



**Cámara en lo Civil y Comercial de la ciudad de San Miguel de Tucumán, (2017),
“L.N.G C/ ASOCIACIÓN TUCUMANA DE HOCKEY S/ AMPARO- Expte.
N°1487/16”, Sentencia firme del 16 de mayo de 2017.**

"Transgénero. El silencio como promotor de la desigualdad de género"

Carrera: Abogacía

Alumno: Marcelo Ignacio Leone

Legajo: VABG47105

DNI: 24.200.449

Fecha de entrega: 26/06/2022

Tutor: Nicolás Cocca

AÑO: 2022

Tema: Cuestiones de género

Autos: “L.N.G C/ ASOCIACIÓN TUCUMANA DE HOCKEY S/ AMPARO”- Expte. N°1487/16” (2017)

Tribunal: Cámara en lo Civil y Comercial de la ciudad de San Miguel de Tucumán

Fecha de sentencia: 16/05/2017

SUMARIO: **I.** Introducción. Importancia de las cuestiones de género. **II.** Los hechos del caso “L.N.G c/ Asociación Tucumana de Hockey s/ Amparo”. **III.** Aspectos relevantes del proceso. **IV.** El resolutorio y sus fundamentos. **V.** Normativa, doctrina y jurisprudencia relativa a la discriminación y a la prueba. **VI.** Opinión del autor. **VII.** Conclusión. **VIII.** Bibliografía

I. Introducción. Importancia de las cuestiones de género

En el año 1980 nuestro país adhirió a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), en cuyo artículo 2° se enarbola el compromiso de los Estados partes a consagrar y asegurar a través de ley, u otros medios apropiados, la realización práctica del principio de la igualdad del hombre y de la mujer. A partir de allí se han forjado nuevas obligaciones en materia de derechos de género, y gracias al avance de su reconocimiento y declamación han logrado gran visualización, aunque aún reste un arduo y largo camino por recorrer (Kalafattich, 2018).

El fallo traído a estudio trata estas cuestiones y deja entrever un problema jurídico de prueba, ya que se pone en crisis la sentencia en la que, según el recurrente, el juez no tuvo en consideración prueba relevante producida por la demandada, tachándola de arbitraria. De allí la necesidad de analizar el criterio, mérito y conducencia de la prueba para la solución del caso ya que dicho problema jurídico, al decir de Alchourron y Bulygin (2012), afecta la premisa fáctica del silogismo, siendo lo relevante el valor y funcionamiento de determinadas presunciones legales, cargas probatorias y tipos de pruebas en determinados hechos que convergen en una temática en particular.

Resulta particularmente novedoso el análisis del presente, en tanto nos introduce en una arista no abordada en la temática de cuestión de género, reconociendo el tribunal de alzada lo inusual del mismo en la jurisprudencia nacional y falta de precedentes traídos a controversia en el foro local. Ello denota, según Kalafattich (2018), la falta de formación en materia de igualdad que requiere una verdadera toma de conciencia por parte de los juzgadores en tanto, su estudio exhorta a transformar las sentencias y resoluciones judiciales impregnadas de formalismos -asumidos como válidos e incuestionables- tornándose incluso la materia probatoria inflexible a la hora de juzgar.

II. Los hechos del caso “L.N.G c/ Asociación Tucumana de Hockey s/ Amparo”

La actora (en adelante L.N.G.), mujer transgénero, jugadora federada de hockey, en el año 2014 petitionó su pase a otro equipo a la Asociación Tucumana de Hockey (en adelante A.T.H.) quien, mediando silencio, no dio tratamiento a dicho requerimiento. No obstante, insistió mediante nota tanto a la A.T.H. como a la Confederación Argentina de Hockey (en adelante C.A.H.), para que se le indiquen los motivos de la negativa sin obtener respuesta.

Así las cosas, L.N.G. interpuso medida de pronto despacho tras haber recibido copia simple de una Circular emanada por la C.A.H. respecto de consultas recibidas acerca del cambio de género y, ante el silencio, intimó a A.T.H. por carta documento bajo apercibimiento de iniciar acción judicial. La misma no fue contestada.

En razón del impedimento arbitrado por A.T.H., L.N.G. promovió acción de amparo fundamentada en que, pese a haber tramitado todas las medidas administrativas suficientes, la demandada optó por no expedirse imposibilitándole el desarrollo y práctica de dicho deporte. Sostuvo que, no obstante haber cumplimentado todas las exigencias de la ley de identidad de género, la negativa y/o silencio de la misma a su requerimiento se viera fundamentada en un acto discriminatorio, por lo que decide promover demanda.

El presidente de A.T.H. contestó la demanda negando dichas deducciones so pretexto de que la negativa del pase se fundó en el incumplimiento sobre las exigencias que el Comité Olímpico norma respecto a los atletas que realicen un cambio de género y que, además, el club federado al que pertenecía no prestó consentimiento para el mismo.

III. Aspectos relevantes del proceso

En oportunidad, el juez de primera instancia admitió la demanda y condenó a la Asociación a proceder en el fichaje de la actora mientras se den por cumplidas dichas exigencias. Sostuvo el *ad quem* que la Asociación no logró a lo largo del proceso probar haber puesto a la L.N.G. en conocimiento de los motivos que abogaran su negativa, siendo los mismos exteriorizados recién en juicio. De allí que el juez advirtió un comportamiento discriminatorio hacia la actora contrariando el principio de buena fe sobre el que se sustentan todas las relaciones que rige el artículo 9 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN).

La sentencia en cuestión fue apelada por la demandada mediante recurso de nulidad, arguyendo que el juez no tuvo por valorado el reglamento en cuestión, sosteniendo su incumplimiento por parte de L.N.G. al no haber acreditado ser jugadora del club desde el cual pidió el pase, ni presentado la conformidad del mismo y la indicación del equipo al que pretendía ir. Así, dedujo que la sentencia se tornaría de cumplimiento imposible ya que, no es operable inscribir a un jugador no socio del club al cual pretende representar.

En el memorial de quejas la actora alegó que la valoración realizada por el juez tuvo por impronta la falta de respuesta por parte de A.T.H. como negativa implícita a su solicitud, siendo que la demandada, pese a contar con toda la documentación atinente para poder poner en conocimiento a la peticionante respecto de los requisitos que esta entendió por incumplidos, no lo hizo en más de una oportunidad sin más motivo. Asimismo, arguyó que el juez sólo estará obligado frente a la prueba que considere relevante para la solución del caso no mediando entonces arbitrariedad en la sentencia.

En su oportunidad, el Sr. Fiscal de Cámara subrogante, se expidió al respecto entendiendo que el fallo en pugna no cumplía con los recaudos y motivaciones suficientes en su fundamentación -considerándola aparente- al omitir valorar la prueba informativa arimada considerada de relevancia para la solución del caso, afectando el proceso y principio de congruencia y, por ende, resultando a su criterio arbitraria.

Finalmente, surge del decisorio del *a quo* el rechazo al recurso de nulidad y apelación interpuestos por la demandada en contra de la sentencia en litigio.

IV. El resolutorio y sus fundamentos

Respecto de los argumentos expuestos en el caso, la Exma. Cámara se expidió en primera instancia sobre el recurso de nulidad interpuesto. Sobre ello, comprendió que el

recurrente no invocó en su oportunidad la existencia de un vicio formal previo a la sentencia que pudiera haber sido subsanada en la misma instancia en que se cometió por lo que, lo argumentado, le resultó un mero disenso con el criterio del juez respecto de la valoración hecha sobre la prueba a mérito no concurriendo, por ende, ninguno de los requisitos para la procedencia del recurso incoado.

A *posteriori*, el tribunal de alzada se dispuso a tratar la cuestión del recurso de apelación sobre el cual, en primer lugar, se pronunció en disidencia con el apelante respecto del párrafo transcrito del fallo cuestionado por la parte como prefacio justificante del mismo. En este, el *ad quem* sentencia que, tanto la falta de respuesta como la no afiliación de la actora -pese a sus reiterados reclamos- y, el argumento expuesto recién en el propio litigio respecto a que sólo faltara la indicación del club de destino y por ello su negativa, le resultaron al sentenciante argumentos aparentes que denotan una conducta discriminatoria y, por ende, violatoria de la normativa constitucional y tratados internacionales al respecto dando por procedente la acción de amparo interpuesta. Frente a ello, la Cámara comprendió que no importa materia de agravio -pudiendo resultar inmotivado en los términos del art. 717 del CPCCT- por no circunscribirse a un juicio de valor emitido por el juez sentenciante.

Comprendiendo esto, se adentró en el análisis de los hechos respecto al silencio acaecido por parte de la demandada frente a los reiterados reclamos de la actora. Sobre ello, encuadrando el criterio en el art. 263 del CCCN, calificó al mismo de cerrado manifestando una clara conducta discriminatoria, en tanto la Asociación debió expedirse de manera expresa, sea por la afirmativa o la negativa hacia el pedido realizado o, acordando un plazo a la actora para sanear dicho requerimiento. Además, el tribunal de alzada sustentó su argumento en doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) que establece que, para enmarcar el silencio en una declaración que importe manifestación de voluntad es necesario o una declaración previa de quien guarda silencio, o una conducta anterior que exhiba incompatibilidad frente a tal silencio. Así, sentenció que la demandada al no expedirse expresamente dio por negada la inscripción de L.N.G. como jugadora federada dada su opción de género, censurando su pensamiento en relación a su personalidad en una suerte de obstáculo para conocer los reales motivos que sustentaran

dicho rechazo, coartando su libertad en impugnar o aceptar el punto sobre el cual pudiera sustentarse la interpretación que se realizara sobre el reglamento en cuestión.

Para dicha interpretación, la Cámara respaldó su argumento en el art. 19 de nuestra Carta Magna en tanto no halló oposición a la regla de legalidad que de él surge, y determinó que la demandada terminó por considerar implícitamente aplicable el pedido de inscripción realizado por L.N.G. y la normativa internacional que lo sustenta, aunque no lo haya manifestado por escrito sino mediando cerrado silencio y la acción encubierta e inmotivada en la entrega de la Circular emanada de la C.A.H.

Finalmente, el tribunal de alzada se adentra en el análisis de la cuestión planteada por el apelante respecto de entender que la sentencia del *ad quem* resultara de cumplimiento imposible. Al respecto, estipuló que los interrogantes que se suscriben alrededor de la inscripción y los requisitos del reglamento que debe cumplir la actora -planteados genéricamente por el apelante-, sólo serán despejados en tanto se dé trámite a la misma y se subsuma a un análisis de su procedencia por parte de la demandada, no correspondiendo el mismo al tribunal. En síntesis, la Cámara determinó que el debate se centró en la falta de respuesta injustificada por parte de la demandada y no sobre la aplicabilidad del reglamento.

V. Normativa, doctrina y jurisprudencia relativa a la discriminación y a la prueba.

Dada la particularidad del caso y con miras a inmiscuirnos en el análisis del problema jurídico probatorio detectado en él, es menester deparar en ciertas nociones que confluyen y son determinantes para examinar la manera en que los jueces resolvieron. A continuación, se presenta doctrina relativa a la perspectiva de género, el principio de igualdad, la identidad de género, normativa atinente a la discriminación y, en torno a la prueba, jurisprudencia que expone cuál es el criterio de valoración de la prueba implementado por la CSJN en tal contexto, asimismo doctrina y jurisprudencia referida a la doctrina de la arbitrariedad.

Desde una perspectiva de género se comprende que la pertenencia a determinado sexo es, según Facio (2009), un hecho social que va más allá de la determinación biológica, en el que la sociedad le otorga al hombre/varón un lugar privilegiado en ella y subordina a

la mujer al status del primero. De tal modo, "es la sociedad la que dictamina qué características y cuánto poder deben y pueden tener uno y otro sexo" (Facio, 2009, p.185).

Para comprender como funciona el sexismo en nuestras vidas en aras de democratizar el Derecho, Facio (2009) sistematiza una serie de pasos. El primero de ellos implica la toma de conciencia: para las mujeres, de que el sexo femenino se encuentra subordinado, discriminado y oprimido, y para los hombres que la situación del sexo opuesto les confiere privilegios por sobre ellas. El siguiente paso, es identificar las formas que adopta el sexismo tales como "el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad..." (p.182), entre otros, para pasar luego al paso tres e identificar cuál es la mujer invisibilizada, es decir, quién es "el otro" en el paradigma de ser humano, para analizar los efectos que sobre ellas pesan contemplando los distintos sectores sociales, clases, razas, creencias, etc. El cuarto paso estará dado por comprender sobre qué estereotipo o concepción de mujer se sustenta el análisis: mujer-madre, mujer-familia o mujer que se asemeja al hombre, para luego analizar la influencia de éste y sus efectos en otros aspectos del fenómeno legal (paso 5). Y como último paso, deberá propenderse a la ampliación y profundización de la toma de conciencia planteada en el primer paso de manera de interiorizar el significado del sexismo y trabajar para derrocarlo, lo que sólo será posible trabajando de manera colectiva.

Realizar este análisis propuesto implica adentrarnos en la cuestión de igualdad en un contexto de género, el cual Williams (2009), citando a Aristóteles, entiende como aquella exigencia de "tratar a las cosas iguales de igual manera" y a "las diferentes de manera diferente" (p. 257). Todo lo cual conexas al concepto de identidad de género, comprendida por Alonso del Río, Giomi y Huasi (2018) como "la percepción interna que cada sujeto tiene sobre sí mismo en relación a su género, pudiendo coincidir o no con el sexo asignado" (s.p.). "La posibilidad del ser humano de realizarse libremente como tal" (Blasi, 2003, s.p.) hace que la igualdad de género quede resguardada, ya que "todos los habitantes de la República somos libres" (Blasi, 2003, s.p.) conforme el art.19 de la Constitución Nacional (1994) que dispone "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (Artículo 19).

Nuestro CCCN, a partir de su modificación en el año 2015, contempló de identidad sexual e incluyó aspectos relativos a la posibilidad de cambios al respecto instituyéndola como un derecho personalísimo del sujeto. Como antecedente, cabe mencionar la Ley 26.743 de Identidad de Género sancionada en el año 2012, que en su art. 2 define la identidad de género como

(...) 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.

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), en su artículo 1 dispone que la discriminación contra la mujer debe ser comprendida a partir del criterio de igualdad entre hombres y mujeres como expresión de derechos humanos y libertades fundamentales que cada quien goce, tanto en la esfera política como la económica, social, cultural, civil u otras, e implica el detrimento o la anulación de dichos derechos. Aporta Facio (2009) que un país, al ratificar esta ley, incorpora legalmente a su ordenamiento lo que se debe entender por «discriminación contra la mujer», por cuanto otras definiciones más restrictivas no serán consideradas.

Añón Roig (2001) expone que, cuando las diferencias mutan hacia la discriminación sustentan "algún tipo de diferenciación que abierta o subrepticamente desvaloriza a un individuo en razón del grupo al que pertenece" (s.p.). Por lo que, habrá discriminación cuando un rasgo en particular (raza, sexo, religión, nacimiento o ideología) sea asociado a un perjuicio descalificatorio en determinado contexto para efectuar un trato diferenciador injustificado (Añón Roig, 2001).

Dicha diferenciación, distinción o trato injusto supone para Ruiz Miguel (1996) la estigmatización de ciertas personas y el trato despectivo motivado por la pertenencia a un grupo considerado inferior y desprovisto de capacidades, en pos de mantener y aumentar paulatinamente la desigualdad que conlleva además la exclusión social, política y jurídica, manteniendo situaciones de marginación y opresión de grupos sociales desventajados. En

este sentido, Añón Roig (2001) expresa que "el derecho es un vehículo privilegiado de inclusión/exclusión al establecer, como ocurre en muchos lugares aún, la atribución de derechos distintos para varones y mujeres" (s.p.).

La tarea de determinar si existió o no un acto que pudiera resultar discriminatorio en el órgano jurisdiccional, ha sido delineado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos como el de "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo" (2011) y "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo" (2014), donde el tribunal entendió que en los procesos civiles concernientes a la Ley 23.592 de Actos Discriminatorios (1988) resultará suficiente para la parte que afirma y prueba el hecho de un motivo discriminatorio que, previa evaluación, reúna los requisitos de idoneidad para inducir su existencia. En este caso, corresponde al demandado probar que el trato impugnado no existió o que se vio motivado por razones ajenas a toda discriminación, y a los jueces evaluar uno y otro extremo mediante las reglas de la sana crítica racional.

En cuanto a la doctrina de la prueba, la posición clásica entiende por medio de prueba a aquellas operaciones o modos referidos a cosas o personas, que proporcionan un dato que demuestra la existencia o inexistencia de uno o más hechos (Fiorenza, 2019). A este concepto lo diferencian de la fuente de prueba o confirmación, que es la fuente de conocimiento a través del cual se logra comprender el hecho (Fiorenza, 2019).

En este sentido, tal y como afirma Piña (2019), constatar la ocurrencia de los supuestos de hechos a la luz de la prueba, resulta de suma relevancia para la justa aplicación de la ley, en tanto, la prueba le otorga al juez certeza sobre algunos sucesos. Teniendo corroborados los enunciados fácticos el juzgador puede a partir de ellos, elaborar una serie de inferencias y construir la argumentación que dará sustento a la sentencia (Piña, 2019). No obstante, los jueces deberán llevar a cabo la tarea de valoración de las circunstancias del caso con el debido cuidado que ello amerita, en razón de prescindir de la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma vulnerando derechos fundamentales de la persona, evitando alcanzar una decisión objetivamente justa en el caso concreto (CSJN, "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización", 1980)

En este punto, sostiene Palacio (2001) que, el juez deberá seguir el camino que las normas de razonamiento le indiquen para valorar la prueba (sana crítica, reglas lógicas y máximas de la experiencia) ya que, de no hacerlo adecuadamente, podrá resultar impugnada la resolución judicial por deficiencias en el razonamiento incurriendo en la arbitrariedad. Sobre ello, Pitlevnik (2017) arguye que, la CSJN ha sentado que la doctrina de la arbitrariedad sólo se aplicará de manera excepcional cuando subsistan fallas en el razonamiento lógico o falta de fundamentación normativa que invaliden la razonabilidad con basamento en la sola voluntad del juez. El antecedente de dicha excepcionalidad es para Castro Nevares (2019) el caso "Rey c/Rocha" (1909), en el cual la Corte convino que resultarían procedentes contra ella los recursos sobre aquellas sentencias que, sin sustento legal alguno y fundadas en la mera voluntad de los jueces, pudieran resultar arbitrarias.

VI. Opinión del autor

El caso en estudio es cabalmente ilustrativo de como el principio de clausura de libertad que nuestra Carta Magna estatuye en su art. 19, es perfectiblemente conexo a la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad en el devenir de un proyecto de vida autorreferencial. De esta forma, la mujer trans que quiere practicar un deporte no queda ajena a ello, en tanto la pertenencia al sexo genético y anatómicamente opuesto al suyo, es decir, el sexo psicológico o identidad de género, es un derecho personalísimo que le asiste, enarbolado en instrumentos nacionales e internacionales que para nada restringen la posibilidad de desarrollar su personalidad en todos los aspectos de su vida.

En concordancia con lo expresado por Facio (2009), la conceptualización jurídica del mismo y su incorporación en la legislación tras su reconocimiento, repercute en la sociedad ya que, mediante la concientización y la incorporación de la perspectiva de género como método de análisis, se busca erradicar aquellas prácticas que en los hechos puedan importar la exclusión o el menoscabo de derechos con motivo de la sexualidad de las personas y otras circunstancias que la coloquen en un plano de subordinación. Así, comprendiendo el sentido de lo expuesto por Aristóteles mencionado en acápites anteriores, al hablar de diferencias es necesario detectar cuándo estas mutan configurando un acto discriminatorio tal y como lo hacen los jueces en el fallo analizado. Sin dudas la A.T.H. actuó de manera discriminatoria, puesto que excluyó a la actora de la posibilidad de

desarrollarse como jugadora federada de hockey en el club y en la categoría de su elección dada su opción de género, quedando ello manifiestamente comprendido en la Circular emanada de la C.A.H. y en el reiterado silencio arribado por la demandada ante el pedido de la actora.

El silencio como recurso para decidir o no decidir sobre una cuestión en particular resulta en el caso analizado un acto evidentemente discriminatorio, generando en la persona que reclama una respuesta, la cabal incertidumbre sobre su presente y futuro, la ilegítima apropiación de su libertad para decidir, desarrollar su centro de vida y generar oportunidades en torno a su elección de vida, de género, aún traspolando el género biológico.

Concibo que la resolución arribada por el tribunal y los argumentos que la justifican, se adecuan a derecho y se encuentra debidamente fundada en la prueba, por lo que no cabe hablar de arbitrariedades. Ello resulta así en tanto, del análisis de la misma se concluye que la prueba es valorada dada su pertinencia y, comprendiendo que el conjunto de las valoraciones de cada elemento probatorio acredita la existencia o inexistencia de un hecho, no puede la recurrente verse agraviada por no expresarse el tribunal sobre una prueba ofrecida, más a merced de que, aquello en discusión es justamente la existencia o no de un hecho discriminatorio y no la disposición reglamentaria sostenida. Sentenciar en sentido contrario sería ir en contra del criterio jurisprudencial que tiene la CSJN expuesto, más importaría un atropello a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer que ordena a los estados parte a través de sus órganos a garantizarle tanto a hombres como mujeres "...la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos" (Considerando 3) y un hecho de violencia institucional al discriminar nuevamente a la actora.

Todo ello me permite manifestar acuerdo respecto a cómo los jueces resolvieron el problema jurídico de prueba identificado en los términos de Alchurron y Bulying (2012), dado que, de las constancias y acreditaciones sobre los hechos, se pudo conocer que el acto discriminatorio existió, más no puede estarse por su negativa por el mero ofrecimiento de un medio de prueba documental que no sustenta la inexistencia del hecho o la justificación del acto considerado discriminatorio. La resolución del caso es novedosa, digna de

replicarse en otros similares que surjan a futuro o que estén en ciernes, puesto que aplica la perspectiva de género evidenciando que, tal y como sostiene Añón Roig (2001) "el derecho es un vehículo privilegiado de inclusión/exclusión" (s.p.) y que, tanto la sociedad como los operadores jurídicos, debemos actuar con conciencia en pos de la inclusión, sin discriminación.

VII. Conclusión

El abordaje relativo a la cuestión de género en materia de derechos humanos, ha incorporado -y continúa haciéndolo- un sin fin de aristas a la hora de su comprensión y protección por parte del sistema judicial, debiendo los órganos sobre quienes pesan las resoluciones de controversias, colocar en jaque la normativa vigente frente a los nuevos paradigmas que la temática trae aparejada. Es así que la identidad de género como derecho personalísimo, le permite a una persona transgénero desarrollar libremente su personalidad y proyecto de vida autorreferencial en concordancia con el principio de libertad enarbolado en nuestra Carta Magna.

Sin dudas, la prueba adquiere vital importancia para la resolución del caso en particular, en especial cuando lo afectado implica derechos de raigambre constitucional vinculados a tratos discriminatorios, donde la carga probatoria del hecho se invertirá hacia quien se le impugna el mismo. Desde esta perspectiva los jueces deberán velar por su apreciación, evaluación y concurrencia de manera flexible mediante las reglas de la sana crítica racional, evitando la arbitrariedad en el decisorio.

El silencio frente a la exigencia de respuestas que brinden certezas respecto del presente y futuro de una persona para desarrollarse libremente en su centro de vida, enfatiza el acto discriminatorio cuando la no respuesta deviene en relación a la elección de género, no pudiendo en el caso la demandada probar, a simple mérito de una reglamentación interna, una actitud contraria a la injuriada. De allí, que la resolución del tribunal representa un claro precedente en la aplicación de cuestiones de género para sentenciar.

VIII. Bibliografía

Doctrina

- Alchourron, C. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Alonso del Río, P., Giomi J., Huais, M. (2018). “La identidad de género, la orientación sexual y las familias: metas alcanzadas y nuevos desafíos”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Cita Online: AR/DOC/3553/2018
- Añón Roig, M. J. (2001). *Igualdad, diferencia y discriminación*, Distrito Federal, México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Blasi, G. F. (2003). Disforia de género. Una investigación sobre el "cambio de sexo", y un proyecto de ley. *Revista persona*, 20. Recuperado de: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona20/20Blasi.htm>
- Castro Nevares, F. (2019). “La arbitrariedad y el cumplimiento del deber”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 305, 631-634.
- Facio, A. (2009). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En J. M. Hermida Viallet (Coord.). *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp.181-223). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf
- Fiorenza, A. A. (2019). ¿De qué hablamos cuando hablamos de prueba? Recuperado de la base de datos Sistema Argentino de Información Jurídica. Id SAIJ: DACF190073.
- Kalafattich, V. (2018). “Género y desafíos jurisdiccionales”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 82, 228-243. Cita online: AR/DOC/2720/2018.
- Palacio, L. (2001). *Los Recursos en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Piña, A. (2019). Crítica a la sana crítica. El artículo 10 del nuevo C.P.P.F. *Revista Jurídica La Ley*, 4.

Pitlevnik, L. G. (2017). El análisis de Carrió sobre arbitrariedad de sentencia. En S. Roldán (Coord.). *Homenaje a Genaro R. Carrió* (pp.463-488). Bogotá: Universidad del Externado.

Ruiz Miguel, A. (1996). “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, 19, 553-ss.

Williams, J. (2009). Igualdad sin discriminación. En J. M. Hermida Viallet (Coord.). *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp.181-223). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (02 de diciembre de 1909). Rey, Celestino c/ Rocha, Alfredo y Eduardo, Fallos 112:38417.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (06 de noviembre de 1980). Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”, Fallos:302:1284.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (15 de noviembre de 2011). Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo, 89572.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (20 de mayo de 2014). Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo, S. 932. XLVI.

Legislación

Ley N°24.430. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Constitución de la Nación Argentina. (1994). (Sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Resolución 34/180. Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. (1979).

- Ley N°26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación (2015). Recuperado de:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Ley N°23.592. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Actos Discriminatorios (1988). Recuperado de:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>
- Ley N°26.743. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Identidad de Género (2012). Reccuperado de:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>
- Ley 6176. Legislatura de la Provincia de Tucumán. Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán (1991). Recuperado de:
<http://www.saij.gob.ar/6176-local-tucuman-codigo-procesal-civil-comercial-tucuman-lpt0006176-1991-01-07/123456789-0abc-defg-671-6000tvorpyel>

Sentencia n° 189

En la Ciudad de San Miguel de Tucumán, 16 de mayo de 2017, reunidos los Sres. Vocales de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial, Dres. Augusto Fernando Ávila y Laura A. David con el objeto de conocer y decidir los recursos interpuestos contra la sentencia dictada en autos caratulados “L.N.G C/ ASOCIACION TUCUMANA DE HOCKEY S/ AMPARO”- Expte. N°XXXX/XX; y abierta la vista pública, el Tribunal se plantea la siguiente cuestión: ¿ESTA AJUSTADA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de la votación, el mismo dio el siguiente resultado: Dres. Augusto Fernando Avila, preopinante; Laura A. David, vocal segunda; y Marcela F. Ruiz, vocal tercera.-

El Sr. Vocal, Dr. AUGUSTO FERNANDO ÁVILA, dijo:

1.- Antecedentes: Que en la causa del epígrafe la actora promueve acción de amparo con fundamento en que la Asociación Tucumana de Hockey, no respondió su pedido de inscripción como jugadora federada, o sea, no le informó el motivo por el cual se le impide participar y practicar dicho deporte. Hace conocer su opción de género femenino y enfatiza que es una persona que, en el marco de la ley de identidad de género de la República Argentina, ha cumplido con las exigencias de dicha normativa. Relata que jugó en forma informal o como jugadora federada en distintos clubes y que en el año 2014 petitionó a la demandada que se inscriba su pase a otro equipo, requerimiento que no fue tratado y respondido por la Asociación Tucumana de Hockey. Por esa razón presentó una nota dirigida a dicha entidad en fecha 30/07/2014, solicitando que se reconsidere el rechazo a inscribirla como jugadora federada o para que le informen los motivos de la negativa. Administrativamente se elevó la nota en consulta a la C.A.H., pero no recibió respuesta. Posteriormente se enteró del dictado de la Circular n° 145/2012 de la Confederación Argentina de Hockey, sobre algunas consultas recibidas acerca del cambio de género, cuya copia simple le fue entregada. Manifiesta que en fecha 04/02/2015, solicitó pronto despacho del expediente 593/2014, en el que había petitionado la inscripción como jugadora federada y, al no obtener respuesta, intimó a la demandada por carta documento cursada en fecha 30/07/2015, bajo apercibimiento de iniciar acción judicial, pero la entidad

no respondió al requerimiento objeto de la intimación. Por lo demás, me remito al detallado resumen de los hechos invocados por una y otra parte, en el fallo objeto de recurso.- El Presidente de la Asociación Tucumana de Hockey, respondió la demanda negando que la entidad haya incurrido en un acto de discriminación en relación a la actora y expone que la negativa al pedido de transferencia se fundó en que la Srta. N. G. L. no cumplió con las exigencias reglamentarias, en especial, su pertenencia a un club federado y que dicho club haya prestado conformidad con el pase. Afirma que son aplicables a la pretensión de la actora, las normas del Comité Olímpico referidas a los atletas que hagan la transición de un sexo a otro, exigencias que no justificó haber cumplido.-

2.- Sentencia de primera instancia: El Juez de grado, luego de efectuar una proficua cita normativa y jurisprudencial que, a su criterio, abonan la pretensión canalizada por vía de amparo por la actora, funda su decisión de hacer lugar a la demanda, esencialmente, en los motivos siguientes: "El "proyecto de vida", único, singular y personal, es rico y, a menudo, complejo en su contenido. El proyecto puede reducirse a la exclusiva realización profesional, laboral o familiar de la persona, a cumplir con una honda y determinada vocación en cualquiera de estos sentidos o, como es común, comprende dos o más de estos aspectos básicos de la vida coexistencial de la persona. La persona puede concebir un proyecto en el que se incluye, aparte de su realización vocacional de carácter profesional, laboral, la cuestión familiar, como también dicho proyecto de vida puede incluir expresiones culturales o sociales. Dentro del proyecto de vida, también se encuentra sin lugar a dudas la práctica amateur de un deporte, que innegablemente favorece la plena integración social de la actora y constituye una meta de realización personal, la obtención de un logro más en la búsqueda continua de la propia felicidad, aspiración natural y universal de los seres humanos, protegida en la Constitución bajo el principio de dignidad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. "; "La Asociación demandada, no ha probado a lo largo de este proceso, que hubiese puesto en conocimiento de la actora los motivos de la negativa a inscribirla, sino que el argumento de la falta de cumplimiento de los requisitos que establece el reglamento recién son exteriorizados en esta instancia judicial, no antes. El derecho a la igualdad y a la no discriminación está consagrado en los artículos 16 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este derecho implica que el Estado no puede tener en

su ordenamiento regulaciones discriminatorias, pero, además, que debe asumir una actitud activa para combatir las prácticas discriminatorias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 88). La discriminación no sólo se produce cuando existen normas o políticas que excluyen a un determinado grupo, sino también por comportamientos que puedan tener efectos discriminatorios. Y en este sentido entiendo que la demandada ha incurrido en un comportamiento discriminatorio hacia la actora, ya que la misma no se condujo de acuerdo al principio de buena fe (art. 9 CCyCN) que debe regir todas las relaciones. Es que correspondía que la Asociación, le informara a la Srta. L. el motivo del rechazo de la afiliación, más aún si tenemos en cuenta que la misma le requirió -en reiteradas oportunidades- los argumentos de la negativa y nunca le fueron dados. Exigir la constatación de un motivo discriminatorio explícito ofrecería una protección demasiado débil del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación, ya que volvería casi imposible la acreditación de que se configuró un caso de discriminación. Como lo ha destacado la Corte Suprema, los prejuicios discriminatorios dominantes operan normalmente de modo inconsciente en el comportamiento de los individuos. Cuando figuran entre los motivos conscientes que guían la acción de las personas, éstas normalmente lo ocultan, disfrazando el prejuicio con el ropaje de otras razones aparentes (Fallos: 334:1387, considerando 9°)."

El apoderado de la demandada apela la sentencia de fecha 14 de febrero de 2017 (fs. 92/99).-

3.- Memorial: A fs. 105/107, el Presidente de la Asociación Tucumana de Hockey expresa agravios centrando la crítica en los aspectos siguientes del fallo:

a) Transcribe un párrafo del fallo que dice: "la actora N. G. L. inicia acción de amparo en contra de la Asociación Tucumana de Hockey, invocando como hecho central de su pretensión la actitud negativa de la demandada -la Asociación Tucumana de Hockey- a inscribirla como jugadora federada, sin motivo alguno..."-.

Sostiene que yerra el Juez al manifestar que la Asociación no la inscribe sin motivo alguno, ya que conforme fue expuesto al contestar la demanda, lo único que exige la Asociación a fin de poder practicar el deporte es el cumplimiento de los requisitos reglamentarios, como

condición previa para la práctica de esa actividad que no fueron satisfechos por la actora. Detalla que la Srta. L. no acreditó haber sido jugadora del Club Corsario, en su caso, la conformidad de dicho club con el pase solicitado y la indicación del equipo al que quería ir.-

b) Transcribe un párrafo del fallo que dice: "En definitiva, la circunstancia de la no afiliación, y la falta de respuesta – a pesar de los reiterados y continuos reclamos de la actora- por parte de la asociación demandada a la solicitud de afiliación, me persuaden que los argumentos en cuanto a la falta de indicación del club de destino para la denegatoria a la inscripción, solo se tratan de argumentos aparentes, incurriendo en una conducta discriminatoria, al no explicarle oportunamente los argumentos del rechazo, para posibilitar a la misma la subsanación de dichos errores y permitir la práctica deportiva. En consecuencia, nos encontramos ante una clara violación de la normativa constitucional y supra constitucional antes mencionada, lo que justifica la procedencia de la acción de amparo.".-

Sostiene al respecto, que es de cumplimiento imposible lo ordenado por el Juez, pues no se puede inscribir un jugador que no sea socio de un Club y manifiesta: "...donde jugaría, para que Club, la inscripción debe ser para representar a una Institución".-

c) Cuestiona el criterio de imposición de costas y los honorarios regulados a los letrados, a los que califica de elevados.-

d) Plantea la nulidad de la sentencia con fundamento en que el Juez no tuvo en cuenta la prueba producida por la parte demandada, por ejemplo, la prueba informativa producida a fs. 84, o sea, del informe producido por la propia demandada en el que detalla cual sería el trámite que se debe realizar para que un jugador pase de un club a otro.-

Por ello y demás motivos que por brevedad se dan por reproducidos, solicita que el fallo sea anulado o revocado.-

A fs. 110/111, la actora responde el memorial de quejas. Expone que la falta de respuesta de la Asociación Tucumana de Hockey a sus pedidos, es lo que justifica que la negativa

implícita a la inscripción como jugadora federada pretendida por la actora, haya sido calificada por el Juez como inmotivada.-

Añade que no es verdad que una jugadora deba pertenecer previamente a un Club federado, pues en su origen todos los jugadores son libres hasta que se inscriben por primera vez y, enfatiza, que la entidad demandada cuenta con archivos y documentación de los jugadores para evaluar cualquier pedido de inscripción, por ello afirma que yerra el apelante al manifestar que el fallo le impone una obligación de cumplimiento imposible, cuando en realidad tuvo más de una oportunidad para hacer saber a la peticionante que requisitos faltaban cumplir.-

Respecto a la queja consistente en que no se valoró la prueba producida por la demandada, manifiesta que el Juez no está obligado a valorar toda la prueba, sino la que considera relevante para la solución de caso. Pone de relieve que en el memorial de agravios, la demandada no justificó porque motivo no informó a la parte actora las razones para no inscribirla como jugadora federada.-

En relación al planteo de nulidad, argumenta no existe arbitrariedad en la valoración de la prueba que amerite la nulidad de la sentencia.-

Respecto a las críticas a la imposición de las costas, manifiesta que la demandada colocó a la parte actora en la necesidad de acudir a sede judicial para defender sus derechos. Finalmente, estima que la cuantía de los honorarios regulados es razonable. Por ello y demás motivos que por brevedad se dan por reproducidos, solicita que el fallo sea confirmado.-

4.- Dictamen Fiscal: A fs. 120/121, el Sr. Fiscal de Cámara subrogante se expide en relación al recurso de nulidad en los términos siguientes: "I.-Comparto lo afirmado por el recurrente, por cuanto el fallo en crisis no cumple con los recaudos de fundamentación suficiente y motivación; advirtiéndole que la sentencia fue dictada omitiendo la valoración de la prueba aportada por la Demandada; Es decir sin considerar la Prueba Informativa presentada por su parte a fs. 84; especialmente relevante para la solución del caso; habida cuenta que alude específicamente al trámite que se debe realizar para que un jugador de hockey pase de un club a otro, el arancel a abonar, y la condición de encontrarse afiliado a

algún club de la Asociación Demandada; Circunstancias no probadas por la Amparada; Deviniendo a mi criterio como fundamentación aparente la causal de discriminación. Es así que – en mi opinión-, la sentencia en crisis contiene una fundamentación aparente, que afecta ostensiblemente la Estructura del Proceso y el Principio de Congruencia. II.- Coincido con lo afirmado por Eisner, al expresar que: “La parte que confió en el texto de la ley para ordenar su actividad en el proceso se hallaría sorprendida y vulnerada en su derecho de defensa si por causa de una decisión judicial se le privara de alguna facultad o recurso con evidente menoscabo del principio de seguridad jurídica” (Eisner, Isidoro, “Las notificaciones judiciales en el debido proceso -a propósito de cierta jurisprudencia-”, -LL-1981-D-948). De lo contrario, se estaría eludiendo el cumplimiento de lo expresamente previsto en la ley. Se trata de una ratio decidendi fácilmente comprensible, por ser expresión de la idea misma que impregna al formalismo en el derecho, cuyo espíritu está presidido por la intuición de que -al decir de Ihering- tras su aparente contradicción, existe una mutua y recíproca interdependencia entre las formas y la libertad; y es que, para glosar el pensamiento de aquél autor, cabe recordar que: “Enemiga jurada de lo arbitrario, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y el orden, y por consiguiente de la libertad: son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende intuitivamente el valor de la forma y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad”(Ihering, Rudolf Von, El Espíritu del Derecho Romano, Libro II, 1ª parte, Tít. III, § 50). III.- A mayor abundamiento, señalaré: Se dice que las sentencias incurren en incongruencia, cuando se produce una descoordinación, un desajuste o una ausencia de relación lógica entre el pronunciamiento judicial y las peticiones de las partes, bien sea porque no se resuelven todas las cuestiones planteadas en el juicio, bien, porque se extralimita el contenido de la decisión, aludiendo a cuestiones que no han sido objeto del debate. Como dice el diccionario de la Lengua Española "una sentencia es incongruente cuando no existe conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio". IV.- Nuestra Excma. Corte Suprema en múltiples pronunciamientos, ha manifestado que la doctrina de la arbitrariedad no ha sido

concebida para rectificar sentencias que se consideran equivocadas, sino que atiende a presupuestos extremos en que se verifica un apartamiento radical de la solución prevista por la ley o bien en una absoluta carencia de fundamentación; como así también las que se sustentan en un razonamiento argumentativo que se aparta de las reglas de la sana crítica racional; de modo tal que hace primar una solución manifiestamente contraria a la lógica y a la experiencia conculcando ello la garantía constitucional de la defensa en juicio o de la inviolabilidad de la propiedad, a punto tal que torne destacable la invalidez del acto jurisdiccional, circunstancias que en modo alguno se aprecian en el caso.(Cf.: C.S.J.T., Sent. N° 73 del 17/03/95, Sent. N° 41 del 03/03/95). Advierto que la sentencia en crisis, contiene vicios de fundamentación, que tornan viable la doctrina de la arbitrariedad. Consecuentemente, por lo antes expuesto, y en el entendimiento que los argumentos del recurrente resultan atendibles; Y con el propósito de resguardar los principios de Congruencia y Debido Proceso; soy de opinión que cabe hacer lugar a la nulidad impetrada por la Demandada.".-

5.- Recurso de Nulidad: Por una cuestión de orden en la meritación de las cuestiones propuestas, analizaré en primer término el recurso de nulidad articulado por el recurrente, tema sobre el cual el Sr. Fiscal de Cámara subrogante se expidió a favor de la procedencia del recurso, conforme surge de la transcripción de su dictamen, obrante en el apartado precedente.-

A criterio del suscripto, no concurre ninguno de los requisitos para la procedencia del recurso de nulidad y, va de suyo, no comparto la opinión del Ministerio Público transcripta en el apartado precedente.-

Lo que el recurrente manifiesta es su disenso con lo resuelto por el Juez, pero no invoca la existencia de un vicio formal anterior al dictado del pronunciamiento que no haya podido ser subsanado en la instancia en que se cometió o intrínseco al fallo cuestionado (vgr. falta de firma, Juez incompetente, etc).-

Afirma que hubo prueba relevante para la decisión del caso que, a su criterio, no fue valorada por el sentenciante, en especial el informe obrante a fs. 84. Ello así, califica de arbitrario al pronunciamiento y pide que sea declarado nulo.-

Considero que el mero disenso del recurrente con el criterio de selección de la prueba conducente para la solución del caso, no es suficiente para anular un pronunciamiento judicial. Dicha queja puede ser analizada al meritar el recurso de apelación y establecer si la prueba en cuestión tiene incidencia o no en la solución del conflicto traído a conocimiento de la alzada. De existir un error, sería de juzgamiento, no de procedimiento con entidad para invalidar el fallo.-

Dice Hitters que el recurso de nulidad tiene cabida cuando la sentencia adolece de vicios o defectos de construcción que la descalifiquen como acto jurisdiccional: es decir, si se ha dictado sin sujeción a las reglas de tiempo, lugar y forma, prescriptas por la ley adjetiva. Queda claro así que este medio de embate tiene viabilidad para los vicios en que incurre el juez de primera instancia, durante el trámite sentencial (cfr. Juan Carlos Hitters, "Técnica de los Recursos Ordinarios", 2ª edición, pág. 532/533, Librería Editora Platense, La Plata, 2004).-

A criterio del suscripto, el fallo recurrido reúne las exigencias establecidas en los arts. 34, 264 y 265 del CPCCT para ser calificado de pronunciamiento válido. En consecuencia, se desestima el recurso de nulidad.-

6.- Recurso de apelación.-

Primera queja: Comenzaré por decir que el párrafo del fallo transcripto por el apelante, como prefacio de la fundamentación del recurso, no corresponde a una afirmación o razonamiento del Juez de grado para motivar la procedencia del amparo, sino al relato de los hechos invocados por la parte actora como fundamento de su pretensión; ergo, ese aspecto del fallo no puede ser materia de agravio, por no corresponder a un juicio de valor emitido por el sentenciante. Desde esa perspectiva lo expuesto por el apelante, no constituye una crítica fundada de la motivación del fallo en los términos de lo establecido en el art. 717 del CPCCT.-

Lo que dijo el Juez de grado es lo siguiente: "Es que un comportamiento no discriminatorio hacia la actora, dada su pertenencia a un grupo de vulnerabilidad, implicaba "dar las razones de la no inscripción en tiempo oportuno" para permitir a la misma cumplir con los requisitos reglamentarios y de esta forma la práctica del deporte; y no como en el presente

caso en donde la asociación nunca contestó sus requerimiento y la obligó a iniciar un proceso judicial a los fines de los resguardos de sus derechos, siendo que recién en esta instancia expresa o informa sobre los supuestos motivos de la no afiliación, inscripción y/o fichaje.".-

Y lo dice bien el sentenciante, pues en todo el desarrollo del proceso, la parte demandada nunca justificó su silencio frente a los reiterados pedidos que formuló la actora para que le digan porque motivo no se autorizaba su inscripción en un Club, para la práctica deportiva de hockey. El cerrado silencio de la entidad demandada evidencia, a mi criterio, el reproche de conducta discriminatoria que se atribuye a la Asociación Tucumana de Hockey.-

¿Tenía obligación de responder la entidad demandada a la petición de la actora?.-

La respuesta, sin hesitación, es positiva. Por ser la asociación civil demandada la responsable de la registración de los pases y de su publicación en el Boletín Oficial de conformidad a lo establecido en los arts. 4, 8 y concordantes del Reglamento General de la ATAHSCyP, en caso de no reunir el pedido formulado por el/la jugador/a registrada o cuando reviste la condición de jugador libre (v.gr. art. 6 del mencionado reglamento) las exigencias establecidas por la reglamentación, la entidad tiene el deber de expedirse expresamente en forma positiva o negativa, o acordando un plazo al interesado/a para sanear el requerimiento formulado. El caso en análisis, se enmarca en lo establecido en 263 del CCyC que dispone lo siguiente: "Silencio como manifestación de la voluntad. El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.".-

Examinados los antecedentes obrantes en la causa, considero que la Srta. L. comenzó a ver la luz de la verdad de la motivación de la negativa a la inscripción peticionada, cuando le fue entregada una copia de la Circular n° 145/2012 de la Confederación Argentina de Hockey, referida a consultas recibidas acerca del cambio de género. Ese hecho, no negado por la demandada, confirma que la verdadera razón de la omisión en brindar una respuesta escrita al pedido formulado por la actora, fue la opción de género efectuada por aquélla.

Interpreto que, con la entrega de la mencionada Circular, lo que la entidad demandada le estaba diciendo a la Srta. L. es que, por haber efectuado su opción de pertenencia al sexo femenino debía ajustar su personalidad al riguroso procedimiento de "adaptación", si vale la expresión, a las rigurosas reglas establecidas por el Comité Olímpico Internacional para la práctica de deportes por personas que deciden cambiar su sexo.-

Aún cuando se interpretara que la ATAHSCyP, no tenía obligación legal de expedirse -postura que no abono- diré que si el silencio de la demandada se encuadrara en el último supuesto que regula el art. 263 del CCyCN, el resultado no cambia. En efecto, en la relación entre el silencio de la ATAHSCyP y las declaraciones precedentes, debe ponderarse como "declaraciones precedentes", a cada una de las solicitudes de registración o pase de jugadores decididas por la demandada en los años 2014 y 2015, en los que expuso su voluntad positiva o negativa en relación a esas peticiones. En tal sentido la CSJN, tiene dicho: "El silencio que importa declaración de voluntad requiere declaraciones anteriores de quien guardó silencio, o conducta anterior de ese sujeto que se presente como una antinomia frente a tal silencio (CSJN, 29/12/1971, LA LEY, 150-593) (CRosario, 25/7/1957, JA, 1958-I-13).-

Refuerza esta conclusión lo expuesto por la demandada al presentar el informe previsto en el art. 21 del digesto procesal constitucional. Dijo la ATAHSCyP.: "Asimismo la actora hace referencia a que las disposiciones de la federación internacional de hockey y del comité olímpico no son aplicables al caso por ser discriminatorios, detallando una serie de fundamentos que por motivo de economía procesal me remito. Ahora bien, yerra la actora cuando menciona que dichas reglas son inaplicables por discriminatorias. El Comité Olímpico ha cambiado la reglamentación aprobada en 2003...Dicho criterio fue modificado para los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro del 2016..." Ahora bien, lo que no tiene en cuenta la demandada, es que la petición de inscripción formulada por la Srta. L., data del año 2014 y fue ratificada en el año 2015, o sea, cuando aún estaba vigente la normativa internacional pergeñada en el año 2003. Coincido con la actora en que las pautas fijadas en esa normativa reglamentaria eran claramente discriminatorias, casi diría no exentas de crueldad en el tratamiento quirúrgico y hormonal exigido a los deportistas que cambiaron de sexo. Precisamente por ello y, como bien lo señala la propia demandada, esas reglas

fueron modificadas recientemente para el encuentro olímpico celebrado en el año 2016 en Río de Janeiro, en las que no se exigió la operación quirúrgica para el cambio de sexo y solo perdura la obligación del deportista de efectuar un tratamiento hormonal para evitar que existan ventajas deportivas.-

Estimo que el silencio es una forma de lenguaje, para decir no o para decir si. Dijo la ganadora del Premio Nobel de Literatura en 2009, Hertha Muller, en el marco de una entrevista celebrada en el encuentro "Hay Festival Cartagena de Indias", publicada por AD Cultura del Diario La Nación de fecha 23 de enero de 2015, lo siguiente: "Yo había aprendido que el silencio es también una forma de comunicación, que a las personas también se las puede interpretar por su aspecto. Y también están los gestos. En mi casa sabíamos los unos de los otros aunque no habláramos de nosotros todo el tiempo. Había otra forma de mirar." Dijo José Manuel Lucas Caballero Calderón, escritor y columnista colombiano (06 de agosto 1913 - 15 de julio de 1981), acerca del silencio como modo de comunicación lo siguiente: "Pero, ¿qué significado tiene el silencio? El silencio solo obtiene su sentido a través de la interpretación del acto comunicativo. Vamos a analizar algunos de los aspectos comunicativos del silencio: El silencio manipulador. Existen diversas formas de manipular con el silencio, bien por omisión bien por acción. Entre las que silencian la información para manipular o engañar encontramos: La censura: según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), es la «intervención que practica el censor en el contenido o en la forma de una obra atendiendo a razones ideológicas, morales o políticas». De esta forma, todo aquello que no interesa que sea informado a la opinión pública o a un grupo o a una persona en particular, puesto que la censura se produce igualmente en las relaciones interpersonales, es silenciado con la finalidad de ocultar e impedir que se conozcan lo que es considerado inconveniente o innecesario por quien emite el enunciado. La censura se produce de forma vertical, en consecuencia, quienes ostentan algún poder sobre el resto limitan el acceso a la información de estos últimos.".-

La demandada con su silencio dijo lo que no dijo por escrito, esto es, que no aceptaba la inscripción de la actora como jugadora federada por su opción de género. Añado que interpreto al silencio de la demandada -en el caso en análisis- como una forma de censura al pensamiento de la actora en orden a la definición de su personalidad. La ausencia de una

respuesta al pedido de inscripción, se erigió en una valla a la interesada para conocer la verdadera motivación del rechazo de la inscripción solicitada y, de ese modo, le fue cercenada su libertad para que ésta pudiera controvertir o aceptar ese punto de vista o interpretación de la reglamentación por parte de la ATAHSCyP. Este modo de interpretar el silencio, no se opone a la regla de legalidad que emerge de lo establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional, por los motivos antes expuestos.-

De haber obrado con buena fe la demandada y respondido con claridad a la petición por la actora a su tiempo, le habría otorgado la chance a ésta última de aceptar o controvertir las exigencias de la normativa internacional y de las exigencias que emergen del reglamento general de la ATAHSCyP.-

En lo que atañe a las normas internacionales, como lo tengo dicho, eran claramente discriminatorias para los deportistas que hicieron una opción de sexo que responde a su verdadera identidad de género, según está establecido en la detallada cita normativa que realizó el Juez de primera instancia y sobre la que no abundaré por razones de brevedad. Solo diré que el derecho a la identidad de género, como parte del derecho más genérico a la personalidad, es un derecho inalienable en la legislación argentina, constitucional y supra constitucional, sin que pueda ser vulnerado o sustituido por normas reglamentarias. He allí el quid del debate de perspectiva de género que subyace en este proceso de amparo.-

De lo referente al cumplimiento del reglamento general de la ATAHSCyP, me ocuparé en el punto siguiente.-

Corolario de lo expuesto, es que la ATAHSCyP implícitamente consideró aplicable al pedido de inscripción como jugadora federada efectuado por la Srta. L., la normativa internacional antes mencionada, pero no se lo dijo por escrito, se lo dijo con el cerrado silencio, con la soterrada acción de entregarle la Circular n° 145/2012 de la Confederación Argentina de Hockey, sin explicar los motivos de ese modo de obrar. Al tiempo de contestar la demanda, recién hizo explícito que, a su criterio, la peticionante no habría cumplido con lo establecido en el reglamento general de la entidad.-

Segunda queja: El apelante transcribe un párrafo del fallo que dice: "En definitiva, la circunstancia de la no afiliación, y la falta de respuesta -a pesar de los reiterados y

continuos reclamos de la actora- por parte de la asociación demandada a la solicitud de afiliación, me persuaden que los argumentos en cuanto a la falta de indicación del club de destino para la denegatoria a la inscripción, solo se tratan de argumentos aparentes, incurriendo en una conducta discriminatoria, al no explicarle oportunamente los argumentos del rechazo, para posibilitar a la misma la subsanación de dichos errores y permitir la práctica deportiva. En consecuencia, nos encontramos ante una clara violación de la normativa constitucional y supra constitucional antes mencionada, lo que justifica la procedencia de la acción de amparo.".-

Esta cuestión fue analizada en el apartado anterior y en lo pertinente me remito a lo allí expuesto.-

Sostiene el apelante que es de cumplimiento imposible lo ordenado por el Juez, pues no se puede inscribir un jugador que no sea socio de un Club y manifiesta: "...donde jugaría, para que Club, la inscripción debe ser para representar a una Institución".-

Considero que no hay agravio. En efecto, surge de los considerandos del fallo apelado, que el Juez dijo lo siguiente: "Por estas razones es que corresponde hacer lugar a la acción de amparo iniciada por la actora en contra de la Asociación Tucumana de Hockey, condenándose a ésta última a proceder al fichaje de N. G. L., en tanto y en cuanto cumpla con los requisitos exigidos por el reglamento general de la Asociación Tucumana Amateur de Hockey sobre Césped y Pista.", o sea, el Juez de grado dice que la petición de fichaje de la Srta. N. G. L., debe cumplir con los requisitos del reglamento general de la ATAHSCyP. En consecuencia, todos los interrogantes que genéricamente plantea el apelante, serán despejados cuando se dé trámite a la solicitud de la interesada, y la demandada analice si la misma satisface las exigencias reglamentarias, conforme a la situación existente al momento de expedirse.-

No corresponde que el Tribunal analice si se cumplieron o no requisitos reglamentarios del pedido de inscripción que nunca fue tratado por la demandada y en relación al cual se carece de una respuesta concreta. El eje central del debate de autos, no transita por la aplicabilidad del reglamento general de la ATAHSCyP al pedido de la actora, sino por la injustificada falta de respuesta por parte de la entidad demandada.-

Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja analizada.-

Tercera queja: El apelante cuestiona el criterio de imposición de costas, con fundamento en que no fue su representada quién dio origen a la acción.-

En virtud de lo considerado y expuesto en los puntos anteriores, considero que fue la parte demandada la responsable de no informar a la actora y de emitir un pronunciamiento concreto y fundado de las motivaciones para denegar la registracion y fichaje peticionados. En ese sentido, resultó vencida en la contienda.-

En consecuencia, es correcta la decisión del Juez de grado de imponerle la costas por aplicación de la regla objetiva de la derrota por ser responsable del acto lesivo que dio lugar a la contienda judicial (arg. arts. 105 CPCCT y art. 26 del Digesto procesal constitucional).-

Cuarta queja: El apelante objeta el monto de los honorarios regulados a los letrados, a los que califica de elevados por no tratarse el tema debatido en la presente causa de una cuestión novedosa o compleja.-

Contrariamente a lo afirmado dogmáticamente por el apelante, el tema planteado no reconoce precedentes jurisprudenciales en el foro local. Tampoco es una cuestión controversial usual en la jurisprudencia nacional. En ese contexto concluyo que el tema, sin dudas, es novedoso e introduce el análisis de una arista no abordada de la cuestión de género.-

Por lo antes expuesto, concluyo que la regulación practicada a favor del letrado Claudio D. Nuñez de la Rosa, patrocinante de la parte actora por su actuación en todo el trámite del amparo en tres consultas escritas (\$18.900 (dieciocho mil novecientos pesos) y para el letrado patrocinante de la entidad demandada, Adrián Martín Acosta, en el valor de una y media consultas escritas (\$9.450 nueve mil cuatrocientos cincuenta pesos), resulta ecuánime y no debe ser modificado.-

7.- Costas de la alzada a cargo de la parte demandada vencida (arts. 105 y 107 del CPCCT y 26 del digesto procesal constitucional).-

La Sra. Vocal, Dra. LAURAA. DAVID, dijo:

Estando de acuerdo con los fundamentos dados por el Sr. Vocal preopinante, se adhiere a los mismos votando en igual sentido.-

Y VISTOS: El resultado de la votación consignada precedentemente, se :

RESUELVE:

I.- NO HACER LUGAR a los recursos de nulidad y apelación interpuestos por la Asociación Tucumana de Hockey, en contra de la sentencia de fecha 14 de febrero de 2017 (fs. 92/99), conforme a lo considerado.-

II.- COSTAS de la alzada a cargo de la parte demandada.-

III.- REGULAR HONORARIOS al letrado Claudio D. Nuñez de la Rosa, patrocinante de la parte actora, por su actuación en la alzada en la suma de \$12.600 (pesos doce mil trescientos); y al letrado patrocinante de la entidad demandada, Adrián Martín Acosta, en la suma de \$6.300 (pesos seis mil trescientos), respectivamente.-

HÁGASE SABER.-

AUGUSTO FERNANDO ÁVILA LAURA A. DAVID.

Ante mí:

María Laura Penna.