

SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO

En la ciudad de Córdoba, a los dos días del mes de septiembre de dos mil trece, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "**P., L. D. (o) R. J. s/ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación-**" (Expte. "P", 62/13), con motivo del recurso de casación interpuesto por el defensor de L.D.P., el Sr. Asesor Letrado Dr. Mariano Brusa, en contra del decreto de fecha veinticinco de junio de dos mil trece, dictado por el Juzgado de Ejecución Penal de Segunda Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿incurre la resolución impugnada en inobservancia de la ley sustantiva?

2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en forma conjunta.

A LA PRIMERA CUESTION:

Las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijeron:

I. Por decreto de fecha 25/6/2013, el Juzgado de Ejecución de Segunda Nominación, dispuso “...A la solicitud de alojamiento de su defendida/o en establecimiento acorde a su identidad vivida y a mérito del principio de igualdad previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional; dispóngase el traslado de L. D. O R. J. P., Leg. nº 5695 en un Establecimiento Penitenciario acorde a su condición físico-anatómica. II) A lo solicitado en el punto 3 del escrito presentado; recaratúlese el presente legajo de ejecución penal debiendo caratularse “P., L. D. (O) R. J. –EJECUCIÓN DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD”, debiendo dejarse debida constancia en el Sistema de Administración de Causas Multifuero...” (fs. 28).

II. En contra de la resolución antes mencionada el defensor de P., el Sr. Asesor Letrado Dr. Mariano Brusa deduce recurso de casación con fundamento en la causal prevista en el inciso primero del art. 468 del C.P.P..

Postula que el Tribunal inobservó la ley sustantiva ya que se niega a tratar a su defendida según su identidad de género autopercibida, obligándola a vivir en una cárcel para hombres y denominándola con el nombre femenino junto al nombre masculino e incluso de forma indeterminada.

Expresa que por el contrario, la nueva ley nacional 26.743 en el art. 1 consagra el derecho de toda persona al reconocimiento y trato conforme a la identidad de género autopercibida, sin condicionarlo a la adecuación quirúrgica u hormonal del sexo u otro tratamiento psicológico o médico (cf. art. 4 último

párrafo de la misma ley) e impone la interpretación de cualquier otra norma en el sentido más favorable al acceso al derecho a la identidad de género (art. 13).

Adita que si la persona ha rectificado su documento nacional de identidad sólo puede ser denominada con el nombre de pila allí consignado. Si la documentación ha sido rectificada –dice- se prohíbe dar publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila salvo autorización de la titular de los datos así como cualquier referencia a la ley 26.743 en la partida de nacimiento rectificada y en el DNI expedido en virtud de la misma.

Refiere que consta en el legajo que su defendida ha obtenido la rectificación registral del sexo, cambio de nombre de pila e imagen conforme su identidad de género femenina sin haberse sometido a intervenciones quirúrgicas de reasignación genital.

Manifiesta que el Tribunal rechazó la solicitud de alojarla en un establecimiento carcelario para mujeres y ello surge inequívocamente ya que ordenó el “traslado” agregando a continuación que se hiciera “a un establecimiento acorde a su condición físico anatómica”, la cual, no ha mutado.

Indica que si en verdad hubiera decidido trasladarla a una cárcel de mujeres se habría referido a su identidad vivida, a la receptada en el DNI o a la coincidente con su apariencia externa.

Repara en que su defendida continúa alojada en la cárcel acorde a su genitalidad (E.P. n° 4 Colonia Monte Cristo), sin que obre en el legajo ninguna

orden dirigida al Servicio Penitenciario de trasladarla a la cárcel de mujeres (E.P. n° 9 Crom).

Agrega que el Juez ordenó la recaratulación del legajo de ejecución con el nombre de pila elegido por su defendida (L. D., consignado en el DNI) más el nombre masculino anterior, separándolos con la disyunción “o” y que también se ha referido a ella de manera indeterminada.

Indica que lo decidido traduce una intelección que sólo tiene en cuenta el sexo biológico o genital de la persona, con lo que inobservó las disposiciones contenidas en la ley 26.743 que establecen el derecho de *toda* persona al reconocimiento, libre desarrollo y trato conforme su identidad de género.

Explica que esa ley es aplicable a la jurisdicción provincial, en tanto hace operativas normas con jerarquía constitucional que reconocen y protegen el derecho a la igualdad, a la autonomía personal y a la identidad, a la vez que contiene normas directamente vinculadas con atributos de la personalidad cuya regulación es materia reservada por el Congreso de la Nación.

Estima que si bien excluye expresamente la acreditación de intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico para obtener la rectificación registral, es fácil colegir mediante su interpretación sistemática, auténtica y teleológica que también lo hace para cualquier otra manifestación de trato digno, esto es, acorde a la identidad de género.

Argumenta que se desprende de la propia definición de “identidad de género” que se trata de una vivencia *interna e individual* del género tal como cada persona la siente, que *puede o no corresponder con el sexo* de nacimiento e involucrar tanto la modificación de la apariencia o la función corporal siempre que sea libremente escogida u *otras expresiones* como la vestimenta, modo de hablar y modales.

Señala que la ley consagra el derecho a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su nombre de pila, imagen y sexo, así como el derecho de acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa y su cobertura por los efectores del sistema público de salud. Establece, además – dice- el principio de que toda norma, reglamentación o procedimiento debe respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas, sin limitar, restringir, excluir o suprimir su ejercicio, *debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo*.

Apunta que esas normas encuentran su antecedente en los Principios de Yogyakarta del año 2006, que recogen la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género que fueron utilizados para fundar los proyectos de ley vinculados a la cuestión.

Ilustra que estos documentos prevén que toda persona privada de su libertad tiene derecho a ser tratada humanamente de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género, recomendando que el Estado asegure que la detención evite una mayor marginación en base a su identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales. Además, que en la medida posible, se le de participación en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado a su identidad de género, y establecer medidas de protección que no impliquen más restricciones a sus derechos de las que experimenta la población general de la prisión.

Indica que además sostienen que el derecho a la libertad de opinión y expresión incluye la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, concerniendo al Estado adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias a fin de asegurar el pleno disfrute del mismo.

Estima que la nueva legislación recoge y amplía estos derechos, pues ha consagrado el de la identidad de género de forma incondicionada. Procura, así – dice- tutelar de forma integral el derecho de toda persona a ser tratada según su vivencia interna e individual del género, desjudicializando y despatologizando la cuestión. Cita jurisprudencia en aval a su postura.

Desde otro costado, apunta que el Tribunal en la recaratulación del legajo de P. se apartó claramente de las normas que prohíben de forma expresa dar a

publicidad la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila, debiendo denominar a su defendida sólo con su nombre de pila y ningún otro.

Repara además que la norma prevista en el art. 12 de la ley 26.743 autoriza un sistema especial de registro para los casos de personas que no han rectificado su DNI, combinando las iniciales del nombre, apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento a los que se agrega el nombre de pila elegido.

Estima que de allí se deriva, por un lado, que ni siquiera en tales casos se consignarían los dos nombres de la persona como se ha efectuado aquí. Por otro, que si se ha consagrado el derecho a ser tratada con un nombre de pila acorde a la identidad de género vivida sin necesidad de rectificar el DNI, con mayor razón tiene ese derecho quien sí lo hizo.

De allí deriva el defensor que se está colocando a su defendida en una situación indeterminada cuando en realidad su identidad de género es femenina, en tanto está claro que se siente, comporta y figura registralmente como mujer.

Entiende que se la está colocando en una situación indeterminada cuando en realidad su identidad de género es femenina, en tanto está claro que se siente, comporta y figura registralmente como mujer.

Dice que esa es también una manera de vulnerar su derecho a la identidad de género. Cita en apoyo a ello una resolución de la Defensoría General de la Nación.

Afirma que la permanencia de L. D. P. en una cárcel que no es acorde a su identidad de género y su denominación mediante un nombre diferente al previsto en el DNI o, peor aún, de modo indeterminado, deja sin efecto el derecho al trato digno consagrado en la ley 26.743 por cuanto tales lesionan directamente su dignidad personal en tanto no respetan la identidad elegida en su proyecto de vida.

Estima que de poco le sirve haber logrado rectificar su documentación personal, si ese reconocimiento resulta meramente formal y que si bien es obvio que la privación de la libertad repercute directa o indirectamente sobre otros derechos de la persona condenada, existen límites infranqueables tal como la prohibición de discriminación por la condición de género.

III. Surgen de autos las siguientes circunstancias relevantes:

- A fs. 20 obra fotocopia del Documento Nacional de Identidad de L. D. P. (DNI N° 14.77.838).

- Mediante escrito manuscrito fechado el 8/5/2013, P. remite al Juzgado de Ejecución un escrito en el que solicita se ordene a la administración del Servicio Penitenciario que haga uso de su nuevo nombre y género, por cuanto sigue figurando con su nombre anterior o en algunos casos con ambos. Requiere asimismo se corra vista a su defensor (fs. 21).

- Por decreto de fecha catorce de junio de 2013, el Juez de Ejecución hizo lugar parcialmente al pedido y dispuso que el Servicio Penitenciario tome razón del nuevo nombre “y apellido del interno R. J. o L. D. P. para que de ese modo se

lo cite o se lo llame”. Asimismo, no hizo lugar parcialmente a lo solicitado y en consecuencia resolvió no suprimir su anterior denominación en los registros obrantes en el Servicio Penitenciario, debiendo sumarse al ya existente su nuevo nombre (fs. 23).

- A fs. 24/26 vta. obra un escrito del Sr. Asesor Letrado, Mariano Brusa, al que acompaña un comparendo de su asistida (fs. 27), expresando su voluntad de ser trasladada a un establecimiento penitenciario abierto de mujeres. En dicho escrito, el defensor encausa jurídicamente la voluntad de P., y solicita en definitiva que se ordene de inmediato su alojamiento en un establecimiento penitenciario acorde a su identidad vivida, se recaratule el legajo de ejecución con el nombre de pila adoptado en consonancia con la identidad de género y se libre oficio a la Autoridad Penitenciaria para que la misma utilice el nombre de pila de su defendida en todas las actuaciones administrativas que se realicen en relación a su persona.

- A fs. 28 corre agregado el decreto aquí impugnado.

IV.1. La crítica del recurrente se dirige a dos cuestiones centrales: la respuesta dada por el Juez a la solicitud de traslado de su asistida a un establecimiento penitenciario para mujeres y los términos en que dispuso la recaratulación del legajo de ejecución.

a. En este marco y a fin de dar adecuada respuesta a los planteos traídos a estudio, resulta necesario, repasar la normativa aplicable al caso.

La ley N° 26743, 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).

La propia legislación 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”* (art. 2).

b. Pues bien, con la finalidad de precisar cuál ha sido el espíritu del legislador al dictar la ley, resulta necesario acudir a los **fundamentos del proyecto** originariamente presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación por los diputados Silvana Myriam Giudici, Silvia Tunessi, Juan Pedro Lanceta y Rubén Orfel, (N° de Expediente 7243-D-2010 Trámite Parlamentario 146 - 01/10/2010-) que con algunas modificaciones fue luego sancionado con fuerza de ley el 9/5/12, la que fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 24/5/12, Ley 26.743 “Identidad de Género”.

Los presentantes expresaron que “...la orientación sexual o identidad de género son elementos esenciales para conformar la personalidad, por lo que el Estado ha de respetar y garantizarlo a través de su reconocimiento legal, adecuando la legislación interna a las normas emergentes de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que tienen jerarquía constitucional, en virtud del artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional...”.

Más adelante señalan que “...la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, han elaborado una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los Derechos Humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, conocidos como Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Los Principios de Yogyakarta (www.yogyakartaprinciples.org) definen la identidad de género como “...la vivencia interna e individual del género 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.”...”.

c. Consultados los “Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género” (Principios de Yogyakarta), bajo el **número 9º**, con el título **El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente** se expresa que *“Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona. Los Estados: A) Asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales...C) Garantizarán que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género...”*.

d. De lo reseñado precedentemente, surge con claridad que el 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.

Esta tutela que brinda la ley, comprende necesariamente el derecho de quien, encontrándose privado de su libertad, solicita su alojamiento en un establecimiento penitenciario acorde a su vivencia interna e individual del género.

En el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que esta autopercepción - diversa al sexo dado a su nacimiento- ha involucrado la modificación de su apariencia a través de expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales, así como la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, los que constan en el nuevo Documento Nacional de Identidad que ha obtenido.

Por lo tanto, resulta 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.

A tal efecto el personal penitenciario adoptará las medidas pertinentes a los fines de evitar cualquier conducta ofensiva a la dignidad personal de la interna, tanto por parte de sus agentes como de las otras internas. Se tendrá en cuenta el “Programa de Capacitación para el Servicio Penitenciario sobre la población trans” citado por el Sr. Secretario de Derechos Humanos del

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación a fs. 11 vta. de su presentación.

La cuestión en el caso no es opinable, lo resuelto por el a quo no sólo no se ajusta a los principios y normas que emanan de la ley 26.743, sino a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga al Estado Argentino en sus arts. 1 y 2 a garantizar lo no discriminación por razones de sexo.

El concepto de “sexo” no se refiere ya a una identidad biológica sino que debe interpretarse en el sentido amplio de identidad autopercebida (Principios de Yogyakarta ONU 2007 citado supra). De allí resulta la responsabilidad del Estado Argentino por violación de estos principios.

Conforme a todo lo expuesto, estimo que debe hacerse lugar a lo solicitado, debiendo ordenarse el inmediato traslado de L. D. P. a un Establecimiento Penitenciario para Mujeres.

2. En cuanto al agravio relativo a la recaratulación del legajo de ejecución en los términos en que lo dispuso el Tribunal, también le asiste razón al impugnante, acorde con lo resuelto en el punto anterior.

a. Ello así por cuanto la Ley 26.743 en su artículo 6º, prevé *“Cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 4º y 5º, el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a*

*emitir una **nueva partida de nacimiento** ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un **nuevo documento nacional de identidad** que refleje la **rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila**. Se prohíbe cualquier **referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma**”.*

En concordancia, el art. 7º, al tratar los efectos, determina que “...**en todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona**”.

Por su parte el art. 9º establece que “**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...**” (el destacado nos pertenece).

b. 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.

c. Producida la rectificación del documento y aún sin ella, de acuerdo al art. 7 citado, 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.

Corresponde, en consecuencia la modificación del nombre de pila de la recurrente tanto en el legajo de ejecución cuanto en el penitenciario en forma exclusiva o sea sin mención alguna a la identidad anterior.

3. Asimismo a los fines de correlacionar la historia personal de la interna que figura en los registros en relación a la causa penal, cuya condena cumple, corresponde notificar a la Cámara Octava en lo Criminal a los fines de que recaratule el nombre del expediente penal, rectifique el nombre de pila en la sentencia dictada y notifique de ello al Registro Nacional de Reincidencia.

Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTION:

Las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijeron:

Atento los motivos expuestos en la primera cuestión, corresponde:

I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado, Dr. Mariano Brusa a favor de L. D. P. y, en consecuencia, previa recaratulación por Secretaría, remitir si más tramite los presentes autos al Tribunal de origen a fin de que disponga de inmediato:

a) El traslado de L. D. P. a un Establecimiento Penitenciario para mujeres, notificando al Servicio Penitenciario a los efectos que se señala en el punto **IV.1.d.** de la Primera Cuestión.

b) Se recaratule el legajo de ejecución, debiendo consignarse en la carátula sólo el nombre de pila que surge del Documento Nacional de Identidad,

emitido conforme la rectificación registral efectuada. Igual trámite debe cumplirse en el legajo penitenciario.

II) Notificar a la Cámara Octava en lo Criminal a los fines de que recaratule el nombre del expediente penal, rectifique el nombre de pila en la sentencia dictada y notifique de ello al Registro Nacional de Reincidencia.

III) Sin costas, atento el éxito obtenido (CPP, 550/551).

Así votamos.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, a través de la Sala Penal;

RESUELVE: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado, Dr. Mariano Brusa a favor de L. D. P. y, en consecuencia, previa recaratulación por Secretaría, remitir si más tramite los presentes autos al Tribunal de origen a fin de que disponga de inmediato:

a) El traslado de L. D. P. a un Establecimiento Penitenciario para mujeres, notificando al Servicio Penitenciario a los efectos que se señala en el punto **IV.1.d.** de la Primera Cuestión

b) Se recaratule el legajo de ejecución, debiendo consignarse en la carátula sólo el nombre de pila que surge del Documento Nacional de Identidad, emitido conforme la rectificación registral efectuada. Igual trámite debe cumplirse en el legajo penitenciario.

II) Notificar a la Cámara Octava en lo Criminal a los fines de que recaratule el nombre del expediente penal, rectifique el nombre de pila en la sentencia dictada y notifique de ello al Registro Nacional de Reincidencia.

III) Sin costas en esta Sede (CPP, 550/551).

Con lo que terminó el acto, que previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidenta en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales, todo por ante mí, la Prosecretaria, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. M. de las Mercedes BLANC G. DE ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

L. MEIER DE NIHOUL
Prosecretaria Letrada