



Título del Fallo: “Sosa Battisti, Shanick Lucian c/ Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo”

Subtítulo: Importancia de la Identidad de Genero

Carrera: Abogacía.

Alumno: Román Raúl Rossi.

Legajo Número: VABG82924.

D.N.I: 31.675.965

Fecha de entrega: 04/07/2021

Tutor: Nicolás Cocca.

Año 2021

Tema: Modelo de Caso- Cuestiones de Género.

Autos: “Sosa Battisti, Shanick Lucian c/ Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo”. Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de la Ciudad de Ushuaia.

Tribunal: Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de la Ciudad de Ushuaia.

Fecha de la sentencia: 16 de Diciembre de 2019

SUMARIO: I- Introducción. II- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. III- Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia. IV- Análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. IV- I. Derecho a la Identidad de Género. IV- II. Reconocimiento del Derecho a la Identidad de Género. V- Postura del autor. VI-Conclusión. VII-Listado de revisión bibliográfica.

I- Introducción:

Conforme a una mirada más inclusiva, se vienen desarrollando desde hace ya bastante tiempo en nuestro país políticas públicas enfocadas desde una perspectiva de garantía, protección y ampliación de derechos humanos. Como fruto de estas políticas en el año 2007 se impulsaron varias propuestas legislativas que intentaron garantizar múltiples derechos, entre ellos el derecho a la identidad y el derecho a la atención integral de la salud. Casi con idéntica estrategia se logró la aprobación de la Ley 26.618. Ley de Matrimonio Igualitario. (2010), y siguiendo en la misma línea llegamos a la sanción de la Ley 26.743. Ley de Identidad de Género. (2012) que junto con la Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos serán cruciales para el desarrollo de este trabajo. Ésta última ley permite entre otras cosas que una persona tenga derecho a modificar sus datos personales en el registro y pueda cambiar el nombre, la imagen y el sexo registrado; así como también acceder a terapias hormonales e intervenciones quirúrgicas totales o parciales para adecuar su cuerpo a la identidad elegida y pueda desarrollar su personalidad de acuerdo con la identidad auto-percibida. Asimismo, se puede pedir el cambio de nombre, sexo y foto en los documentos de identidad, siendo éste un trámite gratuito y medianamente rápido que se hace ante el mismo Registro Civil.

Ya sancionada la normativa mencionada, en la Provincia de Mendoza en el año 2018, se aprobó por primera vez un trámite de rectificación de DNI en el que no se explicita el sexo conforme a que “toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida” (Ley 26.743, año 2012, artículo 3). Un año después en 2019 una persona que en la propia construcción de su identidad no puede percibirse, ni pensarse o reconocerse, en las estructuras sociales que se han denominado pre formativamente como "hombre" o "mujer" requiere al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas un cambio de nombre en función de la identidad “autopercibida”. Éste rechaza el pedido argumentando que la clasificación por sexo (vinculadas a las características biológicas) sigue siendo entre dos únicas opciones (varón-mujer) y no contempla la posibilidad de quedar fuera de ellas, conforme a Ley de Identidad de Género y Ley Orgánica del Registro Civil (Ley provincial N°887), ante ello se presenta un recurso de amparo ante el Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de la Ciudad de Ushuaia, que en su sentencia permite no solo el cambio de nombre para la actora y su hijo menor de edad, sino que además en el casillero del DNI donde figura el “sexo”, donde se debe especificar entre masculino o femenino, se haga constar “no binario/igualitario” y que lo mismo se aplique para su hijo. Es a partir de estas experiencias que se comienza a plantear si la categoría sexo debe figurar como descriptora de identidad en el documento nacional.

Se trata de un precedente importante para el derecho argentino, ya que es el primero en la historia de la provincia de Tierra Del Fuego y uno de los primeros a nivel nacional en tratar esta problemática y romper con el sistema binario hetero normativo, es así que tiene un impacto importante sobre la visibilización de este colectivo minoritario, permitiendo a partir de esta jurisprudencia que más personas puedan construir su propia identidad como ha ocurrido posteriormente en la Provincia de Santa Fe o en la Provincia de Misiones donde a partir de este antecedente se permitió utilizar el “no binario/igualitario” en el casillero del DNI que figura el “sexo”.

En este trabajo se intentará determinar cuáles fueron los argumentos planteados por las partes que llevaron al Juzgado a hacer lugar a la demanda de amparo por discriminación, como así también identificar los fundamentos vertidos en los

considerandos, y como ha influenciado este precedente en otros casos similares lo que ha permitido ampliar de alguna manera los derechos atribuidos a la identidad de las personas.

II- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal:

Transcurriendo el año 2019 ya se encontraba sancionada la Ley 26.743 y con el antecedente citado en la provincia de Mendoza donde se permitió la inscripción registral de identidad de género “autopercebida”, Shanik Lucián Sosa Battisti aduciendo que no puede percibirse ni pensarse dentro de las categorías hombre o mujer se presenta ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego para pedir el cambio de nombre en función de la identidad autopercebida y que en el casillero del DNI donde figura el “sexo” se haga constar "no binario/igualitario", y que lo mismo se aplique a su hijo menor de edad.

Con fecha del 19 de Julio de 2019 el registro mencionado hace lugar al pedido de la actora en lo que respecta al cambio de nombre de ambos, pero no así a la modificación del DNI en lo que respecta al sexo, argumentando que excede la órbita y competencia del mismo el hecho de autorizar la introducción del “sexo no binario” ya que legalmente no se reconoce en la actualidad otra clasificación que no sea mujer/varón o femenino/masculino.

Ante esta situación Shanik Lucián Sosa Battisti con el patrocinio de abogados locales de la Organización No Gubernamental (ONG) “Red Diversa Positiva” presenta un recurso de amparo autorizado por la Ley 16.986 y el artículo 43 de la Constitución Nacional ante el Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de la Ciudad de Ushuaia a cargo de Juan O. Ferreto. El objeto de esta acción consiste en obtener un pronunciamiento jurisdiccional que obligue al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de Ushuaia a extender una nueva partida de nacimiento y el consiguiente nuevo documento de identidad con las características requeridas por el actor que se mencionaron en cuanto al nombre, como así también al “sexo”.

El juzgado mencionado hace lugar a la presentación del amparo por discriminación (art. 43 Constitución Nacional), a favor de Shanik Lucián Sosa Battisti,

contra la disposición de fecha 19 de junio de 2019 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego y ordena que -en el plazo de cinco (5) días-, se expida desde dicha oficina registral, la nueva partida de nacimiento, y un nuevo ejemplar del documento nacional de identidad, en los cuales conste el cambio de nombre de Sosa Battisti, por el de Shanik Lucián Sosa Battisti y en el casillero correspondiente al sexo, se haga constar; no binario/igualitario, así como también ordenar la rectificación del acta de nacimiento de su hijo nacido el día 4 de junio de 2012 en la ciudad de Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego, para que se reemplace el nombre de su madre y se incorpore lo mismo en cuanto al sexo. Finaliza la sentencia que queda firme y no fue apelada imponiendo las cosas a cargo de la parte demandada.

II- Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia:

El Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de la Ciudad de Ushuaia llega a su decisión basándose principalmente argumentos jurídicos extraídos de la Ley Nacional de Identidad de Género N° 26.743 que dice:

Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A 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. (Ley 26.743, año 2012, artículo 1).

Ésta misma define normativamente a la identidad de género y reconoce que: “toda persona tiene derecho a solicitar rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida” (Ley 26.743, año 2012, artículo 3). Es preciso destacar la clara pauta de hermenéutica contenida, que manda propiciar el respeto al derecho humanos a la identidad de género de las personas y; expresamente prohíbe que mediante “...normas, reglamentación o procedimientos se limite, restrinja, excluya o suprima 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” (Ley 26.743, año 2012, artículo 13). A partir ésta clara prohibición legislativa el Juez comienza la argumentación de sus considerandos diciendo que el mismo se engarza en los criterios de interpretación

establecidos con mucha anterioridad por el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y que, en forma concordante, el Código Civil y Comercial de la Nación exige resolver los casos “...según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la Republica sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma” (Ley 26.994, año 2014, artículo 1).

A su vez el magistrado se va a valer de la Opinión Consultiva N° 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al tratar el principio de igualdad y no discriminación y afirmar que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su identidad de género y que ésta se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o aupercibida, sino también en relación a la identidad percibida en forma externa (Opinión consultiva 24, año 2017).

Es dable citar también el 3er. principio de Yogyakarta que plasma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, para cada persona en la diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad y que ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género. (Principio de Yogyakarta, año 2017. Principio N°3).

A través de sus considerandos el juez hace alusión a determinados autores intentando explicar la importancia del desarrollo de la identidad y su reconocimiento. En referencia a este tema Andrés Gil Domínguez (2011) afirma que, en un estado constitucional de derecho, éstos deberán tener una estructura abierta o indeterminada que permita que cada uno pueda ver reflejado los derechos a desarrollar su vida y biografía, implicando esto un reaseguro del pluralismo. Y completando Gustavo Ariel Kaufman (2010) dice que la falta de reconocimiento puede constituir una forma de opresión fundamental porque los subyugados pueden llegar a interiorizar una imagen despectiva de sí mismos mentalmente, y a causa de la discriminación, deja de pertenecer al grupo del cual creían formar parte, se destruye su identidad, se aíslan con desconfianza del resto de la nación.

IV- Análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

IV- I. Derecho a la Identidad de Género: Luego de una ardua lucha de organizaciones activistas se llegó a la sanción de la ley 26.743, que define a la Identidad de Género en su artículo 2¹ y, que como bien dice la Corte Interamericana (Opinión consultiva 24, año 2017) éste se encuentra ligado a la libertad, y la privación de este derecho coloca a las personas en situaciones que dificultan e impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales. En este sentido es el propio estado el que debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientación sexual, evitando que estos sean discriminados, ya que como dicen Salazar Ugalde y Gutiérrez Rivas (2007) cuando se discrimina se afecta por un lado la dignidad de las personas y por el otro la posibilidad de construir una sociedad verdaderamente democrática.

Es la propia Corte Suprema de Justicia Nacional en el fallo ALLIT del 21/11/2016 la que manda a resguardar y garantizar un ámbito íntimo e inquebrantable de libertad donde la sexualidad pueda ser vivida plenamente sin ocultamiento y en el fallo Sisnero, Mirtha Graciela y otras c/ Taldeva SRL y otros del 20/05/2014 afirma que no hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos. Sumado a esto, la Corte IDH en el fallo Atala Riffo y niñas vs. Chile del 24/02/2012 dice que 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.

IV- II. Reconocimiento del Derecho a la Identidad de Género: Ya antes de la sanción de la ley 26.743 la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán en el fallo L. C. G. vs. Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas de la Provincia

¹ ARTÍCULO 2° — Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

s/ Amparo del 30/08/2011, resolvió que un recurso de amparo es la vía correcta para reclamar que se garantice la identidad de género de una mujer trans. Como señalan Dominguez, Fama y Herrera (2006), la sociedad actual nos exhorta a recorrer nuevos senderos, nuevos escenarios muy diferentes que no es ni puede ser ajenos al derecho, a lo que el propio Dominguez (2011) se pregunta si es posible crear un marco legal relativamente genérico para adoptar sus institutos a estas realidades, o si esos derechos que se predicen como universales en realidad dejan a un grupo muy grande de personas excluidas de sus derechos. Para poder asegurar que nadie sufra estas exclusiones es que nuestro país adhiera a tratados internacionales como así también ha sancionado leyes enfocadas desde una perspectiva de garantía, protección y ampliación de derechos humano, a pesar de que Kaufman (2010) diga que no es necesario firmar un tratado o ley para sostener que privar a alguien de derechos a causa de su sexo es una acción ilegal e insoportable y que el origen de la antidiscriminación lo forma el preámbulo y los artículos 14, 16, 19, 20, 29 y 33 de la Constitución. Es así que para algunos autores este derecho no es más que un desarrollo del derecho universal de igualdad ante la ley y no discriminación, y es por ello que la protección de las personas sobre la base de su orientación e identidad de género no exige la creación de derechos ni privilegios especiales, solo es necesario que el principio de no discriminación sea interpretado y aplicado de manera extensiva a todos los seres humanos para la protección de la dignidad humana y de las libertades fundamentales.

V- Postura del autor: Desde mi postura se coincide plenamente con la decisión tomada por el Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de la Ciudad de Ushuaia a cargo de Juan O. Ferreto de hacer lugar al amparo por discriminación presentado por la actora, como así también en los fundamentos utilizados que se fueron esbozando a través de este trabajo para llegar a la resolución que consta en la sentencia. Dejando claro que desde mi pensamiento la actora contaba con los fundamentos jurídicos aún antes de la sanción de la ley 26.743 ya que como bien dice el fallo Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa del 20/09/2005 el techo del ordenamiento jurídico no es el Código Civil y Comercial, ni el Código Penal, ni la ley de procedimiento administrativo, el techo del ordenamiento que tiene fuerza normativa y rige todo tipo de relaciones es la Constitución Nacional.

Habiendo dicho esto, creo que el gran error o la gran confusión en estos casos es la contradicciones que existen en el pluralismo jurídico argentino, ya que por ejemplo y como bien dice la parte demandada el sistema jurídico nacional, en su integralidad, reposa en la clasificación binaria del sexo, a saber: cuando regula la violencia de género hacia la mujer, la diferencia de edad en el régimen previsional, según el sexo, las diferentes plazas de las licencias laborales para la mujer y el varón, etc. Parece incongruente que la ley 26.423 en su artículo 36 que la inscripción de un nacimiento deba contener nombre, apellido y sexo del recién nacido, y que por otro lado la ley 26.743 en su artículo 3 nos diga que se entiende por identidad de género a la “vivencia interna e individual”. Es por ello, que me resulta incompleto el dictado de leyes que tienden a ampliar los derechos humanos de todas las personas si no se brinda a los propios organismos públicos las herramientas para que puedan aplicar las mismas, o bien no se exige la adecuación del propio sistema jurídico que existía por ejemplo antes del dictado de la Ley 26.743. Así de esa manera no se tendría que depender de una sentencia judicial o de varias instancias judiciales y de años de lucha para poder adquirir derechos tan importantes como ente caso el de la Identidad.

VI-Conclusión: En virtud de todos los puntos analizados con anterioridad, y habiendo expresado nuestra conformidad con los argumentos vertidos en la sentencia dictada, vamos a concluir diciendo que si bien es cierto que la ley 26.743 viene a cubrir un vacío legal muy grande eliminando incertidumbres y problemas legales, a su vez deja ciertos interrogantes, que como pasó en el caso analizado condena la adquisición de un derecho a un procedimiento judicial costoso y de resultado incierto que determinara ni más ni menos la realización personal de un ser humano. Es cierto que las leyes son importantes por el valor simbólico que conlleva la afirmación del Estado en el otorgamiento de derechos, pero debemos reconocer que éste es solo el primer paso para comenzar a reparar esa vulneración sufrida por una parte de la sociedad, ya que considero que no basta con sólo ese reconocimiento expreso, sino que hace falta garantizar en principio el cumplimiento de los derechos adquiridos, y a partir de allí fomentar políticas publicas tendientes a lograr una sociedad verdaderamente democrática.

En estos tiempos, el mayor desafío es superar las resistencias culturales y hacer una aplicación dinámica de las normas, que los derechos tengan una estructura abierta o indeterminada que permita a cada uno desarrollar su vida y biografía, fomentando la tolerancia y admitiendo el valor de las diferencias y entender que el género humano es más amplio que subtipos generales como el de hombre o mujer. Coincido con Butler (1999) cuando dice que lo importante no es hacer hincapié en estas minorías y ubicarlas en el lugar de un tercer sexo, sino deconstruir el género, las personas no sólo son construidas socialmente, sino que en cierta medida se construyen a ellas mismas.

La estrategia más adecuada para lograr la igualdad y equidad de género es promover la igualdad de trato en todas las esferas sociales, se requiere así adoptar acciones positivas que permitan corregir las desigualdades. Y si bien es cierto que se ha avanzado mucho en este sentido, sigue sin existir plena igualdad de oportunidades en todos los estados y sociedades, que se solo se dará cuando las personas estén por encima de las diferencias. Lograr esta meta supone un largo camino de cambios legales, políticos, educacionales pero sobre todo de entendimiento y respeto hacia el otro.

VII-Listado de revisión bibliográfica:

Legislación:

* Ley 887. Ley Orgánica del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Recuperada de <http://www1.tcptdf.gob.ar/2018/leyes/LEYP887.pdf>

* Ley 26.743. Ley de identidad de Género. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

* Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

* Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

* Principios de Yogyakarta. Recuperado de <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>

Doctrina:

*Gil Domínguez, A (2011). Estado Constitucional de Derecho, Psicoanálisis y Sexualidad. Buenos Aires, AR: Rústica.

*Gil Domínguez, A; Fama, M; Herrera, M (2006). Derecho Constitucional de Familia. Buenos Aires, Ar: Ediar.

* Kaufman, G (2010). Dignus inter pares, un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio. Buenos Aires, Ar: Abeledo Perrot.

*Salazar Ugalde, P; Gutierrez Rivas, R (2007). El derecho a la libertad de expresión frente al derecho de la no discriminación. Distrito Federal, México: Estudios.

*Butler, J (1999). Genero en disputa, el feminismo y la subversión de identidad. New York, Estados Unidos. Routledge.

Jurisprudencia:

*CSJN Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual C/ Inspección General de Justicia, sentencia del 21/11/2016, Fallo 329:5266. Disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-asociacion-lucha-identidad-travesti-transexual-inspeccion-general-justicia-fa06000695-2006-11-21/123456789-596-0006-0ots-eupmocsollaf>

*CSJN Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo, sentencia 20/05/2014, Fallo 337:611, Disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-sisnero-mirtha-graciela-otros-taldelva-srl-otros-amparo-fa14000071-2014-05-20/123456789-170-0004-1ots-eupmocsollaf>

*CSJN Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa, sentencia del 20/09/2005. Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=592139>

* Corte IDH Atala Riffo y niñas vs. Chile del 24/02/2012. Disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

* Opinión Consultiva N° 24/17. Recuperada de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

* CSJ de la Provincia de Tucumán, L. C. G. vs. Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas de la Provincia s/ Amparo del 30/08/2011. Disponible en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/096/073/000096073.pdf>