sesenta y cinco años, edad prevista para el retiro de los trabajadores del sexo masculino. Para evitar preguntas por parte de su empleador, firmó un acuerdo específico mediante el cual ella pagaba directamente sus aportes. Sin embargo, este sistema también resultaba engorroso, ya que los expedientes administrativos de personas trans eran catalogados como “sensibles”, por lo que Goodwin debía solicitar turnos especiales para poder discutir sobre sus aportes.

- Decisión y argumentos

El TEDH resolvió que el Reino Unido era responsable por la violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y el artículo 12 (derecho a casarse y a fundar una familia) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

“[L]a esencia misma de la Convención [Europea de Derechos Humanos] es el respeto por la dignidad y la libertad humana. En particular, bajo el artículo 8 de la Convención, el concepto de autonomía personal es un principio relevante que subyace a la interpretación de las garantías, brindando protección al ámbito personal de cada individuo, incluido el derecho a determinar detalles sobre su identidad como seres humanos individuales [...]. El goce pleno del derecho de las personas transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral en el mismo sentido que el resto de los individuos no puede ser considerada una cuestión de controversia en el siglo XXI [...]. En resumen, resulta insostenible la situación en la que se encuentran las personas trans operadas, quienes viven en una zona intermedia, sin pertenecer a un género o al otro” (cfr. párr. 90).

“En casos previos del Reino Unido, este Tribunal hizo hincapié en la importancia de seguir examinando la necesidad de medidas legales adecuadas teniendo en cuenta los avances científicos y sociales” (cfr. párr. 92).

“El ejercicio del derecho a contraer matrimonio tiene consecuencias sociales, personales y jurídicas. Si bien [este derecho] es regulado por las leyes nacionales de los Estados, las limitaciones introducidas no deben restringir o reducir el derecho de manera tal o en la medida que la esencia del derecho se vea restringida [...] Se han producido importantes cambios sociales en el la institución del matrimonio desde la adopción de la Convención, así como los cambios dramáticos provocados por la evolución de la medicina y la ciencia en el campo de la transexualidad. La Corte ha sostenido previamente que, en virtud del artículo 8 de la Convención, el test de factores biológicos congruentes ya no puede ser decisivo para negar el reconocimiento legal del cambio de género de una persona transexual que se operó...” (cfr. párr. 99).

“Sería artificial sostener que las personas transexuales que se operaron no son privadas de su derecho a contraer matrimonio porque pueden casarse con una persona de su anterior sexo opuesto...” (cfr. párr. 101).

“Si bien corresponde al Estado determinar, entre otras cosas, las condiciones para solicitar el reconocimiento legal como persona trans al establecer que la reasignación de sexo se ha efectuado correctamente o que los matrimonios anteriores dejan de ser válidos y las formalidades aplicables a futuros matrimonios (incluyendo, por ejemplo, la información que debe proporcionarse a los cónyuges previstos), el Tribunal no encuentra ninguna justificación para prohibir que una persona transexual disfrute de su derecho a contraer matrimonio bajo ninguna circunstancia” (cfr. párr. 103).

Capítulo II

Jurisprudencia Argentina

1. Corte Suprema de la Justicia de la Nación. “PA”. Expte. P. 368. XLIV. 28/6/2011.

Voces: LGBTIQ. Seguridad social. Pensión. Matrimonio igualitario. Igualdad. No discriminación.

- Hechos

Un hombre requirió a la Administración Nacional de la Seguridad Social una pensión por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo. ANSeS rechazó la solicitud por considerar que la convivencia en aparente matrimonio de dos personas del mismo sexo no estaba prevista en el artículo 53 de la ley N° 24.241. En consecuencia, el requirente accionó judicialmente. Su petición, sin embargo, fue rechazada en primera instancia y por la Cámara de Apelaciones. Contra esta última resolución, el actor interpuso un recurso extraordinario federal.

- Decisión y argumentos

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad, dejó sin efecto la sentencia apelada (ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

“Que la seguridad social, según lo ha sostenido de manera constante el Tribunal, tiene como finalidad esencial cubrir ‘contingencias sociales’ [...] o, más precisamente, ‘asegurar lo necesario a las personas que las sufren’ [...]. De ahí que, reiteradamente, haya sido puntualizada, por un lado, la ‘naturaleza alimentaria’ de las prestaciones que prevé [...] y, por el otro, la relación entre éstas y la cobertura de ‘riesgos de subsistencia’ [...]. Súmanse a ello, por cierto, dos circunstancias. Primeramente, que el cometido propio de la seguridad social, por mandato de la Constitución Nacional (art. 14 bis), es la cobertura ‘integral’ de las consecuencias negativas producidas por las mentadas contingencias [...]. Y, seguidamente, que si es preciso interpretar las normas infraconstitucionales de la seguridad social conforme a su objetivo protectorio [...], lo cual impone reglas amplias [...], cuidando que el excesivo rigor de los razonamientos, o los criterios restrictivos, no desnaturalicen el espíritu que ha inspirado su adopción [...], pues no debe llegarse al desconocimiento de derechos de esta índole sino con extrema prudencia [...], o cautela [...] de tal modo que toda preferencia hermenéutica debe volcarse hacia el resultado que favorece los objetivos normativos y no hacia el que los dificulta [...], si todo esto es así, se reitera, respecto de dichos preceptos, como mayor razón lo será cuando de lo que se trata es de interpretar los preceptos constitucionales en la materia. Más aún; las razones antedichas, inter alia, han fundado variadas sentencias del Tribunal que admitieron dentro del elenco de beneficiarias de pensión, v. gr., a las hijas viudas [...] o divorciadas [...], a las hermanas viudas [...], además de la línea abierta, en 1975, por el caso Lobos [...]. Cabe subrayar, sobre todo, el antecedente Vázquez, en el que la Corte se fundó, entre otros argumentos favorables a la peticionaria de pensión, en que la situación invocada por ésta (concubinato), ‘tuvo posterior consagración legislativa expresa’ [...]. El citado Lobos, por lo pronto, tampoco había sido ajeno a un lineamiento análogo...” (considerando 4°).

“No cuadra olvidar, en este sentido, que el mandato antes señalado se ha visto reforzado por determinados instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que a partir de 1994 tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75. 22, segundo párrafo). Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos previó el derecho de ‘toda persona’ a los seguros en cualquier caso en que sufriera la pérdida de sus medios de ‘subsistencia’ por causas independientes de su voluntad (art. 25), al tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció ‘el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social’ (art. 9). Bien pueden ser agregadas a ello, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, e. iv), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.e) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 26), por sólo citar instrumentos que cuentan con la jerarquía precedentemente mencionada” (considerando 4°).

“Que se sigue de lo antedicho que el régimen legal de pensiones no puede, válidamente, dejar de comprender situaciones como la presente, vale decir, la de la 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. Dicho de otro modo, la naturaleza ‘sustitutiva’ de determinadas prestaciones de la seguridad social como la aquí en disputa, ‘que es uno de los pilares fundamentales en que se apoya la materia previsional’ [...], debe exhibir la amplitud necesaria para abarcar los nexos de solidaridad y asistencia que, de modo concreto y continuo, establecen las personas humanas entre sí para satisfacer regularmente las necesidades materiales de la vida, y cuya extinción, por causa de la muerte de la beneficiaria, produce a la supérstite una afectación económica desfavorable para seguir afrontando dichas necesidades, derivadas de la pérdida de los ingresos provenientes del causante” (considerando 5°).

2. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. “LCE”. Causa N° 73.876. 15/6/2016.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Daños y perjuicios. Daño. Daño moral. Reparación. Matrimonio igualitario. Principio de dignidad humana. Actos discriminatorios.

- Hechos

Una persona inició una acción de amparo con el objeto de que se le asigne un subsidio extraordinario y reparatorio, de manera mensual y vitalicia, equivalente al salario mínimo vital y móvil. Dicha petición se fundó en sus necesidades de supervivencia y a la discriminación que padecía desde su niñez a causa de su identidad de género. El tribunal de primera instancia rechazó la acción. En consecuencia, la actora interpuso un recurso de apelación que fue desestimado por la Cámara por motivos formales. El caso, finalmente, fue decidido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

- Decisión y argumentos

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires declaró mal concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y confirmó la sentencia (voto de los jueces Kogan, Negri, Genoud y Pettigiani). Sin embargo, en disidencia el juez De Lázzari, consideró que la sentencia era definitiva o equiparable a tal, por lo que se cumplía el requisito de admisibilidad del recurso extraordinario.

“Las razones precedentes se sustentan plenamente, en atención a las particularísimas circunstancias del caso. 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. 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 y se instala en la órbita de los arts. 2, 6, 7 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 1, 7 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo de San Salvador; Principios de Yogyakarta – sobre aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género–, principios 2 y 12; CEDAW, Observación General N° 18 del Comité de D.E.S. y C.; Opinión Consultiva N° 18 (OC-18/03, punto 101); Fallos 333:2306; arts. 1, 3, 11 y 13 de la ley 26.743 y art. 1 de la ley 23.592” (voto en disidencia del juez De Lázzari).

“En particular, desde la óptica laboral, cabe la mención del Convenio 111 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 42 Reunión, ratificado por la ley 17.677, conforme al cual el término ‘discriminación’ comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (art. 1), del cual resulta que ‘todo miembro para el cual este convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto’. En tales condiciones, debe asegurarse a la actora el acceso a la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, en condiciones de igualdad, lo que ha sido objeto de compromisos asumidos por el Estado nacional mediante la suscripción de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos. Este mandato de igualdad y no discriminación se impone al juzgador ante la presencia de sectores de la población que requieren la adopción de medidas especiales de equiparación por su condición, orientación o identidad sexual, visualizando con particular atención esta problemática para garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria...” (voto en disidencia del juez De Lázzari).

“La conclusión de cuanto se lleva dicho es que la sentencia es definitiva o equiparable a tal, con lo que el requisito de admisibilidad del recurso extraordinario se encuentra presente, y que en razón de las especialísimas circunstancias del caso cabe prescindir de consideraciones puramente rituales que en definitiva conduzcan a la frustración de los derechos involucrados. En este sentido, resulta ilustrativo lo expuesto por Andrés Gil Domínguez, en su comentario ‘Derecho a la no discriminación y Ley de identidad de género’ (La ley, suplemento especial sobre identidad de género, Mayo 2012, pág. 30 y sigtes): ‘...el derecho a la no discriminación con motivo de identidad de género, encuentra en el artículo 13 de la ley de identidad de género, una norma de cierre basada en el principio pro homine cuando expresa que toda norma, reglamentación o procedimiento debe respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas, como así también, que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo’ (pag. 32)” (voto en disidencia del juez De Lázzari).

3. Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. “SMG”. Causa N° 21-00509306-3. 10/2/2016.

Voces: LGBTIQ. Derecho de enseñar y aprender. Licencias. Daños. Daños y perjuicios. Actos discriminatorios. Igualdad. No discriminación. Administración pública.

- Hechos

Una mujer lesbiana solicitó un certificado de aptitud psicofísica para ejercer la docencia en la provincia de Santa Fe. La administración pública determinó que era “inapta” debido a un problema psíquico. Luego de siete años, la junta médica consideró que estaba “apta” sin dar mayores explicaciones. En ese contexto, la actora presentó un reclamo de indemnización por los daños y perjuicios que le causó la administración con su accionar ilegítimo. Posteriormente y como consecuencia de la denegación del reclamo por parte del Ministerio de Educación, presentó, en calidad de docente, un recurso contencioso administrativo contra la provincia de Santa Fe con el objeto de que se declarara la ilegitimidad de la denegación tácita de la pretensión administrativa deducida por su parte. La Cámara Contencioso Administrativo N° 2 de la ciudad de Rosario estimó que el recurso era improcedente. Contra dicha resolución, la actora interpuso un recurso de inconstitucionalidad.

- Decisión y argumentos

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, por unanimidad, declaró procedente el recurso y anuló la sentencia recurrida.

“[T]al conclusión, en las particulares circunstancias del caso, resulta dogmática e insuficiente al no reposar en un análisis completo de las constancias de la causa, en una indagación que vaya más allá de la literalidad del documento de fecha 30.09.94 que declara ‘inapta’ a la actora [...] e informes que le sirven de base [...], como exigía el vicio imputado al actuar de la Administración, dado que la controversia se plantea en torno a un acto que se tacha de ilegítimo afirmando la actora que la demandada obró con desviación de poder al invocar como fundamento del ‘inapto’ razones de índole psiquiátricas o problemas psíquicos cuando, en verdad, la causal del ‘inapto’ era su orientación sexual” (voto del juez Gutierrez al que adhirieron los jueces Spuler, Erbetta y Gastaldi).

“Al respecto cabe recordar lo ya resuelto por esta Corte in re ‘Porello’ [...] donde se señaló que ‘la desviación de poder se relaciona con el vicio de la causa o el vicio de los motivos y consiste en la desviación discrecional respecto al fin que la ley reguladora del acto ha asignado a la Administración o sea que ocurre cuando se constata que un determinado acto ha sido adoptado... para alcanzar una finalidad que, pudiendo ser lícita no es conforme al fin asignado al acto por la ley que lo disciplina’; y que ‘el vicio de desviación de poder exige un mayor esfuerzo probatorio, pues no es común que surja del acto impugnado, sino de éste en su confrontación con otros elementos de prueba [...]. Dicho ello sin olvidar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que ‘la naturaleza eminentemente subjetiva del vicio de desviación de poder exige un esfuerzo para su acreditación, admisible, sin embargo por vía de presunciones en tanto condicionamientos mayores se traducirían, dada la naturaleza del defecto referido, en una verdadera prueba ‘diabólica’...’. Y era este planteo crucial el que debió ser valorado adecuadamente por la Cámara, analizando no sólo las razones técnicas brindadas por los profesionales que otorgaron el ‘inapto’ en cuestión, sino todas aquellas otras pruebas que podían echar luz sobre el vicio imputado, porque al no hacerlo incurrió, tal como sostiene la compareciente, en arbitrariedad por omisión de valorar prueba que podía resultar conducente para arribar a una solución distinta del caso” (voto del juez Gutierrez al que adhirieron los jueces Spuler, Erbetta y Gastaldi).

“[S]in lugar a dudas, la omisión de valorar la totalidad de la prueba incorporada a la causa a la luz de estos principios rectores y conforme a los términos en que se planteó la controversia, descalifica la conclusión arribada por la Cámara en cuanto a no tener por acreditada una discriminación por orientación sexual en base a fundamentos que resultan insuficientes para dar sustento constitucional a lo decidido. Por ello, la sentencia recurrida debe ser anulada y la causa nuevamente juzgada” (voto del juez Gutierrez al que adhirieron los jueces Spuler, Erbetta y Gastaldi).

“[L]a Cámara, al desestimar el reclamo indemnizatorio con fundamento en que no constaba que el certificado de ‘inapto’ expedido por la Junta Médica hubiera comportado una discriminación por la orientación sexual de la recurrente o una desviación de poder, se desentendió —al analizar la legitimidad del obrar de las autoridades escolares— de las propias constancias de la causa cuando en la misma instancia administrativa la docente inmediatamente de notificada de dicha certificación ofreció prueba de su parte que indicaba, por el contrario, que no estaba afectada de dolencia o ineptitud alguna para el cargo. Conclusión ésta a la cual también la misma demandada había arribado reconociéndolo oficialmente recién luego de 7 años (a pesar de los reiterados e insistentes planteos infructuosos por parte de la actora) y a través de un nuevo informe médico que dictaminó el ‘apto absoluto’” (voto de la jueza Gastaldi).

4. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal. “PLD”. Causa N° 62/2013. 2/9/2013.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Nombre. Ejecución de la pena. Cárceles.

- Hechos

Una persona travesti, PLD, cumplía una pena en una cárcel de hombres. En ese marco, solicitó su traslado a una cárcel de mujeres y que se recaratulara el expediente, ya que aparecía el nombre masculino que utilizaba en el pasado. El juzgado de ejecución ordenó su traslado a un establecimiento penitenciario “acorde con su condición físico-anatómica” y agregó su nombre actual a la carátula del expediente. PLD impugnó la decisión.

- Decisión y argumentos

La Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba hizo lugar al recurso de casación y remitió el expediente al tribunal de origen para que disponga de inmediato el traslado de PLD a un establecimiento penitenciario para mujeres, como así también, recaratular el legajo de ejecución y el legajo penitenciario con el nombre de pila que surge del DNI emitido de conformidad con la rectificación registral efectuada (jueces Tarditto, Cafure de Battistelli y Blanc G. de Arabel).

“La ley N° 26.743, consagra el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a ella y a ser tratada de acuerdo con esa identidad y en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten su identidad respecto del nombre de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada (art. 1)”.

“[E]l legislador nacional reconoce y protege el derecho a la identidad de género autopercibida, la que se proyecta como una potestad inherente a la persona, que va más allá de la simple facultad de solicitar la rectificación registral ante el Registro Nacional de las Personas. Así, la propia ley establece que toda persona tiene derecho al libre desarrollo conforme a su identidad de género, a ser tratada y respetada de acuerdo con esa identidad”.

“[R]esulta necesario que el Juez encargado de controlar la ejecución de la pena, garantice a la persona que se encuentra privada de su libertad, el pleno ejercicio del derecho a un trato digno (art. 12 Ley 26.743) que incluye sin lugar a dudas, 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”.

“El concepto de ‘sexo’ no se refiere ya a una identidad biológica sino que debe interpretarse en el sentido amplio de identidad autopercibida [Principios de Yogyakarta ONU 2007]. De allí resulta la responsabilidad del Estado Argentino por violación de estos principios”.

“Estas disposiciones, nítidamente tienden a resguardar la identidad de género autopercibida de la persona que ha solicitado la rectificación registral, amparando su derecho a mantener la confidencialidad de los datos originarios”.

“Producida la rectificación del documento y aún sin ella, de acuerdo al art. 7 [Ley N° 26.743 de Identidad de género], agravia a la dignidad de la persona que se permita la utilización del nombre de pila anterior. Ello importa en sí mismo un acto de discriminación, pues objetiva una situación que es objeto de agravio y negación de derechos que es lo que la ley ha tratado de evitar”.

5. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H. “PDN”. Causa N° 35876/2014. 16/12/2016.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Daños y perjuicios. Daño. Daño moral. Reparación. Contratos. Principio de dignidad humana. Actos discriminatorios.

- Hechos

Un hombre reservó una suite en un hotel y abonó la totalidad de la tarifa. Al presentarse en el establecimiento con una persona del mismo sexo le prohibieron ingresar. En consecuencia, inició una acción de daños y perjuicios. El juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda. Contra dicha resolución, ambas partes interpusieron un recurso de apelación.

- Decisión y argumentos

La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por mayoría, confirmó la sentencia apelada (jueces Kiper y Fajre).

“En lo que aquí interesa, ya que se trata de un conflicto entre privados, si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga a utilizar un criterio neutro predicable por igual para las parejas heterosexuales u homosexuales –en el caso de las discriminaciones directas–, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso...”.

“Asimismo, el artículo 8° bis de la ley 24.240, bajo el título ‘Trato digno. Prácticas abusivas’, dispone que ‘Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias’. Es claro entonces que la prohibición de discriminar y de asegurar la igualdad rige tanto frente al Estado como entre particulares”.

“La demandada afirma que no se ha considerado la condición sexual del actor, sino solamente que se trataba de una pareja de personas del mismo sexo. El argumento es poco atendible, pues va contra el sentido común. Es fácil inferir que si dos personas del mismo sexo pretenden ingresar a un albergue transitorio, seguramente se tratará de una pareja homosexual. Pero, aunque no fuera así, tampoco es factible diferenciar a las parejas por su orientación sexual. 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”.

“Siguiendo el camino del absurdo, no puede sostener con éxito la demandada que quienes pueden casarse si lo desean, no están habilitados para ingresar juntos a un hotel. También se admite que cualquier matrimonio o unión convivencial hétero u homosexual tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por ser imposible a éstos últimos la fecundación natural entre sus componentes, y hasta el uso de técnicas de reproducción humana asistida”.

“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–). Es indudable que la situación del actor encuadra en las mencionadas minorías que requieren una protección especial y que, en lo que aquí interesa, justifican la inversión del onus probandi”.

“[N]o se advierte que la postura asumida por la demandada, de haberle impedido el ingreso al actor, se encuentre justificada. Varias son las razones: 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. Más aún, el gerente del hotel admitió que ‘no conoce ningún caso por el que se haya multado a ningún hotel por permitir el ingreso a personas del mismo sexo’ [...]. Sostiene la demandada que el gerente del hotel no hace este tipo de razonamientos jurídicos o técnicos, librado a los abogados. El argumento es inatendible, pues el derecho se presume conocido por todos y el error jurídico no es excusable. De no ser así, estarían justificadas todas las violaciones a la ley por aquellas personas que no sean abogados”.

“Refuerza la posición del actor lo previsto en el citado art. 8 bis de la ley de Defensa del Consumidor. El objetivo principal perseguido por esta norma es fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo, que todos sabemos que es el consumidor y el usuario, para establecer una situación de equidad y de equilibrio que es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado. La exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones, ni mortificaciones. En materia de igualdad se halla comprometido un valor fundamental, la dignidad de la persona humana. Es la igual dignidad de todos los hombres lo que determina que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales de las personas por motivos de raza, color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, origen nacional, condición social, enfermedad, etc. Así, cabe hablar de ‘igualdad en dignidad’, lo que significa que todos aquellos derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad de la persona corresponden a todos por igual, y su regulación normativa debe ser idéntica para unos y otros. La dignidad es, en definitiva, la fuente de todos los derechos, de ella dimanar derechos inviolables que le son inherentes, lo que la eleva a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social”.

“El daño punitivo o multa civil, conforme lo establece el art. 52 bis LDC, cuenta con una finalidad eminentemente preventiva (y represiva), puesto que se busca que en el futuro ni el autor del daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves. Para la procedencia de los ‘daños punitivos’, la doctrina requiere una conducta dolosa o realizada con culpa grave. El dolo o la culpa grave no se presumen y requieren una prueba acabada de la intención nociva del agente, o al menos, de su grosera despreocupación por las eventuales consecuencias de sus actos, [...]. Desde ya, el acto discriminatorio, a pesar de lo sostenido por la demandada, es un acto de particular gravedad, en tanto afecta a la dignidad de la persona. La discriminación es un acto doloso. La aplicación de multas es importante, ya que se trata de una herramienta para erradicar las prácticas que ofendan la dignidad del consumidor o usuario. Las multas deben ser severas, pues de lo contrario sólo servirán para legitimar las conductas que se quieren desterrar. De no ser así, al discriminador le puede convenir pagar para seguir haciéndolo. La pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder; se determina así una sanción además de la indemnización por otros daños, con la intención de penar este tipo de conductas y ejemplarizar aventando futuras violaciones a los derechos. El propio art. 8° bis de la ley 24.240 determina que: ‘Tales conductas (los comportamientos que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias), además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor...’”.

6. Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, Sala III. “Colectivo del Pabellón C y D”. Causa N° 8891/2016. 16/6/2016.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Habeas Corpus. Identidad de género. Cárceles. Orientación sexual.

- Hechos

El Servicio Penitenciario Federal resolvió trasladar a las personas del colectivo trans que se encontraban en un complejo penitenciario en el que se alojaban hombres a otro en el que se alojaban mujeres. Dos hombres homosexuales no estaban de acuerdo con el traslado dispuesto. Sostenían que eran gays y no trans y que preferían quedarse en el mismo penal. En consecuencia, interpusieron un habeas corpus a fin de ser reintegrados a su lugar de alojamiento anterior. El juzgado de primera instancia no hizo lugar a la acción. Contra esa decisión, interpusieron un recurso de apelación.

- Decisión y argumentos

La Sala III de la Cámara Federal de la Plata revocó la decisión de primera instancia y ordenó al Servicio Penitenciario Federal que disponga el inmediato reintegro de los internos al Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza (jueces Nogueira y Pacilio).

“[L]a defensa sostuvo que la particular vulnerabilidad en las que se encuentran las personas comprendidas en el colectivo afectado, el juez debió expedirse concretamente sobre los argumentos brindados por ambas causantes. La representante de la Procuración Penitenciaria Nacional, alegó que ni el Servicio Penitenciario Federal, ni el juez tuvieron en cuenta la voluntad de [CG Y C], violando así sus derechos al respeto de la identidad autopercebida...”.

“La resolución [...] del director del Servicio Penitenciario Federal, que diera origen al realojamiento que aquí se cuestiona, dispone en su artículo 7mo. ‘Instrúyase a la Dirección de General de Régimen Correccional, a fin que proceda a efectivizar el traslado de las personas del colectivo trans al Complejo Penitenciario Federal IV de Mujeres –Ezeiza– [...]’. La identidad autopercebida de las recurrentes, de acuerdo con sus manifestaciones vertidas en audiencia, es ‘gay’ y no ‘trans’, razón por la cual no deberían estar alcanzadas por esa disposición”.

7. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata. “HLA”. Causa N° C-6111-MP1. 2/2/2016.

Voces: LGBTIQ. Pensión. Igualdad. No discriminación. Matrimonio igualitario. Unión convivencial. Pensión por fallecimiento.

• Hechos

Un hombre solicitó al Instituto de Previsión Social de la provincia de Buenos Aires (IPS) una pensión derivada del fallecimiento de su conviviente del mismo sexo. El Instituto consideró que el artículo 34, inc. 1º, del decreto-ley N° 9650/1980, otorgaba el derecho de pensión a quien había convivido en “aparente matrimonio” y que, en la redacción del Código Civil vigente al momento de resolver, la noción de matrimonio correspondería a la unión de un hombre y una mujer. En consecuencia, desestimó la solicitud. Entonces, el actor interpuso una demanda y solicitó que se le concediera el beneficio reclamado. El Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata hizo lugar parcialmente a la demanda. A tal efecto, tuvo en consideración la entrada en vigencia de la ley N° 26.618. Contra dicha decisión, la demandada interpuso un recurso de apelación.

• Decisión y argumentos

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata desestimó el recurso (jueces Ricciteli y Mora).

“[D]e 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”.

“[E]l recaudo de que la convivencia se presente públicamente con apariencia de matrimonio no implica que ella deba tener aptitud –tal como lo sostuviera la Administración al fundar el acto atacado [...]– para generar frente a terceros una presunción de que los convivientes se encuentran unidos en matrimonio civil, sino que bastará con que se exteriorice a través de un comportamiento ostensible de estos últimos que, desde la visión del común de las personas, resulte equiparable al que asumen los cónyuges”.

“La lectura propiciada por el I.P.S. en un sentido contrario luce inconsistente con las previsiones del propio artículo bajo análisis: repárese en que, aun cuando tampoco podría sostenerse aquella presunción de matrimonio en el caso de que uno de los convivientes previamente se hubiese separado de hecho de su cónyuge –pues tal situación, a la luz de las previsiones del entonces Cód. Civil, constituiría un impedimento para contraer nuevo matrimonio [cfr. arts. 166 inc. 6º y 201, t.a.]–, el citado art. 34 del decreto ley 9650/1980 ha contemplado expresamente la posibilidad de que tal convivencia sea valorada como ‘aparente matrimonio’ a fin de valorar la procedencia del beneficio previsional allí reglado”.

“En fin, lo hasta aquí expuesto me convence de que –contrariamente a lo sostenido por la Autoridad demandada– el hecho de que la convivencia alegada por el peticionante se haya desarrollado entre dos personas de igual sexo resultaría indiferente a efectos de juzgar si ella ostentó o no el carácter de aparente matrimonio requerido por el art. 34 del citado decreto ley 9650/1980 como condición para el otorgamiento del beneficio de pensión, máxime cuando la lectura restrictiva que propicia la accionada en torno a los alcances del mentado precepto local, con sustento en una pretendida integración de sus términos a partir de aquel rígido concepto de matrimonio –a poco andar abandonado por el legislador– que otrora contemplara el Cód. Civil (t.a.), impondría 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...). Conforme con ello entiendo que, de probarse que H desarrolló con su pretendido causante una vida en común durante el tiempo exigido por la ley previsional, exteriorizada públicamente a través de comportamientos propios de la convivencia conyugal, ello bastaría para acordar al actor el beneficio reclamado”.

8. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5. “QHT”. Causa N° 56451. 2/11/2015.

Voces: LGBTIQ. Servicio Penitenciario Federal. Requisa. Derecho a la intimidad. Cárceles. Traslado de detenidos. Principio de dignidad humana. Actos discriminatorios.

- Hechos

Personal del Programa contra la Violencia Institucional y de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación mantuvo entrevistas con la población trans alojada en el Complejo 1 (Módulo 6) y en el Complejo IV del Servicio Penitenciario Federal con el fin de indagar sobre sus condiciones de detención y su relación con las fuerzas de seguridad. En ese marco, denunciaron que, al ser alojadas en las unidades N° 28 y 29 del SPF, para asistir a los comparendos judiciales, fueron sometidas a exámenes corporales y requisas degradantes e invasivos, llevados a cabo por agentes penitenciarios masculinos y sin intervención del personal sanitario o médico. Asimismo, indicaron que se les requirió desnudarse parcial o íntegramente y que, en ocasiones, fueron maltratadas verbalmente y observadas por varias personas. En consecuencia, la Defensoría General de la Nación interpuso una acción de habeas corpus en el que se postuló el agravamiento en las condiciones de detención de las personas trans que se encontraban a disposición del SPF.

El juzgado de primera instancia hizo lugar a la acción planteada y ordenó, entre otras medidas, la cesación inmediata del acto lesivo. Además, requirió que se arbitren los medios necesarios para que, frente al ingreso a las unidades en cuestión y, de resultar necesario practicar requisas personales por razones de seguridad penitenciaria y/o de los internos, se adopten los siguientes recaudos: a) que las requisas sean practicadas exclusivamente por personal médico; b) en caso de necesidad fundada, cuando sea necesaria un registro táctil sobre los requisados, se haga sobre prendas de vestir y prescindiendo de los desnudos totales o parciales, previa consulta a la persona involucrada respecto a su preferencia sobre la identidad de género de quien lo llevará a cabo, respetando en todo momento la intimidad del requisado.

Frente a esta decisión, el Servicio Penitenciario Federal y el Servicio Central de Alcaldías interpusieron un recurso de apelación. Posteriormente, se sancionó el “Protocolo de Registro Corporal y Pertenencias de Personas Trans en la órbita del Servicio Penitenciario Federal Argentino”.

- Decisión y argumentos

La Sala 5 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, con voto de los jueces López González, Pinto y Scotto, confirmó la sentencia de primera instancia y encomendó al juez de grado que convocara una mesa de diálogo entre las partes a fin de determinar las condiciones en que debían efectuarse las revisiones médicas y las requisas por motivos de seguridad.

“[S]e colige que la crítica esbozada originariamente por la parte accionada a la primera de las disposiciones del juez a quo vinculada con las requisas personales en forma invasiva carece, actualmente del efecto negativo invocado, por cuanto la sanción del Protocolo instaura una nueva dinámica con participación exclusiva de personal médico en lo atinente al registro (de visu) de la persona, y el personal de seguridad, que sólo procederá a la revisión de las prendas de vestir de aquélla...” (voto de los jueces López González y Pinto).

“Se trata en definitiva en el caso en estudio de conciliar el derecho a la dignidad con aquellos aspectos necesarios para la seguridad penitenciaria, de forma tal de que ninguno de ellos sea sacrificado en pos del otro. De este modo, al igual que sucede con las requisas personales, el examen físico de las internas trans al momento de su ingreso en las Unidades 28 y 29 del S.P.F. tiene entidad para comprometer la dignidad de su persona si no se justifica la necesidad y razonabilidad de su realización. Sobre este aspecto, el propio S.P.F. expuso que las internas son examinadas antes de egresar de su lugar de alojamiento, razón por la cual no se advertiría en términos generales motivo alguno que conduzca a presumir en abstracto la necesidad de una nueva revisión médica como regla al momento del ingreso de las Unidades 28 y 29, siempre respecto de personas que provienen de unidades dependientes del S.P.F. y que jamás salieron de la esfera de custodia de aquél” (voto de los jueces López González y Pinto).

“El fundamento de este proceder radicaría, según lo manifestado por la parte en la audiencia, en la conveniencia de dejar asentado el estado en que se recibe a la interna, a fin de evitar futuras responsabilidades. De hecho, al ser indagados a este respecto, los representantes del S.P.F. sostuvieron que ‘todos los funcionarios quieren que quede bien expuesta la cadena de hechos...’ y que ‘luego le tenemos que dar explicaciones al Poder Judicial...’. La finalidad invocada por la parte recurrente, conjugada frente al derecho al trato digno de la persona privada de su libertad, resulta irrazonable y, por tanto, no puede asumirse como regla la necesidad de practicar a la interna que procede desde un Complejo Penitenciario hacia las Unidades 28 y 29 del S.P.F, un nuevo examen físico si no existen parámetros concretos” (voto de los jueces López González y Pinto).

“[E]l mero hecho de exigirle a una persona privada de la libertad que se desnude frente a otra –que por lógica se halla en situación de superioridad frente a aquélla– puede constituir la lesión de derechos reconocidos en el plano constitucional e internacional; más aún, cuando afecta a una población vulnerable y discriminada históricamente por su identidad de género” (voto de los jueces López González y Pinto).

“[E]l acto cuestionado por los representantes de la Defensoría General de la Nación no logra superar, al establecerse como regla general, los estándares de necesidad y razonabilidad que debe guardar en tanto puede resultar lesiva de derechos constitucionales. Es que, al efectuar un balance entre la necesidad estatal de su producción para salvaguardar eventuales responsabilidades y el grado de intromisión que sufren las internas en los derechos inherentes a su persona, debe erigirse este último por encima de la primera” (voto de los jueces López González y Pinto).

“[L]as integrantes del grupo no deben ser discriminadas en cuanto al trato y, específicamente, dada su identidad de género se requiere la adopción de medidas que impliquen excepcionalidad en las injerencias sobre su privacidad, interpretando esta situación como una discriminación positiva hacia ese grupo” (voto de los jueces López González y Pinto).

“[R]esulta conveniente y necesaria la convocatoria a una mesa de diálogo entre los involucrados, debiendo darse intervención –atento al tema que se ventila– al Organismo de Salud correspondiente, a efectos de que se planteen y debatan ideas para la delimitación de un procedimiento que resguarde los derechos del colectivo de personas trans” (voto de los jueces López González y Pinto).

“La prohibición no es razonable en casos en los cuales por criterios médicos o situaciones excepcionales (denuncia de un delito contra la integridad sexual, por ejemplo) se requiera una revisión médica que importe la necesidad de que la interna se desnude. Como se ve, en determinados casos resulta razonable y necesario que los derechos invocados por la defensa se vean limitados para no frustrar los fines médicos que el examen persigue” (voto de los jueces López González y Pinto).

“[L]a situación denunciada en la presente acción debería remediarse mediante la implementación de medios tecnológicos que suplan la necesidad de realizar requisas corporales a las internas, como ser el uso de scanners” (voto del juez Scotto).

“Este mecanismo permitiría al menos solucionar la requisita indiscriminada y sin criterio que se utiliza en la actualidad a las detenidas trans provenientes de otras unidades por comparendo, dado que la revisión quedaría reservada para aquellos casos en los que la máquina emita una señal de alerta. Incluso su uso se extendería a todo detenido o detenida que regrese del comparendo, y cualquier otra persona que ingrese a las unidades referidas en calidad de detenido” (voto del juez Scotto).

9. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI. “SMD”. Causa N° 25273/2010. 29/4/2013.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Matrimonio igualitario. Contrato. Daño moral. Daño. Daños y perjuicios. Despido. Responsabilidad del Estado. Reparación. Actos discriminatorios. Administración pública.

- Hechos

Dos personas del mismo sexo que trabajaban en el Ministerio de Salud de la Nación y se encontraban en pareja, contrajeron matrimonio. Posteriormente, se decidió no renovarles los contratos. En consecuencia promovieron una demanda por despido contra el Estado nacional por haber sido discriminados por su orientación sexual. El juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al pago de una suma de dinero. Ambas partes apelaron la sentencia.

- Decisión y argumentos

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo –con voto de los jueces Madrid y Raffaghelli– elevó el monto de condena al incluir una suma por daño moral.

“[E]l principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional...”.

“[E]l Comité contra la Discriminación Racial [...] ha llamado a los Estados a atenderlo ‘cabalmente’. Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado ‘prima facie’ que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente...”.

“[O]bservo 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”.

“La peritación psiquiátrica [...] da cuenta de que ambos actores presentan problemas psicológicos. V. un desarrollo vivencial, anormal, depresivo, angustioso-paranoide grado 2-3 y S. un desarrollo vivencial anormal, neurótico, angustioso-fóbico grado 2. Esas patologías obedecen a los sucesos vividos lo que determina que requieren terapias adecuadas para superar esos estados. 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...”.

10. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII. “ALD”. Causa N° 5613/2011. 27/3/2013.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Reparación. Declaración de inconstitucionalidad. Trabajo. Daños. Daños y perjuicios. Actos discriminatorios.

- Hechos

Una persona que trabajaba en un supermercado como supervisora de caja sufrió malos tratos de parte de sus compañeros debido a su orientación sexual. En consecuencia, fue asignada a tareas que aumentaron su responsabilidad y excedían su función. Entonces, inició una acción civil contra el supermercado y la ART. El juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda, declaró la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley N° 24.557 y condenó a la sociedad titular del supermercado y a la ART –en los términos de la póliza– al pago de una suma de dinero en concepto de reparación. En consecuencia, la parte actora y las demandadas interpusieron un recurso de apelación.

- Decisión y argumentos

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modificó la sentencia y adicionó una suma en concepto de daño moral y extendió de forma solidaria la condena a la ART (voto del juez Ferreirós al que adhirió la jueza Fontana).

“[El fallo ‘Aquino’ refiere a] la posibilidad que debe tener el trabajador de obtener no sólo una reparación menguada que contenga una parte de la integridad, tal como le brinda la ART, sino una que contemple el daño material, lucro cesante, daño moral y daño al proyecto de vida”.

“[R]esulta claro que las condiciones en que el actor desarrollaba las tareas, resultaran determinante para el hecho que ocasionó la incapacidad del actor, pues al hecho que las tareas del trabajador eran de gran exposición y ello se veía agravado por la cantidad excesiva de funciones. En efecto las labores cumplidas en la forma y modalidad como se llevaron a cabo, sin los medios apropiados para paliar el riesgo a la salud, sin dudas es susceptible de ser calificada como ‘cosa riesgosa’, es decir, como generadora de peligro”.

“[L]as A.R.T. desempeñan un papel fundamental en materia de seguridad y es esta función la que genera responsabilidad. Están obligadas a asesorar a los empleadores para prevenir y proteger (actividades permanentes de prevención y vigilancia) y la conducta omisiva observada implica una negligencia en su obrar que trajo como consecuencia los daños en la salud del actor. Así el empleador directo es responsable por el daño causado y la ART ha incurrido en una omisión culposa que conlleva la aplicación del mencionado art. 1074 por lo que debe responder no acotado al valor de la póliza sino plena e integralmente, por el crédito reconocido al trabajador”.

“En las arenas extracontractuales, como los accidentes de trabajos, tramitados con la declaración de inconstitucionalidad de Aquino, por la vía común, no cabe duda, de que, de prosperar el reclamo por el evento dañoso, en estas condiciones, el daño moral no requiere prueba ni de su existencia, ni de su cuantía, porque la ley lo presume iuris et de iure...”.

11. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D. “AZB”. Causa N° 55790/2005. 20/5/2009.

Voces: LGBTIQ. Identidad de género. Derecho a la identidad. Registro civil. Nombre. DNI.

• Hechos

Una persona trans se sometió a una intervención quirúrgica en una clínica de la ciudad de Santiago de Chile que consistió en una ablación de los órganos sexuales femeninos internos. Con posterioridad, solicitó autorización en Argentina para la intervención quirúrgica y/o todas las demás prácticas médicas tendientes a lograr la adecuación de sus órganos genitales externos, sin ablación de órganos, para evitar infracción a la ley N° 17.132, que obligaba a los médicos a no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial. Además, requirió que se ordene la anulación parcial y absoluta de la partida de nacimiento y se disponga una nueva inscripción de nacimiento en el Registro Civil, bajo el nombre de JA, se emita un nuevo DNI, se modifique el padrón electoral y se ordene la rectificación de toda documentación de reparticiones públicas y privadas como de establecimientos educacionales.

El tribunal de primera instancia rechazó la solicitud. Contra dicha resolución, interpuso un recurso de apelación.

• Decisión y argumentos

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por mayoría –voto de la jueza Brilla de Serrat al que adhirió el juez Vilar– hizo lugar al recurso y dispuso la modificación de la inscripción registral que surgía de la partida de nacimiento, se oficiara al Registro Nacional de las Personas para que expidiera un nuevo DNI acorde a la reasignación de sexo efectuada y consecuente cambio de nombre de pila. Además, el tribunal dejó asentado que resultaba abstracta la concesión de autorización judicial para la colocación de las prótesis destinadas a lograr la adecuación de los órganos genitales externos al sexo masculino que se le asignara al actor. Esto, dado que ella habría de tomar la decisión más adecuada, informándose acerca de los riesgos y prestando, en su caso, el debido consentimiento.

“En la petición de autos considero, y en esto adelanto mi postura favorable en el sub-lite, que tiene la actora derecho a peticionar del modo en que lo hace. No se trata de generalizar en la cuestión sino de ponderar cada caso en concreto de acuerdo a sus antecedentes y parámetros. No puedo coincidir con el axioma apriorístico de que todo transexual es un ser psíquicamente enfermo incapacitado para reclamar la admisión judicial de una identidad sexual que ya tiene asumida, en este caso. No se me escapa que la decisión habrá de ser portadora de una dimensión moral, en este especial caso vinculada con el valor de la vida humana que merece ser vivida en plenitud, interpretando la realidad. En esa tesitura se dialogó con la apelante y su pareja, erigiéndose ese encuentro en uno de los factores determinantes a la hora de tomar una postura en el caso, patentizándose en el contexto concreto, y en la esfera imprescindible de la comprensión que se trata de un ser valioso, totalmente vulnerable, que vive y se siente inmerso en una desigualdad extrema”.

“La razón le ha permitido al ser humano adquirir, conservar y transmitir el conocimiento de las cosas y aprehender la naturaleza en todas sus manifestaciones, con la capacidad de imaginarse al otro y arribar a convicciones profundas acerca de lo bueno y lo malo, a través del cotejo permanente entre los principios generales y las reglas concretas o acciones específicas. Para arribar a una convicción se parte de datos científicos, obtenidos de modo público, con evidencias objetivas que no pueden ignorarse, y el derecho a la salud, a la educación y al bienestar de este justiciable, no puede conculcarse. Su existencia, vivida mayoritariamente en un cuerpo social ha transcurrido en una dualidad: una realidad que sólo conoce parte de su familia y su pareja, o circunstancialmente determinadas personas ante las cuales debe acreditar identidad con sus documentos o relatarla forzosamente, y una apariencia bajo la cual transcurre su vida, pero con temor y zozobra de que se avance en el descubrimiento de la primera”.

“Considero que son legítimos los argumentos intercambiados en el diálogo y utilizados en la queja, y de allí socialmente válidos en la medida que reflejan los hechos y algo concreto que merece preservarse por el bien del individuo y por ende, de modo reflejo, de la comunidad, no advirtiéndose colisión entre el interés individual de la apelante y el social. Los principios morales fluyen de la propia vida social, resultando innegable que la realidad humana es mudable, al igual que las motivaciones del comportamiento humano, que son múltiples, de allí que la razón como facultad humana universal no siempre ofrece directivas válidas para ser y hacer de modo inmutable, cuando es evidente la diferencia de usos y costumbres. No se me escapa el dilema y la tensión de valores que el tema podría suscitar a prima facie, pero a poco que ahondemos en la cuestión, se aprecia que no existe, toda vez que se debe priorizar el que más respete la dignidad inherente al ser humano, y la actora está oprimida y castigada por cuestiones que la denigran y la quebrantan, sin mengua de sopesar que asimismo debe protegerse la salud como valor y derecho fundamental”.

“Un transexual resulta ser una persona que aún correspondiendo físicamente a un sexo posee el sentimiento de pertenecer al otro, y en el sub-lite intenta acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas- en parte realizadas-, destinadas a adaptar sus caracteres físicos a su psicología, demandándose la modificación de ellos para adecuarlos a las apariencias del sexo opuesto, y buscándose por ende el reconocimiento jurídico de tal transformación. El mundo cotidiano, el de sus sentimientos, y el entorno social, se contradicen con lo fijado en su partida de nacimiento; hay una realidad jurídica y otra cotidiana, y en este especial caso no puedo compartir la generalización que efectúa algún destacado estudioso sobre el tema acerca de que el transexual padece una patología paranoide con estructura psicótica que lo lleva a creer que si se libera del órgano se libra del problema, a raíz de la falla estructural que la impide asumir la diferencia sexual, en una búsqueda falaz del sexo contrario dado que en realidad no es capaz de distinguir entre lo masculino y lo femenino, porque está abolido como ser sexuado por su disturbio psíquico, siendo el tratamiento psicoterapéutico la única solución para esa dicotomía”.

12. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H. “MMJ”. Causa N° H510828. 7/4/2009.

Voces: LGBTIQ. Trabajo. Igualdad. No discriminación. HIV. Daños. Daños y perjuicios. Reparación. Actos discriminatorios.

- Hechos

Una entidad bancaria tomó conocimiento de que un empleado era gay y que padecía HIV. A partir de esto, se lo evaluó negativamente y se lo trasladó a otra sucursal. Finalmente, el empleado, se acogió a un plan de retiro voluntario. En este marco, alegó haber sufrido discriminación por parte de la entidad e inició una demanda por daños y perjuicios. El juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda. Contra dicha decisión, la parte demandada interpuso un recurso de apelación.

- Decisión y argumentos

La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con voto del juez Kiper –al que adhirió el juez Giardulli– confirmó la sentencia de primera instancia.

“[N]o puede dejarse de lado la enorme evolución procesal existente sobre el tema de la carga probatoria. Así, se suele sostener que debe probar quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, que ya no se acepta quietamente la concepción que pone en cabeza del actor la prueba de los hechos que invoca y del demandado de aquellos por los que pretende excepcionarse, y que se sostiene también muchas veces que la prueba, que puede ser suministrada por cualquiera de las partes, puede perseguir la finalidad de satisfacer la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte”.

“[L]a demandada debe acreditar que hubo razones estrictamente objetivas para que el actor dejara de ascender a partir del momento en que era público su estado, que también razones puramente de 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”.

“El hecho de que el Banco tenga Códigos de conducta y reglamentos que vedan el maltrato, y que aludan a la posibilidad de hacer denuncias o reclamos, si bien saludable, no significa que el actor no haya sido discriminado. Por otro lado, no puedo soslayar que la discriminación suele ser encubierta, disimulada, solapada, nunca se discrimina –en principio– en forma clara y expresa”.

“Lo acordado y percibido entre las partes se refirió a la extinción del vínculo laboral, como podía haber hecho cualquier otro empleado. En cambio, en este juicio el actor demanda los daños sufridos por haber sido discriminado en la institución en la que trabajó, lo cual es ajeno a la indemnización ya percibida. Cabe observar que aun cuando no se hubiese extinguido el vínculo laboral, de todos modos el actor tendría derecho a exigir una indemnización por discriminación, pues eso surge de los principios generales y, expresamente, del art. 1° de la ley 23.592...”.

“El hecho de que el art. 1 de la ley 23.592 permita en forma expresa reclamar tanto el daño moral como el material, no significa que el actor no deba formular el reclamo en su demanda y, en su caso, acreditar el daño sufrido. Es sabido, y en el caso lo admite la demandada, que en los supuestos de discriminación el daño moral surge in re ipsa, sin necesidad de mayores pruebas, pero no puedo decir lo mismo del daño material. No sólo no se presume, sino que es necesario, en primer lugar, pedirlo con cierta claridad, aunque no se precisen términos sacramentales...”.

13. Juzgado de Familia N° 7 de Viedma. “Autorización judicial”. Causa N° 260/17. 6/7/2017.

Voces: LGBTIQ. Familia. Filiación. Técnicas de reproducción humana asistida (THRA). Consentimiento informado. Voluntad procreacional. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Convención sobre los derechos del niño. Interés superior del niño. Gestación por sustitución.

- Hechos

Una pareja de hombres solicitó autorización judicial para implantar embriones, concebidos con material genético de uno de ellos y óvulos de una donante, en el vientre de una amiga. Asimismo, requirieron que se los registre como progenitores del/ los bebés.

- Decisión y argumentos

El Juzgado de Familia N° 7 de Viedma autorizó la transferencia embrionaria al vientre sustituto. Además, ordenó al hospital que haga constar la huella dactilar del/ los bebés, los datos de quien aportó el espermatozoides y su pareja e impuso a los progenitores que, a partir del momento en que su hija/o adquiriera la madurez suficiente para entender, le informen de su origen gestacional.

“El texto legal [Código Civil y Comercial] finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a éste tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, pues ello dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso. En el caso traído en autos, el mismo se trata de un matrimonio conformado por dos hombres, los cuales no cuentan con la posibilidad biológica de poder gestar, quedando como única vía posible de ser padres tener que recurrir a esta técnicas”.

“En cuanto a la denominación más adecuada de esta modalidad se considera que no se trata de una maternidad de sustitución sino de una gestación de sustitución, pues la gestante no será madre genéticamente: el o los niños que dé a luz llevarán los genes de los comitentes. Ahora bien, como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 de la Constitución Nacional)”.

“Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana”.

“[E]n Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás”.

“De esta manera de las constancias de autos surge que el Sr. [...] y el Sr. [...] se encuentran en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues queda claro que la única la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución. Ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante la gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer –en este caso su amiga– se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD – ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso `Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica´ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

“Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, gestante y madre, dejaron de ser términos sinónimos. Una madre es una gestante pero una gestante puede no ser una madre. El término madre implica una decisión adoptada en el marco de la constitución subjetiva de una mujer o de una persona autopercebida en su identidad de género como un hombre que mantiene los órganos de reproducción femeninos. Este supuesto es posible en la República Argentina en virtud de lo dispuesto por la ley 26.743 que garantiza el derecho a la identidad de género. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia. La decisión de ser madre se refleja en la asunción de la responsabilidad parental. Hay en la mujer madre voluntad procreacional y amor filial, y en algunos supuestos, vínculo genético”.

“La decisión de ser gestante elude conscientemente los derechos y obligaciones emergentes de la responsabilidad parental. No hay en la mujer gestante voluntad procreacional, vínculo genético o amor filial. Intentar confundir o fundir dichos términos no es una equivocación conceptual, sino por el contrario, responde a una estrategia ideológica de obturación de la gestación por sustitución que se traduce en la imposición moral de que siempre debe haber una madre aunque una mujer solo desee ser una gestante. La filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana”.

“Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo e producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea”.

“En efecto, el derecho a la inscripción inmediata del nacimiento ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en el art.7 y reviste máxima relevancia porque la inscripción inmediata del nacimiento de una persona es determinante para el goce efectivo de los demás derechos que en nuestro sistema reviste jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional. En los párrafos 9, 10 y 11, se hace hincapié en la obligación de los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre los Derechos del Niño de establecer `procedimientos administrativos y legislativos adecuados y eficaces y de otras medidas apropiadas que permitan un acceso justo, efectivo y rápido a la justicia’”.

14. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 16 de la CABA. “ENK”. Causa N° 31.534. 30/6/2017.

Voces: LGBTIQ. Acción de amparo. Vivienda. Vulnerabilidad. Igualdad. No discriminación. Principio de progresividad.

• Hechos

Una persona trans que se encontraba en situación de calle fue incorporada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al “Programa de Atención a familias en Situación de Calle” y se le otorgó el subsidio habitacional establecido en el decreto N° 690-GCBA-06. Una vez cumplido el plazo previsto por el programa y dado que no pudo superar su estado de vulnerabilidad, dirigió una nota a su coordinador para solicitar su reincorporación. Ante el silencio de la administración, interpuso una acción de amparo para que se declare la inconstitucionalidad de la ley N° 4036 y del decreto N° 690/06 que limitaban el tiempo y el monto del subsidio habitacional. En lo principal, solicitó que el GCBA le proveyera una vivienda estable y permanente.

• Decisión y argumentos

El Juzgado N° 16 en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo del juez Furchi, hizo lugar a la acción, declaró la inconstitucionalidad del artículo 5° del decreto N° 690/06, modificado por su similar N° 637/16, en cuanto impedía a la administración renovar el subsidio habitacional y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que garantizara el acceso a una vivienda a la actora hasta que lograra superar las circunstancias de emergencia habitacional en las que se encontraba. Asimismo, ordenó a la demandada que arbitrara los medios a fin de orientar a la amparista en la incorporación en algún curso o programa de formación.

El juez sostuvo que “...no debe perderse de vista que el principio de no regresividad, en las directrices emanadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Aquino’, impone al Estado evitar que, a través de medidas legislativas o administrativas se disminuya el grado de protección de los derechos. Por lo expuesto, se estima que el artículo 5 del Decreto N° 690/06, en su actual redacción conforme al artículo 1 del Decreto N° 637/16, en tanto conlleva al cese de las prestaciones reconocidas a la amparista en forma independiente de la superación o no de su situación de emergencia habitacional, debe ser declarado inconstitucional en el caso concreto”.

También citó el fallo “Ponce, Alberto” (CCAyT, Sala II, Expte. 38413/0, del 31-7-12) donde se sostuvo que “...el principio de no regresividad en materia de derechos sociales exige que el Gobierno brinde una prestación habitacional que resguarde en su totalidad la integridad de la persona humana, esto es, la preservación de su intimidad, la posibilidad de un desarrollo adecuado para su reinserción en el tejido social, la tutela de su salud y la conservación del núcleo familiar...”.

Asimismo, el magistrado consideró que “...del informe relativo a las dificultades que padece el colectivo trans en relación al ejercicio de sus derechos sociales básicos, efectuado por el Observatorio de Género de la Justicia de la CABA [...], se desprende que dicho colectivo se encuentra “[...] extremadamente vulneralizado por las condiciones estructurales de discriminación en las que se ven obligadas a vivir. [...] Ser trans, en definitiva, tiene consecuencias materiales y simbólicas inmediatas en la vida de las personas. Estas consecuencias constituyen vulneraciones de derechos humanos fundamentales: el derecho a la educación, al trabajo, a la salud, a la alimentación, y también el derecho a la vivienda” [...] En este orden de consideraciones, es dable inferir que las circunstancias apuntadas configuran una barrera para la amparista a los fines de lograr incluirse en el mercado formal de trabajo”.

Finalmente, el juez ordenó que “...el reconocimiento al derecho al alojamiento quede sujeto a la efectiva realización de cursos de capacitación laboral [...] a fin de favorecer a la superación de su situación de vulnerabilidad”, que el GCBA informe “dentro del término de cinco días, cuáles son los cursos de formación laboral gratuitos disponibles” y que la actora acredite “su inscripción en alguno de ellos como así también la regularidad de su concurrencia y/o finalización...”.

15. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 2, I Circunscripción Judicial de Neuquén. “CMJ”. Causa N° 516.674. 12/5/2017.

Voces: LGBTIQ. Acción de amparo. Derecho a la salud. Técnicas de reproducción humana asistida (THRA). Igualdad. No discriminación. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

• Hechos

Dos mujeres solicitaron al Instituto de Seguridad Social de Neuquén (ISSN) la cobertura total de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad con gametos propios y semen heterólogo. El instituto negó la petición con base en que no tenían una enfermedad orgánica ni antecedentes de infertilidad. Además, sostuvo que se trataba del embarazo de una persona de más de 40 años, riesgoso, con bajas posibilidades de éxito. En consecuencia, la pareja interpuso una acción de amparo con el objeto de conseguir la prestación requerida.

• Decisión y argumentos

El Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería N° 2 de la I Circunscripción Judicial de Neuquén hizo lugar a la acción y condeno al ISSN a otorgar la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad en el plazo de 10 días.

“[D]ebe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, con el agregado de que dicha normativa internacional adquiere el carácter de supraconstitucional, en tanto el Estado Nacional es garante de la aplicación de dichas normas dentro del territorio del país. El art. 1 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que ‘A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.’ Asimismo, en el tratado se considera a la maternidad como ‘función social’ (art. 5), imponiendo a los estados parte del pacto, la adopción de medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, incluyendo el derecho a la planificación de la familia (art. 12 y art. 14 inc. 2.b)”.

“De los dichos de las partes y prueba producida en autos surge que el médico tratante indica el tratamiento del modo como se demanda, afirmando que ambas están en condiciones para poder realizarlo. De tal modo queda desbaratado el argumento respecto al riesgo que conlleva el procedimiento, además que las actoras lo asumen según sus propios dichos”.

“El art. 11 de la ley 2954, dispone que la obra social provincial (ISSN), así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicoasistenciales a sus afiliados en todo el territorio provincial, deben incorporar como prestaciones obligatorias y brindar a sus afiliados o beneficiarios, entre otros las técnicas de baja y alta complejidad. De lo que resulta que la omisión en otorgar la cobertura solicitada aparece arbitraria e infundada, más aun cuando se advierte en la resolución dictada, que sería posible otorgarla a la Sra. C., realizando una selección sin sustento alguno y violentando el derecho de las accionadas a tomar dicha decisión. Se advierte entonces que en la denegatoria subyace una conducta discriminatoria por la igualdad de sexos de las accionantes, violentando expresamente el último párrafo del art. 8 de la ley 26.862 cuando impide la introducción de `...requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o es estado civil de los destinatarios’”.

“En cuanto al alcance y sin perjuicio que en anteriores pronunciamientos he resuelto la cobertura en la medida porcentual que establecía el reglamento del ISSN, a la luz de la especial referencia legislativa a una cobertura integral deberá el demandado cubrir el tratamiento y medicamentos al 100%. Respecto de la extensión de la condena, deberá cubrir un tratamiento y en caso que no se obtenga el embarazo, en etapa de ejecución de sentencia, las actoras deberán presentar prescripción de su médico tratante y ponerlo a disposición de la demandada a los fines de su consideración”.

16. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la CABA. “BMA”. Causa N° 43.229. 12/5/2017.

Voces: LGBTIQ. Acción de amparo. Técnicas de reproducción humana asistida (THRA). Derecho a la identidad. Familia. Registro civil. Maternidad.

• Hechos

Dos mujeres mantuvieron una relación de pareja y convivieron durante siete años. En marzo de 2007, AMFR dio a luz una niña concebida mediante una técnica de fertilización asistida con semen de un donante anónimo. En diciembre de 2007, se unieron civilmente y, en 2008, se separaron. BMA solicitó al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas el reconocimiento de la niña como hija suya. Asimismo, requirió que se la incorporara en la partida de nacimiento como su madre junto con AMFR, quien no estaba de acuerdo con compartir la maternidad. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires denegó el pedido. En consecuencia, BMA inició una acción de amparo y solicitó que se dejara sin efecto el acto administrativo, se ordenara la inscripción del reconocimiento y se la incorporara en la partida de nacimiento como co-progenitora de la niña.

• Decisión y argumentos

El Juzgado N° 2, Secretaría N° 4, del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo, dejó sin efecto la decisión administrativa denegatoria, ordenó al Gobierno de Ciudad de Buenos Aires que inscribiera el reconocimiento de co-maternidad efectuado por BMA y notificara la inscripción a la madre biológica.

“[S]e impone recordar que a la fecha de la gestación y nacimiento de S.V.R. (1/03/2007) y aún a la fecha del dictado del acto impugnado (12/08/2011), la legislación en materia de filiación en los casos de reproducción humana asistida, de familias homoparentales y de comaternidad y copaternidad no se compadecía con la actualmente vigente.[...] Años después, la ley n° 26.618 reformó el régimen del matrimonio civil, admitió la unión conyugal entre personas del mismo sexo y dispuso la aplicación de todas las normas vigentes relativas a la institución matrimonial, sin discriminar entre parejas de igual o distinto sexo. Tampoco estaba regulada la filiación en los casos de utilización de técnicas de fertilización asistida heteróloga ni la voluntad procreacional como fuente de atribución de vínculo filiatorio, supuestos que se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional a partir del 1/08/2015 con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. De lo antedicho se vislumbra que los hechos que suscitan la controversia tuvieron lugar en un momento de transición en materia de reconocimiento del derecho a la identidad sexual, en el que la falta de consagración legal de la igualdad de géneros debía ser suplida por sentencias judiciales que brindaran solución a quienes recurrían a la justicia en reclamo de sus derechos”.

“[El] nuevo paradigma del derecho que el actual Código Civil y Comercial de la Nación refleja, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente ha reconocido que el derecho de familia ha sido redefinido ‘en consonancia con el régimen constitucional y convencional de los Derechos Humanos’(arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación)’. Asimismo que la nueva legislación se aplica a las relaciones familiares preexistentes a su dictado, ‘en virtud de la regla general del art. 7, puesto que esto guarda consonancia con el régimen constitucional y convencional de los derechos humanos...’”.

“La legislación actualmente vigente determina que la voluntad procreacional del miembro de la pareja no gestante se prueba mediante el consentimiento previo, informado y libre, prestado antes de iniciar el tratamiento de fecundación asistida. Sin embargo, al momento de la concepción de S.V.R. no existía tal normativa ni ninguna regulación en torno a la prestación del consentimiento para la realización de la práctica de reproducción asistida, tanto para la pareja que decidía someterse a la misma como para el donante de material genético. Esa cuestión quedaba, en todo caso, a consideración del centro de salud interviniente. Así, a tenor de la falta de previsión normativa no resulta exigible el consentimiento escrito y previo a la concepción de S.V.R., en los términos de los artículos 560 y ss. del Código Civil y Comercial. Razón por la cual, corresponderá examinar la cuestión en torno a la existencia de voluntad procreacional por ambas mujeres a la luz de las pruebas producidas en autos”.

“Las pruebas aportadas en el sub examine dan cuenta de la existencia de una pareja que tuvo un proyecto común que incluyó la gestación, el nacimiento y la crianza de S.V.R. Sólo en ese contexto familiar y de proyecto común se explica la manifestación en torno a la venta a BMA del inmueble donde ambas vivían con la niña, manifestación hecha con el único objeto de proteger a la aquí actora frente al eventual fallecimiento de Ranieri. Esta afirmación presupone la voluntad de que, en caso de producirse la muerte de su madre biológica, la niña permanecería viviendo en el hogar familiar al cuidado de BMA. Las probanzas analizadas [...] son concluyentes y arriman convicción respecto a la clara voluntad procreacional entre BMA y AMFR. También dan cuenta del vínculo materno filial existente entre la amparista y la niña, el que se mantuvo incluso hasta después de la separación de la pareja, cuando S.V.R. tenía aproximadamente tres años de edad”.

“[E]l reconocimiento debe ser entendido, en casos como el presente, como una asunción de paternidad o maternidad a los efectos legales y sociales y no como expresión de la aceptación de una relación paterno filial por naturaleza. De tal suerte, que no hay inconveniente en admitir como título de atribución de la filiación el consentimiento que una mujer presente al tiempo del sometimiento de su pareja a un tratamiento de reproducción asistida con semen de un donante con asunción de la maternidad del hijo que nazca. Consecuentemente, si al tiempo de la realización del tratamiento y del nacimiento del niño o niña ese reconocimiento no pudo efectivizarse porque la legislación entonces vigente no lo permitía, no puede haber obstáculo alguno para que el mismo sea efectuado con posterioridad, siempre que se ajuste a las disposiciones legales vigentes que regulan la materia”.

“[En] el caso de niños concebidos mediante fertilización asistida heteróloga, el derecho a conocer la verdadera identidad no pasa ya por la verdad biológica y menos aún por la meramente genética sino por la verdad voluntaria o consentida. Esta concepción del derecho a la identidad y a conocer la verdad de su origen es la que deviene compatible con el interés superior del niño consagrado como principio rector de la Convención de los Derechos del Niño y de la ley n° 26.091”.

17. Juzgado de 1a instancia en lo Civil y Comercial N° 6 del distrito judicial N° 2 de Rosario. “SS c. IAPOS”. Registro N° 3143. 21/9/2016.

Voces: LGBTIQ. Identidad de género. Obras sociales. Acción de amparo.

• Hechos

Una persona que nació con características físicas masculinas definía su identidad de género como femenina. A lo largo de su vida realizó diversos tratamientos hormonales. Por recomendación de su equipo médico tratante, solicitó a su obra social que se la autorizara a realizar las intervenciones quirúrgicas necesarias para su transformación corporal. La demandada autorizó sólo parte de las intervenciones. Por tal motivo, la actora interpuso acción de amparo.

• Decisión y argumentos

El Juzgado Civil y Comercial N° 6 de Rosario hizo lugar a la acción.

En lo que aquí interesa, el magistrado expresó que “...si bien las leyes 23.660 y 23.661 rigen imperativamente para las obras sociales del Sistema Nacional (entre las que no se encuentra el IAPOS), sus criterios resultan orientadores para la dilucidación de situaciones análogas producidas en otras obras sociales, especialmente para determinar las exigencias constitucionales vinculadas a la salud, para poder discernir en un caso cuáles son los estándares mínimos obligatorios que hacen a los referidos derechos fundamentales. Ellos porque la conducta discrecional de no adherirse al mismo no puede redundar en perjuicios para los afiliados, incumpliendo las prestaciones mínimas que hacen a derechos básicos. No resultan entonces atendibles los argumentos que esgrime la demandada con respecto a su falta de adhesión al sistema de las leyes 23.660 y 23.661, puesto que de convalidarse tal posición se estaría aceptando que la sola voluntad de la accionada le permita quedar al margen de las obligaciones que pesan, en general, sobre el conjunto de los agentes que integran el sistema de salud”.

Al momento de analizar la ley 26.743, el juez sostuvo que “...la norma distingue y escinde los conceptos de género y sexo; es decir, no ata el género al sexo de la persona, desarrollando un pensamiento fuera de la lógica binaria: hombre o mujer, reconociendo las diferentes realidades que existen entre ambos extremos, al mismo tiempo que reconoce que cada persona construye en su interior de forma individual, su identidad de género. Por ello, es importante distinguir el sexo que se deriva de una serie de características biológicamente predeterminadas, relativamente invariables del hombre y la mujer, del género que señala características socialmente construidas que constituyen la definición de lo masculino y lo femenino en distintas culturas, y podría entenderse como el conjunto de rasgos de personalidad, actitudes, sentimientos, valores y conductas que diferencian a los hombres de las mujeres...”.

Finalmente, el magistrado tuvo en cuenta que “...debe partirse de que persona es todo ser humano y de que ‘toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad’ (Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, numeral 2 y art. 3 y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En tal sentido, existe en nuestro ordenamiento constitucional derechos implícitos en torno a la personalidad jurídica del ser humano, entre los cuales se halla el derecho a la identidad sexual, a lo que cabe añadir que el reconocimiento del derecho a la identidad sexual constituye una exigencia constitucional. En función de ello es claro que la autopercepción de la actora no resulta la misma si carece de las prácticas solicitadas, dado que no es la mirada de los otros la que importa juzgar en el caso sino la identidad autopercebida. Las características biológicas de S difieren sustancialmente de las que su identidad de género ha desarrollado y por tanto deben ser modificadas en el sentido solicitado, atento estar especialmente protegidas por la ley 26.743, la Constitución Provincial, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella mediante el art. 75 inc. 22”.

Posteriormente, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario en los autos “S.S. C/ I.A.P.O.S”, acuerdo N° 258, del 31 de agosto de 2017, rechazó el recurso de apelación presentado por la parte demandada y confirmó la sentencia.

“De la lectura del decreto reglamentario [de la ley de identidad de género] precedentemente surge que de las tres prácticas solicitadas por la amparista en su recurso, dos de ellas (mastoplastia de aumento y gluteoplastia de aumento) han sido consideradas dentro de las intervenciones quirúrgicas y/o cirugías que ayudan a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida. Que la entidad demandada haya contemplado dentro de las prestaciones que proporciona a sus afiliados a una sola de ellas no significa que no esté obligada a proporcionar otras que, por lo demás, están incluidas dentro del PMO, sin perjuicio de ser éste un programa base que no excluye otras prestaciones necesarias según cada caso”.

“La actora, por lo demás, es afiliada compulsiva de la obra social demandada, vedándosele la posibilidad de optar por otro sistema de cobertura, lo cual la coloca en una desventajosa situación fáctica y jurídica que se vería notoriamente agravada de no reconocérsele al menos, los mismos servicios básicos de prestaciones con los que contaría de poder optar por una obra social diferente en los términos de su constitución y organización. Esta circunstancia de afiliación obligatoria no puede ir en desmedro de los derechos de los afiliados, máxime cuando se encuentran en juego valores de la trascendencia de los expuestos en el presente caso. [...] que, conforme lo ha sostenido esta Sala en numerosos fallos: ‘Si por cualquier vía pudiera intentarse una interpretación diferente a lo aquí sostenido, que fuera en definitiva desfavorable a la posición de la actora, habrá siempre que optar por la que aquí escogimos, por aplicación de los principios pro homine y de interpretación expansiva o progresiva, ya que constituye una obligación para el juzgador aplicar las reglas interpretativas fijadas por la Corte nacional, desde que a nuestro derecho ingresara, recientemente, el derecho internacional de los derechos humanos, circunstancia que impone que, en caso de duda, al realizar la labor interpretativa, se apliquen los principios ‘pro homine’ (por virtud del cual, entre otros efectos, debe escogerse la norma más favorable a la persona y, si, además, ésta tiene más de una interpretación posible, optar también por la que le resulte más favorable) y de ‘interpretación expansiva o progresiva’, del modo que se explica a continuación. Actualmente –lo que es especialmente aplicable a nuestro país a partir de la reforma constitucional de 1994–, los derechos nacional e internacional de los derechos humanos reclaman este tipo de intervención judicial a fin de que, en definitiva, no se frustren los derechos consagrados en el máximo nivel jerárquico. Es en este sentido que deben interpretarse sus normas. El principio ‘in dubio pro homine’ –que se aplica aún cuando quien reclama es una persona jurídica del derecho privado, pues ésta está integrada por personas físicas a quienes están dirigidas las normas sobre derechos humanos– aconseja interpretar la regla concerniente a un derecho humano del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección”.

18. Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario. “SGG”. Causa N° 26/2016. 27/5/2016.

Voces: LGBTIQ. Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Matrimonio igualitario. Gestación por sustitución. Consentimiento informado. Interés superior del niño.

• Hechos

Un matrimonio de dos hombres se anotó en 2011 en el Registro Único Provincial de Aspirantes a Guarda Adoptiva y, posteriormente, renovaron su inscripción. Luego de varios años de espera sin ser convocados, asistieron a una clínica en la Ciudad de Buenos Aires y decidieron realizar una gestación por sustitución que se llevó adelante con material genético de uno de los miembros de la pareja y de una donante. Producido el nacimiento, los actores iniciaron una acción con el objeto de que se rectificara el acta de nacimiento, se desplazara la filiación extramatrimonial de la mujer gestante y emplazara al niño como hijo del matrimonio.

• Decisión y argumentos

El Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario hizo lugar a la demanda, impugnó la maternidad de la madre gestante y emplazó al niño como hijo de la pareja. Asimismo, impuso la obligación de hacerle saber a su hijo la manera en que fue concebido.

“De las tres posiciones existentes en el derecho comparado frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación, Argentina adoptó una posición abstencionista, al no establecer en el nuevo ordenamiento civil y comercial, como sí lo estaba en el anteproyecto, la admisibilidad de este tipo de gestación con reglas propias con una decisión final judicial de autorización. En entendimiento original, la filiación quedaba determinada entre el niño nacido y el o los progenitores procreacionales mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los mentados y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial”.

“De las constancias de autos emerge que: a) todas las personas involucradas han tenido como norte el interés superior del niño; b) la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; c) uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos; d) los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; g) la gestante ha parido dos hijos en su unión matrimonial antes del caso bajo análisis; h) la gestante ha prestado su vientre en forma libre, luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; i) el recurso de éstas técnicas fue utilizado como última alternativa por los peticionantes ante la infructuosa espera en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva”.

“Esta mujer, ‘ser luminoso’ (en siete artículos el Código Civil y Comercial designa como sinónimo de parir la que da a luz) que llevó adelante el embarazo, fue suficiente y plenamente informada sobre la situación que libremente aceptó, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos, no sufrió ningún tipo de explotación, posibilitó el tratamiento y control necesarios para la transferencia embrionaria de los progenitores procreacionales. En síntesis la mujer gestante obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su marido, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos, fines que son acordes a los requisitos que exigía el proyecto”.

“Debe admitirse la existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso fue anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde uno de los integrantes del matrimonio que propicia la modificación de la partida de nacimiento además aportó su esperma, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo”.

“Debe admitirse la existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso fue anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde uno de los integrantes del matrimonio que propicia la modificación de la partida de nacimiento además aportó su esperma, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo”.

“A esto debe sumarse el reconocimiento expreso dentro de los principios generales receptados para los procesos de familia, junto con el de la tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente, el de facilitar el acceso a la justicia especialmente tratándose de personas vulnerables y finalmente la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tenerse en cuenta el interés superior de esas personas. (art. 706 Código Civil y Comercial)”.

“[C]orresponde hoy tutelar los derechos emergentes del niño concebido por la voluntad procreacional de quienes hoy peticionan la modificación del acta de nacimiento y consecuentemente la impugnación de la maternidad, por no ser ella la madre del hijo que pasa por suyo, para forjar decididamente lazos jurídicos con quienes ha asumido decididamente su rol, con afectos y seguridad a esa relación familiar que se forjó desde el día del nacimiento, (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 10, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Constitución nacional)”.

“Ello supone el acceso para las personas del mismo sexo, a los beneficios asociados al matrimonio: de asistencia, alimentos, solidaridad, beneficios sucesorios, a la vivienda familiar, en la toma de decisiones médicas, etc, pero cuando el matrimonio está compuesto por dos hombres sus derechos a la progeneración está circunscripto a la adopción, lo cual restringe por discriminación indirecta, esto es por un comportamiento legal aparentemente neutro pero con resultado desfavorable en comparación con los derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos respecto del matrimonio unisexual de dos mujeres”.

“Además de los razonamientos precedentes, debe admitirse la presentación efectuada por el matrimonio que detenta la voluntad procreacional respecto al niño, como una respuesta jurisdiccional encaminada a promover la igualdad de posibilidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a los hombres que necesariamente deben recurrir a la adopción cuando deberían gozar de idéntico derecho que las mujeres a la gestación por sustitución a fin de lograr su ansiada progeneración”.

19. Juzgado Criminal de Instrucción N° 1. “Comisión de cárceles”. Causa N° 56.451. 26/9/2015.

Voces: LGBTIQ. Identidad de género. Igualdad. No discriminación. Condiciones de detención. Derecho a la integridad personal. Habeas corpus.

• Hechos

La Comisión de Cárceres, el Programa contra la Violencia Institucional y la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, interpusieron una acción de habeas corpus por la existencia de un contexto general ofensivo, degradante y de invasión de la privacidad en las condiciones de detención y relación con las fuerzas de seguridad de la población trans alojada en el Complejo I (Módulo 6) y en el Complejo IV del Servicio Penitenciario Federal.

• Decisión y argumentos

El Juzgado Nacional Criminal de Instrucción N° 1 hizo lugar a la acción de habeas corpus, ordenó la cesación inmediata del acto lesivo e instruyó al Director del Servicio Penitenciario Federal sobre las medidas que deberán tomarse para garantizar los derechos de las personas trans alojadas.

Para decidir de este modo, el tribunal sostuvo que "...el concepto de dignidad humana tiene una doble visión que debe ser considerada en todos los casos, por un lado la mirada de quien realiza una conducta violatoria de la dignidad del otro, como así también la perspectiva del titular del derecho a ser tratado dignamente. La dignidad es propia de la condición humana y por lo tanto no constituye un valor exclusivamente subjetivo, sino que también obliga a los terceros a respetar dicha condición, sobre todo cuando se da la particular situación que el tercero resulta el propio Estado, quien en el caso de personas privadas de la libertad reviste la posición de garante de su vida como también de su integridad física y psíquica. Las prácticas denunciadas constituyen, como mínimo, una afectación a los derechos a la integridad personal, a la dignidad humana y a no sufrir tratos crueles, Inhumanos y degradantes, protegidos por el art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; por los arts. 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y por el art. 16 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, instrumentos que han sido incorporados al texto constitucional (art. 75 inc. 22 CN)".

Asimismo, el magistrado consideró que "[la] seguridad penitenciaria o la protección de las propias personas detenidas, tienen que limitarse a situaciones de necesidad, apelando en todos los casos a las alternativas menos lesivas, empleando modalidades que [no] lesionen derechos humanos fundamentales, puesto que si no se convierten en un mecanismo para castigar y agredir arbitrariamente a los reclusos [...] y en tal sentido como lo hacen los presentantes, cabe recordar que nuestro país ya ha sufrido una condena internacional por los exámenes corporales y requisas invasivas en el ámbito penitenciario sin intervención de profesionales de la salud. Los actos corroborados constituyen formas de violencia de género, agravadas por ser perpetradas por funcionarios del Estado contra personas que se encuentran bajo su custodia y en situación de especial vulnerabilidad. Frente a ello, el Estado tiene un deber de debida diligencia estricta, a fin de investigarlas y hacerlas cesar, bajo riesgo de incurrir en responsabilidad internacional si no lo hace".

20. Juzgado de Familia 2da Nominación de Córdoba. “PMA”. Causa N° 233438. 6/5/2015.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Cuidado personal. Interés superior del niño. Convención sobre los derechos del niño. Derecho a ser oído. Niños, niñas y adolescentes.

- Hechos

El padre de un niño inició una acción de cambio de tenencia [cfr. el Código Civil vigente al momento de los hechos] respecto de su hijo RJ, quien se encontraba al cuidado de su madre. En su presentación, el actor expresó que su hijo le manifestó que lo incomodaba la relación de pareja que su madre mantenía con otra mujer.

- Decisión y argumentos

El Juzgado de Familia 2da Nominación de Córdoba hizo lugar parcialmente al incidente planteado y estableció que el cuidado personal de R sería compartido por ambos progenitores, con la modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio paterno. Sin embargo, el tribunal resaltó que de ninguna manera la condición sexual de la progenitora podría ser considerada como elemento determinante a la hora de resolver un pedido de cambio de guarda.

“La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que forma parte de nuestro ordenamiento legal, aporta el marco normativo ineludible, estableciendo como pauta sobre toda medida que se tome respecto de los menores ‘el Interés superior del niño’, principio que se erige como la directriz rectora ineludible. Esta directiva es receptada asimismo por la 26.061 de ‘Protección Integral de niñas, niños y adolescentes’ que estipula en su art. 3 que ‘a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente ‘la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley’. Ello importa, adoptar aquella decisión que más convenga moral y materialmente al niño o adolescente en su calidad de sujeto de derechos; es por ello que las resoluciones que se dicten respecto a la tenencia de hijos no causan estado, desde que el interés de los mismos puede exigir en cualquier momento la modificación de aquella, si les resulta en beneficio. Impuesta entonces al juez la obligación de descubrir, conforme la singularidad del caso traído a resolución, cuál es el curso de acción que llevará a la defensa de dicho interés corresponde ingresar en el análisis de las probanzas arrojadas al proceso. En este caso en particular estamos tratando la guarda de un niño de doce años, quien en virtud del principio de capacidad progresiva que informa nuestro sistema jurídico, posee la determinación necesaria para elegir con cuál de sus padres prefiere estar. Por otra parte, debe considerarse ineludiblemente la tendencia doctrinaria y jurisprudencial plasmada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que propugna como principio general el principio de la capacidad progresiva y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído”.

“[D]ebo 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 rehizo 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)”.

“[T]eniendo en cuenta que en las conclusiones de la pericia psicológica realizada, se recomienda que la progenitora realice tratamiento psicológico, insto a la Sra. G. F. a su inicio para tratar la problemática planteada por la perito. 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”.

21. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 15. “**GNB**”. Causa N° 67.586-2013/0. 25/2/2015.

Voces: LGBTIQ. Subsidio. Identidad de género. Igualdad. No discriminación. Reglas de Brasilia. Prueba. Vulnerabilidad. Actos discriminatorios.

- Hechos

Una mujer trans padeció discriminación y violencia institucional generalizada, constante y directa (imposibilidad de incorporarse al mercado laboral, abusos y violaciones por parte de la policía, exclusión del sistema de salud, etc.) como producto de su identidad de género. En consecuencia, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de obtener un subsidio extraordinario y reparatorio equivalente al salario mínimo, vital y móvil, en respuesta a su necesidad de supervivencia.

- Decisión y argumentos

El juzgado N° 15 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA hizo lugar a la demanda y condenó al GCBA a abonar en forma mensual a la actora una prestación dineraria equivalente a un salario mínimo, vital y móvil.

“Como ocurre con la mayoría de los casos judicial el conflicto que aquí debo dirimir se enfoca sobre la situación jurídica de las partes. Sin embargo, incurriría en una cínica miopía si pretendiese exponer la situación planteada por la Sra. G. como un drama jurídico que sólo a ella concierne, porque lo que ha quedado expuesto por el tenor de los hechos ventilados, por la prueba de los testigos producida y demás elementos incorporados, es que la actora forma parte de un grupo que ha sido sistemática y cruelmente discriminado. Tengo para mí que el objeto del presente proceso excede los estándares del ‘derecho de daños’ tal como los oferta la dogmática jurídica civil o administrativa, cuyas categorías y clasificaciones, si bien hoy en día renovadas, aparecen aquí insuficientes para dar efectividad a la protección de la dignidad de grupos como los que integra la actora; en los que la actividad estatal, hasta hace muy poco, se ha mostrado claramente pasiva en brindar tuición y, con frecuencia, ha sido parte y protagonista de agresiones a los colectivos de lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales o intersexuales [...] a través de sus agentes o funcionarios”.

"Está probado que la Sra. G. es y quiere ser una persona trans. La demandada no ha desconocido ese hecho y los testigos ratifican aquella condición. Es importante señalar este aspecto de la causa porque el fundamento de la pretensión reside en la afectación del derecho a la identidad de género, derecho inescindible de la autonomía de la persona humana; ambos constitucionales y convencionalmente protegidos”.

“Numerosas conductas, por comisión u omisión, afectan la dignidad de las personas trans y profundizan la desigualdad. Tales actos de discriminación al presentarse como una situación estructural y continua, colocan a esas personas en una situación de nuda vida pues el despojo de derechos y proyectos existenciales es casi total. También debo hacer notar que la sanción de la Ley de Identidad de Género constituye un punto de inflexión y el principio de una mejora de las condiciones señaladas, aunque todavía falta mucho por recorrer para neutralizar prácticas sociales degradantes. Resulta necesario una actividad estatal que con vehemencia interdicte las conductas discriminatorias”.

“La variedad de hechos discriminatorios es extensa: hay negación de afiliaciones en obras sociales; agresiones de los consorcios de propietarios hacia las personas por su orientación sexual o su identidad de género; se utilizan los correos electrónicos para discriminar o las pintadas en las puertas de las casas de las víctimas; la discriminación la efectúa el personal de seguridad de locales bailables, los encargados de hoteles por medio del abuso del ejercicio del derecho de admisión, se expulsa a personas de comercios, por ejemplo de restaurantes durante una cena; hay omisión de los directivos de una escuela de atender a los reclamos de un alumno discriminado por su orientación sexual; se realizan avisos comerciales discriminatorios en páginas web; se profieren insultos por parte del personal a cargo de boleterías de estaciones de subte; hay despidos, arrestos arbitrarios, impedimentos a personas trans por parte de familiares de la pareja fallecida, para estar presente en el velatorio, entre muchos otros”.

“Corolario de lo hasta aquí expuesto es que puede constatarse la continua y múltiple afectación de la dignidad y autonomía de las personas que forman parte de los colectivos LGBTTI. Durante largos años para personas como la Sra. G. cada intersticio de la vida social o de la relación con el Estado y sus agentes fue en territorio hostil e irrespirable, sometidas al rechazo y la negación de su autonomía. Queda expuesto, así, un costado ominoso de nuestra ‘argentinidad’. Por lo expresado, tampoco puede entenderse que el amparo interpuesto, reconducido a un proceso ordinario esté caduco, como sostiene el GCBA, ya que las lesiones a los derechos fundamentales son continuas y fluyentes...”.

“Ni los niños tienen que probar que se hallan indefensos, ni los pobres que tienen necesidades, ni las mujeres que padecen violencia doméstica deben probar que corren peligro, para dar algunos ejemplos. Invertir los términos probatorios provoca una victimización secundaria de los vulnerables. Tampoco deben probar su condición de vulnerabilidad las personas trans. Entiendo que las personas trans por formar parte de un colectivo vulnerable, al solicitar tutela jurisdiccional y garantías de ser oídos, no tienen más carga que probar que su pertenencia a dicho grupo”.

“Las 100 Reglas de Brasilia establecen una directriz clara para facilitar el acceso a la justicia de los vulnerables (reglas números 1, 2, 3, y 4). Por ello considero relevante que la actora haya alegado hechos notorios –la problemática trans– y su identidad de género: ‘Comencé de niña a expresar mi identidad de género’ [...] para considerar fundada su pretensión”.

“Por otro lado, no es suficiente para el Estado, en su condición de garante convencional de la efectividad de los derechos en juego, acomodarse con pereza en el regazo formal de las simples negaciones. Resulta imprescindible señalar que un aspecto relevante del acceso a la justicia lo constituyen los estándares probatorios y de presunciones con que cuentan las víctimas para hacer conocer y probar su situación. Se trata de procesos en donde la igualdad de armas no reside en la igualdad perfecta sino en el desequilibrio justo. El proceso ritualista es la frustración del derecho de defensa”.

“De allí que las matrices procesales en materia laboral, de relaciones de consumo, familia o penal se apartan de los equilibrios aritméticos (v.gr.: presunciones, gratuidad, doble conforme, ultra actividad y retroactividad pro reo, posibilidad de fallar ultra petita, etc.)”.

“El daño sufrido por la actora no es físico, psíquico o moral; es un daño al ser y por eso es un daño casi absoluto e irreversible. No es un daño configurado por un acontecimiento, sino que forma parte de un continuum. Tal daño no tiene una fecha o lugar determinado porque es un daño que se porta y se soporta por la ‘descarada osadía’ de instituirse como sujeto autónomo frente a los otros. Tales daños, no destruyen las esperanzas, simplemente impiden que nazcan. En rigor, más que resarcimiento o reparación, lo que se requiere es contención. Ello puede lograrse a través de una actividad estatal que reconozca el daño existencial, las omisiones (antijuridicidad), la relación entre tales omisiones y el daño (relación de causalidad) y que tales omisiones se deben a la falta de la puesta en valor de todos los instrumentos y actos necesarios para contener y lograr la plena autonomía en forma oportuna de la Sra. G. (falta de servicio)”.

“La principal responsabilidad del Estado se sustenta en la mora en contener a la Sra. G., pues su vulnerabilidad es extrema y exige que el demandado preste garantía efectiva a los derechos que se encuentran lesionados. En este momento la tutela jurisdiccional representa la última línea de defensa para transformar la realidad de la actora y dar efectividad a las normas constitucionales y convencionales que la amparan”.

“El daño causado a la Sra. G. ocurrió a lo largo de su vida pues fue interferida violentamente en el proceso de desarrollo de su autonomía y en su deseo de asumir plenamente su género. La actora ha sobrevivido a una matriz que excluye a aquellos sujetos que no se someten a esa normalización y que tienen como castigo el de ser considerados seres abyectos. El mundo de la actora ha sido un mundo inhabitable. Si esto no es un daño, difícilmente otra cosa pueda serlo”.

“El vértice de mayor jerarquía de nuestro sistema jurídico está configurado por las convenciones sobre derechos humanos en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, CN y arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y la Constitución Nacional. El estado local resulta responsable por omisión, en razón de su mora e ineficiencia en poner en valor y dar efectividad a las normas que protegen a la actora. Con mayor precisión, esa omisión consiste en la falta de cumplimiento de normas expresas que tutelan la identidad de género, la igualdad, la autonomía, libertad y dignidad de la persona humana. Eso representa una conducta antijurídica pues la antijuridicidad es toda conducta positiva u omisiva contraria a derecho”.

“Creo conveniente aclarar que la identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (cfr. Principios de Yogyakarta)”.

“La identidad de género, por lo tanto, está relacionada estrechamente con la dignidad, la libertad y la igualdad. La forma habitual de vulnerarla se configura a través de prácticas de estigmatización y discriminación. Esas prácticas, a su vez, lesionan el derecho a la salud, a la educación, a trabajar, etc., debido a la universalidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos”.

“Dejar a un ser humano en estado de pura sobrevivencia configura una nítida falta de servicio porque el Estado está teleológicamente dispuesto para proteger a las personas, su vida y dignidad; si tal protección es negligente por indiferencia o morosidad, el Estado incumple sus fines”.

“Examinada en concreto la situación de la Sra. G., una persona trans habitante de la Ciudad de Buenos Aires, la actividad estatal omitida y los medios con que cuenta la demandada –legislativos, reglamentarios, económicos, etc.– para dar un servicio efectivo, es decir, para tutelar los derechos de las personas trans, cabe concluir el demandado resulta responsable, sobre todo cuando el daño era previsible en atención a la vulnerabilidad del colectivo trans”.

“[C]onsidero un avance, lo prescripto por el artículo 65 del Código Contravencional que penaliza los actos discriminatorios por razones, entre otras, de género. Sin embargo, la norma mantiene una indudable tensión interna con el art. 81 del mismo código, que penaliza la oferta y demanda de sexo en la vía pública pues, en tanto no existan herramientas de inserción plena para los grupos trans, la estigmatización y discriminación conducen muchas veces a que la única salida de supervivencia para ellos sea la prostitución. En esas condiciones, la criminalización de las conductas descriptas en el art. 81 del Código Contravencional resulta paradójal para un estado garante de remover obstáculos de exclusión. Con lo expuesto, entiendo incumplido el mandato constitucional del art. 17 de la CCABA debido a la falta de remoción eficiente y eficaz de los obstáculos que excluyen a la actora para la satisfacción de sus necesidades básicas”.

“El GCBA incumplió obligaciones convencionales y constitucionales por omisión para hacer efectivo los derechos a la vida digna, identidad de género, autonomía y otros derechos fundamentales. Es, además, la falta de progresividad en garantizar la identidad de género de la actora lo que se debe reparar (cfr. art. 2.1. PIDESC). Asimismo, los derechos y garantías que asisten a la actora, rigen aun ante la insuficiencia de su reglamentación (cfr. art. 10, CCABA). El obligado convencional de dar garantía efectiva a los derechos fundamentales es el Estado y ello incluye al Poder Judicial”.

“Más allá –mucho más allá– del nomen iuris, categoría jurídica o constructo deóntico con el que la actora busca justicia, hay un principio básico del derecho que señala que el daño injusto debe repararse. No se trata de una frase ornamental. Esa reparación, aun cuando se establezca mediante una prestación periódica, se afianza en el principio de tutela jurisdiccional efectiva. En casos como el presente, una justicia que sólo declara, no garantiza”.

22. Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 del Distrito Judicial Norte de Tierra del Fuego. “MDC y BD”. Causa N° 22.038. 19/2/2015.

Voces: LGBTIQ. Familia. Adopción. Interés superior del niño. Matrimonio igualitario.

- Hechos

Los actores, un matrimonio conformado por dos personas del mismo sexo, solicitaron que se les otorgara la adopción plena de dos niños hermanos. Los actores manifestaron que cumplían con todos los requisitos legales, entre ellos, el hecho de haberse inscripto en el Registro Único Nacional de Adoptantes; así conocieron a los niños, quienes debían permanecer juntos según la consideración del tribunal. En septiembre de 2013 se les había otorgado la guarda pre-adoptiva de los niños.

- Decisión y argumentos

El Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 del Distrito Judicial Norte de Río Grande, Tierra del Fuego, hizo lugar a lo solicitado y otorgó la adopción plena de los dos niños a los solicitantes.

Para así decidir la jueza sostuvo que "...la adopción, por una parte brinda protección al niño, por otra da hijos a quien no los tiene de su sangre. En el 'sub-judice' se excede el marco de la generalidad para otorgar a un niño a quien la vida ha colocado en circunstancias de desprotección en el marco de una familia constituida, con padres que ya lo han incorporado en sus afectos, restando únicamente reconocerle el status jurídico de hijo que en los hechos ostenta. Se cumple así la regla del art. 321 inc. 'd' del Código Civil".

Asimismo, la magistrada entendió que "...es el interés del niño el que debe primar y es precisamente en protección de tal interés, que se ha estructurado la legislación en la materia bajo estudio, siendo ello un imperativo para que el sentenciante objetivice su tarea extremando el análisis de los recaudos legales del caso, de acuerdo a lo establecido en las reglas de los arts. 321, inc. 'c' y 321 inc. 'i' del Código Civil".

Finalmente, la jueza consideró que "...se encuentra garantizada la protección de los niños dentro del ámbito familiar en el cual se ha instalado de la mejor manera posible [...] El grupo familiar del matrimonio compuesto por L. S. y C. constituye realmente una familia, conformándose entonces el supuesto máximo que contempla la Convención en el aludido art. 20 (art. 321 inc. 'i' del Código Civil)".

23. Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 17 de la CABA. “[BFM](#)”. Causa N° 12.698. 18/12/2014.

Voces: LGBTIQ. Competencia. Acción de amparo. Nacimiento. Inscripción registral. Gestación por sustitución.

• Hechos

Una pareja homosexual solicitó la inscripción de copaternidad registral igualitaria de dos bebés nacidos en México –y que cuentan con partida de nacimiento mexicana– en los términos del art. 85 del Código Civil, con el objetivo de tramitar sus pasaportes como hijos de argentinos nacidos en el exterior y así poder ingresar a la Argentina. El Ministerio Público Fiscal planteó la falta de caso e incompetencia del tribunal. En virtud de ello, el juzgado celebró una audiencia con presencia de las partes, el Ministerio Público Tutelar, representantes del Registro Civil y Capacidad de las Personas y de la Dirección de asuntos consulares como así también del Ministerio de Relaciones Exteriores y representantes de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans. Durante la celebración de la audiencia, el Registro Civil indicó que no tenía ninguna objeción en inscribir la copaternidad atento a lo dispuesto por el artículo 1 de la Resolución N° 38/GCBA/SSJUS/12. La Dirección General de Asuntos Consulares aceptó "...la competencia del [juez local] y se somet[ió] a las resoluciones que tome el tribunal, renunciando a la competencia federal. Ello, atento a las razones de vulnerabilidad de los menores en México y en razón de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la garantía de su interés superior".

• Decisión y argumentos

En la audiencia celebrada, las partes acordaron la inscripción registral de copaternidad de los accionantes respecto de los niños. El GCBA manifestó que "...en virtud de la plena vigencia de la Resolución n° 38/SSJU/2012 en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se reconoce el derecho a la comaternidad y copaternidad registral en igualdad de condiciones en los términos del art. 42 de la ley nacional n° 26.618 y el derecho a la no discriminación [...] a tal efecto resulta primordial directriz el interés superior del niño previsto por los artículos 3 de la ley n° 26.061 y el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño [y que] corresponde en tal sentido que el GCBA reconozca como integrante del acto registral el derecho a la identidad a la familia y la protección integral del niño".

Por su parte, los accionantes sostuvieron que "...la co-maternidad y co-paternidad registral igualitaria implica el pleno ejercicio del derecho a la no discriminación contemplada en la Constitución Argentina, [i]nstrumentos [i]nternacional[es] sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, art. 42 de la ley n° 26.618, Resolución n° 38/SSJU/2012, como así también, implica el resguardo del interés superior del niño y la protección integral de la familia sobre la base de la voluntad procreacional fundada en el amor filial y derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y del instituto de la gestación por sustitución (maternidad subrogada) en los términos expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso [Artavia Murillo y otros \('fecundación in Vitro'\) vs. Costa Rica](#)".

Luego de la audiencia, el juez resolvió rechazar el planteo de incompetencia en virtud de lo dispuesto "...por la Cámara de Apelaciones del fuero in re 'MMC y otros c. GCBA', Expte. N° 40829-0, sentencia del 25/11/2014". En consecuencia, el magistrado entendió inoficioso expedirse respecto del planteo de falta de caso. Por último, el juez dictó una medida cautelar a fin de poner en conocimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto lo resuelto y le ordenó que expida los pasaportes transitorios de los niños para que puedan ingresar a la Argentina.

24. Juzgado Civil, Comercial y de Familia N° 2 de Río Cuarto. “OMB”. Causa N° 499.744. 18/12/2014.

Voces: LGBTIQ. Familia. Adopción. Identidad de género.

- Hechos

En el caso, la familia de origen del niño AD y la niña EA estaba conformada por su padre biológico (fallecido al momento de la sentencia) y su madre. En relación con este grupo familiar, hubo diversas intervenciones de instituciones públicas con motivo de situaciones de violencia familiar. La abuela paterna de los niños no se encontraba en condiciones de hacerse cargo de su crianza. En este contexto, los niños permanecían durante semanas bajo el cuidado de PFO, una persona del pueblo Holmberg (Río Cuarto) conocida como MB. En el año 2009, el juzgado interviniente le otorgó a PFO la guarda de los niños, con el consentimiento de éstos últimos quienes, en ejercicio del derecho a ser oídos, habían manifestado ante el juez su deseo de vivir con su guardadora. En el año 2010, PFO solicitó la adopción plena de los niños. Luego, en el año 2012, se presentó con una nueva identidad de género como MBO que adquirió bajo el amparo de la ley N° 26.743.

- Decisión y argumentos

El juez de grado otorgó la adopción plena de los niños a MBO.

Para así decidir, el tribunal consideró que “[l]a citada ley [26.743] consagra en su artículo primero el Derecho de toda persona a la identidad de género, a su reconocimiento y al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; lo que importa ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada. En su virtud, la pretensa adoptante solicitó ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas la rectificación registral del sexo, y el cambio de su nombre de pila, de sexo masculino y prenombre P. F., que no coincidían con su identidad de género autopercebida, paso a tener sexo femenino y un nuevo prenombre [MB]. Bajo el amparo de la citada ley es que P. F. O. hoy es [MBO] y puede vivir de acuerdo a la categoría género de conformidad a su vivencia interna e individual, lo que de ningún modo entiendo resulta perturbador para los niños, sino que, por el contrario, reconocerán en la adoptante los atributos que se corresponde con el género por ella vivenciado”.

En cuanto a la adopción, el magistrado sostuvo que “...la doctrina de la ‘protección integral de los niños’ que se concreta mediante la promoción del ‘interés superior del niño’, como principio rector guía de todas las medidas relativas a los menores, estimo [...] que [MBO] ha manifestado en hechos su vocación irrefutable de ser madre, otorgándoles a los niños la contención necesaria para que crezcan en el marco de una familia, que se ha convertido en el lugar óptimo y natural para su desarrollo psicosocial y emocional, cumplimentando con la función de educación, vigilancia, corrección, garantizándoles el conocimiento de su propia identidad, el respeto y fortalecimiento de su autoestima, su crecimiento e inserción laboral”.

25. Tribunal en lo Criminal N° 4, La Plata. “NVA”. Causa N° 4892. 18/6/2014

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. TRHA. Acción de amparo. Matrimonio igualitario. Derecho a la salud. Obra social.

- Hechos

Un matrimonio de dos mujeres con problemas de fertilidad –una de ellas, tenía antecedente de histerectomía y, la otra, ooforectomía y salpingectomía– requirió a su obra social la cobertura de fertilización *in vitro* de alta complejidad con donación ovocitaria y espermatozoides. La obra social denegó la prestación. A tal fin, argumentó que la práctica solicitada no encuadraba en la normativa vigente. En consecuencia, las actoras iniciaron una acción de amparo.

- Decisión y argumentos

El Tribunal en lo Criminal N° 4 de La Plata hizo lugar a la acción y ordenó al accionado que otorgue la cobertura del tratamiento en su integridad y, mientras tanto, se mantuviera la prescripción de atención médica (voto del juez Caputo Tártara al que adhirieron los jueces Alegre y Bruni).

“Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero, donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno. Por fin, con criterio diverso, con alcance minoritario, para otras corrientes de doctrina, la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso”.

“La Ley 26618 de Matrimonio Igualitario, data de Julio de 2010; L. L. Pcia. Bs. As. 14.208, su Dec. Reg. 2980 y Res. Ioma 8538, datan de Diciembre 2010/Enero 2011, cuando la Pcia. de Bs. As. decidió legislar sobre Reconocimiento de la Infertilidad Humana como enfermedad. Reconocimiento de la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización asistida (Ley y Dec. Citados); y el I.O.MA. dicta la Resolución 8533, aprobando las modalidades de implementación de la cobertura de Fertilización Asistida, así como los alcances, criterios de inclusión y requisitos para los afiliados aspirantes a la prestación, sobre la base de dicha legislación provincial, se hallaba en plena vigencia la Ley 26618 de Matrimonio Igualitario, Sancionada: Julio 15, de 2010 y Promulgada: Julio 21, de 2010. De lo que cabe inferir que el legislador provincial y el Instituto (IOMA) que dicta su Resolución ad hoc, excluyeron deliberada y discriminatoriamente a los supuestos de Matrimonio Igualitario, negándoles la posibilidad de cobertura de fertilización asistida. En efecto. No otra cosa cabe suponer de la normativa emergente de dicho conjunto de disposiciones...”.

“[E]l marco dispositivo legal resulta ser un insalvable obstáculo para las actoras del sub lite, por su natural e intrínseco carácter de integrantes de un matrimonio igualitario constituido por dos femeninas, de donde surge claramente la imposibilidad de una fertilización heteróloga a la vez que la utilización de gametas propias de cada integrante de la pareja; lo cual –y como lo vengo anunciando– constituye una flagrante discriminación de la normativa legal de este Estado provincial para con un matrimonio igualitario de los regulados por la Ley 26618...”.

“Como clara e inequívocamente se advierte, de lo que vengo expresando, con más lo consignado en este último tramo con transcripción de disposiciones legales y/o reglamentarias [...] la ‘legalidad’ de la Pcia. de Buenos Aires sobre el punto, es discriminatoria, para casos como el de las actrices sub lite, a la vez que violatorio de la diversa normativa ut supra citada y comentada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, violatoria de la igualdad ante la Ley, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en especial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conforme Normas ut supra citadas, en algunos casos, coincidentes con mandatos de la Constitución Nacional y de la Pcia. de Bs. As”.

“Clara e inequívocamente se observa en lo consignado, la protección total que hace el sistema todo de los Derechos Humanos, hacia la discriminación en razón de la orientación sexual. Como he dicho –y cabe reiterarlo una vez más con remisión al detalle vertido ut supra para abreviar– la legislación provincial en cuya base se apoya el IOMA para denegar el beneficio peticionado por las afiliadas actrices del sub lite, es abiertamente discriminatorio toda vez que imposibilita desde toda óptica a las amparistas, a gozar del beneficio de la fecundación in vitro, para así, aspirar al logro del objetivo de procrear en el seno del matrimonio igualitario legalmente formado por las aquí peticionantes, a los fines de la completa integración de la familia, buscando con la tecnología actual afrontar y vencer la enfermedad que aqueja a una de las actrices del sub lite, la Sra. V. A. N., derechos humanos estos todos amparados por la Legalidad Convencional, a la que adscribió nuestro país (sin reservas, en lo puntual) según se vio, desde 1984/1994”.

“Con el referido alcance, es del caso señalar que con la misma [Ley Nacional 26862], se incorporan como prestaciones obligatorias, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de Reproducción Médicamente Asistida, los cuales incluyen: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante. Incluye en el PMO (Programa Médico Obligatorio) de estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo (art. 8). Sin perjuicio que como en todos los casos ocurre la reglamentación fija los plazos para la adecuación; de criterios de priorización; determinación de limitaciones en función de edades (máximas o mínimas) para su acceso; cantidad total de tratamientos por persona; y cualquier otra modalidades de cobertura en orden a la complejidad, de acuerdo a los estándares médicos vigentes. Empero, resulta significativamente importante destacar que el texto legal establece que no se podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios”.

“Hasta la sanción de la Ley n° 26862, se ha transitado un largo camino, signado por proyectos de Leyes en la materia que oscilaron entre las prohibiciones y las restricciones hasta llegar –no sin dificultades, por cierto– a un criterio más amplio del derecho de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida apuntadas a toda la población. En tal sentido cabe mencionar a las Leyes provinciales, que comenzaron a abrir paso al reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad, con diferentes restricciones en relación a la cantidad total de tratamientos, tipo de cobertura y edad de las mujeres que se someterían a ellos. Entre otras, podemos citar el aquí criticado régimen instaurado por la ya comentada Ley n° 14208 (y demás normativa complementaria) de la provincia de Buenos Aires; asimismo es del caso citar también Ley n° 4557 de Río Negro, Ley n° 9695 de Córdoba, Ley n° 2258 de Neuquén, Ley n° 3225 de Santa Cruz, etc”.

“Lo expuesto podría decirse de lege ferenda, empero, hoy la doctrina y jurisprudencia es unánime, ora en la aplicación self executing de la normativa convencional (a fortiori de este trascendencia), ora en la posibilidad de aplicar en nuestra jurisdicción una Ley Nacional que aborda igual derecho que la provincial, y lo hace con un alcance o cobertura mayor o superior”.

“[A] los fines de conceder la petición de las actoras, se lo hace sobre la base –conforme todo lo ut supra expuesto– de la Ley Nacional 26.862, que se declara ad hoc plenamente aplicable al sub lite. Se impone pues hacer lugar a la acción incoada por las actoras, ordenando al Instituto Obra Medico Asistencial, arbitre los medios y tome todos los recaudos a que hubiere lugar, para satisfacer los gastos y costos que insuma la fecundación in vitro requerida, utilizándose en este caso según proceda, gametos masculinos (absolutamente indispensables en el caso) y femeninos para el eventual logro de una concepción segura”.

26. Juzgado Correccional N° 4, Mar del Plata. “PRL”. Causa N° 771. 10/4/2008.

Voces: LGBTIQ. Derecho a la identidad. Igualdad. No discriminación. Acción de amparo. Consentimiento informado. Nombre. Identidad de género.

- Hechos

Una persona trans inició una acción de amparo tendiente a obtener una autorización judicial para una intervención quirúrgica femeneizante y la modificación de sus datos registrales tanto en su partida de nacimiento, DNI y cédula de identidad, con la asignación del prenombre “T”.

- Decisión y argumentos

El Juzgado Correccional N° 4 de Mar del Plata, hizo lugar a la acción de amparo.

“La coincidencia por parte de quien suscribe con las ‘líneas aperturistas’ que se manifiestan tanto en el campo de la Bioética como en el mundo jurídico, no implica desconocer la ocasional presentación de efectos negativos en los casos de ‘reasignación sexual’, en personas transexuales, especialmente cuando median intervenciones quirúrgicas, sino que tal concordancia reconoce su fundamentación principalmente en los siguientes aspectos: a) en toda decisión en esta materia –como en toda otra cuestión relacionada con la salud de las personas–, debe efectuarse una prudente ponderación de los riesgos previsibles al igual que de los beneficios esperables. En ese orden, en la bibliografía científica a mi juicio actualmente más autorizada, en general se entiende que prevalecen los beneficios esperables respecto de potenciales riesgos; b) en dicho contexto, en nuestra filosofía constitucional, debe evitar el órgano jurisdiccional incurrir en decisiones ‘paternalistas’, que de hecho pueden afectar severamente o incluso cercenar los principios constitucionales que hacen al respeto a la dignidad humana y a la autonomía personal”.

“[A]dmittiendo que en las decisiones vinculadas a los fenómenos de la transexualidad pueden potencialmente presentarse efectos negativos no deseados, tratándose de un ámbito de reserva, protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional (conductas autorreferentes), la decisión en conciencia, luego de una serena y prolongada reflexión y disponiendo de toda la información interdisciplinaria hoy existente, compete en última instancia a la propia persona transexual”.

“Que es criterio reiterado del Juzgado a mi cargo (aunque con distintas denominaciones según los diversos períodos, debido a sucesivas reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia) -expresado en diversas sentencias firmes- que ante la petición por parte de una persona transexual respecto de la autorización judicial para la realización de una intervención quirúrgica femeneizante y la correspondiente rectificación de documentación personal, acreditado debidamente la existencia de un caso de transexualidad, sobre la base de evaluaciones científicas multi e interdisciplinarias –y siempre en la medida que la persona amparista se encuentre en condiciones de brindar un adecuado consentimiento informado, libre y esclarecido– corresponde hacer lugar a la petición que motivara el inicio de las actuaciones”.

“La persona es única e idéntica sólo a sí misma. La libertad permite a cada uno elaborar intransferiblemente su propio proyecto de vida, su existencia. La identidad personal, entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real”.

“La petición de cambio de nombre legal (en realidad prenombre) constituye aquí una consecuencia directa y necesaria de la reasignación de sexo a causa de la disforia de género debidamente comprobada en la causa. En verdad, no se trataría en última instancia de un cambio de nombre en el plano existencial, sino del reconocimiento desde la perspectiva jurídica de un nombre (‘T.’) que ya le pertenece a la amparista no sólo desde su propia perspectiva existencial, sino que forma parte de su identidad personal en un plano más amplio de las relaciones de familia, e incluso en la esfera de las relaciones interpersonales cotidiana. Si el Derecho, y los órganos jurisdiccionales, no pueden – ni menos aún deben ser fugitivos de la realidad, la consecuencia necesaria será aquí que el orden jurídico y el acto jurisdiccional –la sentencia– deben reconocer esa realidad en el sentido que el nombre que en este caso se identifica con la persona de la amparista es ‘T.’, y no P. R. (su nombre ‘legal’ hasta el momento) que debe entonces necesariamente ser sustituido por su nombre real”.

“[L]a realidad nos indica que hoy la amparista ‘T.’ es y debe ser considerada como perteneciente al género femenino, y el derecho no puede y debe desconocer esa inequívoca realidad social. Es por ello que supeditar la sentencia de reasignación sexual, sustitución de sus ‘prenombres legales’ por el nombre con el cual desde hace muchos años la solicitante se identifica, y es reconocida en su medio, a la previa realización de una intervención quirúrgica, que queda ciertamente prevista pero en un tiempo futuro, 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”.

Con fecha 9/5/2012 se sancionó la ley 26.743 de Identidad de género, cuyo artículo 9 establece: “Confidencialidad. Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos. Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la Ley 18.248”.

Capítulo III

Jurisprudencia Americana

1. Corte Suprema de Chile, Sala 4. “Gonzalez Pino, Alejandra”. Causa N° 922-2014. 19/12/2017.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Actos discriminatorios. Derecho al honor.

• Hechos

La alcaldesa de la comuna de Lampa (Chile) se refería a una concejala transgénero por su nombre legal y realizaba burlas respecto a su identidad de género en las reuniones del concejo municipal. Por este motivo, la concejala presentó una demanda y se agravió por los actos de hostigamiento perpetrados por la funcionaria pública con la finalidad de discriminarla en razón de su identidad de género. La demanda fue rechazada en primera instancia. Luego, esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. Entonces, la accionante interpuso un recurso ante la Corte Suprema de Chile.

• Decisión y argumentos

La Corte Suprema de Chile hizo lugar al recurso, revocó la resolución impugnada, declaró que la demandada había incurrido en un acto discriminatorio y ordenó el trato a la concejala acorde a su identidad de género.

“[C]on la prueba documental rendida precisamente por la parte demandada [...] [da] cuenta que su aspecto físico es la de mujer, pues se maquilla y viste como tal, se debe tener por acreditada esa circunstancia, con ello, que en esa condición se desenvuelve en la sociedad; apariencia conforme a la cual también se presenta y participa en la sesiones llevadas a cabo en el concejo municipal.”.

“El artículo 1 de la Constitución Política de la República [de Chile] establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y el de identidad es uno personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición social, por lo tanto, está íntimamente vinculado a la dignidad humana, la inferencia lógica es que debe ser considerado entre aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que se refiere el inciso 2° del artículo 5 de la misma, que, conforme a su tenor, se erigen como límite al ejercicio de la soberanía, imponiendo a los órganos del Estado respetarlos y promoverlos. Además, como el artículo 19, números 1 y 2, asegura a todas las personas el derecho a la integridad psíquica y la igualdad ante la ley, que resultarán conculcados si no se respeta el derecho a la identidad, pues el fuero interno de la agraviada experimentará sentimientos de aflicción, generando una suerte de discriminación a su respecto, se debe concluir que el referido derecho se encuentra protegido constitucionalmente, con ello, el colectivo formado por personas lesbianas, gays, bisexuales, trans (que comprende travestis, transexuales y transgéneros) e intersexuales. [...] [S]i con motivo de su identidad de género experimentan una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que les cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales señalados, corresponde entender que se configura un acto de discriminación arbitraria, atendido los términos del artículo 2 de la Ley N° 20.609 [de Antidiscriminación].”.

“En los términos del Mensaje de la Ley N° 20.609, de una diferenciación sobre la base de una particularidad, su identidad de género, con la finalidad de afectar su dignidad como persona y que carece de justificación razonable, pues no puede ser considerado como tal que haya postulado con su nombre legal al cargo de representación popular que actualmente desempeña, pues no tenía otra opción conforme a la legislación electoral; tampoco que no se haya sometido a una intervención quirúrgica para adecuar de manera definitiva su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, emocional, espiritual y social, menos que no haya recurrido al procedimiento que le permitiría cambiar su nombre, porque no hay norma legal que la obligue a adoptar dichas decisiones, por lo que se encuentra sometido a su libre albedrío”.

“[E]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la exigencia de someterse a intervenciones quirúrgicas o tratamiento esterilizador, como requisito para reconocer la identidad de género, viola el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Caso [AP, Garçon y Nicot v. Francia](#))”.

2. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. “Obergefell v. Hodges”. 26/6/2015.

Voces: LGBTIQ. Matrimonio. Igualdad. No discriminación. Orientación sexual.

- Hechos

Un grupo de parejas homosexuales presentaron distintas demandas ante los tribunales federales de sus Estados de origen, en los Estados Unidos. En estas presentaciones se alegaba que los funcionarios estatales violaban la Decimocuarta Enmienda –que, entre otros aspectos, alude al debido proceso y a la protección igualitaria– al negarles el derecho a casarse o desconocer los matrimonios realizados en otros Estados. Cada tribunal de distrito (Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee) falló a favor de los peticionarios. Sin embargo, el tribunal del Sexto Circuito revocó las sentencias. Los demandantes presentaron un recurso de revisión judicial ante la Corte Suprema para que considerara si la negativa de Ohio a reconocer el matrimonio celebrado en otras jurisdicciones violaba la decimocuarta enmienda. La Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser prohibido por la legislación estatal. Asimismo, estableció que los matrimonios celebrados en esos términos deben considerarse válidos en todos los estados y celebrarse en todo el país.

- Decisión y argumentos

La mayoría de la Corte Suprema sostuvo que había cuatro principios y tradiciones que demostraban que las razones para entender que el matrimonio era fundamental en la Constitución y se aplicaban con igual fuerza a las parejas heterosexuales que a las del mismo sexo:

“La primera premisa de manifiesto en los precedentes relevantes de esta Corte es que el derecho a la elección personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de la autonomía individual. Esta conexión permanente entre el matrimonio y la libertad es la razón por la cual la prohibición del matrimonio interracial fue invalidado en *Loving* bajo la cláusula del debido proceso. [...] Un segundo principio en la jurisprudencia de esta Corte es que el derecho a contraer matrimonio es fundamental, ya que apoya la unión de dos personas como ninguna otra por su importancia para las personas comprometidas. La asociación íntima protegida por este derecho fue fundamental en *Griswold v. Connecticut*, que sostuvo que la Constitución protege el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos”.

Del mismo modo, el tribunal explicó que “[l]as parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho que las parejas de distinto sexo para disfrutar de asociación íntima, un derecho que se extiende más allá de la mera ausencia de leyes que califican como delito penal las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo [Cfr. *Lawrence v. Texas*]”.

Por otro lado, la Corte Suprema estadounidense agregó que “...el derecho a contraer matrimonio [...] protege a niños y familias y por lo tanto otorga significado adicional a los derechos conexos de crianza de los hijos, la procreación y la educación. Sin el reconocimiento, la estabilidad y la previsibilidad que ofrece el matrimonio, los niños sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera, inferiores. También sufren los costos significativos de ser criados por padres solteros, relegados a una vida familiar más difícil e incierta. Las leyes sobre el matrimonio cuestionadas en estos casos dañan y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo”.

Sin embargo, el tribunal aclaró que “[e]sto no quiere decir que el derecho a contraer matrimonio es menos significativo para quienes no tienen o no pueden tener hijos”.

3. Corte Constitucional de Colombia. “T-063/15”. 13/2/2015.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Identidad de género. Nombre. Vulnerabilidad.

- Hechos

Una persona trans se practicó una cirugía de reafirmación de sexo y, con posterioridad, acudió a la Notaría Doce del Círculo Notarial de Medellín con el fin de realizar el cambio de nombre y de sexo en su registro civil de nacimiento y demás documentos de identidad. La Notaría admitió el cambio de nombre pero no el cambio de sexo. En consecuencia, la actora presentó una acción de tutela con el propósito de que se le protejan sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y la personalidad jurídica. El tribunal de primera instancia declaró improcedente el amparo.

- Decisión y argumentos

La Corte Constitucional de Colombia —con voto de la mayoría compuesta por los jueces Calle Correa y Cuervo— revocó la sentencia y ordenó a la demandada a que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de la providencia, por medio de escritura pública, protocolizara el cambio de nombre y la corrección del sexo que constaba en el registro civil de nacimiento de la accionante, de modo tal que coincidiera con el nombre y el sexo con el que ella se identificaba.

“El derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se identifica con el derecho a que tales definiciones se correspondan con los datos de identificación consignados en el registro civil. Este último se encuentra protegido por el artículo 14 de la Constitución Política, que consagra el derecho de todos los individuos al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esta garantía está igualmente reconocida en algunos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ambos contextos, se impone el respeto que tanto el Estado como la sociedad deben guardar en relación con las notas distintivas del carácter de cada persona. Sobre el alcance de este derecho, en la sentencia T-090 de 1995 esta Corporación admitió la relación que existe entre el derecho constitucional al reconocimiento de la personalidad jurídica y los atributos jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan [...]. En este orden de ideas, el artículo 14 constitucional protege el derecho de todo individuo a que los atributos de la personalidad jurídica plasmados en el registro civil y otros documentos de identificación efectivamente se correspondan con las definiciones identitarias de las personas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas, lo que resulta de particular relevancia para el caso de las identidades en tránsito. En todo caso, los atributos de la personalidad son aquellas propiedades o características de identidad propias de las personas físicas o jurídicas en tanto que titulares de derechos. La integran el nombre, la capacidad de goce, el domicilio, el patrimonio y el estado civil”.

“[E]l derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos consignados en el registro civil correspondan a su definición identitaria, se encuentra constitucionalmente protegido por las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14 CP), y el respeto de la dignidad humana en las tres manifestaciones antes identificadas: (i) derecho a vivir como uno quiere; (ii) derecho a vivir bien; (iii) derecho a vivir sin humillaciones. En el presente caso se ven concernidas las tres dimensiones, especialmente la primera y la tercera, en tanto la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal (del derecho a vivir como uno quiere), lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás (derecho a vivir sin humillaciones) y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una vida digna (derecho a vivir bien)”.

“Hasta hace aproximadamente dos décadas, el sexo era comprendido como un atributo vinculado exclusivamente a las características biológicas de una persona al momento de su nacimiento y, por lo tanto, un dato inmodificable. En otras palabras, el sexo de una persona como femenino o masculino, estaba determinado por los órganos genitales con los que se nacía. Esto es, la asignación por la naturaleza o denominada también asignación por nacimiento. Sin embargo, la visibilización de las personas intersexuales y las personas transgénero, así como una mayor definición de los derechos a la libre orientación sexual y la libre identidad de género, han transformado esta concepción. Con estos nuevos elementos, en la actualidad, diversos actores e instrumentos dentro del derecho internacional de los derechos humanos y las legislaciones de otros países han avanzado hacia una comprensión nueva sobre la identidad de género como un derecho fundamental. Muchos de ellos, han admitido la importancia de reconocer el sexo como parte de una construcción identitaria que surge como consecuencia de una decisión libre y autónoma del individuo no sujeta entonces a la genitalidad. Así, una persona con genitales masculinos válidamente puede construir su identidad dentro del género femenino”.

“Con fundamento en el derecho a la autodeterminación sexual, en la actualidad se reconocen diversas identidades de género, entendidas como vivencias de la persona humana que suponen la elección de una opción de vida respetable y válida, merced a los derechos de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Por ende, quien decide asumirla, es titular, de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricción por el simple hecho de que el conglomerado social por miedos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables, no compartan específicos y singulares estilos de vida”.

“[L]a comunidad trans forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos, sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socio económica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen. Dentro del sector LGBT es justamente la población transgénero la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos, y constituyen las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT. Por lo anterior, esta Corporación ha señalado que se trata de una población en condiciones de debilidad manifiesta y en esa medida gozan de especial protección constitucional”.

“A este respecto la Sala advierte que, una vez superada la concepción de la identidad sexual como un atributo ‘objetivo’ que viene determinado por la genitalidad, y entendida aquella como una adscripción que cada persona efectúa de manera autónoma y que sólo corresponde a las autoridades estatales y al resto de la sociedad reconocer y respetar, prima facie no resulta razonable establecer un trato diferenciado entre personas cisgénero y transgénero que pretenden la corrección del sexo consignado en el registro civil. Bajo esta perspectiva, el dato que se inscribe en el registro civil de nacimiento corresponde a la asignación de sexo efectuada al nacer por otras personas (hétero asignación), generalmente los padres, y suele hacerse con base en la observación de los genitales; es así como, en el caso de niños que nacen con indefinición genital, ante la necesidad de consignar un sexo en el registro, este se lleva a cabo con fundamento en la expectativa de sexo que tienen los padres. No puede entenderse, por tanto, que tal asignación, y su respectivo registro, corresponda a algo así como el ‘verdadero’ sexo de la persona, sino al que les fue asignado por otros para efectos civiles. En el caso de las personas cisgénero, el sexo asignado al nacer e inscrito en el registro, a la postre se corresponde con la identidad sexual que aquellas asumen de manera autónoma a lo largo de su vida. Frente a las personas transgénero, la asignación identitaria efectuada por terceros difiere de la que de manera autónoma aquellas desarrollan a lo largo de su proceso de formación, razón por la cual se ven sometidas a mayores obstáculos para lograr el reconocimiento y respeto de su identidad”.

“Así las cosas, aunque de manera coloquial suele afirmarse que las personas transgénero experimentan un ‘cambio de sexo’, lo que ocurre en estos casos es que existe una discrepancia entre la hétero asignación efectuada al momento del nacimiento y consignada en el registro, y la auto definición identitaria que lleva a cabo el sujeto. En ese orden de ideas, de la misma forma en que la intervención quirúrgica se realiza para ajustar las características corporales de una persona a la identidad sexual asumida por esta no es propiamente una operación de ‘cambio de sexo’, sino de ‘reafirmación sexual quirúrgica’, la modificación de los datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil”.

4. Supremo Tribunal Federal de Brasil. “Acción Directa de Inconstitucionalidad N° 4277”. 5/5/2011.

Voces: LGBTIQ. Trabajo. Familia. Matrimonio igualitario. Igualdad. No discriminación.

- Hechos

En virtud del Estatuto de los Empleados Públicos del Estado de Río de Janeiro las parejas del mismo sexo no podían acceder a los mismos beneficios y derechos previstos para las parejas heterosexuales. Asimismo, el artículo 1723 del Código Civil brasileiro establecía que “[e]s reconocida como entidad familiar la unión estable entre hombre y mujer, de conocimiento público, continua y duradera y establecida con el objeto de constituir una familia”. En consecuencia, la Procuraduría General de la República y el Gobierno de Río de Janeiro presentaron una acción Directa de Inconstitucionalidad y una de Argumentación de Descubrimiento de Precepto Fundamental en las que se planteó si era posible equiparar la unión entre personas del mismo sexo a la entidad familiar prevista en el artículo 1723 del Código Civil.

- Decisión y argumentos

El Supremo Tribunal Federal declaró procedente las dos acciones para dar al artículo 1723 del Código Civil una interpretación conforme a la Constitución Federal y reconoció la unión estable para parejas del mismo sexo. En ese sentido, concluyó que una interpretación conforme la Constitución Federal debía excluir “cualquier significado que impida el reconocimiento de una unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo como ‘entidad familiar’ entendida como sinónimo perfecto de ‘familia’”.

Para llegar a tal conclusión, el Supremo Tribunal tuvo en cuenta que “...en el caso de la acción propuesta por el Gobernador del Estado de Río de Janeiro, tal unidad federada sólo se puede reconocer y efectivizar los derechos de sus servidores si trabaja con elementos conceptuales que ya se encuentran positivados en la Constitución y en el Código Civil, en ese orden. Es como decir: la correcta aplicación de las normas estatales inherentes a la unión duradera entre personas del mismo sexo, reclama para su concretización, la incidencia de institutos de Derecho Constitucional y Derecho Civil, como, verbi gratia, los institutos de familia, del casamiento, de la unión estable y de la adopción”.

“[M]e valgo en el presente voto para dar cuenta, ya sea un enlace por amor, por afecto, por intenso cariño entre personas del mismo sexo, ya sea por atracción física entre esos mismos pares de seres humanos. Unión, se aclara, con una perdurabilidad suficiente para constituir un nuevo un nuevo núcleo doméstico, tan socialmente ostensivo en su existencia como dirigido a la expansión de sus fronteras temporales. Luego, un vínculo de carácter privado, pero sin el sesgo del propósito comercial, económico, o de cualquier forma patrimonial, porque no se trata de una mera sociedad de hecho o de una interesada asociación mercantil. Se trata de una unión esencialmente afectiva o amorosa, implica un navegar voluntario por un río sin márgenes fijas y sin otra desembocadura que no sea una confiada entrega de un corazón abierto a otro. No comprender esto, tal vez comprometa de modo irremediable la capacidad de interpretar los institutos jurídicos invocados...” (voto del ministro Ayres Britto).

“[E]l sexo de las personas, salvo expresa disposición constitucional en contrario, no se presta como factor de desigualdad jurídica. Es como decir: lo que se tiene en el dispositivo constitucional aquí reproducido en nota de pie (inciso IV del artículo 3º) y la explícita prohibición de tratamiento discriminatorio o prejuicioso en razón del sexo de los seres humanos. Trato discriminatorio o desigualitario sin causa, que si es intentado por el común de las personas o por el propio Estado, pasa a chocar frontalmente con el objetivo constitucional de ‘promover el bien de todos’” (voto del ministro Ayres Britto).

“Porque prohibir la discriminación en razón del sexo (como hace el inciso III del artículo 1º de nuestra Constitución Republicana) es proteger al hombre y a la mujer como un todo psicosomático y espiritual que abarca la dimensión sexual de cada uno de ellos. Por consiguiente, se trata de protección constitucional que hace de la libre disposición de la sexualidad del individuo un instituto jurídico autónomo. Un tipo de libertad que es, en sí y por sí mismo, un auténtico bien de personalidad. Un dato elemental de la criatura humana en su intrínseca dignidad de universo aparte. Algo ya transpuesto o catapultado hacia la inviolable esfera de la autonomía de voluntad del individuo, en la medida en que sentido y practicado como elemento de la compostura anímica y psicofísica (se repite) del ser humano en busca de su plenitud existencial” (voto del ministro Ayres Britto).

“[E]l acto de constitución de la unión homoafectiva existe, ocurre y genera efectos jurídicamente relevantes, que, por lo tanto merecen tratamiento por el derecho. [...] Se trata entonces, de indicar cuál es el tratamiento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adecuado, a la unión homoafectiva, o mejor, si a éstas se debe extender el tratamiento jurídico dado a la unión estable entre hombre y mujer” (voto del ministro Luiz Fux).

“[E]l tema revuelve prejuicios aún muy diseminados y arraigados en la sociedad brasileña. Independientemente del resultado de este juicio, su repercusión social será inmensa y son, en buena parte, imprevisibles sus consecuencias. Pero así será cada vez que las libertades esenciales de los individuos –en especial los vinculados a su identidad– sean objetivo de amenazas del Estado o de los particulares y el Tribunal Supremo Federal, como guardián de la Constitución, sea convocado para asegurar la protección de los derechos fundamentales” (voto del ministro Luiz Fux).

“Particularmente en los casos en que se trata de derechos de minorías y que incumbe la Corte Constitucional operar como instancia contramayoritaria, en resguardo de los derechos fundamentales plasmados en la Carta Magna frente a la acción de la mayoría o, como en el caso en discusión, para imponer la acción del Poder Público en la promoción de esos derechos” (voto del ministro Luiz Fux).

5. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. “Amparo directo 6/2008”. 6/1/2009.

Voces: LGBTIQ. Igualdad. No discriminación. Orientación sexual. Registro civil. Nombre.

- *Hechos*

Una persona trans realizó un juicio de rectificación de acta y demandó al director del Registro Civil del Distrito Federal a los fines de la rectificación de su nombre y sexo, en virtud del diagnóstico de un estado intersexual denominado “seudohermafroditismo femenino”, consecuencia de una deficiencia enzimática y virilización de órganos sexuales externos, y haber sido sometida, primero, a un tratamiento hormonal inducido o tratamiento de asignación hormonal feminizante, toda vez que su aspecto físico, psicológico y social era el de una mujer. Además, solicitó que se elaborara una nueva acta sin dejar constancia de aquella situación. El tribunal de primera instancia hizo lugar parcialmente a la acción y concedió el cambio de nombre y sexo con anotación marginal en la partida.

- *Decisión y argumentos*

La Suprema Corte de Justicia de México, en pleno y por unanimidad, hizo lugar al recurso y ordenó la remisión de la sentencia al tribunal de inferior instancia para que se expidiera nuevamente.

“Las personas transexuales actúan socialmente desde el género deseado, a fin de encontrar correspondencia con su sentir, es decir, la persona transexual se manifiesta dentro de su ámbito social, tal como se siente, lo que la lleva a reasignarse un género y un sexo personal distinto al determinado morfológicamente. Éste no es un proceso sencillo para la persona; por el contrario, suele ser dramático, pues siente un gran sufrimiento en todos los ámbitos de su vida, en tanto vive un continuo malestar psicológico y emocional, derivado del conflicto interno entre su identidad sexual y el sexo que le ha sido determinado al nacer, de acuerdo con su aspecto meramente biológico o morfológico. Son personas que, sin presentar características anatómico-funcionales anormales (estados intersexuales), sienten un profundo malestar respecto a su sexo biológico; sienten que están ‘atrapados’ en un cuerpo extraño que no coincide con la vivencia psicológica, ni la representación mental que tienen de sí mismos, por lo que desean deshacerse de ese cuerpo y tener el del sexo con el que se identifican. La persona transexual desea ser reconocida y tratada socialmente como miembro del otro sexo”.

“[E]s importante distinguir entre ‘estados intersexuales’ y personas transexuales, ya que, en el caso, el quejoso fue objeto de diagnóstico en ambos supuestos. De esta forma, a diferencia de la persona transexual, cuyas características ya explicamos con antelación, el estado intersexual o intersexualidad se presenta cuando un elemento objetivo cromosómico es imperfecto y se manifiesta de las siguientes formas: a) Una inicial ambigüedad anatómica que hace difícil la asignación al recién nacido de uno de los dos sexos, masculino-femenino; y, b) El individuo no presenta al nacer ambigüedad y es por ello que se le asigna un determinado sexo, pero posteriormente evoluciona anatómico-genitalmente hacia el otro sexo. Como observamos, mientras, en el sujeto transexual, no se presenta una composición cromosómica y anatómico-genital anormal, sino que, durante el desarrollo de la persona, su sentir psicológico hace que se perciba como perteneciente a un sexo distinto del biológico; en los estados intersexuales, sí se presenta una condición cromosómica y anatómico-genital que lleva a que la persona presente, sea desde el nacimiento, o bien, durante su desarrollo, características de ambos sexos, que le demanden decidirse por uno de ellos. Estos estados intersexuales se dividen en hermafroditismo (persona con tejido testicular y ovárico en sus gónadas, lo cual origina anomalías somáticas que dan la apariencia de reunir ambos sexos) y pseudohermafroditismo (persona que tiene la apariencia, más o menos completa del sexo contrario, conservando la gónada de su sexo verdadero). Este último se divide, a su vez, en masculino (persona que tiene tejido testicular y apariencia de mujer) y femenino (persona que tiene tejido ovárico y apariencia de varón)”.

“[S]e implica el derecho a la identidad sexual, pues cada individuo se proyecta frente a sí mismo y, de ahí, frente a la sociedad, también desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a su orientación sexual, esto es, sus preferencias sexuales, sino, primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos, etcétera. Así, dicha identidad se integra a partir, no sólo de su aspecto morfológico, sino, primordialmente, de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma. Lo anterior, porque, eminentemente, la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad. Luego, la identidad personal, que comprende la sexual, será a partir de la cual, la sociedad identifica a cada individuo y lo distingue de los demás, a través de elementos o datos, como el nombre, el sexo, la filiación, la edad, sus cualidades personales, sus atributos intelectuales o físicos, etcétera, o bien, de la conjunción de todos o algunos de ellos”.

“[S]e estima que si el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento al derecho a la identidad sexual y a la identidad de género, pues, precisamente, a partir de éstos, es que el individuo se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad, entonces, la ‘reasignación sexual’ que decida una persona, que puede comprender o no una cirugía para ese fin, con el objeto de adecuar su estado psicosocial a su físico y, de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente, innegablemente constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales. En consecuencia, resulta contrario a tales derechos fundamentales -libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual- mantener legalmente a una persona en un sexo que no siente como propio, lo que la ha llevado a adecuar su físico a su psique, ya sea en sus hábitos, vestimenta e, incluso, recurriendo a los avances médicos que le permiten aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica y que sí vive como propio, en los distintos ámbitos de su vida social y privada, pues, sólo a partir del respeto a su identidad sexual, adecuando su sexo legal a su sexo psicosocial, es que podrá realizar su propio proyecto vital que, en forma autónoma, tiene derecho de decidir”.

“[N]o basta para alcanzar ese estado de bienestar general, que dicha adecuación sexo legal-sexo psicológico, se limite a la anotación marginal, en el acta de nacimiento primigenia, de la sentencia que conceda la rectificación de su nombre y sexo, que prevé el artículo 138 del Código Civil para el Distrito Federal, pues es un hecho innegable que hasta en las más simples actividades de su vida, estará obligado a mostrar un documento que contiene los datos anteriores, revelando su condición de persona transexual, lo que hace que perviva una situación tortuosa en su vida cotidiana que, indudablemente, tendrá efecto sobre su estado emocional o mental. Aún más, dicha situación materializa también una injerencia en su intimidad y vida privada, ya que, se insiste, tendrá que exteriorizar, en muchas de sus actividades, su condición anterior, lo que, a su vez, genera eventuales actos discriminatorios hacia su persona en aspectos laborales o en sus relaciones sociales. Es indiscutible que mantener, desde el aspecto legal, a una persona en un sexo que no siente como propio, aun cuando ha hecho todo lo posible por adecuar su físico al sexo con el que sí se identifica, constituye un atentado contra su intimidad y vida privada”.

“Es cierto que, tratándose de la reasignación sexual, se producen diversos efectos, no sólo en el ámbito de la persona transexual, sino, como ser social, en sus relaciones con los demás, puesto que es indudable que existe una diversidad de consecuencias, en las que están en juego los derechos de terceros, así como el orden público, tales como las que se refieren al matrimonio, sucesiones, relaciones de trabajo, servicio militar, filiación, actos contractuales, antecedentes penales, etcétera, que requieren certeza. Sin embargo, tales derechos de terceros o el orden público, encuentran su protección y mantenimiento en diversos mecanismos legales que no importen el sacrificio o el riesgo de lesión de los derechos fundamentales del quejoso que, incluso, habiéndose sometido a una intervención quirúrgica, no podría alcanzar un bienestar general (equilibrio en todos los aspectos de su vida) y, por ende, el libre desarrollo de su personalidad, si no se le permite el cambio en los asientos registrales del dato referente a su sexo, a través del cual, logre concluir su nuevo aspecto con la realidad registral, lo que sólo puede lograrse con la expedición de nuevos documentos de identidad, así como con la protección de esa información frente a terceros, salvo los casos que expresa y limitativamente establezca el legislador, como ocurre, por ejemplo, en relación con el matrimonio, la adopción o los actos que hubiere realizado con anterioridad a la rectificación registral y de los que se desprendan obligaciones, deberes o responsabilidades de su parte”.

“De igual forma, debe señalarse que así como las obligaciones y responsabilidades derivadas de las relaciones jurídicas en que el sujeto sea parte, no se modifican, ni se extinguen, por el hecho de haber reasignado su identidad sexual, tampoco los derechos generados a su favor, con motivo de dichas relaciones, se pierden por esa circunstancia, puesto que nacieron o se establecieron con independencia del sexo legal en el que se le había registrado, por lo que la reasignación sexual efectuada, no podría ser obstáculo para exigir a terceros el cumplimiento de las obligaciones que hubieran contraído con él o que deriven de alguna de las relaciones jurídicas a que nos referimos con antelación. Por todo lo anterior, se concluye que la nueva identidad de una persona, en cuanto a nombre y sexo, en su acta del Registro Civil, no se traduce en la inexistencia de los hechos o actos acontecidos o realizados bajo su anterior identidad y, menos aún, en la extinción o modificación de sus obligaciones, por lo que la protección de sus derechos fundamentales no significa la desprotección de los derechos de terceros o del orden público; sin embargo, corresponderá a las autoridades competentes resolver, en cada caso concreto, las posibles controversias o conflictos que, posteriormente al cambio registral, pudieran llegar a presentarse”.