

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**LA TRANS-FORMACIÓN DEL DERECHO: LA PROTECCIÓN DEL
DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS DESDE
EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Tesis para optar por el Título de Abogado, que presenta el Bachiller en

Derecho:

ADRIÁN RODOLFO LENGUA PARRA

Asesora:

RENATA ANAHÍ BREGAGLIO LAZARTE

LIMA, MARZO DE 2018

RESUMEN

La presente investigación busca esclarecer si los Estados tienen deberes específicos en relación a la protección del derecho a la identidad de las personas trans en virtud de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Para ello, se hará un análisis sobre la manera en la que ha ido evolucionando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para tutelar la identidad de género de las personas trans y se determinará cuáles son los estándares sobre este tema que vinculan actualmente a todos los Estados. De esta manera, el presente trabajo busca reflexionar sobre las necesidades que tiene la población trans en relación a su derecho a la identidad y la manera en la que viene respondiendo el Derecho para tutelar esta situación.

El trabajo parte de la hipótesis de que producto del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos los Estados tiene dos obligaciones específicas en relación al derecho a la identidad de las personas trans. En primer lugar, el deber de reconocer la identidad de género de las personas dentro de los en los documentos de identificación otorgados por el Estado. En segundo lugar, la obligación de disponer en sus instituciones de salud la posibilidad de acceder a tratamientos hormonales y terapias de afirmación de género para que toda persona pueda ejercer y vivir su identidad sin discriminación. A lo largo del presente trabajo se buscará corroborar este planteamiento inicial.

INDICE

INTRODUCCION	6
CAPITULO I: EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS PERSONAS TRANS COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS	11
1.1 Los modelos de comprensión de las identidades trans	11
1.1.1. Las identidades trans como patologías: El modelo médico	12
1.1.2 Las identidades trans como sinónimo de diversidad: El modelo de reconocimiento	15
1.2 La incorporación del modelo de reconocimiento en el DIDH	22
1.2.1 El derecho a la no discriminación y los motivos prohibidos	23
1.2.2 El proceso de reconocimiento de la identidad de género como motivo prohibido	30
1.2.2.1 Los primeros pronunciamientos relativos a la protección del derecho a la identidad de las personas trans: la pionera (pero limitada) jurisprudencia del TEDH	30
1.2.2.2 Cuando el “soft law” se vuelve norma: La aparición de los Principios de Yogyakarta en el Derecho Internacional y su impacto en los órganos de protección de derechos humanos	34
1.2.2.3 Consolidación del modelo de reconocimiento: Inclusión jurisprudencial de la identidad de género como motivo prohibido de discriminación	37
1.2.2.4 El escalón pendiente: proceso de convencionalización de la identidad de género	40
CAPITULO II: LOS DEBERES ESPECÍFICOS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS	42
2.1 El derecho humano a la identidad y las obligaciones generales para su protección	44
2.1.1 Primera obligación general: El derecho a ser reconocido e individualizado adecuadamente mediante los sistemas de identificación	48
2.1.2 Segunda obligación general: el derecho de toda persona a mantener y desarrollar su identidad personal	51

2.2 El impacto del mandato de no discriminación por identidad de género en la interpretación de las obligaciones del DIDH en materia de identidad	53
2.2.1 Cuestión previa: Diferencias entre el derecho a la identidad y la identidad de género como motivo prohibido de discriminación	53
2.2.2 Interpretación especificada: Las obligaciones generales de protección del derecho a la identidad a la luz del principio de no discriminación por motivos de identidad de género.....	55
2.3 Las obligaciones de protección específicas para tutelar el derecho a la identidad de las personas trans	57
2.3.1 Primera obligación bajo el principio de no discriminación: la obligación de implementar un procedimiento específico para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans en sus documentos de identificación	57
2.3.2 Segunda obligación bajo el principio de no discriminación: la obligación de habilitar terapias hormonales y operaciones de afirmación de género en favor de las personas trans	63
2.4 El Problemas relativos a la vigencia de las obligaciones específicas para proteger el derecho a la identidad de las personas trans.....	67
2.4.1 ¿Creación o interpretación? La vigencia actual de las obligaciones específicas	68
2.4.2 Problema temporal: ¿Desde cuándo resultan exigibles dichas obligaciones?	73
CAPITULO III: ESTANDARES PARA UN ADECUADO CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS	79
3.1 ¿Cómo los Estados deben garantizar los procedimientos de reconocimiento de identidad de género de las personas trans?	80
3.1.1 Los Estados no pueden exigir la realización de operaciones de afirmación de género y/o terapias hormonales	82
3.1.2 Los Estados no pueden exigir la presentación de un certificado médico que acredite la identidad de género trans.....	88
3.1.3 Los Estados no deben requerir la disolución del matrimonio o la unión civil	89

3.1.4 Los Estados deben reconocer sin discriminación la identidad de género de lxs niñxs y adolescentes	92
3.1.5 Los Estados deben asegurar la confidencialidad de la información personal de las personas trans	95
3.1.6 Los Estados no pueden limitar el reconocimiento de género a una sola rectificación.....	97
3.1.7 Los Estados no pueden limitar la rectificación de datos identitarios a pruebas que acrediten la vivencia de género.....	98
3.1.8 Los Estados no deben condicionar el reconocimiento a la ausencia de denuncias, investigaciones o antecedentes penales	98
3.1.9 Los Estados deben realizar reconocimiento de datos identitarios mediante procedimientos sencillos y eficaces	99
3.1.10 Conclusión: hacia un modelo de autoidentificación y despatologización	100
3.2 ¿Cómo los Estados deben garantizar las terapias hormonales y operaciones de afirmación de género en favor de las personas trans?	102
3.2.1 Los Estados deben asegurar la disponibilidad de los servicios	102
3.2.2 Los Estados deben asegurar la accesibilidad de los servicios	103
3.2.2.1 Accesibilidad económica: Cobertura en los sistemas de seguro de salud	103
3.2.2.2 Acceso a la información: Conocimiento de alternativas	104
3.2.2.3 Accesibilidad sin discriminación: evitar situaciones de discriminación múltiple o interseccional	106
3.2.2.4 Accesibilidad física: Adecuada distribución de los tratamientos en establecimientos médicos	107
3.2.3 Los Estados deben asegurar la aceptabilidad de los servicios	108
3.2.4 Los Estados deben asegurar la calidad de los servicios	109
3.2.5 Conclusiones: de la curación al reconocimiento	110
CONCLUSIONES	112
BIBLIOGRAFÍA	115
AGRADECIMIENTOS.....	134

INTRODUCCIÓN

Históricamente las personas trans han sufrido diversas prácticas de exclusión que las han colocado en una grave situación de vulnerabilidad¹. La prevalencia de una concepción binaria y determinista sobre el sexo que únicamente analiza la composición de nuestros órganos genitales para calificarnos como u hombres o mujeres ha consolidado un sistema regularizador que excluye a las personas que no se adaptan al mismo². Utilizando los términos de la antropóloga Gayle Rubin, se puede apreciar cómo determinadas ideologías han construido un sistema de poder que define las condiciones de privilegios y desigualdades de las personas en base a un *sistema jerárquico de valor sexual*³. Mientras algunas conductas reciben mayor reconocimiento y apoyo institucional, otras son rechazadas y estigmatizadas. En palabras de Rubin:

Los individuos cuya conducta figura en lo alto de esta jerarquía se ven recompensados con el reconocimiento de salud mental, respetabilidad, legalidad, movilidad física y social, apoyo institucional y beneficios materiales. A medida que descendemos en la escala de conductas sexuales, los individuos que las practican se ven sujetos a la presunción de enfermedad mental, a la ausencia de respetabilidad, criminalidad, restricciones a su movilidad física y social, pérdida del apoyo institucional y sanciones económicas.⁴

En el caso de las personas trans, este sistema de jerarquía ha sido explicado bajo el término de cisnormatividad (utilizando “cis” como antónimo del prefijo “trans”). Al respecto, la Comisión

¹ Para los fines de la presente investigación, entendemos el término “persona trans” como una categoría que busca representar a aquellas personas que poseen una identidad de género contraria al sexo asignado al nacer, ya sea porque se identifican con el género contrario o porque su identidad no encaja en el binomio hombre/mujer. Descartamos el empleo del uso de la categoría “transexual”, pues la misma provoca una diferenciación entre las personas que han tenido la oportunidad y voluntad de acceder a una intervención quirúrgica y quienes no (transgénero). A fin de evitar rótulos que pueden ocultar situaciones de discriminación, consideramos más pertinente el empleo del término “persona trans” pues representa de manera conjunta a todo el colectivo. Asimismo, es necesario señalar que empleamos esta etiqueta en base a la decisión autónoma de la comunidad trans de representar su situación concreta, necesidades e intereses por medio de dicha categoría.

² Desde una mirada estrictamente biológica, el sexo se refiere a múltiples componentes. En particular, los cromosomas, la diferenciación gonadal, la morfología genital, la configuración de los órganos reproductivos internos, entre otras características. Cfr. CHASE, Cheryl. “Hermaphrodites with Attitude: mapping the emergence of Intersex Political Activism”. *A Journal of Lesbian and Gays Studies. The Transgender Issue*, vol. 4, num. 2.1998, pág. 88

³ Cfr. RUBIN, Gayle. “Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad”. En: VARICE, Carol (comp). *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Revelación. 1989, pág. 133.

⁴ Ídem, pág. 137

Interamericana de Derechos (en adelante, CIDH) ha especificado que dicho concepto “ha sido usado para describir la expectativa de que todas las personas son cissexuales [o cisgénero], [es decir] que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres”⁵. Como muestran los informes recientemente emitidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, ACNUR)⁶ y la CIDH⁷, la permanencia de la cisonormatividad conlleva que las personas trans sufran constantes violaciones de sus derechos básicos, tales como a la salud, la educación, el trabajo, la identidad, la integridad, e incluso la vida.

Del conjunto de derechos mencionados, resulta de particular relevancia la vulneración del derecho a la identidad. Lejos de ser una afectación menor, las personas trans sufren graves cuadros de estrés y depresión al ver coaccionada su identidad de género debido a la imposición de categorías identitarias. Además, la falta de reconocimiento jurídico y social de dicho rasgo identitario expone a la población trans a sufrir actos de discriminación al momento de ingresar y mantenerse en el ámbito laboral, realizar un trámite bancario, acceso a servicios de educación y salud, entre otros. En tal sentido, la adecuada tutela y reconocimiento del derecho a la identidad resulta la puerta de entrada para que la referida población pueda ejercer plenamente sus derechos humanos. Como señala Saldivia “la imposibilidad de hacer uso de un nombre que refleje la identidad de género auto percibida es mencionada por las personas trans como el gran escollo para el ejercicio de sus derechos fundamentales. (...) Por ello, la principal consecuencia de la denegación del reconocimiento jurídico, político y social del derecho a la identidad de género consiste en la discriminación, exclusión e invisibilidad de las personas de género diverso”⁸.

A pesar de ello, el Derecho funcionó durante muchos años exclusivamente como una herramienta cómplice del sistema cisonormativo, agravando las condiciones de opresión de las personas trans. Mediante leyes y decisiones jurisdiccionales se legitimó un discurso

⁵ CIDH. *Informe sobre Violencia contra las personas LGTBI*. OAS/Ser.L/V/II.rev.1 Doc. 36. 12 de noviembre de 2015, p. 41.

⁶ Cfr. ACNUR. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos por personas por su orientación sexual e identidad de género*. A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011 y *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*. A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015.

⁷ Cfr. CIDH. Op. Cit, págs. 79-162.

⁸ SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura. *Sobre el derecho a la identidad de género*. Ciudad de México: UNAM. 2017, pág. 116.

patologizante que, con aparentemente objetividad y precisión científica, calificaba a las identidades trans como “enfermas” o “anormales”, promoviendo el rechazo de las demandas de rectificación de nombre y género en los documentos identitarios de dicha población. Además, los escasos ordenamientos jurídicos que habilitan la modificación de dichos datos tampoco brindan soluciones adecuadas al imponer condiciones abusivas que provocan una serie de violaciones de derechos⁹.

Recién a partir de la década de los ochenta esta situación comenzó a cambiar progresiva y sustancialmente. Desde disciplinas como la antropología, la psicología y la biología se comenzaron a cuestionar las bases de la cisnormatividad. Mediante la aplicación de una perspectiva constructivista, se constató que la concepción binaria y determinista del sexo no responde a una base objetiva y neutral, sino a un parámetro cultural que busca fomentar la reproducción humana. El cuerpo ya no se presenta como un campo ajeno a las influencias culturales, pues la misma lectura de nuestras características biológicas ha estado condicionada por distintos discursos de poder. En tal sentido, si los criterios para asignar categorías de “hombre” y “mujer” no parten de una base científica incuestionable, y con el devenir del tiempo se han convertido en un obstáculo para lograr condiciones de vida dignas en perjuicio de un sector de la población, se postula la necesidad de repensar estas etiquetas para lograr sociedades más justas y equitativas.

Este cambio de paradigma respecto al sexo generó una importante transformación en la práctica jurídica. La información aportada por los estudios citados comenzó a ser acogida desde el Derecho, permitiendo la promulgación de importantes sentencias y documentos que protegen y reconocen los derechos humanos de las personas trans. En relación al derecho a la identidad, el cambio de discurso permitió la promulgación a nivel de derecho interno de diferentes medidas que permiten su protección. Por ejemplo, a la fecha más de cincuenta países - contando únicamente los continentes de Europa y América - han adoptado medidas orientadas al reconocimiento del género y el nombre de las personas trans en sus documentos de identificación¹⁰.

⁹ Por ejemplo, algunos ordenamientos siguen exigiendo el sometimiento a una operación quirúrgica. La legitimidad de estos requisitos serán analizados en el capítulo III de la presente investigación.

¹⁰ Este es el caso de países como Reino Unido, Países Bajos, Luxemburgo, Irlanda, Francia, Bélgica, Turquía, Serbia, Portugal, Montenegro, Italia, Grecia, España, Bulgaria, Bosnia y Herzegovina, Suecia, Noruega, Lituania, Letonia, Islandia, Finlandia, Estonia, Dinamarca, Ucrania, Rusia, Rumania, Moldavia, Georgia, Armenia, Azarbayán, Bielorrusia, Suiza, República Checa, Polonia, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia, Croacia, Austria,

Pese a esta clara tendencia protectora, el panorama actual aún suscita muchas controversias. Si bien se han emitido documentos desde órganos internacionales sobre esta temática, siendo la más importante la reciente Opinión Consultiva Número 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), aún no existe una línea jurisprudencia definitiva a nivel internacional que esclarezca las medidas que deben adoptar los Estados para tutelar adecuadamente el derecho a la identidad de las personas trans, en razón de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Ello conlleva a cuestionarse si actualmente existen deberes concretos sobre esta materia a nivel internacional (y no solo regional) o, en caso hayan, si tales obligaciones se limitan al ámbito del reconocimiento en documentos de identificación. Además, debido a la heterogeneidad en las medidas y condiciones establecidas a nivel de derecho interno para tutelar el derecho a la identidad de la población, resulta difícil deducir de las mismas un estándar o parámetro sobre el tema.

En tal contexto, la presente tesis busca determinar si los Estados tienen el deber de adoptar como mínimo ciertas medidas específicas y diferenciadas para garantizar el derecho a la identidad de las personas trans en razón de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Como respuesta, este trabajo plantea que todo Estado debe cumplir dos obligaciones concretas, bajo ciertas condiciones: por un lado, asegurar un adecuado reconocimiento de la identidad de la personas trans en documentos de identificación y, por otra parte, otorgar a las personas trans la posibilidad de realizar terapias de afirmación de género por medio de los servicios de salud, sean públicos o privados. Para demostrar esta hipótesis utilizaremos como base argumentativa los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) y los estudios relativos a las identidades trans.

Esta tesis está dividida en tres capítulos. En el primer acápite presentaremos los paradigmas que se han utilizado para comprender y tratar la situación de las personas trans. Proponemos realizar un análisis en base a dos modelos: el modelo médico y el modelo de reconocimiento. Cada uno de ellos se sustenta en concepciones diferentes sobre el sexo, generando que el

Alemania, Canadá, Estados Unidos, México, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, Uruguay, entre otros. Cfr. TRANSGENDER EUROPE. Consulta 18 de octubre de 2017. <https://tgeu.org/wp-content/uploads/2016/05/trans-map-B-july2016.pdf>; NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY. Consulta 18 de octubre de 2017. <https://www.transequality.org/documents>; y, ILGA Europe. Consulta 18 de octubre de 2017. <https://rainbow-europe.org/#8633/0/0>.

Derecho haya otorgado respuestas distintas a las demandas reivindicatorias presentadas por la población trans. Mostraremos que en la actualidad el segundo modelo ha sido acogido en su totalidad por el DIDH a partir del principio de no discriminación.

En el segundo capítulo desarrollaremos el contenido del derecho a la identidad. Por medio de un análisis de pronunciamientos internacionales, mostraremos que dicho derecho tutela que toda persona sea reconocida en sociedad conforme a sus rasgos identitarios, junto con la posibilidad de mantener y desarrollar los mismos. Posteriormente, explicaremos cómo por medio del principio de no discriminación dicho contenido genera las referidas obligaciones concretas y diferenciadas a favor de la población trans. Finalmente, sustentaremos desde cuando los Estados son responsables de velar por el adecuado cumplimiento de tales deberes.

Por último, en el tercer capítulo, especificaremos cómo los Estados deben dar cumplimiento a las referidas obligaciones dentro de sus ordenamientos jurídicos. Para ello examinaremos, a la luz del principio de no discriminación por motivos de identidad de género, las principales limitaciones o condiciones impuestas por las legislaciones de diferentes Estados. Constaremos que muchas de las referidas restricciones responden al modelo médico de entendimiento de las personas trans, por lo que resultan ilegítimas bajo el modelo reconocimiento y el DIDH.

CAPITULO I: EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS PERSONAS TRANS COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Como indicamos previamente, la concepción de las identidades trans ha pasado por diversas etapas según la evolución de los conocimientos aportados por distintas disciplinas. En razón a ello, en el presente capítulo presentaremos los modelos utilizados para comprender la situación de las personas trans y analizaremos cómo los mismos han influido en la respuesta que ha tenido el discurso jurídico frente al contexto de exclusión que sufre esta población. Constataremos que mientras en un primer momento las decisiones jurídicas rechazaron las pretensiones de reivindicación de las personas trans, producto de la preeminencia de un modelo de carácter médico, en la actualidad el DIDH tutela la identidad de género como motivo prohibido de discriminación en base a un modelo de reconocimiento. Este análisis comparativo nos permitirá entender mejor nuestra realidad actual y justificar por qué el segundo modelo brinda mejores respuestas desde un enfoque de justicia para atender las necesidades de las personas trans.

Para lograr ello, ordenaremos este capítulo en dos secciones. En la primera parte, introduciremos cada modelo de comprensión sobre la problemática trans y explicaremos los argumentos que fundamentan sus postulados. En la segunda sección, analizaremos la respuesta que ha tenido el Derecho sobre la base de cada modelo, a partir de un examen histórico de las decisiones realizadas por órganos y tribunales internacionales. Además, en este último punto demostraremos la importancia que ha tenido el principio de no discriminación y la inclusión de la identidad de género como motivo prohibido de discriminación para el pleno de reconocimiento y protección de las identidades trans.

1.1 Los modelos de comprensión de las identidades trans

Para esta primera sección, hemos utilizado como referencia el esquema de modelos utilizado por los estudios sobre la discapacidad¹¹. Si bien las personas trans y las personas con discapacidad han sufrido sistemas de opresión distintos, es posible encontrar algunas

¹¹ Cfr. PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA. 2008, págs. 37-150.

semejanzas en los discursos que llevaron a su situación de exclusión. Como mostraremos en el presente acápite, a diferencia de otros grupos en situación de vulnerabilidad, las personas con discapacidad y las personas trans han sufrido los efectos de un discurso que promueve su identificación como personas enfermas que requieren ser curadas para ser incluidas adecuadamente en sociedad. Esta proximidad permite que las herramientas utilizadas para comprender el abordaje histórico de la discapacidad resulten útiles para las investigaciones relativas a las identidades trans.

En el campo de la discapacidad, se utilizan al menos tres modelos para entender la referida situación: el modelo de la prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social¹². Nuestra propuesta se centrará únicamente en dos modelos, que guardan consonancia con los fundamentos de los últimos paradigmas citados de la discapacidad. A fin de diferenciarlos, los denominaremos el modelo médico y el modelo de reconocimiento.

1.1.1 Las identidades trans como patologías: El modelo médico

Bajo este modelo, las identidades trans son comprendidas únicamente bajo un esquema patológico. Se asume que la población trans sufre algún tipo de trastorno o desorden mental que no les permite desarrollarse adecuadamente en sociedad. En tal sentido, el problema central radica en la persona, dejando de lado el entorno o contexto en el que se desarrolla la misma. Por ello, el modelo propone como solución para el problema de exclusión de la población trans la curación o *normalización* obligatoria de sus integrantes por medio de terapias psicológicas o incluso operaciones de afirmación de género.

La consolidación de este modelo se produjo con el reconocimiento de la “transexualidad” como trastorno mental en las principales clasificaciones diagnósticas. Primero, en el año 1973, con su inclusión en la Clasificación Internacional de las Enfermedades y Problemas Sanitarios

¹² En una visión compatible pero más amplia, Brogna propone la presencia de hasta siete visiones históricas sobre la discapacidad: la visión de exterminio-aniquilamiento, la visión sacralizada-médica, la visión caritativo-represiva, la visión médico reparadora, la visión normalizadora – asistencialista y la visión social. Cfr. BROGNA, Patricia. “Las representaciones de la discapacidad: la vigencia del pasado en las estructuras sociales presentes”. En: BROGNA, Patricia. *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México: Fondo de Cultura Económica. 2009, págs. 157-187.

Relacionados (en adelante, CIE)¹³ que administra la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS); y posteriormente en el año 1980 con su incorporación en el Manual de diagnóstico y estadística de trastornos mentales (en adelante, DMS)¹⁴, gestionado por la Asociación Psiquiátrica Americana.

La inclusión del transexualismo en estos instrumentos médicos no fue criticada desde sus inicios. Por el contrario, como señala Mass, muchos profesionales que trabajaban con personas trans vieron este reconocimiento como una puerta para abrir soluciones legales y sociales en su favor¹⁵. La tipificación de la transexualidad como trastorno mental permitía fundamentar por qué los sistemas de seguridad social públicos o privados debían asumir el costo parcial o total de las terapias de modificación corporal¹⁶. Así, un sector importante en la defensa de los derechos de las personas trans avaló en el pasado la respuesta del modelo médico y la centralización del problema de vulnerabilidad en las características de esta población y no en el entorno.

En cuanto a los fundamentos, este modelo se basa en una visión determinista y binaria sobre el sexo¹⁷, que afirma que la identidad y expresión genérica de las personas depende exclusivamente de la conformación de los órganos sexuales de cada ser humano y únicamente dentro del binomio u hombre o mujer¹⁸. Por ende, las identidades que no se ajustan a este esquema son calificadas como antinaturales o distorsionadas.

Esta concepción del sexo que fundamenta el modelo rehabilitador predominó por muchos años en la academia. Ni el surgimiento de los conceptos de género e identidad de género

¹³ Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Clasificación Internacional de Enfermedades. Cie 9*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2014. Disponible en: https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/docs/CIE9MC_2014_def_accesible.pdf

¹⁴ Cfr. ASOCIACIÓN PSIQUIÁTRICA AMERICANA. *DSM-III-R. Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Barcelona: Masson. 1989.

¹⁵ Cfr. MASS GRAU, Jordi. "Del transexualismo a la disforia de género en el DSM. Cambios terminológicos misma esencia patologizante". *Revista Internacional de Sociología*. Vol. 75, abril-junio. 2017, pág. 2.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁷ Siguiendo lo señalado por Carlos Santiago Nino, las tesis deterministas plantean como punto central que todo acontecimiento de la realidad es producto de una causa. Sobre esta proposición, a lo largo de la historia se han desarrollado diversas versiones de planteamientos deterministas que justifican la validez de sus postulados en los fundamentos de distintas áreas del conocimiento o disciplinas. Cfr.: NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*. 2da edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1989, pág. 270-271. En el caso del determinismo biológico solo se asume como fuente de la identidad de una persona su patrimonio biológico y se descarta de plano los efectos que puede tener la educación, el ambiente, la familia o las condiciones sociales sobre el individuo.

¹⁸ HAWKESWORTH, Mary. "Confundir el género (Confounding gender)" *Debate feminista*. Año 10, vol. 20, 1999, págs. 3-48.

lograron modificar esta situación. Por el contrario, su aparición en la academia producto de los estudios psiquiátricos de John Money y Robert Stoller¹⁹ en la década de los sesenta y setenta legitimo la respuesta de índole médico hacia las personas trans.

En sus investigaciones, Money²⁰ concluyó que la identidad sexual de una persona no es un factor innato o instintivo que derive de los órganos sexuales del ser humano. Por el contrario, durante los primeros meses de vida de una persona no es posible encontrar diferencias psicosexuales basadas solamente en el sexo, sino que es recién con la adquisición e influencia del lenguaje que se comienzan a determinar algunas características de la identidad de una persona²¹. Posteriormente, Stoller²² constató que la identidad genérica de las personas constituye la identidad primaria del ser humano, y que se puede desarrollar de manera independiente al sexo biológico²³. Este descubrimiento lo llevó a diferenciar entre género y sexo, siendo el primero una dimensión psicológica y cultural del ser humano, mientras que el segundo está referido a los atributos biológicos de la persona. En base a ello, en el marco del XXIII Congreso Internacional de Psicoanálisis (1963), planteó el concepto de *identidad de género* para hacer referencia al proceso personal y vivencial que tiene toda persona para identificarse con un género, producto de la interacción social y la constatación de los estándares de género vigentes en una sociedad.²⁴.

A partir de este acontecimiento, el género sería acogido y desarrollado por la literatura feminista como un concepto con tres usos diferentes²⁵: como categoría analítica²⁶, como

¹⁹ No obstante, la diferencia entre lo cultural y lo biológico ya había sido abordada por De Beauvoir en 1949, pero sin explicar tal distinción bajo la categoría de "género". En su conocida obra "El segundo sexo", la autora señala que "no se nace mujer, llega una a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; la civilización en conjunto es quien elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica como femenino. Únicamente la mediación de otro puede constituir a un individuo como otro". DE BEAUVOIR, Simone. *El segundo sexo*. 12ª edición. Buenos Aires: De Bolsillo. 2016, pág. 207 y Cfr. ORTEAGA RAYA, Joana. *Simone De Beauvoir: su aportación a la discusión sobre el género*. Barcelona: Universitat de Barcelona. 2005, pág. 116.

²⁰ John Money, fue un conocido psiquiatra que realizó diversas investigaciones en el Hospital Hopkins de Baltimore sobre la construcción de la identidad psicosexual en casos de personas intersexuales.

²¹ Cfr. MILLET, Kate. *Política sexual*. Madrid: Ediciones Catedra. 1995, pág. 79.

²² Robert Stoller, psiquiatra y psicoanalista norteamericano, realizó diversos estudios en la década de los sesenta en base a su experiencia trabajando con personas intersexuales y pacientes con malformación genital.

²³ Cfr. STOLLER, Robert J. *Sex and Gender: On the development of Masculinity and Femininity*. Nueva York: Science House. 1968, págs. VIII y IX del prefacio. En: MILLET, Kate. Op. Cit, pág. 77.

²⁴ Cfr. FERNANDEZ, María Soledad. *La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú*. Tesis para optar por el grado académico de magister en Derecho Constitucional. Lima: PUCP. 2014, pág. 3.

²⁵ Para hacer esta división la autora utiliza los trabajos de Sandra Harding y otras autoras que han desarrollado el tema. Ver más en: MOLINA, Cristina. "Debates sobre el género". En: AMORÓS, Celia. *Feminismo y Filosofía*. Madrid: Editorial Síntesis. 2000, p. 256.

sistema de organización de relaciones sociales²⁷ y como criterio de identificación. A pesar que los dos primeros usos del término permitieron que los movimientos feministas combatan y reivindicquen su situación de subordinación social²⁸, el tercer empleo del concepto no tuvo el mismo efecto en la situación de las personas trans.

Sin duda el rechazo a la idea de una identificación natural de las personas con el sexo asignado al momento de su nacimiento permitió cuestionar la visión determinista propuesta por el modelo médico. No obstante, la permanencia de una lógica binaria y regularizadora del sexo provocó que los casos de falta de correspondencia entre atributos biológicos e identidad de género deban ser normalizados por medio de la medicina. No había margen para la “ambigüedad”: o se intervenía el cuerpo para que guarde consonancia con la identidad de género o se trataba la psiquis en aras de guardar un balance con los atributos biológicos. La respuesta frente al problema de exclusión de las personas trans seguía recayendo en acciones médicas sobre las propias víctimas a fin de lograr su normalización.

De este modo, el esquema de división entre sexo y género siguió resultando útil para los fundamentos del modelo médico. La presunción del cuerpo como un campo natural y ajeno a la cultural siguió legitimando la visión patologizante de las identidades trans, al mantener la idea del sexo como un atributo predeterminado bajo un esquema necesariamente binario. Como señalan Maffia y Cabral, bajo este orden de ideas no se “discute la realidad de las diferencias sexuales, sino la legitimidad de los estereotipos construidos por la sociedad sobre esas diferencias, como si el sexo constituyera una materialidad inapelable”²⁹.

²⁶ El género como “categoría analítica” implica entender este concepto como una herramienta heurística que posibilita una comprensión integral de la historia de las desigualdades entre las personas en diversas sociedades. Además, permite la identificación de nuevos temas de interés, brinda nuevos instrumentos para su entendimiento y cuestiona ciertas construcciones o explicaciones que se han asumido como “naturales”. Cfr. SCOTT, Joan. “El género: Una categoría útil para el análisis histórico”. En: AMELANG, James y Mary NASH. *Historia y Género: Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim. 1990, págs. 23-56.

²⁷ En esta faceta, ya no solo se examinan las experiencias *generizadas* cotidianas o individuales de las personas, sino que se busca realizar un escrutinio global de los sistemas como conjunto. De esta manera, diversas autoras muestran la existencia de un sistema construido social y culturalmente que clasifica, jerarquiza y asigna determinadas acciones o funciones en base a las características sexuales o genéricas de cada persona.

²⁸ La inclusión de la categoría género permitió a las mujeres demostrar que la situación de desventaja que padecían respecto a los hombres es producto de construcciones sociales y no de características dadas por la naturaleza. Cfr. LAMAS, Marta. “La antropología feminista y la categoría género”. En: *Nueva antropología*. Vol. VIII, núm 30, noviembre, 1986, págs. 184-187.

²⁹ MAFFIA, Diana y Mauro CABRAL “Los sexos ¿son o se hacen?”. En MAFFIA, Diana (ed.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*. Buenos Aires: Feminaria. 2003, pág. 86.

1.1.2 Las identidades trans como sinónimo de diversidad: El modelo de reconocimiento

Los postulados de este modelo contradicen directamente lo establecido por el paradigma anterior. Bajo este esquema, las identidades trans ya no son entendidas bajo una caracterización médica, sino que su presencia solo constata la diversidad propia de los seres humanos. Por ende, la situación de vulnerabilidad de la población trans no se debe a su identidad de género (dado que no se trata de una patología), sino a la falta de reconocimiento de esta característica por parte de la sociedad. El problema, ya no recae en la persona víctima de la exclusión, sino en los discursos promovidos socialmente en perjuicio suyo.

En razón a ello, la respuesta hacia el contexto de opresión que padecen las personas trans se orienta a la eliminación de las barreras que impiden su libre desarrollo en sociedad, mediante la revaloración de sus identidades y la transformación de los discursos que niegan sus derechos. Así, este modelo encuentra sustento en las denominadas teorías del reconocimiento, elaboradas a partir de los trabajos de Fraser y Honeth³⁰, que postulan que la invisibilización o falta de representación de ciertas identidades genera situaciones injusticia, al impedir la participación en igualdad de condiciones de ciertas personas en sociedad.

De esta forma, para sostener su propuesta de solución, el modelo de reconocimiento cuestiona la concepción de sexo empleada por el modelo médico, proponiendo que el ámbito del cuerpo no representa un dato objetivo y natural. Por el contrario, este esquema postula que el sexo también representa un concepto construido socialmente que agrupa características biológicas de las personas en base a un paradigma cultural. Producto de ello (y no de la propia naturaleza), se estableció un sistema binario que nos divide entre “hombres” y “mujeres” en aras de promover la reproducción humana.

Esta propuesta de entendimiento del sexo se sustenta en los estudios constructivistas iniciados en la década de los 80 con la aparición de la obra *Historia de la Sexualidad* de Michel

³⁰ Es importante precisar que, a pesar de compartir una misma base filosófica hegeliana, ambos trabajos presentan importantes diferencias. Mientras Fraser opta por un enfoque bidimensional, analizando a la par los problemas de redistribución y reconocimiento, Honneth opta por un enfoque donde el reconocimiento es el eje de todo problema de injusticia. Además, mientras Fraser utiliza el concepto de *paridad participativa* para analizar las consecuencias del no reconocimiento, Honneth examina los posibles daños en la autorrealización del individuo, utilizando criterios de psicológicos o morales. Cfr. MARCIANI. Betzabé. *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado Constitucional*. Barcelona: Atelier. 2016, págs. 162 y 172; y FRASER Nancy y Axel HONNETH. *¿Redistribución o reconocimiento?*. Madrid: Morata. 2006.

Foucault. La tesis central del citado autor es que tanto la sexualidad como el sexo son contruidos por la cultura a partir de los discursos generados en una sociedad³¹. No se trata de una característica asignada únicamente por la naturaleza, sino que lo que conocemos y entendemos como sexo también se erigió a partir de lo que se ha construido discursivamente como verdadero, mediante distintos métodos entre la población³². A partir de ello se posicionó una “verdad” relativa al sexo que, por un lado, conservaba e incentivaba una sexualidad económicamente útil y políticamente conservadora; y que por otra parte expulsaba aquellas prácticas infecundas, placeres periféricos y actividades sexuales que no tenían la procreación como fin³³.

Gracias a la tesis de Foucault, desde distintas disciplinas se comenzó a postular el rol protagónico de la cultura en la conceptualización y construcción de nuestros cuerpos. Como señala Laqueur, las recientes concepciones sobre el sexo no responden solamente a cambios de comprensión científica. En la construcción del sexo siempre se encuentran de por medio reglas culturales, en tanto la cronología de los avances o descubrimientos de la ciencia no se ajusta a los nuevos conceptos sobre dicho atributo en su conjunto³⁴. Prueba de ello es que la determinación de los órganos sexuales que no disfrutaban de nombre propio (ejemplo, la vagina) y las diferencias corporales respondieron a una idea cultural preconcebida sobre el hombre y la mujer³⁵.

Sobre esta base, en la década de los noventa se iniciaron una serie de estudios críticos encabezados, entre otras personas, por la filósofa norteamericana Judith Butler. En su obra *El género en disputa* la autora inició su crítica cuestionando la clásica conceptualización del género únicamente bajo la dicotomía “femenino” y “masculino”. Si el género es un determinado

³¹ Cfr. FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad. Volumen 1: La voluntad del saber*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 2014, págs. 144-145.

³² Foucault plantea que la psiquiatría, la medicina y otras disciplinas lograron intervenir sobre nosotros mediante una práctica heredada por la religión: la confesión. El autor sostiene que la idea de acudir a una persona o especialista para que en un ámbito cerrado se cuenten los relatos y experiencias sexuales deja de ser un método exclusivo de la religión para expandirse también a centros educativos y psiquiátricos. Mediante esta práctica, se logra intervenir en las personas a partir de la interpretación de los relatos que cuenta el paciente. Uno desvela sus verdades sexuales frente a un agente exterior que sabe lo que ocurre, y este interpreta nuestras sensaciones y experiencias para establecer el discurso dentro de nosotros. Cfr. FULLER, Norma. “¿Innato o adquirido?: La polémica de la sexualidad en Freud y Foucault”. *Revista Peruana de Ciencias Sociales*. Lima. Vol. 3, Nro. 1. 1992, pág. 58.

³³ Cfr. FOUCAULT, Michel. Op. Cit, pág. 38-39.

³⁴ Cfr. LAQUEUR, Thomas. *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Madrid: Ediciones Cátedra. 1994, pág. 11.

³⁵ Cfr. Ídem, pág. 259.

significado cultural del cuerpo sexuado, entonces no hay motivos para creer que el género deba ser una respuesta mimética del sexo, e incluso tampoco existen razones para asegurar que solo deban existir dos géneros³⁶,

Estas premisas llevan a Butler a plantear que la noción de “sexo” fue construida bajo la idea de una “matriz heterosexual”³⁷. Los mismos discursos que construyeron y regularon la heterosexualidad para favorecer las prácticas reproductivas entre los seres humanos, también regularon el concepto de sexo para que solamente existan dos categorías genéricas: hombre y mujer. El razonamiento es el siguiente: la constitución y promoción de una sexualidad económicamente útil (que permita la reproducción humana) requiere normalizar la conducta heterosexual, pero además presupone que existan dos sexos que se complementen en términos reproductivos. Dicha necesidad conllevó a que las características primordiales que diferencian a mujeres y hombres sean aquellas imprescindibles para dar vida a una nueva persona.

Cabe precisar que mediante esta concepción Butler no cuestiona la existencia de ciertos rasgos biológicos que caracterizan a las personas o planteando una tesis “antirealista” que niegue la materialidad de ciertos atributos de las personas³⁸. El hecho de señalar que el cuerpo se encuentra construido histórica y culturalmente, no es sinónimo de afirmar que el cuerpo es solo y únicamente una construcción. Así, los postulados de este paradigma van orientados al concepto binario del sexo, buscando entender cómo los discursos históricos sobre la sexualidad y el cuerpo llevaron hasta este punto³⁹. En palabras de la citada autora: “afirmar que el cuerpo es un referente escurrizado no es lo mismo que afirmar que es sólo y siempre construido. En algún sentido, esto es precisamente afirmar que existe un límite a la

³⁶ Cfr. BUTLER, Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós. 2007, pág. 55.

³⁷ “Utilizo el término matriz heterosexual (...) para describir un modelo discursivo/epistémico hegemónico de inteligibilidad de género, el cual da por sentado que para que los cuerpos sean coherentes y tengan sentido debe haber un sexo estable expresado mediante un género estable (masculino expresa hombre, femenino expresa mujer) que se define históricamente y por oposición mediante la práctica obligatoria de la heterosexualidad.” BUTLER, Judith. Op. Cit. 37, pág. 292.

³⁸ La definición de realismo la elaboramos en base en lo planteado por John R. Searle. En: SEARLE, John. *Mente, lenguaje y sociedad*. Madrid: Alianza Editorial. 2014, pág. 23.

³⁹ Cfr. BUTLER, Judith. *Conferencia “Cuerpos que todavía importan”* [Videgrabación]. Buenos Aires: Red Interdisciplinaria de Estudios de Género de la UNTREF. 2015. Consulta: 03 de enero de 2016. <https://www.youtube.com/watch?v=-UP5xHhz17s&t=2475s>

construcción, un lugar, por decirlo de alguna manera, donde la construcción necesariamente encuentra su límite⁴⁰.

Producto de este razonamiento, Butler define los efectos del género sobre el cuerpo como un proceso *performativo*. En base a la teoría de John Austin⁴¹, señala que el género no es una categoría que constate o describa una esencia prefijada en nuestro interior, sino que la misma produce y realiza el cuerpo sexuado y la identidad de género de las personas mediante actos y palabras. Cuando a una persona se le denomina “hombre” o “mujer”, o se le atribuyen determinados significados “femeninos” o “masculinos”, no se están constatando nuestras identidades o nuestro “sexo”. Por el contrario, con dichos actos se realiza un proceso de *generización* sobre nosotros que vuelve la *carne desorganizada* en cuerpos sexuados por medio de la interpretación cultural⁴². Butler resume su posición en los siguientes términos:

“En otras palabras, actos, gestos y deseo crean el efecto de un núcleo interno o sustancia, pero no lo hacen *en la superficie* del cuerpo, mediante el juego de ausencia significantes que evocan, pero nunca revelan, el principio organizador de la identidad como una causa. Dichos actos, gestos y realizados – por lo general interpretados – son *performativos* en el sentido de que la esencia o la identidad que pretenden afirmar son *invenciones* fabricadas y preservadas mediante signos corpóreos y otros medios discursivos. El hecho de que el cuerpo con género sea performativo muestra que no tiene una posición ontológica distinta de los diversos actos que conforman su realidad.”⁴³

Sin embargo, dichas actuaciones performativas no siempre son exitosas. Considerando que los discursos y actos genéricos que se repiten constantemente sobre nosotros no son completamente idénticos, dichas prácticas pueden derivar en la construcción de identidades que no cumplan con los parámetros planteados por la *matriz heterosexual*. Dicha situación lleva a Butler a relacionar la performatividad del género con el concepto de *precariedad*. En su artículo *Performatividad, precariedad y políticas sexuales* explica que la precariedad implica

⁴⁰ Cfr. COSTERA MEIJER, Irene and Baukje PRINS, "How Bodies come to Matter: An Interview with Judith Butler", en *Signs. Journal of Women in Culture and Society*, vol. 23, n.º 2, 1998, p. 278. Cita encontrada en: BURGOS DÍAZ, Elvira. "Cuerpos que hablan". EN: ARREGUI, Jorge y Juan A. GARCÍA GONZÁLEZ (eds). *Significados corporales*. Malaga: Contrastes. Colección Monografía 11, 2006, pp. 93-109.

⁴¹ Austin califica un enunciado como “performativo” cuando no describe una realidad sino que su misma enunciación realiza el hecho (acto ilocucionario) o deriva en consecuencias posteriores (acto perlocucionario). Ver más en: AUSTIN, John. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós. 2016, págs. 48-56.

⁴² Cfr. CABRAL, Mauro y Gabriel BENZUR. "Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad". *Cadernos Pagu*. Campinas, Nro. 24. 2005 pág. 288- 292. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a13.pdf>

⁴³ BUTLER, Judith. Op. Cit. 44, pág. 266.

una condición de marginación y exposición hacia el daño que está directamente relacionada con las normas de género. Quienes no obedecen los estándares genéricos de una sociedad se ven expuestos al acoso, la violencia y la ausencia de reconocimiento. Aquellas identidades que a pesar de ser producto del mismo proceso performativo⁴⁴ no reflejan un resultado “exitoso” de acuerdo a los estándares culturales de una sociedad se verán criminalizados, estigmatizados y desprotegidos. En palabras de Butler:

La performatividad es un proceso que implica la configuración de nuestra actuación en maneras que no siempre comprendemos del todo, y actuando en formas políticamente consecuentes. La performatividad tiene completamente que ver con “quién” puede ser producido como un sujeto reconocible, un sujeto que está viviendo, cuya vida vale la pena proteger y cuya vida, cuando se pierde, vale la pena añorar. La vida precaria caracteriza a aquellas vidas que no están cualificadas como reconocibles, legibles o dignas de despertar sentimiento. Y de esta forma, la precariedad es la rúbrica que une a las mujeres, los *queers*, los transexuales, los pobres y las personas sin estado⁴⁵.

Ahora bien, los aportes constructivistas no solamente encontraron cabida en las ciencias sociales, sino que también contaron con el sustento científico aportado desde la biología. Ejemplo paradigmático de ello son los estudios realizados por la bióloga norteamericana Anne Fausto-Sterling. En su texto *Cuerpos sexuados: la política de género y la construcción de la sexualidad*, la citada autora señala que no es posible encontrar un método científico infalible para constatar el sexo de la persona, pues “nuestros cuerpos son demasiado complejos para proporcionarnos respuestas definidas sobre las diferencias sexuales. Cuanto más buscamos una base física para el sexo, más claro resulta que “sexo” no es una categoría puramente física. Las señales y funciones corporales que definimos como masculinas o femeninas están ya imbricadas en nuestras concepciones del género.”⁴⁶ En consecuencia, “etiquetar a alguien como varón o como mujer es una decisión social. El conocimiento científico puede asistirnos en esta decisión, pero sólo nuestra concepción del género, y no la ciencia, puede definir nuestro cuerpo. Es más, nuestra concepción del género afecta al conocimiento sobre el sexo

⁴⁴ Para Butler uno nunca se encuentra fuera de los procesos performativos del género. Incluso cuando afirmamos que alguien no es del todo femenino o masculino, seguimos usando los parámetros de género para identificar dichas identidades. No existe una identidad “fuera” de las normas de género, sino que las mismas se construyen sobre la misma matriz de distintas maneras. Ver más en: BUTLER, Judith. “Regulaciones de género”. En: *Revista de Estudios de Género. La ventana*. Num 23, 2006, págs. 7-35.

⁴⁵ BUTLER, Judith. “Performatividad, precariedad y políticas sexuales”. En: *Revista Antropológica Iberoamericana*. Vol. 4, núm. 3, septiembre-diciembre, 2009, pág. 335.

⁴⁶ FAUSTO- STERLING, Anne. *La política de género y la construcción de la sexualidad*. Barcelona: Melusina. 2000, pág. 19.

producido por científicos en primera instancia”.⁴⁷

En concordancia con lo desarrollado por Butler, los ejemplos reales propuestos por Fausto-Sterling muestran que el marco binario sobre el sexo responde a concepciones de género prefijadas. El catalogar a personas con características cromosómicas y anatómicas ambiguas bajo un determinado sexo únicamente en base a sus genitales prueba la existencia de una norma cultural que busca siempre afianzar un esquema binario de sexualidad. En razón a ello, Fausto-Sterling también cuestiona este entendimiento del sexo, pues considera que dicha generalización ejerce un fuerte tipo de violencia frente a determinadas identidades que no encajan en dicho binarismo a pesar que “ningún varón ni mujer se ajusta al estereotipo genérico universal”.⁴⁸

Por último, la legitimidad de los cuestionamientos desde la biología al modelo médico lograron un paso trascendental en el año 2013, cuando el DMS cambió el término transexualidad por el de disforia de género. A pesar de mantener aún claras limitaciones, el lenguaje utilizado en el nuevo manual coloca mayor énfasis en el entorno como causa del malestar que sufren las personas trans, generando un lenguaje menos patologizante⁴⁹. El problema ya no se presenta únicamente en razón de un trastorno de la persona, sino que acarrea un diagnóstico con más variables. Asimismo, el empleo del uso género en lugar de sexo en muchas de sus explicaciones permite cuestionar la hipótesis determinista y binaria del sexo propuesta por el modelo médico⁵⁰.

Este fortalecimiento de la prevalencia del modelo de reconocimiento incentivó el debate sobre cuál de los parámetros debería ser utilizado para afrontar los problemas de exclusión de las personas trans. En el DIDH, esta controversia puede constatarse por medio de los argumentos empleados por las sentencias y documentos emitidos por tribunales y órganos internacionales. Un análisis de dichos pronunciamientos muestra con claridad cómo los fundamentos del modelo médico fueron reemplazados progresivamente por los postulados del modelo de reconocimiento.

⁴⁷ Ídem, pág. 17.

⁴⁸ Ídem, pág. 135.

⁴⁹ Cfr. ASOCIACIÓN PSIQUIATRICA AMERICANA. *DSM-5. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Madrid: Editorial Médica Panamericana. 2014.

⁵⁰ MASS GRAU, Jordi. *Op. Cit.*, pág. 8,

1.2 La incorporación del modelo de reconocimiento en el DIDH

En el año 1986, mediante el caso *Rees v. The United Kingdom*⁵¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) emitió la primera sentencia relativa a los derechos de una persona trans en el DIDH⁵². En esta decisión, el tribunal rechazó la demanda de Mark Rees, quien solicitaba se declare la responsabilidad internacional del Estado del Reino Unido por no modificar su nombre y sexo en sus certificado de nacimiento, a pesar de haber pasado por una operación de afirmación de género. El demandante consideraba que la falta de rectificación del citado documento afectaba su derecho a la vida privada, al no recibir un adecuado reconocimiento bajo el género masculino y exponer su identidad de género al público sin su consentimiento. No obstante, el TEDH declaró infundada la demanda, señalando que una modificación en el certificado de nacimiento implicaría un acto de falsificación, pues el demandante no puede ser reconocido como varón para todos los efectos de la ley. Asimismo, indicó que el Estado ya había cumplido con facilitar su operación de afirmación de género, por lo que ya habría tutelado el derecho del señor Rees ⁵³. Posteriormente, este criterio fue reiterado en el caso *Cossey v. The United Kingdom*⁵⁴ de 1990.

Como se puede apreciar, la primera respuesta desde el DIDH frente a la realidad de las personas trans se basó en los postulados del modelo médico. Las decisiones del TEDH asumieron que un Estado cumple con sus obligaciones internacionales del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) solamente con asegurar tratamientos médicos de afirmación de género. El pleno reconocimiento jurídico de las identidades trans y la transformación de los sesgos no eran tomados como parte de la solución para la situación de vulnerabilidad de esta población.

⁵¹ TEDH. *Rees v. The United Kingdom*. Application no. 9532/81. 17 de octubre de 1986.

⁵² Es menester precisar que si bien los estándares planteados desde una Corte regional como el TEDH no resultan vinculantes *per se* para los Estados fuera del continente de su competencia, han sido utilizados en otras oportunidades por la Corte IDH o los Comités de Naciones Unidas para resolver determinadas controversias, en razón del carácter universal e interdependiente de los derechos humanos. Por ende, limitar los efectos o impacto de la sentencia analizada únicamente al ámbito europeo resulta un criterio muy escueto. Ejemplos del referido dialogo jurisprudencia pueden encontrarse en: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 180; y *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 319.

⁵³ Cfr. TEDH. *Rees v. The United Kingdom*. Op. Cit. párrs. 38-47.

⁵⁴ TEDH. *Case of Cossey v. The United Kingdom*. Application no. 10843/84. 27 de septiembre de 1990.

El pasó de los años comenzó a constatar la debilidad del estándar utilizado por el TEDH. La provisión de terapias de afirmación de género no era suficiente para lograr cambios sustanciales en las condiciones de precariedad que sufría la población trans. Además, las críticas hacia los fundamentos del modelo médico y su concepción restringida sobre el sexo comenzaban a mostrar la fuerte influencia de la cultura y el entorno en las afectaciones que sistemáticamente sufren estas personas.

Este nuevo panorama generó que el DIDH cambiará de paradigma y acogiera el modelo de reconocimiento para tutelar los derechos de las personas trans. Esta transformación encontró en el principio de no discriminación, por su importancia y efectos en la interpretación de las obligaciones internacionales de los Estados una base jurídica transcendental para la determinación de estándares que reviertan integralmente las condiciones de vulnerabilidad de esta población.

1.2.1 El derecho a la no discriminación y los motivos prohibidos

Uno de los principales derechos reconocidos en los tratados generales⁵⁵ y específicos⁵⁶ del DIDH, mediante normas amplias, normas de protección concretas y normas transversalizadas⁵⁷, es el derecho a la igualdad y no discriminación. Si bien ambos conceptos (igualdad y no discriminación) aparecen de manera conjunta en la mayoría de normas y son

⁵⁵ Art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y art. 2 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul).

⁵⁶ Son tratados específicos en tanto buscan proteger a un determinado grupo de personas (niños, personas con discapacidad, mujeres) o desarrollar obligaciones concretas en relación a una particular vulneración de derechos humanos (torturas o desapariciones forzadas). Ejemplos: Art. 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 4.b de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

⁵⁷ Esta diferencia ha sido planteada por Bregaglio para distinguir entre las normas que se refieren al principio de no discriminación para interpretar todo el tratado (Ejemplos: art. 1.1 de la CADH, art. 14 del CEDH, art. 3 del PIDCP y art. 2 del PIDESC), cuando se consagra dicha figura como un derecho específico (Ejemplos: art. 24 de la CADH, art. 1 del Protocolo Nro. 11 del CEDH, art. 26 del PIDCP,) y cuando se utiliza en las disposiciones concretas de otros derechos (Ejemplos: art. 17.2 de la CADH, art. 24 del PIDCP y art. 10 del PIDESC). Cfr. BREGAGLIO, Renata. "Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (editoras). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Lima: IDEHPUCP. 2014, pág. 74.

difíciles de desligar⁵⁸, es necesario precisar el contenido específico de cada uno.

Mientras que el derecho a la no discriminación se centra en actos en los que se ha diferenciado injustificadamente a una persona o grupo de personas sobre la base de un motivo prohibido; el respeto por la igualdad prohíbe aquellos comportamientos que, si bien acarrear un trato diferenciado irrazonable, no toman en cuenta dichos motivos. Esta explicación fue planteada por Bregaglio de la siguiente forma:

(...) la discriminación será aquel acto por el cual se diferencia arbitrariamente a una persona o grupo sobre la base de un motivo prohibido, mientras que la vulneración al derecho a la igualdad se producirá cuando exista también un trato diferenciado arbitrario (y por lo tanto una desigualdad ante la ley), pero en el cual la diferencia no tome en cuenta dichos motivos prohibidos. La vulneración de la igualdad radica, de manera similar a la discriminación, en la arbitrariedad de la diferencia (es decir, en la razonabilidad entre el motivo de la diferencia y el trato diferenciado en sí mismo), pero a distinción de la discriminación, no constituye un trato diferenciado basado en motivos prohibidos (que sí era necesario para determinar la existencia de un acto discriminatorio).⁵⁹ (Subrayado nuestro)

Frente a este panorama, cobra especial importancia definir qué son los motivos prohibidos de discriminación. Al respecto, Uprimny y Sánchez Duque han indicado que los criterios prohibidos tienen al menos cuatro características:

La primera es que tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual. La segunda es que están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación. La tercera es que identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas en los órganos de representación. Y la cuarta es que no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad.⁶⁰

⁵⁸ Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4., párrs. 56-57.

⁵⁹ BREGAGLIO, Renata. Op. Cit., párr. 78.

⁶⁰ UPRIMNY, Rodrigo y Luz María SÁNCHEZ DUQUE. "Artículo 24. Igualdad ante la ley". *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. 2014, p. 601.

Recientemente, la Corte IDH ha utilizado un razonamiento similar al momento de explicar las características de los motivos prohibidos de discriminación:

(...) la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables. Cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.⁶¹

De esta forma, el establecimiento de los motivos prohibidos en el DIDH responde, en su mayoría, a un fenómeno histórico. Producto de procesos sociales de normalización y naturalización nuestra sociedad ha construido y mantenido distintos parámetros sobre algunas manifestaciones de la diversidad humana que han terminado generando patrones de exclusión en relación a determinados grupos de personas sobre la base de ciertas características personalísimas que las caracterizan⁶². Este es un problema sumamente grave al partir de una premisa injusta: que resulta válido excluir y restringir los derechos de determinadas personas debido a ser quienes son, basándose únicamente en prejuicios que no cuentan con ningún fundamento razonable.

Dada la magnitud de estos actos, si bien los tratados y documentos internacionales señalan algunos motivos prohibidos tal lista no es taxativa. Con la evolución de los contextos y utilizando los criterios previamente citados es posible determinar la presencia de nuevos motivos prohibidos. Como ha señalado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC), estos motivos adicionales “se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”⁶³.

⁶¹ Corte IDH. *Caso I.V. vs Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 noviembre de 2016. Serie C. No. 239, párr. 240.

⁶² En lógica similar con lo planteado por Rubin y la jerarquización sexual.

⁶³ COMITÉ DESC. *Observación General Nro. 20, La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales*. 12 de julio de 2009, párr. 27

En base a estos fundamentos, los órganos y tratados internacionales han establecido que será un acto de discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que se base en uno o varios de los motivos prohibidos (por ejemplo la raza, el sexo, idioma, la religión, la nacionalidad, etc.) que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos⁶⁴. Esta definición suscita dos debates importantes para comprender los alcances del concepto de no discriminación y su aplicabilidad al caso de la población trans: por un lado, quiénes son las personas amparadas bajo este principio y, por otra parte, las formas que pueden adoptar los actos discriminatorios.

Respecto al primer punto, el debate se centra en determinar quiénes pueden apelar a motivos prohibidos para ver protegidas sus demandas. En este marco, algunas investigaciones critican que la definición acogida por el DIDH cae en un error por su amplitud, al condicionar sus efectos a la existencia de un factor diferencial basado en categorías prohibidas generales. Sostienen que en atención al principio de antisubordinación el mandato de no discriminación debería evitar agravar o perpetuar la situación de vulnerabilidad de ciertos colectivos y no permitir que cualquier persona pueda utilizar las referidas categorías para reclamar por cualquier trato diferenciado⁶⁵. Pensar, por ejemplo, en casos donde los hombres utilizan este principio para cuestionar los sistemas cuotas de participación política a favor de las mujeres.

A pesar que la referida definición no ha sido modificada, el DIDH ha acogido estas críticas al momento de interpretar y aplicar el principio de no discriminación. A partir de una interpretación teleológica, los órganos internacionales han establecido que para cumplir con la cláusula de no discriminación no solo se debe evitar la comisión de prácticas diferenciadas, sino que además resulta necesario crear las condiciones para lograr la plena inclusión de ciertos colectivos de personas. La Corte IDH ha expresado esta idea en los siguientes términos:

En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de

⁶⁴ Cfr. Artículo 1 de la Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia; artículo 1 de la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁶⁵ Cfr. FISS, Owen. "Groups and the Equal Protection Clause". En: *Philosophy and Public Affairs*. Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/Fiss_groups.pdf

discriminación de jure o de facto. (...) Además los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁶⁶.

Así, tomando como base el principio de antisuordinación, el mandato de no discriminación otorga una protección especial a los grupos históricamente excluidos mediante el establecimiento de medidas positivas específicas en su favor con el fin de lograr una verdaderas condiciones de justicia e igualdad. De este modo, el reconocimiento de los citados motivos prohibidos se constituye como una garantía específica en el DIDH que busca revertir las situaciones de discriminación que perjudican gravemente a dichos colectivos y que permiten una verdadera protección igualitaria de los derechos humanos⁶⁷.

Al respecto, actualmente podemos encontrar este tipo de medidas positivas reconocidas en tratados o respaldadas por pronunciamientos internacionales. Por ejemplo, el artículo 27.h de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece el deber de los Estados de incluir en el mercado laboral a las personas con discapacidad mediante acciones afirmativas, incentivos y otras medidas⁶⁸. Por su parte, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) ha señalado que la aplicación de este tipo de medidas “son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales”⁶⁹. Por ende, los estados deben promover “una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas, (...) como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato

⁶⁶ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Op. Cit, párrs. 103-104.

⁶⁷ Ver más en: SHELTON, Dinah. “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*. No. 8, págs. 15-39, 2008. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>

⁶⁸ Por ejemplo, el Estado peruano ha adoptado un sistema de cuotas de empleo a favor de personas con discapacidad como medio para cumplir con la referida disposición internacional. Cfr. BREGAGLIO, Renata, Renato CONSTANTINO y Adrián LENGUA. “Querer no (siempre) es poder: algunos problemas laborales de las personas con discapacidad en el ordenamiento peruano”. *Derecho y Sociedad*. Lima, Número 47. 2016, págs. 199-213.

⁶⁹ COMITÉ CEDAW. *Recomendación General Nro. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. 2004, párr. 18.

preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas⁷⁰.

En consonancia con la lógica de este estándar, las medidas restrictivas que perjudican a grupos en situación de vulnerabilidad sobre la base de un motivo prohibido se encuentran limitadas. Si bien no se prohíbe cualquier trato diferenciado de esta índole, la validez de los mismos depende de un escrutinio muy estricto y debe basarse en necesidades imperiosas. Esto ha sido constantemente reiterado por la CIDH⁷¹, el TEDH⁷² y la Corte IDH. Justamente, este último tribunal ha utilizado los pronunciamientos de órganos de justicia nacionales para explicar esta idea en los siguientes términos:

(...) el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría. Como ejemplo del juicio estricto de igualdad se pueden señalar algunas decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de Argentina y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.⁷³ (Resaltado nuestro)

Finalmente, el segundo debate que suscita la referida definición del DIDH propone diferenciar entre las formas de discriminación directa, indirecta, interseccional y estructural. Conforme al Comité DESC, la primera se constituye cuando una persona “recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación (...) También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando

⁷⁰ Ídem, párr. 22

⁷¹ CIDH. *Caso 11. 625. María Eugenia Morales De Sierra vs. Guatemala*. Informe de fondo Nro. 4/01. 19 de enero de 2001, párr. 36.

⁷² TEDH. *Caso de Burghartz v. Suiza*. Aplicación 16213/90. 22 de febrero de 1994, párr. 27; y *Caso Koua Poirrez v. France*. Aplicación 40892/98. 30 de septiembre de 2003, párr. 46.

⁷³ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 256.

no exista una situación similar comparable”⁷⁴.

Mientras la discriminación directa pone énfasis en la motivación de las actuaciones, la indirecta o encubierta se centra en los efectos o resultados. Por ello, se ha establecido que este último tipo de discriminación se produce cuando “una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”⁷⁵. Esta forma de discriminación usualmente se consume mediante la aplicación de leyes o parámetros jurídicos generales que no toman en cuenta las características propias de algunas personas en situación de vulnerabilidad. Como veremos en el siguiente capítulo, las personas trans sufren este tipo de discriminación respecto a su derecho a la identidad cuando los sistemas de identificación son aplicados bajo estándares cisnormativos, sin adoptar medidas específicas para las identidades trans.

En tercer lugar, sin diferenciar entre el motivo o efecto de las actuaciones, la discriminación interseccional se produce cuando una persona se ve afectada por poseer dos o más características que coinciden con los motivos prohibidos de discriminación, generándole una especial limitación en el goce o ejercicio de sus derechos⁷⁶. Por ejemplo, una mujer cisgénero se encuentra sometida a diversas prácticas de violencia y discriminación. No obstante, una mujer trans se ve expuesta a formas particulares de agresión motivadas por su condición de mujer y de persona trans.

Por último, la discriminación estructural se presenta cuando producto de la omisión o actuación del Estado se han generado situaciones de violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos en perjuicio de un colectivo en situación de vulnerabilidad por poseer una o más características que coinciden con los motivos prohibidos de discriminación⁷⁷. Conforme a la información aportada en la introducción de la presente investigación, el contexto en el que vive la población trans representa una forma de discriminación estructural, dadas las

⁷⁴ COMITÉ DESC. *Observación General Nro. 20*. Op. Cit., párr. 10.

⁷⁵ Art. 1.2 de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

⁷⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Op. Cit. párr. 290; CHACARTEGUI, Consuelo. “Mujer, discriminación múltiple y exclusión social”. En PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar (editor). *Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia*. Madrid: Dykinson. 2010, pp.39-62 y art. 1.3 de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 72-80.

múltiples violaciones de derechos que sufren día a día. Ello genera la obligación por parte de los Estados de adoptar diversos tipos de medidas que permitan transformar estos contextos que oprimen a las identidades trans.

1.2.2 El proceso de reconocimiento de la identidad de género como motivo prohibido

Ahora bien, las medidas de solución a las distintas formas de discriminación poseen como premisa el reconocimiento de un motivo prohibido que tutele la situación de las personas trans. No obstante, por muchos años los postulados del modelo médico generaron que la situación de exclusión de las personas trans no fuese amparada por el principio de no discriminación. Recién con la asunción del modelo de reconocimiento se logró que la identidad de género forme parte de los motivos prohibidos de discriminación, gracias a un largo proceso de dialogo entre distintos órganos internacionales. Con ello, se consagró a nivel jurídico una protección especial hacia este atributo, al entender que representa una característica íntima, diversa y personal de todo ser humano.

1.2.2.1 Los primeros pronunciamientos relativos a la protección del derecho a la identidad de las personas trans: la pionera (pero limitada) jurisprudencia del TEDH

Tras los pronunciamientos en los casos Rees y Cossey, el TEDH declaró por primera vez la responsabilidad internacional de un Estado por no modificar los documentos de identidad de una persona trans que ha pasado por un procedimiento quirúrgico de afirmación de género en el caso *B. v. France*⁷⁸ de 1992. En dicha sentencia, el tribunal indicó que se produce una violación del derecho a la privacidad (artículo 8 del CEDH), cuando se expone a una persona trans a revelar información privada sin su consentimiento, debido a la incongruencia entre su apariencia física y sus documentos de identidad.

No obstante, para sustentar su posición, el Tribunal no cuestionó los fundamentos expuestos en las sentencias emitidas con anterioridad⁷⁹, indicando únicamente que dicho caso era distinto a las situaciones que había conocido en el pasado en razón de los marcos jurídicos internos de Francia y Reino Unido. Su argumentación se sustentó en que la legislación del

⁷⁸ TEDH. *Case of B v. France*. Application no. 13343/87. 25 de mayo de 1992.

⁷⁹ Ídem, párrs. 46-48

Estado francés proveía más facilidades para cambiar los datos establecidos en los certificados de nacimiento, a diferencia del ordenamiento jurídico inglés donde los registros buscaban dar fe de un hecho histórico como la asignación de sexo al momento del nacimiento⁸⁰. Asimismo, indicó que el sistema francés resultaba particularmente invasivo de la privacidad de las personas trans, pues se solicitaban documentos donde figuraba el sexo consignado al nacer en numerosos trámites administrativos. En base a estos fundamentos, señaló que el Estado de Francia tenía la obligación de cambiar los datos que figuraban en el certificado de nacimiento de la peticionaria.

La endeble argumentación empleada por el TEDH en dicha sentencia no permitió avances significativos en miras al reconocimiento de la identidad de género a nivel internacional. Si bien se mostraba un mayor grado de sensibilidad con las barreras que sufren las personas trans, la falta de consenso de la comunidad europea y el estado de los estudios referidos a las personas trans en la época no permitieron una respuesta jurídica consistente. Prueba de ello es que en el caso *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*⁸¹ de 1998, el Tribunal utilizó los mismos argumentos empleados en sus primeras sentencias, referidos a la incertidumbre sobre la situación médica de las personas trans⁸².

No fue hasta la sentencia del caso *Christine Goodwin vs. The United Kingdom* del 2002⁸³ que el TEDH determinó que un Estado parte del CEDH incumple sus obligaciones internacionales cuando no permite la rectificación de nombre y sexo de las personas trans luego de haberse sometido a una cirugía de afirmación de género. Por tales hechos, Christine Goodwin demandó al Reino Unido por la violación de los derechos contemplados en los artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH.

Apartándose de la jurisprudencia establecida en los casos anteriores⁸⁴ y tras analizar la situación concreta de Goodwin, el Tribunal declaró que el Estado de Reino Unido había violado los artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 12 (derecho a contraer

⁸⁰ Ídem, párrs 49-63.

⁸¹ TEDH. *Case of Sheffield and Horsman v. The United Kingdom*. 30 de julio de 1998.

⁸² Para un análisis más riguroso de estas sentencias: SANZ-CABALLERO, Susana. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio". *American University International Review*. Volume 29, 2014, págs. 831-868.

⁸³ TEDH. *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Application no. 28975/95. 11 July 2002.

⁸⁴ Ídem, párr. 74.

matrimonio) del CEDH. En razón al artículo 8, el TEDH señaló que la situación ambivalente en la que viven las personas trans que han pasado por operaciones quirúrgicas, por la falta de coherencia entre lo que señala su cuerpo y lo que establecen sus documentos personales, es una afectación al derecho a la vida privada. Además, la Corte enfatizó que resultaba incoherente que el Estado no otorgará el debido reconocimiento jurídico a las personas trans cuando las mismas habían pasado por un proceso médico financiado o avalado por los propios servicios de salud del Estado:

(...) La coherencia de las prácticas administrativas y legales dentro de los sistemas nacionales debe considerarse un factor importante en la evaluación realizada en base al artículo 8 del Convenio. Cuando un Estado ha autorizado el tratamiento y cirugía para aliviar las condiciones de una persona transexual, financiando o apoyando en el financiamiento (...), parece ilógico negarse a reconocer las consecuencias legales del resultado que acarean tales tratamientos.⁸⁵(Traducción y subrayado nuestro)

En referencia a los discursos médicos sobre las personas trans, el TEDH indicó que no existían conclusiones definitivas sobre las causas que llevan al “transexualismo”. No obstante, a juicio del Tribunal, dadas las numerosas y dolorosas intervenciones que se requieren para realizar el procedimiento de afirmación de género, no era lógico señalar que dicha decisión sea un mero capricho, y por ende cualquier debate científico existente sobre el tema resultaba irrelevante. De la misma manera, consideró que los argumentos referidos a la imposibilidad de modificar el patrimonio cromosómico tampoco constituían una barrera al reconocimiento, dados los diversos componentes que conforman el sexo. En consecuencia, concluyó que los avances médicos y científicos de dicha época no proveían información determinante para el reconocimiento legal de las personas trans que han pasado por procesos quirúrgicos.

Finalmente, el TEDH indicó que el reconocimiento por parte del Estado de esta nueva identidad no generaba afectaciones al interés público ni interfería con la función registral, el derecho de familia, las sucesiones, entre otros.

⁸⁵ Ídem, párr. 81-83. Texto original: “The coherence of the administrative and legal practices within the domestic system must be regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 of the Convention. Where a State has authorised the treatment and surgery alleviating the condition of a transsexual, financed or assisted in financing the operations and indeed permits the artificial insemination of a woman living with a female-to-male transsexual (as demonstrated in the case of X., Y. and Z. v. the United Kingdom, cited above), it appears illogical to refuse to recognise the legal implications of the result to which the treatment leads.”

(...) Toda “dificultad aparente”, particularmente en el área del Derecho de Familia, es manejable y aceptable si se circunscribe al caso de las personas transexuales que han pasado por una operación y se encuentran plenamente desarrolladas. La Corte tampoco está convencida que permitir que la peticionaria se vea incluida en las reglas aplicables para mujeres, generando un cambio en la fecha para el otorgamiento de una pensión estatal, pudiese causar injusticia alguna a otras personas en los sistemas nacionales o estatales de pensiones, conforme a lo argumentado por el Gobierno. No se ha demostrado ninguna dificultad concreta o sustancial, o detrimento al interés público, que pueda derivarse del cambio de estatus de las personas transexuales y, respecto a otras posibles consecuencias, la Corte considera que puede esperarse razonable que la sociedad tolere ciertos inconvenientes para que los individuos puedan vivir dignamente y de conformidad con la identidad sexual elegidas por ellos a un gran costo personal.⁸⁶ (Traducción y resaltado nuestro)

Por otro lado, el TEDH declaró la violación del derecho al matrimonio en tanto a Goodwin no le permitían volver a contraer nupcias con un varón. Si bien la Corte no objetó el carácter heterosexista de dicha institución, en base a los argumentos anteriores señaló que no existía una regla que limitará la determinación del género de una persona únicamente en base a criterios biológicos. En base a ello, declaró que a Goodwin se le debía reconocer como mujer, y en consecuencia, se le debía permitir casarse con un varón:

(...) Es cierto que la primera oración se refiere en términos expresos al derecho de todo hombre y mujer a casarse. La Corte no está convencida que a la fecha del presente caso se pueda seguir asumiendo que esos términos deban referirse a una determinación del género por criterios puramente biológicos. Desde la adopción de la convención se han producido mayores cambios sociales en la institución del matrimonio, así como dramáticos cambios provocados por los desarrollos de la ciencia y la medicina en el ámbito de la transexualidad. En base al artículo 8 del Convenio, la Corte ha encontrado que un examen de la congruencia de factores biológicos no puede seguir siendo decisiva para denegar el reconocimiento legal

⁸⁶ Ídem, párr. 91. Texto original: As Lord Justice Thorpe observed in the *Bellinger* case, any “spectral difficulties”, particularly in the field of family law, are both manageable and acceptable if confined to the case of fully achieved and post-operative transsexuals. Nor is the Court convinced by arguments that allowing the applicant to fall under the rules applicable to women, which would also change the date of eligibility for her state pension, would cause any injustice to others in the national insurance and state pension systems as alleged by the Government. No concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost

del cambio de género de una persona transexual que ha pasado por una operación.⁸⁷

(Traducción y subrayado nuestro)

Los argumentos esta jurisprudencia fueron reiterados en las sentencias *I. v. United Kindgom*⁸⁸ (publicada el mismo día que el caso de Goodwin), y posteriormente en *Grant v. The United Kindgom*⁸⁹ del año 2006 sin realizar cambios significativos. Como se puede apreciar, a pesar de este primer gran avance, las sentencias no reconocieron que hubiese existido un trato discriminatorio, pues no se entendía a la identidad de género como parte de los motivos prohibidos de discriminación. Por ende, los fundamentos del TEDH se concentraron en la obligación de respetar la vida privada, sin reconocer la aplicación del deber de no discriminación a favor de este colectivo en razón de su identidad de género. Asimismo, los criterios utilizados por la Corte se basaron en su mayoría en el hecho de que Christine Goodwin ya había pasado por una operación quirúrgica de afirmación de género, manteniendo una visión todavía cercana con el modelo médico.

1.2.2.2 Cuando el “soft law” se vuelve norma: La aparición de los Principios de Yogyakarta en el Derecho Internacional y su impacto en los órganos de protección de derechos humanos

El segundo hito importante para lograr el reconocimiento de la identidad de género como motivo prohibido de discriminación en el DIDH fue la publicación de los Principios de Yogyakarta. Estos principios fueron elaborados por un panel de especialistas en legislación internacional en el año 2007 y desarrollan ampliamente la manera en la que los Estados deben tutelar los derechos de las personas LGBTI⁹⁰. El año pasado, en noviembre de 2017, dicho instrumento fue revisado y actualizado (Principios de Yogyakarta Plus 10), aclarando los deberes que tienen los Estados en esta materia.

⁸⁷ Ídem, párr. 100. Texto original: It is true that the first sentence refers in express terms to the right of a man and woman to marry. The Court is not persuaded that at the date of this case it can still be assumed that these terms must refer to a determination of gender by purely biological criteria. There have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention as well as dramatic changes brought about by developments in medicine and science in the field of transsexuality. The Court has found above, under Article 8 of the Convention, that a test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual.

⁸⁸ TEDH. *I. v. The United Kingdom*. Application 25680/94. 11 de julio de 2002.

⁸⁹ TEDH. *Grant v. The United Kingdom*. Application no. 32570/03. 23 de mayo de 2006.

⁹⁰ BROWN, David. “Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta principles”. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, number 31, 2010, p. 824.

Uno de los principales aportes de este instrumento es el establecimiento de una definición de identidad género. Se definió como una característica personalísima que representa *“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”*⁹¹. Es decir que mientras la identidad de género de las personas cisgénero se corresponde con las expectativas social y culturalmente construidas que se le asignaron al momento de nacer, en las personas trans no hay coincidencia entre la identidad de género que construyen y el sexo que se les impuso al nacer. Asimismo, el Principio N° 2 establece que todas las personas gozan de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, e indica una serie de deberes que tienen los Estados para garantizar dicho derecho. Así, este instrumento internacional se constituye como el primero que reconoce la identidad de género como un motivo prohibido de discriminación.

A pesar de que estos Principios no son, *per se*, de obligatorio cumplimiento para los sujetos de derecho internacional (son fuente auxiliar del Derecho Internacional), los mismos tuvieron un impacto significativo en los pronunciamientos posteriores de los órganos de protección de derechos humanos. Tras su publicación se produjo una serie de declaraciones por parte de los Estados y resoluciones de organizaciones internacionales abordando el tema y mostrando su disposición de adoptar las medidas que sean necesarias para evitar la discriminación por motivos de identidad de género. La primera manifestación de ello fue la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género presentada por diversos Estados⁹² a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008. En dicho documento, los Estados firmantes reafirmaron su compromiso con el principio de no discriminación y exigieron que los derechos humanos se apliquen por igual a todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género.

⁹¹ Introducción de los Principios de Yogyakarta, pág. 6.

⁹² En concreto: Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Cabo Verde, Canadá, Chile, Chipre Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea-Bissau, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Montenegro, Nepal, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, La República Centroafricana, la República Checa, Rumania, San Marino, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Suecia, Suiza, Timor del Este, Uruguay y Venezuela.

Por su parte, los Comités de Naciones Unidas también se vieron influenciados, acogiendo la categoría de identidad de género como motivo prohibido de discriminación en sus observaciones generales y finales sobre la situación de determinados países. Algunos incluso citan este instrumento específicamente al momento de explicar la incorporación de la identidad de género y desarrollar su contenido. Así, el primero en dar este paso fue el Comité de DESC en el año 2009:

32. En "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo.⁹³

Esta postura fue reiterada en diversos pronunciamientos del propio Comité⁹⁴ y replicada en el resto de ellos. De esta manera, el Comité de Derechos Humanos⁹⁵, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁹⁶, el Comité de los Derechos del Niño⁹⁷ y el Comité Contra la Tortura⁹⁸ también han incorporado la identidad de género como parte de los motivos prohibidos de discriminación.

Los órganos y organizaciones del continente americano tampoco han sido ajenos a este reconocimiento progresivo de los derechos LGTBI y del establecimiento de la identidad de género como motivo prohibido. Por el contrario, desde el año 2008, la Organización de

⁹³ COMITÉ DESC. *Op. Cit*, párr.32.

⁹⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. *General comment No. 22, on the right to sexual and reproductive health*. 2 de mayo de 2016, párr. 9; *Observación General. Nro. 23. Sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*. 27 de abril de 2016, párr.11

⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General Nro. 35. Artículo 9. Libertad y seguridad personales*. 16 de diciembre de 2014, párr. 9;

⁹⁶ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General Nro. 27. Sobre las mujeres de edad y protección de sus derechos humanos*. 16 de diciembre de 2010, párr. 13; *Proyecto de Recomendación General Nro. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. 16 de diciembre de 2010, párr.18;

⁹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general Nro. 15. Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*. 17 de abril de 2013, párr. 8.

⁹⁸ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observación General Nro. 3 Aplicación del artículo 14 por los Estados partes*. 13 de diciembre de 2012, párr. 32.

Estados Americanos (OEA) viene publicando una serie de resoluciones en las cuales manifiesta su preocupación por la situación de la población LGTBI, instando a los Estados parte a tomar medidas para erradicar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género⁹⁹. Asimismo, en lo que concierne a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) también se adoptaron algunas decisiones importantes. Tomando en cuenta las diversas resoluciones que se habían emitido por parte de la OEA y los Comités de las Naciones Unidas, en el año 2013 la CIDH creó la Relatoría sobre los derechos de las personas LGTBI, habilitando un espacio importante y en el cual actualmente se vienen preparando una serie de informes sobre el deber de no discriminación por motivos de identidad de género.

1.2.2.3 Consolidación del modelo de reconocimiento: Inclusión jurisprudencial de la identidad de género como motivo prohibido de discriminación

El proceso que hemos venido explicando llegó a su cumbre con el reconocimiento expreso de la identidad de género como motivo prohibido por tribunales internacionales de derechos humanos. Dado que estos órganos son los principales encargados de dirimir las controversias jurídicas del DIDH mediante la interpretación de los tratados que se encuentran bajo su competencia, sus pronunciamientos son vinculantes para los Estados parte de tales fuentes del derecho internacional.

En el ámbito del SIDH, la primera sentencia sobre el tema se dio en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*¹⁰⁰. Los hechos de la sentencia se remontan a 1994 cuando, luego de finalizar su matrimonio, Karen Atala Riffo y Jaime López Allendes establecieron de mutuo acuerdo que sus tres hijas quedarían bajo custodia de la señora Atala. Sin embargo, en el año 2003 el padre interpuso una demanda de tuición para obtener la custodia de sus hijas, basada en que la señora Atala había empezado a convivir con su pareja del mismo sexo, arriesgando el

⁹⁹ Cfr. OEA. *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). 03 de junio de 2008; *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). 04 de junio de 2009; *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. AG/RES. 2600 (XL-O/10). 08 de junio de 2010; *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. AG/RES. 2653 (XLI-O/11). 07 de junio de 2011; *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. AG/RES. 2721 (XLII-O/12). 04 de junio de 2012; *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género y expresión de género*. AG/RES. 2807 (XLIII-O/13). 06 de junio de 2013; *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género y expresión de género*. AG/RES. 2863 (XLIV-O/14). 05 de junio de 2014 y *Promoción y protección de derechos humanos*. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16). 14 de junio de 2016.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

desarrollo físico y emocional de las niñas. La Corte Suprema de Chile declaró que se encontraba en riesgo el interés superior de las tres niñas, pues las manifestaciones homosexuales de su madre les provocaban confusión sobre la sexualidad, generando el riesgo que sean discriminadas por su entorno social. En razón a ello, señaló que el padre debía continuar con la custodia de sus hijas.

La Corte IDH expidió su sentencia declarando que se había configurado una violación de los derechos de Karen Atala, producto del trato discriminatorio que había recibido por parte de los tribunales nacionales chilenos. Para sustentar su posición, la Corte IDH señaló lo siguiente:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención [...]. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual [o identidad de género].¹⁰¹ (Subrayado nuestro)

Como se puede apreciar, a pesar que el caso versaba sobre una situación de discriminación por motivos de orientación sexual, la Corte IDH aprovechó la oportunidad para declarar que la identidad de género también forma parte de los motivos prohibidos de discriminación del DIDH. Ello debido a que ambas categorías poseen ciertas similitudes, en tanto responden a características personales que han sido históricamente reprimidas por normas culturales de índole sexual. Dicha situación será un constante en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues hasta el momento no ha llegado un caso concreto que se refiera a la protección de los derechos de las personas trans.

¹⁰¹ Ídem, párr. 91.

Si bien la sentencia no otorga mayores precisiones sobre el deber de no discriminar por motivos de identidad género, resulta posible extraer algunas conclusiones por vía interpretativa. Por ejemplo, la Corte IDH señaló en sus argumentos que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual *no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas*¹⁰². Siguiendo el razonamiento empleado por el tribunal, se debería entender que la protección de la identidad de género implica garantizar todas las condiciones necesarias para que las personas trans puedan realizar efectivamente su proyecto de vida.

La jurisprudencia enunciada en el caso de Karen Atala ha sido reiterada recientemente en la sentencia del caso *Duque vs. Colombia* de febrero de 2016. Ángel Alberto Duque buscaba el reconocimiento de su derecho a la seguridad social tras el fallecimiento de su pareja y conviviente del mismo sexo J.O.J.G en el año 2001, como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

En el año 2002, el señor Duque consultó a las instituciones respectivas los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivencia ante el fallecimiento de su pareja. No obstante, los responsables de la gestión le respondieron que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable, toda vez que la normativa colombiana indicaba que solo podía acceder a la pensión de sobrevivencia la última persona que haya hecho vida marital y sea de sexo opuesto al causante. Frente a esta respuesta, el señor Duque inició una acción de tutela en los tribunales nacionales colombianos para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, su demanda fue declarada improcedente en dos instancias.

La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por discriminar al señor Duque por motivos de orientación sexual mediante la normativa nacional¹⁰³. La Corte no solo reiteró que la orientación y la identidad de género son motivos prohibidos de discriminación, sino que añadió la siguiente referencia:

“[...] los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad

¹⁰² Ídem, párr. 133

¹⁰³ Ello en razón del artículo 24 de la CADH que establece que todas las personas son iguales ante la ley.

social y a otras medidas de protección social [...]. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por [...] identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo [...] cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género) [...]”.¹⁰⁴

Dicho párrafo resulta relevante porque constituye la primera vez en la que un tribunal internacional emplea los Principios de Yogyakarta para dotar de contenido a los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). Su empleo denota que la Corte reconoce la importancia de este instrumento y lo admite como un instrumento relevante para determinar las obligaciones contraídas por los Estados parte de la CADH¹⁰⁵.

Finalmente, en lo que respecta al Sistema Europeo también ha habido cambios importantes en los últimos años. En el año 2010, el TEDH varió su línea argumentativa y señaló en la sentencia del caso *P.V. vs. España*¹⁰⁶ que el artículo 14 del Convenio contempla como parte de los motivos prohibidos a la “distrofia de género”. Si bien la terminología empleada no es la más adecuada, la misma fue aclarada en el año 2015 en la sentencia del caso *Identoba and others v. Georgia*¹⁰⁷ donde se reconoce explícitamente que dicha característica personal merece ser tutelada y protegida al formar parte de los criterios prohibidos de discriminación que contempla el tratado.

1.2.2.4 El escalón pendiente: proceso de convencionalización de la identidad de género

Los avances jurisprudenciales de los órganos y tribunales internacionales, por medio de la interpretación de distintos instrumentos, han provocado que dentro de las organizaciones internacionales se debata la necesidad de comenzar a incluir la categoría de identidad de

¹⁰⁴ Corte IDH *Caso Duque Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 110

¹⁰⁵ Al respecto, ver más en: LENGUA PARRA, Adrián. *¿Una decisión progresista o una Corte tibia? Caso Duque vs. Colombia, la segunda sentencia sobre derechos LGTBI en el Sistema Interamericano*. Disponible en: <http://enfoquederecho.com/internacional/una-decision-progresista-o-una-corte-tibia-segunda-sentencia-sobre-derechos-lgtbi-en-el-sistema-interamericano/>

¹⁰⁶ Cfr. TEDH. *Case of P.V. v. Spain*. Application no. 35159/09. 30 de noviembre de 2010, párr. 30.

¹⁰⁷ Cfr. TEDH. *Case of Identoba and others v. Georgia*. Application no. 73235/12. 12 mayo de 2015, párr. 96.

género de manera explícita dentro de los textos iniciales de los tratados. A pesar que la sola inclusión del término no cambiaría la protección reconocida actualmente, explicitarla reafirmaría el estándar generado y dotaría de mayor previsibilidad a los operadores de justicia para la resolución de casos.

En razón a ello, las recientes convenciones adoptadas en el seno de la OEA han considerado a la identidad de género dentro de sus disposiciones. La primera de ellas es la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada el 5 de junio de 2013 en el cuadragésimo tercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. El artículo 1 de dicho tratado incorpora una serie de definiciones sobre las diversas formas de discriminación que existen y señala que la identidad y expresión de género son consideradas motivos prohibidos de discriminación.

Asimismo, la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores, adoptada el 15 de junio 2015, también es un claro ejemplo de este proceso de convencionalización. El artículo 5 de dicho tratado señala que se encuentra prohibida la discriminación por edad en la vejez, e indica que los Estados parte desarrollaran políticas específicas para proteger a los adultos mayores que sean víctimas de situaciones de discriminación múltiple, como por ejemplo en los casos referidos a personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género. Actualmente ambos tratados aún cuentan con pocas ratificaciones por parte de los Estados de América, y hasta el momento solo la Convención referida a las personas adultas mayores se encuentra en vigor. Sin embargo, consideramos que ambas convenciones muestran cómo dentro de las Organizaciones Internacionales se ha asumido que actualmente la identidad de género representa un motivo prohibido de discriminación en el DIDH.

Finalizada esta última sección, podemos concluir que hoy en día las identidades trans deben ser comprendidas por medio un modelo de reconocimiento que busca su revalorización como medio para transformar su situación histórica de exclusión. A nivel jurídico, dicho modelo se encuentra consagrado por medio del principio de no discriminación, gracias al fructífero dialogo que se ha producido entre órganos y tribunales internacionales. Partiendo de estas conclusiones, procederemos a analizar con mayor detalle las repercusiones de este cambio de paradigma en el siguiente capítulo.

CAPITULO II: LOS DEBERES ESPECÍFICOS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS

En el primer capítulo mostramos cómo, con el cambio del modelo médico al de reconocimiento, el DIDH ha pasado por un proceso de interpretación jurisprudencial para reconocer la identidad de género como un motivo prohibido de discriminación. Partiendo de esa base, en el presente capítulo analizaremos el efecto de dicha evolución en la interpretación de la obligación internacional de los Estados de garantizar el derecho a la identidad.

Constataremos que producto de la aplicación del principio de no discriminación se generan obligaciones internacionales específicas y diferenciadas para la protección del referido derecho en las personas trans. Como señalamos en la introducción, nuestra investigación se centrará únicamente en determinar cuáles son los citados deberes respecto del derecho a la identidad, en tanto representa un derecho habilitante y fundamental para superar la situación de discriminación estructural que padece la población trans. Así, a pesar que los derechos humanos se caracterizan por tener un carácter interdependiente e indivisible, también es cierto que a cada derecho le corresponde un contenido jurídico concreto y del cual derivan determinadas obligaciones internacionales para los Estados. Por estas razones, sin negar que la afectación a la identidad de las personas trans provoca también otras violaciones, nuestra investigación se enfocará solamente en este derecho.

Cabe destacar que el empleo del concepto identidad como categoría de análisis ha causado numerosas controversias en el campo de las ciencias sociales en los últimos años, producto de la amplitud del término y los distintos significados contradictorios que se le han atribuido¹⁰⁸. Sin embargo, nuestra investigación no pretende profundizar en el debate sobre la utilidad del concepto identidad. Desde el Derecho dicha categoría se encuentra asentada

¹⁰⁸ Por ejemplo, Brubaker y Cooper cuestionan la utilidad del término por la cantidad de usos que se le ha otorgado: "Claramente, al término "identidad" se le demanda el cumplimiento de muchas funciones. Es usado para iluminar modos de acción no instrumentales; para concentrarse en la autocomprensión antes que en el propio interés; para designar igualdad entre personas a lo largo del tiempo; para capturar aspectos pretendidamente centrales, fundacionales de la conciencia del ser individual; para negar que tales aspectos centrales, fundamentales existen; para iluminar el desarrollo procesual, interactivo de la solidaridad y la autocomprensión colectivas; y para enfatizar el carácter fragmentado de la experiencia contemporánea del "yo", un yo formado por fragmentos inestablemente unidos de discurso y "activado" contingentemente en contextos diferentes. Estos usos no son sólo heterogéneos; apuntan en direcciones completamente diferentes." BRUBAKER, Roger y Frederick COOPER. "Más allá de la identidad". En *Apuntes de investigación CECyP*. Número 7. 2001. Disponible en: <http://comunicacioncultura.sociales.uba.ar/files/2013/02/Brubaker-Cooper-espanol.pdf>

institucionalmente como una garantía de protección hacia las personas. Además, como veremos en el presente capítulo, una adecuada interpretación del derecho a la identidad conlleva a la realización de políticas afirmativas e inclusivas que permiten la transformación de las identidades desvaloradas, como en el caso de la población trans.

No obstante, dadas las diversas concepciones que se han formulado sobre el concepto de identidad, consideramos necesario precisar el enfoque que utilizaremos. A diferencia de lo planteado por las tesis esencialistas, en el presente trabajo manejaremos una perspectiva constructivista¹⁰⁹. Lejos de asumir que la identidad está conformada por rasgos naturales e inevitables que el ser humano va descubriendo a lo largo de su vida, la tesis constructivista plantea que esta característica humana es producto de las circunstancias histórico-culturales a las que se enfrenta cada persona¹¹⁰. De esta manera, la identidad se manifiesta como el resultado de un proceso cultural constante y determinado por los discursos de poder establecidos en cada sociedad¹¹¹. Dicho enfoque resulta compatible con la concepción de sexo asociada con el modelo de reconocimiento propuesto en la presente investigación, pues evita caer en rasgos identitarios estáticos y deterministas.

Bajo esta premisa, dividiremos el presente capítulo en cuatro partes. En la primera de ellas, examinaremos de forma general cómo ha sido abordado el derecho a la identidad desde el DIDH, sin ahondar en la situación de las personas trans, y esclareceremos las obligaciones generales que poseen los Estados en razón del mismo. En segundo lugar, explicaremos cómo

¹⁰⁹ Como indica Fuller, mientras las tesis esencialistas asumen una esencia o verdad inherente de los rasgos humanos, las hipótesis constructivistas buscan analizar los discursos que configuraron dicha "verdad". Al respecto, la autora señala que estos últimos planteamientos buscan dudar de las interpretaciones y ver en ellas no la revelación de una verdad que subyace, sino determinadas formas de interpretar ciertas informaciones dispersas. La manera en que se reúnen estos datos, percepciones y experiencias no es el resultado del descubrimiento de alguna identidad esencial entre ellas, sino de interpretaciones previas que se relacionan con las concepciones de ese tiempo, su manera de ordenar la realidad, sus técnicas de pensamiento y los procesos sociales en que se engarzan". FULLER, Norma. "¿Innato o adquirido?: La polémica de la sexualidad en Freud y Foucault". *Revista Peruana de Ciencias Sociales*. Lima. Vol. 3, Nro. 1. 1992, pág. 53.

¹¹⁰ Al respecto, Hall define en el término identidad en los siguientes términos: Uso «identidad» para referirme al punto de encuentro, el punto de *sutura* entre, por un lado, los discursos y prácticas que intentan «interpelarnos», hablarnos o ponernos en nuestro lugar como sujetos sociales de discursos particulares y, por otro, los procesos que producen subjetividades, que nos construyen como sujetos susceptibles de «decirse». De tal modo, las identidades son puntos de adhesión temporaria a las posiciones subjetivas que nos construyen las prácticas discursivas. ¹¹⁰ HALL, Stuart. "Introducción: ¿quién necesita «identidad»?". En: HALL, Stuart y Paul DU GAY. *Cuestiones de identidad cultural*. Madrid: Amorrortu. 2003, págs.. 13-40.

¹¹¹ Siguiendo la teoría Foucault, entendemos el concepto de discurso no solo como actos de habla, sino como la verdad socialmente construida en base a relaciones de poder históricamente situadas. En toda sociedad, los discursos están controlados, seleccionados y redistribuidos, condicionando todas nuestras prácticas y decisiones desde sus inicios. Cft. FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets Editores. 1992, pág. 5 y SPARGO, Tamsin. *Foucault y la teoría queer*. Barcelona: Gedisa. 2004, pág. 85.

el referido contenido ha pasado por un proceso de concretización producto del reconocimiento de la identidad de género como motivo prohibido de discriminación, generando obligaciones específicas y diferenciadas de protección respecto a las personas trans. En la tercera mostraremos que para garantizar sin discriminación el derecho a la identidad de las personas trans, los Estados tienen dos deberes internacionales específicos: la obligación de implementar un procedimiento específico para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans en sus documentos de identificación y el deber de habilitar terapias hormonales y operaciones de afirmación de género para quienes deseen utilizarlas libremente. Finalmente, en la última parte contestaremos algunos cuestionamientos referidos a la vigencia de las citadas obligaciones específicas, estableciendo desde cuando resulta posible atribuir responsabilidad internacional a los Estados debido a un incumplimiento de las mismas.

2.1 El derecho humano a la identidad y las obligaciones generales para su protección

Con excepción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹¹², los tratados de derechos humanos no reconocen de forma explícita el derecho a la identidad. Si bien el artículo 18 de la CADH establece que toda persona tiene derecho al nombre, no se menciona el concepto de identidad en ninguna disposición del tratado. Frente a este escenario, surge la necesidad de preguntarse sobre el grado de autonomía del derecho a la identidad en el DIDH.

Los derechos humanos no solamente se caracterizan por tener rasgos estructurales que los diferencian de otras normas, sino también un sustento material que explica su jerarquía en los ordenamientos jurídicos. En base a lo establecido por los instrumentos internacionales más importantes, podemos apreciar que la dignidad se constituye como el concepto moral subyacente que otorga fundamento a todos los derechos humanos¹¹³. En razón a ello, los tribunales y órganos internacionales han reconocido derechos humanos que no se encuentran

¹¹² Artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño y artículos 17 y 31 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

¹¹³ Entre las Cartas de las principales Organizaciones internacionales encontramos como ejemplo el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el preámbulo de la Carta de la Organización para la Unidad Africana. Por su parte, ejemplos en los principales tratados de derechos humanos son el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; preámbulo del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 5 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Finalmente, a nivel de declaraciones encontramos el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

expresamente establecidos en los principales tratados sobre esta materia, pero que se desprenden de la dignidad de toda persona. En palabras de Ferrer Mac-Gregor, se ha producido por medio de la jurisprudencia internacional un reconocimiento progresivo de “ciertos derechos innominados no previstos convencionalmente”¹¹⁴. Asimismo, frente a esta práctica, Villanueva sostiene que la invocación de derechos implícitos “suponen una construcción racional a partir del Derecho explícito”¹¹⁵, por lo que resulta relevante conocer las disposiciones convencionales que fundamentan su existencia.

En el caso del derecho a la identidad, los citados órganos internacionales han fundamentado su carácter de derecho humano mediante diversos tipos de interpretación y basándose en las disposiciones particulares de diversos tratados. En el SIDH, por ejemplo, las primeras referencias al derecho a la identidad se realizaron por medio de los votos singulares de los ex-jueces Cançado Trindade y Ventura Robles en la sentencia *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*¹¹⁶. No obstante, no fue hasta la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* (2011) que dicho derecho se consolidó jurisprudencialmente. En la referida sentencia, la Corte IDH utilizó la opinión del Comité Jurídico Interamericano para señalar que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana y que, en consecuencia, es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”¹¹⁷.

Al tratarse de un caso que involucraba los derechos de una niña, la Corte IDH utilizó el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño (Preservación de la Identidad) para interpretar diversos artículos de la CADH. Sin embargo, dada la falta de precisión en la argumentación empleada, la sentencia no muestra claramente por medio de qué derechos de la CADH se

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 23.

¹¹⁵ VILLANUEVA, Rocío. “Los principios implícitos. El caso de los derechos sexuales y reproductivos en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*”. En. AGUILÓ, Josep y Pedro GRÁNDEZ (Editores). *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra. 2007, pág. 397.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 123; y CÓMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Opinión sobre el alcance del derecho a la identidad*. Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 12.

¹¹⁷ Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120. Voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 13-24; y Voto disidente del Juez Manuel E. Ventura Robles, párrs. 5 y 6.

interpretó la existencia del derecho a la identidad y si su argumentación era extensible a casos de personas adultas.

Posteriormente, esta falta de precisión fue corregida en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*. Aplicando el método de interpretación previsto en el artículo 29.b de la CADH¹¹⁸, la Corte IDH precisó con claridad que el derecho a la identidad está íntimamente ligado con los derechos a la vida privada y la protección familiar (art. 11 de la CADH). Además, indicó que “si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años”¹¹⁹.

La última referencia al derecho a la identidad en la jurisprudencia de la Corte IDH se realizó en el caso de las *Personas Haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014). El tribunal no solo reiteró sus pronunciamientos pasados, sino que enfatizó con mayor certeza la relación entre el derecho a la identidad y la personalidad jurídica. Citando distintas resoluciones de la OEA, utilizadas en el caso Gelman, la Corte IDH indicó “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos (...)”¹²⁰. En esa línea, precisó que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”¹²¹. Por medio de este último pronunciamiento, quedó claro el derecho a la identidad está protegido en el SIDH al derivarse de los derechos a la vida privada y personalidad jurídica.

¹¹⁸ Art. 29 de la CADH. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (...)

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 113 y *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 123.

¹²⁰ Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 267. Cfr. OEA, "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y 'Derecho a la Identidad'", resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008, y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10) de 8 de junio de 2010, de 8 de junio de 2010. OEA.

¹²¹ Idem.

Por su parte, el TEDH también ha reconocido la identidad como un derecho implícito del CEDH. De manera similar a la Corte IDH, dicho tribunal manifestó desde el caso *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* de 2001 que la vida privada es un derecho convencional de carácter amplio que engloba el derecho a la identidad. Asimismo, indicó que este último derecho abarca facetas psicológicas y sociales, a fin de garantizar cierto grado de autonomía, desarrollo personal y relaciones con el entorno social¹²².

A diferencia del SIDH, el TEDH ha tenido la oportunidad de concretizar el contenido del derecho a la identidad en numerosos y diversos escenarios. Además, desde el inicio todos sus pronunciamientos han tenido como base el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada) en razón a su amplio contenido, evitando dudas respecto a la base convencional sobre la cual derivar el referido derecho. Dado que el objetivo central del presente acápite es mostrar el grado de reconocimiento del derecho a la identidad en el DIDH, analizaremos con mayor detenimiento algunos detalles de esta jurisprudencia al momento de especificar el contenido de dicha norma.

Finalmente, en el SUDH los pronunciamientos sobre el derecho a la identidad son ambivalentes. El Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se han referido a este derecho, pues el mismo se encuentra reconocido expresamente en los tratados bajo su custodia¹²³. Por su parte, solo el Comité DESC y el Comité Contra la Discriminación Racial han reconocido el derecho implícito a la identidad cultural¹²⁴; mientras que el Comité CEDAW se ha referido a la identidad al referirse a la posibilidad que debe tener toda mujer de escoger

¹²² Cfr. TEDH. *Case of P.G and J.H v. The United Kingdom*. Aplicación 44787/98. 25 de septiembre de 2001, párr. 56; *Case of Peck v. The United Kingdom*. Aplicación 44647/98. 28 de enero de 2003, párr. 57; *Affaire of Wisse c. France*. Aplicación 71611/01. 20 de diciembre de 2005, párr. 24; *Case of Evans v. The United Kingdom*. Aplicación 6339/05. 10 de abril de 2007, párr. 71; y *Case of Reklou and Davourlis v. Greece*. Aplicación 1234/05. 15 de enero de 2009, párr. 39.

¹²³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Nro. 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*. 2009, párrs. 44 y 45; *Observación General Nro. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. 2013, párr. 55; y *Observación General Nro. 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*. 2016, 36; y COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. *Observación General Nro. 2. Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*. 2013, párr. 78.

¹²⁴ COMITÉ DESC. *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural*. 2010, párrs. 14 y 31, COMITÉ CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General Nro. 30. Sobre la discriminación contra la no ciudadanos*. 2005, 37 y *Recomendación General Nro. 34. Discriminación racial contra afrodescendientes*. 2011, párr. 4.

su nombre y conservar su individualidad¹²⁵. De esta manera, también en este sistema podemos encontrar el desarrollo de líneas argumentativas que buscan el reconocimiento del derecho a la identidad.

A pesar de la falta de la falta de uniformidad en las formulas interpretativas, consideramos que las decisiones citadas acreditan la existencia de la identidad como un derecho autónomo en el DIDH, derivado del derecho convencional explícito a la vida privada. Es cierto que la identidad está conformada por elementos que se encuentran tutelados por otros derechos reconocidos en los tratados (por ejemplo: derecho a la nacionalidad, al nombre o a las relaciones familiares). No obstante, siguiendo lo planteado por el Comité Jurídico Interamericano, el citado derecho no puede reducirse a uno o varios de los derechos que incluye¹²⁶. Por el contrario, la identidad abarca una tutela más amplia, por lo que los referidos derechos solo deben entenderse como ejemplos o especificaciones del mismo.

De la misma forma, su estrecha relación con los derechos a la vida privada y a la personalidad jurídica tampoco debe llevarnos a conclusiones equivocadas. Si bien la jurisprudencia ha utilizado dichos derechos para referirse al derecho a la identidad, este último posee un contenido diferenciado y específico. A fin de reforzar esta aseveración, corresponde delimitar con mayor detalle las situaciones que tutela este derecho y determinar las obligaciones de protección que tiene los Estados en virtud del mismo.

2.1.1 Primera obligación general: El derecho a ser reconocido e individualizado adecuadamente mediante los sistemas de identificación

Una lectura de la jurisprudencia internacional relativa al derecho a la identidad nos permite derivar esta primera faceta de su contenido. Al respecto, la Corte IDH ha señalado “que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido”¹²⁷. En línea similar, el Comité Jurídico

¹²⁵ COMITÉ CEDAW. *Observación General 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*. 1994, párr. 24.

¹²⁶ Cfr. COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Op. Cit.*, párr. 12.

¹²⁷ CORTE IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C. No. 130, párr. 184.

Interamericano ha enfatizado que los sistemas de registro resultan un medio fundamental para proteger el derecho a la identidad de las personas:

El ejercicio del derecho a la identidad es indisoluble de un registro y de un sistema nacional efectivo, accesible y universal que permita proporcionar materialmente a las personas los documentos que contengan los datos relativos a su identidad, tomando en cuenta de forma particular que el derecho a la identidad es tanto un derecho en sí mismo como de un derecho que es esencial como medio para el ejercicio de otros derechos de naturaleza política, económica, social y cultural. Como consecuencia del derecho a la identidad, hay un derecho a la inscripción después del nacimiento y un deber del Estado de tomar las provisiones necesarias para este fin. El registro de nacimiento se convierte así en un instrumento primario y punto de partida para ejercer la personalidad jurídica ante el Estado y los particulares y actuar en condiciones de igualdad ante la ley¹²⁸.

Por su parte, el TEDH ha reconocido la importancia de registrar adecuadamente los datos identitarios de las personas, precisando que los Estados fallan en su obligación de proteger el derecho a la identidad cuando no permiten el registro o rectificación de datos identitarios mediante requisitos arbitrarios o carentes de razonabilidad¹²⁹. En consonancia con ello, el Comité Contra la Discriminación Racial ha enfatizado que los Estados deben “tomar las medidas necesarias para evitar las prácticas que nieguen a los no ciudadanos su identidad cultural, tales como la exigencia jurídica o *de facto* de que los no ciudadanos cambien de nombre para obtener la ciudadanía”¹³⁰.

Los pronunciamientos citados muestran que uno de los ámbitos del derecho a la identidad tiene como finalidad lograr un adecuado reconocimiento e individualización de los rasgos identitarios de las personas en sociedad. Ello resulta coherente con las posiciones desarrolladas a nivel doctrinario sobre este derecho. Al respecto, Siverino sostiene que la identidad implica “el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento (...)”¹³¹. Ello debido a que

¹²⁸ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Op. Cit*, párr. 14.4.

¹²⁹ TEDH. *Case of Ciubotaru v. Moldova*. Aplicación Nro. 27138/04. 27 de abril de 2010, párr. 59.

¹³⁰ COMITÉ CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Op. Cit*, párr. 14.

¹³¹ SIVERINO, Paula. “El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia Argentina”. *Ius Et Veritas*. Lima, Número 41. 2010, pág. 51.3

“una identidad a puertas cerradas, al igual que la libertad de pensamiento, perdería su sentido de quedar limitada al fuero íntimo”¹³².

Para lograr ello, la jurisprudencia también resulta contundente al diferenciar entre el derecho a la identidad y los sistemas de identificación nacionales que administran los Estados. A diferencia de la identidad, la identificación es “un imperativo social, como elemento de orden y control ejercido por el Estado, que toma datos de la realidad, plasma los seleccionados, y los coteja a posteriori”¹³³. Así, la identificación busca que todos los Estados puedan ejercer cierto grado de control sobre los individuos bajo su jurisdicción en aras de garantizar los principios constitucionales anteriormente citados. Pensar, por ejemplo, en cómo responder frente a casos de personas que han cometido crímenes, no cumplen sus obligaciones o reclaman ciertos derechos a favor suyo. Solo mediante un adecuado sistema de identificación se logra que los aparatos estatales puedan aplicar eficazmente las consecuencias de las normas jurídicas a las personas indicadas, asegurando la previsibilidad del sistema y la vida pacífica en sociedad.

No obstante, la identificación no se limita a cumplir la citada función estatal. Al ser un sistema público, los registros y documentos de identificación también permiten la proyección identitaria de cada persona en sociedad. Reflejan lo que ‘uno es’ en frente a los demás y a las distintas instancias gubernamentales. De esta forma, los documentos identitarios no confieren una identidad, sino que se encargan de reconocer e individualizar a una persona en sociedad conforme a sus rasgos identitarios. Mediante ello se busca no solo salvaguardar los principios de seguridad jurídica y orden público, sino también proyectar la identidad de cada persona en sociedad. Es en este punto donde se debe lograr un adecuado balance entre el imperativo social y el derecho individual.

En razón a ello, los rasgos identitarios contemplados en tal documentación no solo deben ser coherentes con la identidad de cada persona, sino que deben permitir el adecuado desenvolvimiento personal de cada persona frente al público. La negación o inadecuado reconocimiento de la identidad de las personas conlleva una individualización falsa o perjudicial de su existencia en sociedad. Implica afirmar que la identidad de uno ‘no existe’ o

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ídem*, pág. 52.

‘no es correcta’, desmereciendo el desarrollo de los rasgos identitarios alcanzados por una persona.

Por ende, la sola entrega de un documento identitario no es suficiente para proteger adecuadamente el derecho a la identidad. Un documento que no sea coherente y respetuoso de los rasgos identitarios de una persona también afecta el contenido de este derecho. En razón a ello, los Estados deben, por un lado, abstenerse de condicionar la entrega de documentos de identidad a la renuncia o pérdida de ciertas características personales y, por otra parte, permitir la modificación de los datos identitarios de las personas en tales documentos cuando no sean acordes a la identidad del solicitante, absteniéndose de exigir requisitos desproporcionados que perjudiquen a la posible persona agraviada.

2.1.2 Segunda obligación general: el derecho de toda persona a mantener y desarrollar su identidad personal

Esta segunda faceta también puede derivarse al realizar una lectura conjunta de los pronunciamientos internacionales. Así, el TEDH¹³⁴, el Comité Contra la Discriminación Racial¹³⁵ y la Corte IDH¹³⁶ han señalado que las personas tienen derecho a desarrollar y expresar su identidad cultural en sociedad. Respecto a la situación de niñxs indígenas, este último tribunal señaló lo siguiente:

La pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos.¹³⁷

¹³⁴ TEDH. *Case of Chapman v. The United Kingdom*. Aplicación 27238/95. 18 de junio de 2001, párr. 73; y *Case of S. And Marper v. The United Kingdom*. Aplicaciones 30562/04 y 30566/04. 4 de diciembre de 2008, párr. 66.

¹³⁵ COMITÉ CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General Nro. 30, relativa al derecho de los pueblos indígenas*. 22 de agosto de 1997, párrs. 3-4.

¹³⁶ CORTE IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. 2006, párr. 171; y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 169.

¹³⁷ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. 2010, párr. 263

Por su parte, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha indicado que los Estados deben adoptar medidas para que las personas puedan mantener su identidad cultural. Ello requiere, en algunos casos, adaptar los servicios de educación a fin que sean respetuosos del referido derecho:

El Comité hace hincapié en que todos los trabajadores migratorios y sus familiares, incluidos los niños, tienen derecho a que se respete su identidad cultural (...) el Comité estima que los Estados partes también deben garantizar que todos los hijos de trabajadores migratorios en situación irregular tengan acceso a recibir educación en su lengua materna si esta ya está disponible para los hijos de trabajadores migratorios en situación regular que compartan el mismo idioma.¹³⁸

Finalmente, la Corte IDH ha utilizado consideraciones similares para casos de suplantación de identidad de niños, alegando el derecho de la víctima a recuperar y mantener su identidad familiar. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, el referido tribunal argumentó que “la situación de un menor de edad cuya identidad familiar ha sido alterada ilegalmente y causada por la desaparición forzada de uno de sus padres (...) solo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad (...).”¹³⁹

Como se puede apreciar, desde el DIDH se ha esclarecido que el derecho a la identidad se configura como un principio jurídico que busca asegurar que toda persona pueda desarrollar y mantener su identidad personal. Al estar expuestos a la sociedad y la cultura, interiorizamos desde temprana edad diversas prácticas discursivas que nos constituyen como individuos, al punto de valorarlas como parte indisociable de nuestra existencia. Así, a diferencia del derecho a la libertad personal, la identidad es el resultado de distintos discursos que arraigamos desde temprano edad y que van más allá de meras preferencias. No se tratan de simples actos de libertad, sino de categorías personales que son resultado de un proceso mucho más complejo, por lo cual merecen una tutela especial y específica por parte del Estado. Ejemplo de ello son el nombre, la nacionalidad, el género, la religión, entre otros.

¹³⁸ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*. 28 de agosto de 2013, párr. 78.

¹³⁹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Op. Cit, párrs. 127 y 133. Por su parte, el TEDH también ha reconocido el derecho de toda persona a conocer su verdad biológica en casos de niños y niñas abandonados de pequeños. Cfr. TEDH. *Case of Odièvre v. France*. Aplicación 42326/98. 13 de febrero de 2003, párr. 29; y *Case of Mikulić v. Croatia*. Aplicación 53176/99. 7 de febrero de 2002, párr. 54 y 55.

Si bien los pronunciamientos citados hacen referencia a la identidad cultural y familiar, resulta coherente aplicar el mismo razonamiento para los rasgos identitarios previamente citados. En tal sentido, desde un ámbito negativo, los Estados no solo deben abstenerse de privar o alterar arbitrariamente la identidad cultural de las personas, sino de todo atributo identitario que define a una persona. Además, desde una perspectiva positiva, los Estados deben adoptar medidas para asegurar que toda persona pueda desarrollar dicha características personales, incluso evitando actuaciones arbitrarias de terceros.

2.2 El impacto del mandato de no discriminación por identidad de género en la interpretación de las obligaciones del DIDH en materia de identidad

Como indicamos en el primer capítulo, el mandato de no discriminación se encuentra reconocido mediante normas amplias de interpretación en los principales tratados de derechos humanos¹⁴⁰. La aplicación de este principio sobre las obligaciones generales de protección del DIDH permite una concretización de su contenido, generando deberes específicos y diferenciados a favor de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. Respecto al derecho a la identidad, mostraremos que la inclusión de la identidad de género como motivo prohibido ha producido un *proceso de especificación*¹⁴¹ que ha esclarecido las medidas que los Estados deben adoptar a fin de proteger de forma igualitaria dicho derecho en la población trans.

2.2.1 Cuestión previa: Diferencias entre el derecho a la identidad y la identidad de género como motivo prohibido de discriminación

Antes de entrar a la concretización de los referidos deberes, es necesario aclarar el presente punto. Como indicamos previamente, el derecho a la identidad tutela características personales como la nacionalidad, el género, la religión, la identidad de género, la orientación sexual o la condición étnica. Al mismo tiempo, tales atributos representan motivos prohibidos de discriminación, al haber sido empleados como base para perpetrar prácticas de opresión y

¹⁴⁰ Ver apartado 1.3.2 y pie de página 53.

¹⁴¹ Citando a Bobbio, el autor señala que la especificación supone “no sólo selección y matización de lo ya existente, sino aportación de nuevos elementos que enriquecen y complementan lo anterior”. Se parte de “la idea de considerar a los derechos más vinculados a las personas concretas de sus titulares”, otorgando “una protección especial para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III. 2014, págs. 180-182.

exclusión. Este evidente campo en común plantea la necesidad de realizar algunas precisiones entre el principio de no discriminación y el derecho a la identidad, en aras de evitar confusiones metodológicas en las siguientes puntos de nuestra investigación.

Para empezar, es necesario tener claro que la identidad y el principio de no discriminación son conceptos vinculados, pero independientes. Por un lado, situaciones tuteladas por el principio de no discriminación como, por ejemplo, el nivel de educación, la posición socioeconómica, la condición migratoria o las condiciones de salud¹⁴² no representan características identitarias. Por su parte, el derecho a la identidad tutela el nombre como rasgo personal de identificación de las personas, pero el mismo no representa una categoría prohibida de discriminación. Así, se puede apreciar que solo los rasgos identitarios que hayan sido utilizados como fundamento para subordinar a ciertos colectivos provocan un campo en común entre ambas categorías jurídicas. Este es el caso de la identidad de género.

Ahora bien, a pesar de encontrarse dentro de la referida zona en común, la tutela que otorga cada concepto jurídico a la identidad de género es diferente. Como parte del derecho a la identidad, los Estados tienen el deber individualizar a las personas en sociedad conforme a su identidad de género, además de garantizar que puedan mantener y desarrollar dicho rasgo identitario. Mientras que al ser un motivo prohibido de discriminación, las autoridades deben interpretar todos los derechos humanos bajo el principio de no discriminación. Ello genera que los tratos diferenciados en base a dicho rasgo identitario deban estar fundados en necesidades imperiosas y plantea la necesidad de adoptar medidas especiales de protección en favor de la población trans.

Al interpretar el derecho a la identidad conforme al principio de no discriminación por motivos de identidad de género no se cae en un razonamiento redundante o circular. Hasta antes del año 2000, las interpretaciones relativas al derecho a la identidad eran bastante reacias a tutelar la identidad de género de las personas, producto del parámetro planteado por el modelo médico. Recién a partir de su inclusión como motivo prohibido de discriminación, se acoge un modelo de reconocimiento que genera que toda interpretación relativa al derecho a la identidad deba responder a un parámetro estricto de protección de la identidad de género de las personas.

¹⁴² Art. 1.1 de la Convención Interamericana contra todas las formas de discriminación e intolerancia.

2.2.2 Interpretación especificada: Las obligaciones generales de protección del derecho a la identidad a la luz del principio de no discriminación por motivos de identidad de genero

Los Estados tienen dos obligaciones básicas¹⁴³ para la protección de los derechos humanos, de conformidad con los tratados que regulan esta materia: respetar (obligación negativa o de abstención) y garantizar (obligación positiva o de acción)¹⁴⁴. Si bien la CADH reconoce de forma separada el deber de adoptar medidas legislativas o de otra índole, entendemos el mismo como una forma de cumplir o canalizar las obligaciones de respeto y garantía¹⁴⁵. Mediante el cumplimiento de estos deberes, se busca que las estructuras de poder y acciones a nivel interno de los Estados aseguren la plena efectividad del catálogo de derechos reconocidos a nivel internacional¹⁴⁶.

Sin embargo, el cumplimiento de las citadas obligaciones no es una tarea simple. Los deberes internacionales en materia de derechos humanos son normas dirigidas a los Estados que poseen la compleja estructura de principios jurídicos. Siguiendo lo señalado por Atienza y Ruiz Manero, un principio es un tipo de norma jurídica que se caracteriza por tener un alto grado de indeterminación en el caso o supuesto en el que debe ser realizada la acción que ordena el mismo enunciado normativo¹⁴⁷. En esta línea, Rodenas agrega que no nos encontramos ante una norma que tenga un supuesto cerrado y finito de posibilidades para su realización, sino de

¹⁴³ No obstante, como indica Bregaglio, el Comité DESC y algunos sectores de la doctrina han empleado clasificaciones distintas para explicar las obligaciones generales de protección de derechos humanos de los Estados. Cfr. BREGAGLIO, Renata. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados*. Tesis para obtener el grado de magister. Lima: PUCP. 2010, pág. 41; Comité DESC. *Observación General No.12: El derecho a una alimentación adecuada*. 12 de mayo de 1999, párr 15 y *Observación General 13. El derecho a la educación*. 08 de diciembre de 1999, párr. 46.

¹⁴⁴ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana". En: *Estudios Constitucionales*, Año 10, No 2, 2012, págs. 150 – 163; COMITÉ DE DERECHOS DE HUMANOS. *Observación general nro. 31. Naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. 29 de marzo de 2004, párrs. 3 y 10 y CORTE IDH. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 92.

¹⁴⁵ Cfr. BREGAGLIO, Renata. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (...)*. Op. Cit., págs. 42; y FAUNDEZ, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3º ed. San José: IIDH, 2009, págs. 73 y 74

¹⁴⁶ Cfr. DULITZKY, Daniel. "Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos". En: MARTIN, Claudia, RODRIGUEZ PINZON, Diego y José GUEVARA (Comp). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana. 2004, pág. 80

¹⁴⁷ Cabe precisar que los autores realizan una distinción entre principios en sentido estricto y directrices. Sin embargo, para la finalidad del presente trabajo, ahondar en dicha diferenciación no resulta oportuno. Cfr. ATIENZA, Manuel y JUAN RUIZ MANERO. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel. 1996, págs. 7-11

uno completamente abierto que depende directamente del contenido del derecho en cuestión y de un razonamiento práctico para determinar su aplicabilidad a un caso concreto¹⁴⁸. Así, producto de la particular configuración jurídica de estas obligaciones internacionales, los Estados deben ejercer una especial diligencia interpretativa para determinar las conductas que deben realizar o dejar de realizar para cumplirlas.

En este contexto, el principio de no discriminación cumple un rol fundamental. Como se indicó previamente, los Estados tienen el deber de realizar una interpretación conforme al citado principio al momento de determinar las acciones proscritas por cada derecho en virtud de las obligaciones de respeto y garantía. Ello genera que toda concretización de los referidos deberes tenga que colocar especial consideración en la situación de las personas que han sido históricamente discriminadas. En el caso de las personas trans, el reconocimiento de la identidad de género como motivo prohibido genera la formulación de las siguientes normas jurídicas en relación al derecho a la identidad:

Tabla Nro. 1	
Obligación de respeto	Los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la identidad de toda persona, sin discriminación por motivos de identidad de género.
Obligación de garantía	Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la identidad de toda persona, sin discriminación por motivos de identidad de género.

Para cumplir con estas normas, no basta que los Estados adopten medidas generales para tutelar el derecho a la identidad. La particular problemática que viven las personas trans muestra que la aplicación neutral de los deberes de respeto y garantía no ha servido para transformar su situación. Por ejemplo, actualmente los sistemas de identificación de la mayoría de países asignan de forma automática un género en base a una visión estática del sexo. Si bien dicho estándar no genera problemas en la población cisgénero, el mismo provoca un inadecuado reconocimiento de los rasgos identitarios de las personas trans y, en

¹⁴⁸ Cfr. RODENAS, Angela. "Normas regulativas: Principios y Reglas". En: GONZÁLES LAGER, Daniel (Coordinador). *Conceptos básicos del Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 2015, págs. 18-19.

consecuencia, una contravención directa del contenido jurídico del derecho a la identidad que explicamos previamente.

Por ello, en aplicación del principio de no discriminación, los Estados deben cumplir deberes específicos y diferenciados de garantía a favor de las personas trans para lograr un cumplimiento adecuado de sus obligaciones internacionales relativas al derecho a la identidad. A saber, de deberes-reglas que no están destinados a tutelar a cualquier persona, sino concretamente a la población trans. En razón a ello, el objetivo central de los siguientes acápite es determinar cuáles son los citados deberes específicos y delimitar su contenido.

2.3 Las obligaciones de protección específicas para tutelar el derecho a la identidad de las personas trans

En base al contenido general del derecho a la identidad y el principio de no discriminación por motivos de identidad de género, postulamos que los Estados poseen dos obligaciones específicas para proteger el referido derecho en la población trans. Por un lado, la obligación de implementar un procedimiento específico para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans en sus documentos de identificación y, por otra parte, el deber de habilitar terapias hormonales y operaciones de afirmación de género para quienes deseen utilizarlas libremente.

2.3.1 Primera obligación bajo el principio de no discriminación: la obligación de implementar un procedimiento específico para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans en sus documentos de identificación

Al momento de su nacimiento, lxs niñxs son registrados en los sistemas identitarios conforme a su aparente sexo biológico¹⁴⁹. A pesar que esta práctica común a nivel mundial busca garantizar el derecho a la identidad de toda persona desde su nacimiento, la misma provoca una serie de situaciones discriminatorias en el caso de las personas trans. En tanto dicha población no se identifica con el género asignado al momento de su nacimiento, a lo largo de vida se ven obligados a vivir conforme a una etiqueta identitaria que no refleja su verdadera

¹⁴⁹ Como ya señalamos en el primer capítulo, el sexo biológico también representa un concepto ambiguo y culturalmente condicionado. Sin embargo, la práctica médica en el caso de personas intersexuales muestra la especial relevancia que tiene el ámbito genital al momento de atribuirle un sexo a una persona.

identidad de género. Ante este escenario, en aplicación del principio de no discriminación, los Estados se encuentran en la obligación de implementar un procedimiento específico orientado a que las personas trans puedan modificar su nombre y “sexo” (o identidad de género) en sus documentos de identificación (Ver Tabla Nro. 2)

Tabla Nro. 2	
Contenido general del derecho a la identidad	Medida para garantizar el derecho a la identidad sin discriminación por motivos de identidad de género
Toda persona tiene derecho a ser reconocido e individualizado adecuadamente mediante los sistemas de identificación.	Implementación de un procedimiento específico para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans en sus documentos de identificación.

Frente a este planteamiento, se podría contrargumentar que los registros o documentos de identificación que usan la categoría “sexo” no deben rectificarse, en tanto usan un atributo distinto a la identidad de género para individualizar a las personas. No obstante, consideramos que la aparente consistencia lógica de esta respuesta no aguanta un análisis sustantivo referido al rol que deben cumplir los sistemas de identificación en un Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

Como señalamos previamente, los registros y documentos de identificación no se limitan a cumplir una función de orden y control social, sino también de proyección personal. En ese sentido, el rasgo de género que figure dentro dicha documentación debe favorecer el desenvolvimiento de una persona en sociedad. Bajo este razonamiento, corresponde determinar si debe ser el sexo o la identidad género el atributo que identifique públicamente a un individuo.

Recordemos que, conforme a nuestro marco teórico, mientras el sexo es asignado por terceros mediante parámetros culturales; la identidad de género representa la forma íntima e individual en la que cada persona vive el género¹⁵⁰. En razón a ello, sostenemos que el segundo es el rasgo identitario adecuado para los fines de identificación personal, en tanto es una categoría menos proclive de caer en imposiciones y arbitrariedades culturales al no estar

¹⁵⁰ En concreto, ver acápite: 1.1.3.

sometida a decisiones de terceros. Con su empleo no solo se seguiría resguardando la función de control del Estado, sino que se lograría un reconocimiento y representación más coherente de la identidad de cada persona en sociedad.

Sin embargo, esta propuesta solamente será una vía adecuada para tutelar los derechos de las personas trans si no excluye a las identidades no binarias. Como explicamos en el capítulo I, distintos discursos de poder han buscado encajar la identidad de las personas en un simple binomio masculino y femenino, en aras de generar condiciones que favorezcan la reproducción humana. No obstante, la realidad nos muestra que existen identidades de género diversas que superan dicha limitación. Al ser el resultado de un proceso cultural, nada impide que existan personas que desarrollen una identidad fuera la paradigma reproductivo. Por ello, los sistemas de identificación deben incorporar alternativas para que las personas se puedan representar fuera del binomio masculino o femenino.

Esto ya ha sido resaltado por algunos pronunciamientos a nivel internacional. Por ejemplo, en sus observaciones finales al Estado de Nepal, el Comité de los Derechos del Niño felicitó que los sistemas de identificación hayan añadido una tercera categoría de género, distinta de hombre y mujer¹⁵¹. Por su parte, el ACNUR ha señalado que las leyes de identidad de género deben ser inclusivas de las identidades de género no binarias a fin de garantizar en igualdad de condiciones los derechos de la población trans¹⁵².

Ahora bien, esta propuesta nos lleva a una segunda controversia. El establecimiento de un procedimiento específico de identificación en favor de la población trans solo tiene relevancia si aceptamos que las características genéricas de las personas deben figurar en los sistemas de identificación de los Estados. Es decir, cuando entendemos como una práctica legítima que los ordenamientos jurídicos puedan identificar a las personas en base a su género. Al respecto, en los últimos años las posiciones *queer* dentro del movimiento LGTBI han planteado la necesidad de erradicar las referencias al género o al sexo de los documentos públicos para combatir la discriminación en perjuicio de la comunidad trans. Dado que el presente trabajo asume una perspectiva distinta a la citada propuesta, corresponde justificar

¹⁵¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de Nepal*. 8 de julio de 2016, párr. 41.

¹⁵² ACNUR. *Living free and equal*. Loc. Cit.; y *Written submission for the Request (...)*. Loc. Cit.

nuestra hipótesis. Para ello, es imprescindible enmarcar esta controversia dentro de los debates actuales en las teorías del reconocimiento explicadas en el primer capítulo.

En distintas investigaciones, Fraser sostiene que existen dos formas de abordar o conceptualizar las teorías de la distribución y del reconocimiento: las posiciones *afirmativas* y las *transformadoras*¹⁵³. Lejos de ser compatibles, cada de una de estas perspectivas provoca interpretaciones distintas sobre cómo responder ante escenarios de injusticia. Por un lado, las perspectivas *afirmativas* apuntan a la revalorización de los rasgos identitarios devaluados socialmente. Se entiende que las diferencias que caracterizan a ciertos grupos “son variaciones culturales benignas y preexistentes a las que un esquema interpretativo injusto ha transformado de forma maliciosa en una jerarquía de valores”¹⁵⁴. Por ende, antes que eliminar las citadas categorías identitarias, se busca reconocerlas para promover su diferenciación y revaloración.

De manera antagónica, el enfoque de reconocimiento *transformador* pretende la deconstrucción de las categorías identitarias. Bajo esta perspectiva se asume que las diferencias culturales “no existen antes de su transvaloración jerárquica, sino que su elaboración es contemporánea de la misma”¹⁵⁵. En consecuencia, en lugar de buscar la revaloración de las categorías identitarias se apunta a la deconstrucción o desestabilización del sistema subyacente que las genera.

En base a estas definiciones generales, Fraser indica que dichos enfoques han sido utilizados en el seno de los mismos colectivos que buscan su reivindicación, generando demandas diferenciadas. En el caso de la comunidad trans, la referida *teoría queer* ha empleado como base un enfoque transformador para hacer frente a las situaciones de discriminación y construir sus propuestas de reconocimiento. Al respecto, Borillo ha resumido esta posición en los siguientes términos:

“Una Teoría Queer del Derecho es una teoría de la justicia individual que integra en el universo jurídico a todas las personas sin considerarlas en función de su sexo-género-sexualidad, categorías éstas desprovistas de pertinencia jurídica. Llevada al campo jurídico, la multiplicación de géneros propuesta por Judith Butler, a través de la noción de *performativity*,

¹⁵³ FRASER, Nancy. “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era “postsocialista”. *New Left Review*. Edit. Akal, Madrid Nro. 0. 2000, págs. 123-124.

¹⁵⁴ FRASER, Nancy. “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. En FRASER Nancy y Axel HONNETH. *Op. Cit*, pág. 88.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

solo puede plasmarse en la desaparición de la categoría género en tanto identificación obligatoria de los individuos. De hecho, para que el ser humano pueda adoptar diferentes géneros en su vida privada, es necesario que el sujeto de Derecho se despoje públicamente de dicha categoría. De otro modo, sería absurdo inscribir en los documentos de identidad todas las subjetividades temporarias y pasajeras que los individuos desean darle a sus propias subjetividades (hombre, mujer, asexuado, trans, travesti, macho, *femme*, amo, esclavo...). La propuesta de Butler de desnaturalizar el género para que los individuos que practican una sexualidad alternativa pueda tener una vida plena se concretiza jurídicamente con la desaparición de la categoría en tanto que identificación pública y obligatoria de las personas físicas¹⁵⁶ (Resaltado nuestro)

De esta forma, el autor sostiene que una política de reconocimiento transformadora en el Derecho permitiría mejores condiciones de igualdad a favor de las personas trans. Considera que mediante esta estrategia se lograría la erradicación de instituciones discriminatorias (por ejemplo, el matrimonio), el abandono de tratamientos de afirmación de género forzosos como requisito para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans y el debilitamiento de tratos diferenciados por el hecho de poseer determinados órganos sexuales¹⁵⁷.

Esta postura ha sido acogida recientemente en los Principios de Yogyakarta Plus 10. En el principio número 31, el citado instrumento sostiene que toda persona tiene derecho a ser reconocida en sus documentos de identificación sin referencia al sexo, género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales¹⁵⁸. Sin embargo, si bien indica que los Estados deben apuntar a eliminar los citados rasgos de la documentación personal, sostiene que mientras en el género siga siendo utilizado como un medio de identificación se deben tomar medidas para que las personas puedan rectificar o modificar libremente los mismos conforme a su identidad¹⁵⁹.

¹⁵⁶ BORRILLO, Daniel. "Por una teoría queer del Derecho de las personas y las familias". *Direito, Estado y Sociedade*. Río de Janeiro, Número 39. 2011, pág. 32.

¹⁵⁷ Ídem, págs. 39-40.

¹⁵⁸ Cfr. Principio Número 10 de los Principios de Yogyakarta Plus 10. Texto original en inglés: "Everyone has the right to legal recognition without reference to, or requiring assignment or disclosure of, sex, gender, sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to obtain identity documents, including birth certificates, regardless of sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to change gendered information in such documents while gendered information is included in them."

¹⁵⁹ Cfr. Principio Número 10 de los Principios de Yogyakarta Plus 10. Texto original en inglés: "While sex or gender continues to be registered: i. Ensure a quick, transparent, and accessible mechanism that legally recognises and affirms each person's self-defined gender identity; ii. Make available a multiplicity of gender

A pesar que la propuesta de la *teoría queer* resulta políticamente interesante, consideramos que a nivel jurídico el enfoque afirmativo del reconocimiento resulta más pertinente. Recordemos que el DIDH busca garantizar un piso mínimo y universal de protección para todas las personas según la evolución de los contextos. En ese sentido, las obligaciones que forman parte de este cuerpo normativo no aspiran a crear máximas o límites, sino condiciones básicas para que toda persona pueda vivir dignamente.

Debido a este razonamiento, sostenemos que el enfoque afirmativo resulta más coherente con el DIDH. La identificación de la identidad de género de las personas trans no solo logra tutelar adecuadamente su derecho a la identidad, sino que resulta más adecuada con la lógica de un mínimo de protección. A diferencia del enfoque transformador, la perspectiva afirmativa no implica cambios tan radicales y fuertes a fin de lograr la universalización de las pretensiones de reconocimiento. Asimismo, la crítica planteada por Borillo sobre las afirmaciones de género forzosas es un problema que encuentra solución al momento de esclarecer la validez de los requisitos planteados por los Estados para obtener modificaciones en los registros de identificación. Como veremos en el capítulo III, el citado requerimiento resulta incompatible bajo los estándares del DIDH.

Por último, es importante mencionar que el enfoque afirmativo también permite la deconstrucción del esquema de género subyacente. Mediante el reconocimiento en los registros y documentos públicos de la identidad de género de las personas trans se rompe el esquema cisnormativo que, mediante un esquema binario, solo asume como atributo identitario válido el sexo de las personas. Como bien señala Fernández, el derecho tienen un “carácter performativo (...) cuando ejerce actos como la dación de una norma o cuando un operador declara una situación”¹⁶⁰. Cuando el Derecho establece que la identidad de género de las personas es el rasgo identitario que debe ser reconocido en los sistemas de identificación, se crea una nueva realidad que quiebra el marco cisnormativo y logra las aspiraciones de reconocimiento de la comunidad trans, dejando detrás el paradigma binario y determinista del sexo.

marker options; iii. Ensure that no eligibility criteria, such as medical or psychological interventions, a psycho-medical diagnosis, minimum or maximum age, economic status, health, marital or parental status, or any other third party opinion, shall be a prerequisite to change one's name, legal sex or gender; iv. Ensure that a person's criminal record, immigration status or other status is not used to prevent a change of name, legal sex or gender.”

¹⁶⁰ FERNANDEZ, María Soledad. Op. Cit, pág. 23.

2.3.2 Segunda obligación bajo el principio de no discriminación: la obligación de habilitar terapias hormonales y operaciones de afirmación de género en favor de las personas trans¹⁶¹

En el caso de algunas personas trans, la posibilidad de desarrollar y expresar su identidad de género está estrechamente ligada a la existencia y acceso a terapias hormonales y operaciones quirúrgicas. Si bien habrá quienes no lo requieran (pensar, por ejemplo, en las personas de género no binario) o no lo deseen, en muchas otras situaciones la existencia de estos servicios se constituye como un medio indispensable para que un sector de la comunidad trans pueda sentirse plenamente cómodo con su identidad y adecuadamente percibido en sociedad conforme a los esquemas de género. Por ello, para que toda persona pueda ejercer su derecho a la identidad sin discriminación, los Estados se encuentran en la obligación de implementar las citadas medidas dentro de sus servicios de salud.

Contenido general del derecho a la identidad	Medida para garantizar el derecho a la identidad sin discriminación por motivos de identidad de género
Toda persona tiene derecho a mantener y desarrollar su identidad personal.	Habilitación de terapias hormonales y operaciones de afirmación de género en favor de las personas trans que lo requieran.

En oposición a este razonamiento, es posible encontrar tres contraargumentos. Un primer cuestionamiento se centra en indicar que los citados servicios no pueden ser cubiertos por los sistemas de salud de los Estados al tratarse únicamente de asuntos de estética. En tanto las modificaciones corporales suelen ser usadas por las personas en base a meras preferencias, se argumenta que comprender dichas prácticas como parte del núcleo de un derecho fundamental resulta impreciso.

Sin embargo, dicha concepción no resulta acorde a los estándares planteados previamente, pues no se toma en cuenta la particular situación de las personas trans. Se han realizado diversos estudios que muestran la situación de estrés y depresión que pueden pasar las

¹⁶¹ Algunas ideas expuestas en el presente acápite fueron publicadas previamente en: LENGUA PARRA, Adrián. "De la "curación" al reconocimiento: el derecho de las personas trans a ejercer su identidad y expresión de género mediante los servicios de salud que brindan los Estados". *Themis*. Lima, Número 70. 2016, págs. 217-221.

personas trans cuando no pueden acceder a modificaciones corporales que les permitan vivir el género con el que se identifican¹⁶². Por ello, la CIDH¹⁶³ y el ACNUR¹⁶⁴ han señalado que los Estados deben asegurar la provisión de servicios de salud basados en el consentimiento informado, libres de discriminación o patologización, incluyendo procedimientos de reafirmación de género para personas trans. Los Principios de Yogyakarta también han señalado que para que las personas trans puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud, los Estados deben asegurar el acceso a tratamientos, cuidados y apoyos competentes y no discriminatorios a aquellas personas que busquen modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género¹⁶⁵.

De hecho, esta interpretación tuitiva de las identidades trans ya ha sido asumida, por ejemplo, por la Corte Constitucional de Colombia. En los procesos de tutela interpuestos por personas trans en contra de instituciones médicas por la negación de terapias hormonales, operaciones de afirmación de género o tratamientos similares, la parte demandada argumentaba que dichos procedimientos respondían únicamente a factores de estética. Frente a ello, la Corte Constitucional señaló que en el caso de las personas trans las cirugías de reafirmación de género son imprescindibles para garantizar sus derechos fundamentales a la salud e identidad, descartando la validez del argumento de la estética. Al respecto, dicho tribunal indicó lo siguiente:

En el caso de algunas mujeres trans, como la accionante, la construcción identitaria respecto del género incluye transformaciones corporales que buscan expresar el sentir personal del sujeto respecto a su propio ser. En estos casos, las modificaciones físicas no tienen un significado netamente estético, pues hacen parte esencial de una identidad de género, que recibe protección constitucional bajo los derechos fundamentales a la salud, la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la sexualidad. (...) Por lo tanto, el aumento mamario en este caso no solo tiene un carácter funcional, sino que es la forma de llevar a la

¹⁶² ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Por la salud de las personas trans. Elementos para el desarrollo de la atención integral de personas trans y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe*. 2013, pág. 116; y DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. *Informe Nro. 175. Derechos Humanos de las Personas LGTBI. Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo. 2016, págs. 175-179.

¹⁶³ CIDH. *Comunicado de Prensa No. 064/16. "Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad*. 12 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/064.asp>

¹⁶⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 54.

¹⁶⁵ Principio número 17.G de los Principios de Yogyakarta.

práctica el derecho que asiste a la accionarse de construir su propio concepto de feminidad, uno que sea incluyente de su propia experiencia vital¹⁶⁶.

Ahora bien, el razonamiento anterior nos deriva a un segundo cuestionamiento de mayor complejidad. La intervención médica en los casos referidos puede ser utilizada por algunos grupos para fomentar la “medicalización” de las identidades trans, al asumir que la necesidad de acudir a los servicios de salud responde a que dicha población sufre una patología. Con ello, se busca legitimar una visión médica basada en la “curación” de la persona trans, aplicada por mucho tiempo en el pasado.

Ante este panorama, resulta pertinente analizar el concepto de salud para realizar una interpretación conforme al principio de no discriminación por motivos de identidad de género. En base a lo establecido en el preámbulo de la Carta de la OMS, en el DIDH se ha reconocido que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades¹⁶⁷. En ese sentido, este derecho no busca asegurar que las personas se encuentren sanas, sino que todos cuenten con los medios para alcanzar un adecuado nivel de bienestar. De este modo, la concepción de salud establecida a nivel internacional no se limita a entenderla de forma negativa, reducida a la mera ausencia de enfermedades o patologías. Por el contrario, en dicho ámbito se aplica una noción de salud más amplia que apunta a salvaguardar condiciones mínimas de bienestar en favor de las personas. Pensar, por ejemplo, en el caso de las mujeres embarazadas. Su necesidad de contar con servicios especiales de salud no se debe a la presencia de enfermedades o patologías, sino a sus necesidades personales durante la etapa del embarazo.

En el caso de las personas trans, es necesario tomar en cuenta esta visión amplia de salud para lograr un adecuado entendimiento de su situación. No se trata de curar una patología, sino de asegurar que dicha población pueda alcanzar un adecuado bienestar conforme sus expectativas de vida y características individuales. En el peor de los casos, se trataría de un

¹⁶⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-771-13*. Con fecha de 07 de noviembre de 2013, párrs. 6.4. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-918-12*. Con fecha 08 de noviembre de 2012, párr. 7.2.3

¹⁶⁷ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Nro. 14. El derecho al disfrute más alto nivel posible de salud*. 2000, párr. 4 y *Observación General Nro. 22. El derecho a la salud sexual y reproductiva*. 2016, párr. 6; y CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 148 y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131.

medio para superar la situación de depresión o estrés que sufre esta población producto de los estereotipos de género y barreras construidas socialmente.

Bajo este último supuesto, la respuesta del sistema de salud no se debería solamente a la identidad de género de las personas trans, sino por la relación de esta característica con ciertas condiciones del entorno. Así, la necesidad de contar con un sistema de salud que incorpore los servicios citados no significa asumir una visión patológica de las identidades trans. La concepción amplia de salud utilizada en el DIDH permite lecturas compatibles con el principio de no discriminación por motivos de identidad de género, que deberán ser aplicadas para una adecuada comprensión de las necesidades de la población trans.

Finalmente, la reiterada mención al concepto de salud empleado nos lleva a precisar un tercer cuestionamiento: ¿el deber específico presentado se deriva de la obligación general de garantizar el derecho a la identidad o a la salud? Este problema no es exclusivo de nuestro tema de investigación, en razón del concepto amplio de salud empleado por el DIDH. Como señala Parmet, no resulta extraño que diversas críticas señalen que se está equiparando la salud con prácticamente “la totalidad de la felicidad humana”. Al no limitarse a la capacidad de realizar actividades vitales, la protección del derecho a la salud podría interpretarse como un deber de adoptar medidas para asegurar la felicidad de las personas¹⁶⁸.

Realizar un análisis minucioso sobre el concepto de salud escapa largamente a los objetivos del presente trabajo¹⁶⁹. Sin embargo, en aras de precisar el parámetro asumido desde el DIDH y responder a esta controversia, coincidimos con Cornejo en la necesidad de entender la salud como una habilidad de segundo orden que permite a las personas alcanzar un conjunto de metas vitales para una vida digna¹⁷⁰. Es decir, en casos donde una persona no sea capaz de realizar cierta acción necesaria para vivir una mínima vida decente (habilidad de primer orden), se puede afirmar que posee adecuadas condiciones de salud si cuenta con servicios que le permitan adquirir o aprender dicha acción (habilidad de segundo orden)¹⁷¹. Pensar, por

¹⁶⁸ PARMET, Wendy. *Populations, Public Health, and the Law*. Washington: Georgetown University Press. 2009, pág. 8.

¹⁶⁹ Agradezco a Leandro Cornejo Amoretti. Sus investigaciones en materia de salud y el tiempo que me otorgó para conversar sobre este punto fueron imprescindibles para lograr presentar las breves ideas del presente acápite. Para más información sobre este tema, recomiendo leer su texto.

¹⁷⁰ CORNEJO, Leandro. *Paternalismo y protección de la salud: El paternalismo en salud pública*. Tesis para optar por el título de abogado. Lima: PUCP. 2016, págs. 153-157.

¹⁷¹ Ídem.

ejemplo, cómo a pesar que un órgano del cuerpo no funcione es posible señalar que se garantiza la salud si existen programas que permitan actuar frente a estos problemas.

Consideramos que esta definición resulta compatible con el estándar internacional y permite responder con mejor sustento la interrogante planteada. Al entender la salud como una habilidad de segundo orden para obtener ciertas condiciones vitales se logra reducir su campo de acción a fin de superar la crítica que la equipara a la plena felicidad. Además, permite comprender este bien como una base indispensable para lograr ciertas condiciones básicas de bienestar. En ese sentido, la salud se constituye como un medio para el ejercicio de otros derechos fundamentales, en tanto los mismos son necesarios para alcanzar el referido umbral de vida digna.

Por ello, desde una lectura más jurídica, entendemos la salud como un derecho particularmente interdependiente e indispensable para el disfrute de los demás. En el caso de las personas trans, la existencia de servicios de terapias hormonales y operaciones de afirmación de género se constituyen como una habilidad de segundo orden para desarrollar y expresar un bien vital como la identidad. En consecuencia, si bien el disfrute efectivo de dicho derecho depende del aseguramiento de ciertas condiciones de salud, es posible derivar esta segunda obligación específica mediante una interpretación del derecho a la identidad.

2.4 Problemas relativos a la vigencia de las obligaciones específicas para proteger el derecho a la identidad de las personas trans

En el acápite anterior hemos postulado las obligaciones específicas que los Estados tienen para dar una protección igualitaria del derecho a la identidad de las personas trans. Sin embargo, dado que nuestra propuesta tiene como base un proceso complejo de especificación de carácter jurisprudencial, se pueden presentar algunos cuestionamientos relativos a la vigencia de las citadas obligaciones específicas. La presencia de etapas antagónicas en dicho proceso y la ausencia de pronunciamientos claros desde los órganos internacionales otorgan sustento a las citadas dudas.

Sostener de forma académicamente completa que existen deberes específicos requiere una adecuada argumentación respecto a la vigencia o grado de aplicabilidad de las citadas obligaciones. De lo contrario, la presente investigación caería en una mera construcción

teórica sin mayor posibilidad de ser utilizada en la práctica jurídica. En razón a ello, finalizaremos el presente capítulo dando una adecuada respuesta a las problemáticas planteadas.

2.4.1 ¿Creación o interpretación? La vigencia actual de las obligaciones específicas

Hasta la fecha de producción del presente trabajo, a nivel internacional no existe una línea jurisprudencial inequívoca que esclarezca las obligaciones concretas que tienen los Estados para tutelar el derecho a la identidad de las personas trans. Si bien recientemente la Corte IDH ha indicado en su Opinión Consultiva Número 24 que los Estados tienen el deber de asegurar procedimientos de reconocimiento y rectificación de los documentos de identificación de las personas trans¹⁷², aún no existen pronunciamiento con el mismo nivel de detalle en otros órganos y tribunales internacionales. Por el contrario, a la fecha la argumentación empleada por otros órganos internacionales es diversa, endeble e incluso contradictoria en algunos puntos. Asimismo, no existe sentencia alguna que declare que las personas trans tienen derecho a acceder a terapias hormonales y operaciones de afirmación de género en razón de su derecho a la identidad.

Por ello, un primer cuestionamiento que debemos responder apunta a la vigencia actual de las obligaciones específicas propuestas previamente. En tanto no existe una jurisprudencia clara, muchos Estados podrían argumentar que no tienen el deber de cumplir un determinado estándar y alegar, por el contrario, que poseen discrecionalidad para garantizar dicho derecho. Bajo esta lógica, los Estados solo tendrían la obligación de adoptar ciertas medidas específicas a partir del surgimiento de un pronunciamiento vinculante que concrete la forma de proceder frente a las demandas de reconocimiento de esta comunidad. Ejemplo de esta argumentación es el voto minoritario de los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada en la sentencia 06040-2015-PA/TC del Tribunal Constitucional del Perú, referida al reconocimiento del derecho a la identidad de una persona trans:

¹⁷² Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24., párrs. 85-171.

(...) se hace referencia al "derecho a la identidad de género". No obstante, no existe regulación a nivel internacional (en tratado o jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) que obligue al Estado peruano a que, en nombre del supuesto "derecho a la identidad de género", se cambie el sexo en el registro civil. La sentencia en mayoría no cita instrumento alguno sobre el particular que sea vinculante jurídicamente para el Perú.¹⁷³

Sin embargo, esta primera controversia resulta débil argumentativamente, en tanto desconoce el rol de la jurisprudencia en el ámbito internacional. Conforme al artículo 38.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la jurisprudencia es fuente auxiliar del Derecho Internacional. De acuerdo a lo señalado por Novak, esto significa que las sentencias de tribunales internacionales ayudan a verificar la existencia y precisar el alcance de las normas jurídicas internacionales, pero no crean una en sí misma¹⁷⁴.

Sin duda, la jurisprudencia establece reglas, parámetros o estándares al momento de interpretar una norma. No obstante, tales pronunciamientos no crean la obligación internacional sobre la que se están pronunciando. Por el contrario, su función es precisar y determinar el contenido de un deber preexistente e indicar si la actuación de cierto Estado incumplió o no el mismo. En la práctica contenciosa de los tribunales del DIDH, este análisis implica determinar si el Estado demandado es responsable internacionalmente por el incumplimiento de un derecho – principio recogido en un tratado sobre la materia.

Como señalamos previamente, las citadas obligaciones en el DIDH poseen una estructura de alta indeterminación en tanto no establecen con claridad los supuestos en los que se configura su incumplimiento. No obstante, la ambigüedad de estas normas no significa que los Estados no se encuentren obligados a cumplir con su contenido. El hecho que la jurisprudencia aclare las reglas bajo las cuáles debe ser acatado dicho derecho-principio no implica asumir que la obligación internacional recién se genera a partir de su emisión. La base de la responsabilidad de los Estados siempre será el derecho contemplado en un texto convencional previo a la actuación cuestionada.

¹⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Exp. 06040-2015-PA/TC. Voto Singular de los Magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada*. Con fecha de 21 de octubre de 2016, párrs 45.

¹⁷⁴ Cfr. NOVAK, Fabián. *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003, pág. 71.

De esta forma, siguiendo los conceptos empleados por Dworkin, podemos apreciar que en realidad los Estados no cuentan con discrecionalidad en sentido fuerte, sino solo débil. La falta de un pronunciamiento jurisprudencial genera que las autoridades estatales deban realizar un ejercicio más agudo de interpretación o discernimiento (discrecionalidad en sentido débil), pero no significa que se encuentren exentos de tomar en cuenta los principios contemplados en los tratados en sus actuaciones (discrecionalidad en sentido fuerte)¹⁷⁵. En consecuencia, las autoridades mantienen el deber, siguiendo a Lifante, de realizar una interpretación “constructivista” de las disposiciones jurídicas que permita el mejor desarrollo de los valores y principios del ordenamiento jurídico¹⁷⁶. De esta forma, la discrecionalidad no debe entenderse en sentido negativo, sino que es “posible interpretar la discrecionalidad de un modo más cercano a la idea de libertad positiva, remarcando no la idea de que el órgano decisor puede hacer lo que quiera, sino que es a él a quien corresponde determinar qué curso de acción emprender (concretando para ello los estándares que guían la toma de decisión). Esta manera de entender la libertad no nos reenvía a la idea de permiso, sino a la de responsabilidad”¹⁷⁷.

Por ello, la postura que afirma que los Estados poseen amplia discrecionalidad hasta que no se cuente con un pronunciamiento que los obligue a actuar de forma contraria debe tomarse con cautela. Incluso frente a escenarios de silencio jurisprudencial, la vigencia del principio de no discriminar por motivos de identidad de género obliga a los Estados a adoptar decisiones que maximicen de la mejor manera el citado principio jurídico. Si a ello sumamos la constatada situación de exclusión que viven las personas trans en el goce y ejercicio de sus derechos básicos, parece equívoco afirmar que los Estados no deben cumplir, al menos, ciertos deberes específicos en función de sus obligaciones internacionales.

Reflejo de la validez de esta lógica jurídica a nivel internacional es la sentencia del Caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia* de la Corte IDH. En dicha jurisprudencia, el tribunal interamericano analizó la situación de Luis Gonzalo Vélez Restrepo, quien fue agredido por militares mientras ejercía sus funciones como periodista. Dadas las características de los hechos, correspondía que los órganos de justicia ordinarios investigaran y determinaran la posible responsabilidad penal de los autores de la agresión. Sin embargo, el caso quedó en

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. 2015, págs. 84-88.

¹⁷⁶ Cfr. LIFANTE VIDAL, Isabel. “Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”. *Doxa*. Nro. 22. Alicante: Biblioteca virtual Manuel de Cervantes. 2014, págs. 171-193.

¹⁷⁷ LINFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Doxa*. Nro. 25. Alicante: Biblioteca virtual Manuel de Cervantes. 2005, pág. 422.

manos de la justicia militar y se resolvió no formalizar investigación penal. A juicio de los demandantes, esta situación configuró una violación del derecho a ser juzgado por un juez competente (art. 8.1 de la CADH) en perjuicio del señor Restrepo.

En sus alegatos de respuesta, el Estado colombiano argumentó que a la fecha de los acontecimientos existía incertidumbre a nivel jurisprudencial sobre las competencias de la justicia militar y el estándar del derecho al juez natural. En razón a ello, señaló que no podía ser declarado responsable internacionalmente, pues “se estaría yendo en contra del principio de irretroactividad de las obligaciones en el derecho internacional”¹⁷⁸.

En su sentencia, la Corte IDH desestimó la argumentación realizada por el Estado. Además de señalar que a la fecha de los hechos ya existía un pronunciamiento claro sobre el tema, indicó lo siguiente respecto al rol de la jurisprudencia internacional:

Al respecto, es preciso indicar que si bien la jurisprudencia constante de esta Corte es la autoridad interpretativa de las obligaciones establecidas en la Convención Americana, la obligación de no investigar y juzgar violaciones de derechos humanos a través de la jurisdicción penal militar es una garantía del debido proceso que se deriva de las obligaciones mismas contenidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana y no depende únicamente de que lo haya reafirmado este Tribunal en su jurisprudencia. La garantía de que violaciones a derechos humanos tales como la vida y la integridad personal sean investigadas por un juez competente está consagrada en la Convención Americana y no nace a partir de su aplicación e interpretación por esta Corte en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, por lo cual debe ser respetada por los Estados Parte desde el momento en que ratifican dicho tratado¹⁷⁹.
(Resaltado nuestro)

Como se puede apreciar, la Corte IDH asume la argumentación que expusimos en párrafos anteriores. La ausencia de un pronunciamiento y el alto nivel de indeterminación que presentan los principios consagrados en la CADH no es excusa para no cumplir con las normas contempladas en dicho tratado. En ese sentido, los Estados tienen la obligación de interpretar adecuadamente los tratados de derechos humanos y cumplir con los estándares

¹⁷⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 237.

¹⁷⁹ Ídem, párr. 241. También Cfr. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 444.

derivados de los derechos-principios contemplados en los mismos. De esta forma, a pesar que la reciente Opinión Consultiva de la Corte IDH solo reconoce la obligación concreta de reconocer la identidad de género de las personas trans en documentos de identificación, resulta posible argumentar que los principios inherentes a la CADH permiten derivar actualmente la presencia de dos obligaciones concretas que los Estados deben cumplir para tutelar el derecho a la identidad de la población trans.

Ahora bien, a pesar que la respuesta desde el ámbito americano al cuestionamiento presentado resulta contundente, consideraciones distintas deben realizarse respecto al sector europeo. Como es conocido, el TEDH se caracteriza por emplear en sus casos la doctrina del margen de apreciación nacional. Conforme a Carrillo Salcedo, el referido concepto pretende salvaguardar un equilibrio entre los intereses legítimos del individuo y los de la comunidad en su conjunto, dejando a juicio del Estado la forma en la que deben cumplir con el CEDH cuando no existe un consenso europeo sobre el asunto controvertido. De este modo, el margen de apreciación postula que ante casos de incertidumbre los propios Estados tienen mejor capacidad para resolver el citado problema, en tanto están más próximos a las realidades nacionales que un órgano internacional¹⁸⁰.

Producto de este parámetro, pareciera que en el ámbito europeo el grado de exigibilidad de las obligaciones internacionales del CEDH está condicionado a cierto consenso interpretativo entre los Estados parte del tratado. Bajo tales términos, las obligaciones específicas planteadas en el presente trabajo deberían contar con un suficiente grado de legitimidad en la práctica estatal para que un Estado pueda ser declarado responsable a nivel internacional por su incumplimiento. De esta manera, la crítica presentada respecto a la vigencia actual de tales deberes aparenta tener mayor asidero en el ámbito europeo.

No obstante, y a pesar de las dificultades que acarrea el margen de apreciación nacional, consideramos que el SEDH posee una tendencia en favor de la exigibilidad de estándares mínimos de protección del derecho a la identidad en favor de las personas trans. Desde hace varios años, el TEDH ha señalado que los Estados tienen un margen de deliberación reducido en casos que involucren una limitación de un aspecto importante de la existencia o identidad

¹⁸⁰ Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos. 2004, pág. 91.

de un individuo¹⁸¹. En el caso de las personas trans, esta línea jurisprudencial ha sido fundamental para lograr tutelar de forma progresiva su derecho a la identidad. Si a ello agregamos que el TEDH también ha reconocido la identidad de género como motivo prohibido de discriminación, apreciamos que incluso dentro del contexto europeo los Estados no poseen discrecionalidad en sentido fuerte.

No pretendemos negar que aún persistan controversias contemporáneas sobre este tema. Sin embargo, los debates relativos a las reglas o estándares bajo los cuáles los Estados deben llevar a cabo sus obligaciones específicas serán abordados en el capítulo III de la presente investigación. Por el momento, el presente acápite solo ha buscado mostrar que los Estados no están exentos de cumplir ciertos parámetros que derivan en el cumplimiento de deberes específicos de protección en favor del derecho a la identidad de las personas trans.

2.4.2 Problema temporal: ¿Desde cuándo resultan exigibles dichas obligaciones?

Esta controversia resulta más complicada de absolver. Como es conocido, la identidad de género no se encuentra contemplada como motivo prohibido de discriminación en el texto original de los tratados de derechos humanos. Se han requerido muchos años y diversos pronunciamientos para lograr el reconocimiento de dicha característica dentro de las categorías sospechosas del mandato de no discriminación. Dada las etapas antagónicas por las que ha pasado este proceso de especificación, uno podría cuestionarse si es posible aplicar el citado estándar desde la fecha de entrada en vigor de los tratados referidos.

Dos interpretaciones contradictorias surgen en este escenario. Por un lado, una interpretación más favorable a la seguridad jurídica llevaría a asumir que por un periodo considerable las exclusiones basadas en la identidad de género de las personas trans no configurarían un ilícito internacional para el derecho vigente de la época. Bajo esta lógica, los Estados solo podrían ser declarados responsables de discriminación por motivos de identidad de género desde el momento en que dicho estándar obtuvo un adecuado reconocimiento jurídico en el ámbito internacional.

¹⁸¹ TEDH. *Case of A.D.T. v. The United Kingdom*. Aplicación. 35765/97. 31 de julio de 2000, párr. 37; y *Case of Hämäläinen v. Finland*. Aplicación Nro. 37359/09. 16 de julio de 2002, párr.6 7

La segunda interpretación propone que los Estados deben responder por cualquier acto discriminatorio desde el momento en que ratificaron el tratado en cuestión. Este razonamiento se sustenta en que cualquier posición diferente desconocería la naturaleza de la jurisprudencia en el Derecho Internacional. Conforme a lo señalado en el acápite anterior, los pronunciamientos de tribunales internacionales no crean nuevas obligaciones sino que solo concretizan o especifican los deberes existentes. En tanto la base convencional sigue intacta, los tribunales podrían derivar el estándar desde la entrada en vigor del trato en cuestión.

Recientemente, el fondo de este debate fue abordado por la Corte IDH. En los casos *Duque vs. Colombia*¹⁸² y *Flor Freire vs. Ecuador*¹⁸³, los agentes estatales presentaron la primera interpretación. Señalaron que al momento de los hechos respectivos de los casos no existía una obligación internacional de considerar la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación. Si bien el debate propuesto se centró en la obligación de no discriminar por motivos de distintos de la identidad de género, la lógica argumentativa aplicada por las partes en el proceso resulta esencialmente similar a la controversia que buscamos explicar en el presente capítulo.

A pesar que ambos casos requerían un pronunciamiento directo, la Corte IDH solo otorgó una respuesta contundente en el caso *Flor Freire* bajo los siguientes términos:

El Estado ha alegado que para la fecha de los hechos no existía una obligación internacional de considerar a la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación. Al respecto, la Corte recuerda que las obligaciones consagradas en la Convención Americana, tal como la prohibición de discriminación, deben ser respetadas por los Estados Parte desde el momento en que ratifican dicho tratado. Las obligaciones de derechos humanos derivadas de la prohibición de discriminación y el principio de igualdad ante la ley son de cumplimiento inmediato. En particular sobre la orientación sexual, esta Corte ha señalado que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países al momento de los hechos sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. Además, la Corte resalta que contemporáneo a los hechos en el presente caso, esta forma de

¹⁸² CORTE IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Op. Cit, párrs. 143 y 144.

¹⁸³ CORTE IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 107.

discriminación estaba prohibida constitucionalmente a nivel interno. Por tanto, no hay duda que, para el momento en que sucedieron los hechos del presente caso, el Estado estaba obligado a no discriminar con base en la orientación sexual de las personas¹⁸⁴. (Resaltado nuestro).

Como se puede apreciar, la Corte IDH asumió la segunda posición expuesta respecto a la vigencia temporal de la obligación de no discriminar por motivos de orientación sexual. Para reforzar su argumentación, la Corte señaló que desde 1981 se puede apreciar la progresiva prohibición de la criminalización de actos sexuales consentidos entre adultos del mismo sexo¹⁸⁵. Los citados pronunciamientos permitirían mostrar cómo, desde los órganos internacionales, existía una tendencia por tutelar la orientación sexual de las personas en lugar de reprimirla, dando pie al reconocimiento del deber de no discriminación.

A pesar de la relevancia de este pronunciamiento, quedan dudas sobre si es posible aplicar el mismo razonamiento en relación a la obligación de no discriminación por motivos de identidad de género. En primer lugar, porque la categoría de análisis “identidad de género” y sus consecuencias recién surgieron a partir de la década de los sesenta¹⁸⁶. Como se explicó en el marco teórico, el concepto fue empleado por primera vez en el año 1963 y posteriormente se realizaron los trabajos que permitieron su legitimidad en el academia. Por ello, parece complicado exigir a los Estados el cumplimiento de una obligación basada en un concepto que al momento de la entrada en vigor de la CADH se mantenía sumamente confuso.

Sumado a ello, también se debe tomar en consideración la línea jurisprudencial prevaleciente a nivel internacional antes del caso *Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Tal y como se mostró en el marco teórico¹⁸⁷, entre el periodo de 1980 – 2000 el TEDH poseía pronunciamientos que negaban que los Estados estuviesen obligados a rectificar los documentos de identificación de las personas trans. De este modo, a diferencia del proceso de construcción del estándar referido a la protección de la orientación sexual de las personas, en la identidad de género no contamos con una tendencia favorable o un silencio jurisprudencial. Por el contrario, las sentencias mostraban una fuerte negativa de los órganos autorizados para interpretar los tratados de aceptar que existiese una obligación internacional.

¹⁸⁴ CORTE IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Op. Cit, párr. 124.

¹⁸⁵ Ídem, párr.123.

¹⁸⁶ En concreto, ver acápite 1.1.2.1.

¹⁸⁷ En concreto, ver acápite 1.3.3.1.

A pesar que la jurisprudencia no crea nuevas obligaciones, consideramos que existen razones institucionales que impiden exigir el cumplimiento de la obligación de no discriminación por motivos de identidad de género desde la entrada en vigor de los tratados referidos. Coincidimos con Atienza en que una adecuada lectura del Derecho actual implica entenderlo bajo una doble dimensión: valorativa y autoritativa. Bajo este esquema, la práctica jurídica debe buscar articular estas dos dimensiones mediante el “cumplimiento de ciertos valores, respetando lo establecido por la autoridad”¹⁸⁸. Una visión meramente valorativa o “activista” caería en el error de no tomar en cuenta los límites del Derecho¹⁸⁹, renunciando a las razones institucionales que forman parte del mismo. Es decir, de aquellas razones que derivan del propio Derecho como aparato institucional y no de sus principios valorativos¹⁹⁰.

Por ello, pueden existir supuestos en los que los principios institucionales tienen fuerza suficiente para limitar el logro de los fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar. Para el citado autor, la justificación de tal limitación se base en el siguiente razonamiento:

(...) Si consideramos que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su «maquinaria» es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficiencia de su «maquinaria». Y esto vale aun si tales cuidados implican exigencias que traen consigo una tensión con las exigencias sustantivas que el propio Derecho contiene, y esta tensión exige formas no siempre enteramente anticipables de ajuste y acomodamiento. Por lo demás, cabría decir –y concluir con ello– que si las exigencias derivadas del carácter institucional del Derecho suponen en ocasiones un obstáculo para alcanzar soluciones sustantivamente correctas, tales exigencias también maximizan la probabilidad de alcanzar tales soluciones. (...) ¹⁹¹ (Resaltado nuestro)

En el presente caso, una interpretación meramente valorativa podría perjudicar la propia estabilidad del DIDH y los fines que sus sistemas de protección buscan alcanzar. La fuerte

¹⁸⁸ ATIENZA, Manuel. “Dos versiones del constitucionalismo”. *Doxa*. Nro. 34. Alicante: Biblioteca virtual Manuel de Cervantes. 2011, pág. 82.

¹⁸⁹ ATIENZA, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”. 2013, pág. 23. Disponible en: <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf>

¹⁹⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel. “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”. *Doxa*. Nro. 24. Alicante: Biblioteca virtual Manuel de Cervantes. 2001, Pág. 28.

¹⁹¹ Ídem, pág.

tensión entre la soberanía de los Estados y la tutela de los individuos requiere una práctica articulada de las dos dimensiones del Derecho. Por ello, dadas las circunstancias que caracterizaban al periodo de 1970-2000 aproximadamente consideramos que durante los citados años no es posible exigir a los Estados el cumplimiento de la obligación de no discriminación por motivos de identidad de género. Es recién a mediados del año 2000, con la decisión del caso *Goodwin*, la promulgación de los Principios de Yogyakarta y las decisiones de los Comités de la ONU que encontramos un progresivo reconocimiento que permitiría argumentar con mayor legitimidad la exigibilidad de tal obligación internacional.

Asimismo, cabe destacar que esta interpretación no supone desnaturalizar el rol que cumple la jurisprudencia en el Derecho Internacional. Sin duda, la interpretación jurídica requiere juicios valorativos para encontrar la respuesta correcta en cada caso concreto. No obstante, tales deliberaciones no responden a una moral estática, abstracta y aislada del contexto. Por el contrario, como señala Dworkin, “los juicios morales referente a lo que está bien o está mal son complejos y resultan afectados por consideraciones que son relativas y cambiantes”¹⁹². Si bien el concepto de no discriminación está contemplado desde la entrada en vigor de los tratados, su concepción puede variar según la interpretación que otorguen los órganos competentes en cada contexto histórico¹⁹³. Lo anterior no implica una creación de una nueva obligación internacional, sino solo su especificación y adaptación.

Por ello, si bien actualmente podemos criticar y calificar como incorrecta la falta de protección de la identidad de género en decisiones pasadas, ello se debe a la evolución del conocimiento en los últimos años. A pesar que el concepto de no discriminación se ha mantenido en el tiempo, intentar atribuir responsabilidad internacional a un Estado bajo una concepción completamente ajena a las posibilidades interpretativas de la época resulta un estándar que afecta la institucionalidad del Derecho. En la Tabla Nro. 8 resumimos las ideas centrales para un adecuado abordaje y solución para este problema

Tabla Nro. 4			
Periodo	Estado del estándar	Jurisprudencia	Estado de los estudios

¹⁹² DWORKIN, Ronald. Op. Cit, pág. 220.

¹⁹³ Desde la Filosofía del Derecho se ha señalado que mientras un concepto es un término que buscar ser amplio y omnicomprensivo (por ejemplo, justicia o equidad), una concepción implica tomar una postura sobre cómo debe ser especificado cierto concepto (por ejemplo, qué situaciones podrían ser calificadas como justas o equitativas). Ver más en: DWORKIN, Ronald. Op. Cit, págs. 213-15; y CAMBELL, Toan. *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Barcelona: Gedisa. 2002, págs. 21-23.

		prevaliente	de género
1980 - 2000	Falta de exigibilidad de la obligación de no discriminación por motivos de identidad de género	Rees v. The United Kingdom (1986) y Cossey v. The United Kingdom (1990)	Concepto de "identidad de género" en proceso de legitimación
2000 - 2008	Zona gris: Posibilidad de argumentar la exigibilidad de la obligación	Christine Goodwin v. The United Kingdom, Principios de Yogyakarta y Observación General 20 del Comité DESC	Empleo constante del concepto en la literatura especializada.
2008 - En adelante	Estabilidad del estándar de no discriminación por motivos de identidad de género	Corte IDH- Atala Riffo y Niñas vs. Chile TEDH: Identoba v. Georgia	Empleo constante del concepto en la literatura especializada.

Por las razones expuestas y a modo de conclusión, consideramos que la respuesta a este segundo cuestionamiento debe ser respondida con cautela. Si bien las obligaciones presentadas en el presente capítulo pueden ser exigidas actualmente, los tribunales internacionales deben ser cuidadosos al momento de determinar la responsabilidad internacional de los Estados por prácticas a nivel interno sumamente antiguas.

CAPITULO III: PERFILANDO LAS CONDICIONES PARA UN ADECUADO CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS

Para finalizar la presente investigación esclareceremos los parámetros que se deben tomar en consideración para un adecuado cumplimiento de las obligaciones internacionales específicas desarrolladas previamente. Es claro que ningún derecho es absoluto, en tanto los mismos se encuentran sujetos a ciertas restricciones. No obstante, no es raro encontrar en algunos ordenamientos jurídicos la imposición de ciertos límites en derechos básicos que resultan irrazonables o desproporcionales. Esto ocurre actualmente dentro de la jurisdicción de muchos Estados respecto al derecho a la identidad de las personas trans. A modo de ejemplo cabe mencionar que, como señalamos en los capítulos anteriores, los pocos ordenamientos que permiten la modificación del nombre y/o género de dichas personas imponen condiciones abusivas para su obtención. Además, la falta de protocolos en los escasos sistemas de salud que realizan terapias hormonales y operaciones de afirmación de género a favor de las personas trans pueden conllevar a imponer límites estereotipados en el acceso a dichos servicios.

A fin de garantizar el derecho a la identidad de las personas trans adecuadamente, los Estados deben adoptar medidas que cumplan con los principios del Enfoque Basado en Derechos Humanos (en adelante, EBDH). Conforme a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (en adelante, OACDH) el EBDH “es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos”.¹⁹⁴ Bajo este enfoque “los planes, las políticas y los procesos de desarrollo están anclados en un sistema de derechos y de los correspondientes deberes establecidos por el derecho internacional.”¹⁹⁵

Aplicando el EBDH, las políticas destinadas a garantizar el derecho a la identidad de las personas trans deben cumplir con los siguientes principios: Igualdad y no discriminación, participación e inclusión, acceso a la información y acceso a la justicia. El primer criterio

¹⁹⁴ OACDH. *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas. 2006, pág. 15. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>

¹⁹⁵ *Ibidem*.

implica que las acciones no pueden excluir de forma arbitraria a determinados grupos de personas, a no ser que existan criterios objetivos y razones adecuadamente fundamentados. El segundo genera el deber de toda política de incluir en el diseño, implementación, ejecución y supervisión a las personas beneficiarias. El tercero establece que las medidas deben contar con mecanismos de transparencia y rendición de cuentas accesibles a toda persona. Finalmente, el cuarto genera el deber de habilitar mecanismos administrativos y jurisdiccionales para la revisión o cuestionamiento de las medidas implementadas¹⁹⁶.

Con ello presente, dividiremos este último capítulo en dos puntos. En primer lugar, analizaremos los parámetros a tomar en cuenta para un adecuado cumplimiento del deber específico de reconocimiento de la identidad de las personas trans, realizando un análisis minucioso respecto de las limitaciones que suelen colocar los Estados. En segundo lugar, examinaremos la obligación concreta de garantizar el desarrollo de la identidad de género mediante los servicios de salud de los Estados, haciendo énfasis en las condiciones que deben establecerse para lograr protección integral.

3.1 ¿Cómo los Estados deben garantizar los procedimientos de reconocimiento de identidad de género de las personas trans?

Conforme a lo explicado en el capítulo I, toda limitación basada en un motivo prohibido de discriminación debe superar un escrutinio muy estricto y basarse en necesidades imperiosas para ser válida¹⁹⁷. En el caso de la comunidad trans, existe una limitación basada en su identidad de género cuando se establecen requisitos diferenciados respecto a la población cisgénero para el adecuado reconocimiento en los registros de identificación. Por ello, la implementación de un marco normativo especial para la rectificación de datos identitarios por motivos de identidad de género, a fin de cumplir adecuadamente los deberes específicos derivados del derecho a la identidad, no puede implicar la imposición de limitaciones más severas que las establecidas para errores en la inscripción de los datos identitarios al momento del nacimiento de personas cisgénero.

¹⁹⁶ Cfr. BREGAGLIO, Renata, Renato CONSTANTINO y Carmela CHAVEZ IRIGOYEN. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: El plan nacional de derechos humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP. 2014, págs. 23-24.

¹⁹⁷ En concreto, ver acápite 1.2.1.

En casos de errores en la inscripción del nombre o sexo, las personas cisgénero generalmente pueden acudir a un procedimiento célere, eficaz y sin requisitos complejos para lograr la pronta rectificación de sus documentos identitarios. Bajo el estándar planteado por el principio de no discriminación, las mismas facilidades deben ser otorgadas a las personas trans. De existir condiciones adicionales, las mismas deben estar fundamentadas en razones de suficiente peso.

A nivel jurisdiccional, este criterio ha sido utilizado recientemente por la Corte Constitucional de Colombia al momento de analizar las limitaciones que poseen las personas trans para el reconocimiento de su identidad. En su sentencia, dicho tribunal señaló lo siguiente:

(...) no resulta razonable establecer un trato diferenciado entre personas cisgénero y transgénero que pretenden la corrección del sexo consignado en el registro civil. (...) aunque de manera coloquial suele afirmarse que las personas transgénero experimentan un “cambio de sexo”, lo que ocurre en estos casos es que existe una discrepancia entre la hetero-asignación efectuada al momento del nacimiento y consignada en el registro, y la auto definición identitaria que lleva a cabo el sujeto. En ese orden de ideas, (...) la modificación de los datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil.¹⁹⁸ (Subrayado nuestro)

En sentido similar, la Corte IDH ha indicado lo siguiente:

Con relación a los requisitos y documentación que se suele solicitar específicamente a las personas que solicitan un cambio de sus datos de identidad para que sea conforme a su identidad de género, este Tribunal es de la opinión que de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación (...), no resulta razonable establecer un trato diferenciado entre las personas cisgénero y transgénero que pretenden llevar a cabo correcciones en los registros y los documentos de identidad. En efecto, en el caso de las personas cisgénero, el sexo asignado al nacer y consignado en el registro corresponde a la identidad de género que asumen de manera autónoma a lo largo de su vida mientras que cuando se trata de las

¹⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-063. Con fecha de 13 de febrero de 2015, párr. 7.2.4.

personas trans, la asignación identitaria efectuada por terceros (generalmente sus padres) difiere de aquella que, de manera autónoma, fueron desarrollando. En ese sentido, las personas transgénero se ven sometidas a obstáculos para lograr el reconocimiento y respeto de su identidad de su género que las personas cisgénero no deben enfrentar.¹⁹⁹ (Subrayado nuestro)

De esta forma, los Estados poseen una potestad limitada en el establecimiento de requisitos para el reconocimiento de los rasgos identitarios de las personas trans en sus documentos de identificación. Debido a ello, preocupa que algunos sistemas jurídicos mantengan requisitos adicionales e irrazonables en sus procedimientos de rectificación dirigidos a la comunidad trans. Esta situación ya ha sido advertida, por ejemplo, por el Comité de Derechos Humanos²⁰⁰, el Comité CEDAW²⁰¹ y el Comité DESC²⁰² en sus observaciones finales para algunos países. En base a esta información, a continuación analizaremos las condiciones que deben garantizar los Estados al momento de reconocer la identidad de género de las personas trans en sus documentos de identificación.

3.1.1 Los Estados no pueden exigir la realización de operaciones de afirmación de género y/o terapias hormonales

Este punto ha sido materia de diversos pronunciamientos a nivel internacional. En el ámbito de la ONU, el Comité de Derechos Humanos²⁰³, el Comité CEDAW²⁰⁴, el Comité DESC²⁰⁵ y el

¹⁹⁹ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párr. 131.

²⁰⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Kazajstán*. 09 de agosto de 2016, párr. 9 y *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República de Corea*. 03 de diciembre de 2015, párr. 14.

²⁰¹ COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Georgia*. 24 de julio de 2014, párrs. 34 y 35 y *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Kirguistán*. 11 de marzo de 2015, párr. 33.

²⁰² COMITÉ DESC. *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Costa Rica*. 21 de octubre de 2016, párr. 20 y 21.

²⁰³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Serbia*. 10 de abril de 2017, párrs. 12 y 13, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Eslovaquia*. 22 de noviembre de 2016, párr. 14 y *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania*. 22 de agosto de 2013, párr. 10.

²⁰⁴ COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales para Países bajos*. 5 de febrero de 2010, párrs. 46 y 47; *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Eslovaquia*. 25 de noviembre de 2015, párrs. 36 y 37; *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Finlandia*. 10 de marzo de 2014, párrs. 28 y 29; y *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Montenegro*. 21 de Julio de 2017, párrs. 46 y 47.

Comité de los Derechos del Niño²⁰⁶ han señalado su preocupación por la existencia de leyes que obligan a las personas trans a pasar por operaciones de afirmación de género o terapias hormonales de manera previa a su reconocimiento en los documentos y registros identitarios. En ámbitos regionales, el TEDH²⁰⁷ y la Corte IDH²⁰⁸ han indicado recientemente que la referida exigencia resulta una intromisión desproporcional en los derechos de las personas trans. Además, la CIDH ha especificado que la exigencia de operaciones de reafirmación de género y/o tratamientos hormonales es “una forma de estigmatizar y patologizar” las identidades trans²⁰⁹. Finalmente, los Principios de Yogyakarta establecen con claridad que “ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género.”²¹⁰

Sin embargo, desde algunos sectores aún se mantienen discursos que defienden la legitimidad de este requisito. Dichas posiciones apelan a una concepción del sexo como un elemento netamente genital y binario del ser humano que requiere ser adaptado mediante procedimientos médicos si se pretende su reconocimiento. En tal sentido, se señala que resulta razonable exigir intervenciones médicas, ya que todas las personas trans necesariamente requieren dichos tratamientos para adaptar su cuerpo a su identidad de género. Asimismo, se suele argumentar que este requerimiento es imprescindible para garantizar los principios de seguridad jurídica y orden público, debido a los posibles riesgos que podrían generar cambios tan sencillos en los documentos identitarios en los sistemas de identificación administrados por los Estados. Examinaremos cada punto por separado para explicar argumentativamente por qué los pronunciamientos a nivel internacional aciertan en este tema.

²⁰⁵ COMITÉ DESC. *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Lituania*. 24 de junio de 2014, párr. 8.

²⁰⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la República Islámica del Irán*. 14 de marzo de 2016, párrs. 71 y 72.

²⁰⁷ TEDH. AP., *Garçon and Nicot v. France*. Aplicaciones 79885/12, 52471/13 y 52596/13. 06 de abril 2017, párrs. 116- 135.

²⁰⁸ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párrs. 145-148.

²⁰⁹ CIDH. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la solicitud de Opinión Consultiva presentada por Costa Rica*. 14 de febrero de 2017, párrs. 21 y 22. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_cidh.pdf; y *Comunicado de prensa No. 064/16. Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad*. 12 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/064.asp>

²¹⁰ Principio Nro. 3 de los Principios de Yogyakarta.

A lo largo del presente trabajo ya hemos respondido el argumento referido al sexo como característica natural y binaria. Los sistemas de identificación en un Estado Constitucional deberían tener en cuenta la identidad de género como criterio de identificación en lugar del sexo, al ser una característica más representativa de cada persona²¹¹. Sin perjuicio de ello, si se tomara el sexo como criterio de identificación, no se debería asumir una concepción determinista del mismo. Como mostramos en el marco teórico, el sexo es un concepto construido socialmente que agrupa determinadas funciones y características conforme a un paradigma cultural. En ese sentido, es posible interpretar y entender dicha categoría más allá del criterio netamente genital empleado actualmente.

La superación de la clásica concepción restrictiva del sexo se encuentra sustentada con mayor fuerza si aplicamos los principios de interpretación del DIDH. Por un lado, conforme a lo señalado por la Corte IDH, las obligaciones internacionales de derechos humanos deben interpretarse de manera *dinámica o evolutiva*. Ello implica entender que los tratados sobre esta materia son instrumentos vivos que requieren ser interpretados conforme a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales²¹². Por otra parte, el mismo tribunal ha señalado que debe aplicarse el principio *pro persona* en la resolución de controversias, a fin de aplicar siempre la interpretación más favorable al ser humano y cumplir con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos²¹³. Teniendo en cuenta que la visión clásica del sexo se basa en un discurso que no responde a los avances contemporáneos del conocimiento y que no optimiza los derechos de las personas trans, resulta imperativo a nivel jurídico superar dicha concepción empleando una concepción inclusiva de las identidades trans.

Además, el argumento referido a que toda persona trans requiere intervenir su cuerpo cae en un estereotipo de género. La afirmación se basa en una presuposición que excluye a las

²¹¹ En concreto, ver acápite 2.2.3.

²¹² Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 49; *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 246 y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 165.

²¹³ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-22/16*. *Ibidem*, párr. 42; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 372; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, Párrafo 106; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párrafo 181.

identidades trans no binarias o a aquellas personas que no necesitan pasar por una operación de afirmación de género para vivir una identidad de género diversa. Si bien existen quienes eligen acudir a cirugías de afirmación de género o terapias hormonales, la realidad nos muestra que no todas las personas trans precisan de dichas intervenciones. En consecuencia, el argumento cae en un estereotipo sobre cómo las personas trans viven y expresan su identidad, en base a determinados patrones culturales sobre la masculinidad y la feminidad.

Al tratarse de un estereotipo, el mismo no representa un argumento válido que cumpla con la razonabilidad exigida por el DIDH para avalar situaciones de tratos diferenciados por motivos de identidad de género. Si bien hasta el momento solo la Corte IDH ha tenido la oportunidad de referirse a estereotipos de género en perjuicio de mujeres en investigaciones judiciales²¹⁴ y sobre concepciones estereotipadas respecto a la idoneidad para ejercer la maternidad o paternidad en el cuidado de niños o niñas²¹⁵, consideramos perfectamente aplicable la lógica argumentativa a la situación de las personas trans.

En tercer lugar, corresponde demostrar las falencias del argumento basado en la prevalencia de los principios de seguridad jurídica y orden público. Para ello, analizaremos el conflicto de principios mediante el juicio de proporcionalidad, en tanto se trata de un mecanismo básico de argumentación jurídica dentro de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales e internacionales de derechos humanos. En ese sentido, analizaremos si el requisito en cuestión posee una finalidad legítima y cumple con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto²¹⁶.

Respecto a la finalidad de la restricción, ya hemos señalado que la medida busca tutelar los principios de seguridad jurídica y orden público. Siguiendo lo señalado por Peces Barba, “la seguridad supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse que pretende

²¹⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 200; y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párrs. 210-212.

²¹⁵ Corte IDH. *Caso Fomerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párrs. 91-100 y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Op. Cit., párr. 111.

²¹⁶ Cabe precisar que el contexto americano, el artículo 30 de la CADH también exige que toda limitación sea realizada mediante una ley previa. Dado que el requisito no presente mayor controversia en el análisis, hemos omitido hacer un examen específico sobre este punto. Para analizar más sobre este criterio, ver más en: Corte IDH. *Opinión Consultiva. OC-6/86. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales (...)”²¹⁷. Por su parte, la Corte IDH ha indicado que la seguridad jurídica es un principio implícito en la CADH que “garantiza, entre otras cosas, estabilidad en las situaciones jurídicas y es parte fundamental de la confianza que la ciudadanía tiene en la institucionalidad democrática”²¹⁸. En esta línea, ha precisado que “la seguridad jurídica se ve garantizada –entre otras cosas– en tanto exista confianza en que los derechos y libertades fundamentales de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención Americana serán respetados plenamente”²¹⁹.

Asimismo, de conformidad con los Principios de Siracusa entendemos el orden público como “el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios en que se basa dicha sociedad”²²⁰. En base a estas definiciones, consideramos que la medida cumple con un fin compatible con los principios de un Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

Siguiendo con el juicio de proporcionalidad, el requisito cumple también con el criterio de idoneidad, al ser adecuado para conseguir la finalidad explicada previamente. Al condicionar la rectificación de datos identitarios a pasar por un procedimiento de afirmación de género se optimiza la seguridad jurídica, pues se genera certeza que solo las personas trans puedan beneficiarse de dicho procedimiento. Ello, a su vez, permite una maximización del orden público al lograr que las personas no abusen de este tipo de mecanismos para evadir sus obligaciones jurídicas o eludir la justicia²²¹, consolidando un sistema de identificación sin fallas. Como se señaló en el capítulo anterior, la correcta identificación de las personas en sociedad permite mantener que el Estado ejerza un adecuado grado de orden y control bajo su jurisdicción²²².

²¹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Op. Cit., pág. 246.

²¹⁸ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párr. 118.

²¹⁹ Ídem, párr. 119.

²²⁰ Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del pacto internacional de derechos civiles y políticos. Parte I, disposición nro. 12.

²²¹ Pensar, por ejemplo, en casos de personas que buscan evitar su identificación en aras de no cumplir con obligaciones civiles (rentas, deberes alimenticios o entrega de bienes) o incluso entorpecer investigaciones penales en las que se vean involucrados.

²²² En concreto, ver acápite 2.1.1.

Ahora bien, a pesar de ser adecuada para conseguir un fin legítimo, la medida resulta manifiestamente contraria al estándar planteado por el criterio de necesidad, en tanto es posible conseguir el mismo grado de optimización del orden público y la seguridad jurídica mediante medidas menos lesivas. Antes de afectar la integridad física de las personas trans, el sistema debería tener garantías institucionales para evitar que los cambios en documentos identitarios no generen el incumplimiento de obligaciones jurídicas por las personas que lo solicitan. Ello puede conseguirse mediante un sistema de comunicación entre los aparatos estatales que tienen el deber de garantizar que toda persona cumpla con las normas jurídicas (por ejemplo, el Ministerio Público y el Poder Judicial). Como explicaremos más adelante, a pesar que no se puede hacer público que la información identitaria vigente de una persona trans no corresponde con los datos asignados al momento de su nacimiento, es posible comunicar dicha información de manera reservada a los funcionarios competentes en situaciones que puedan implicar una afectación de principios constitucionales.

Sin perjuicio que la medida resulta inválida a la luz del criterio de necesidad, tampoco se cumple con la proporcionalidad en sentido estricto. Además de restringir al derecho a la identidad, el requisito genera severas limitaciones en otros derechos humanos de las personas trans sin guardar un adecuado balance con los principios maximizados. En primer lugar, se produce una afectación en el derecho a la integridad personal, en tanto parte del contenido básico del citado derecho se centra en mantener un ámbito de decisión sobre nuestros cuerpos. Por ello, diversas fuentes a nivel internacional han establecido que toda intervención o acto médico debe contar con el consentimiento libre de las personas afectadas, salvo circunstancias de urgencia²²³. En esta línea, la Corte IDH ha enfatizado que todo consentimiento médico “debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación.”²²⁴

Cuando se condiciona la rectificación de datos identitarios de las personas trans al sometimiento de intervenciones médicas, que incluso pueden ser irreversibles, se configura

²²³ Art. 1 del Código de Núremberg, art. 7 del PIDCP, art. 9 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y arts. 5 y 6 Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Asimismo, a nivel jurisprudencial ver: CORTE IDH. *Caso I.V. vs Bolivia*. Op. Cit; y TEDH. *Caso M.A.K. y R.K. Vs. Reino Unido*. Aplicaciones Nos. 45901/05 y 40146/06. Sentencia de 23 de marzo de 2010; *Caso R.R. Vs. Polonia*. Aplicación No. 27617/04. Sentencia de 26 de mayo de 2011 y *Caso Elberte Vs. Letonia*. Aplicación No. 61243/08. Sentencia de 13 de enero de 2015.

²²⁴ CORTE IDH. Ídem, párr. 181.

una situación coercitiva en perjuicio de su derecho a la integridad física. Dadas las situaciones de estrés en las que viven debido a la falta de reconocimiento legal de su identidad de género, la decisión de pasar por las intervenciones médicas requeridas legislativamente no es tomada de forma verdaderamente libre. Por el contrario, la misma puede representar una salida desesperada en aras de lograr cierto grado de aceptación social que corre el riesgo de generar sentimientos negativos en perjuicio de la persona afectada.

Además, algunos tipos de intervenciones también pueden configurarse como afectaciones a los derechos sexuales y reproductivos²²⁵, la vida privada y la familiar. Como ha sido desarrollado por el TEDH y la Corte IDH, existe una fuerte interdependencia entre los citados derechos, dado que buscan que toda persona pueda efectivizar ciertos planes de vida respecto a su vida sexual, cuantos hijos/as una persona quiere tener y bajo qué parámetros desea fundar una familia²²⁶. Cuando las personas pasan por intervenciones médicas producto de presiones externas y que implican la pérdida de capacidades reproductivas se puede configurar una situación de esterilización no voluntaria que afecta los derechos referidos. Esta situación ha sido afirmada recientemente por la CIDH en sus observaciones sobre la opinión consultiva solicitada por Costa Rica a la Corte IDH.

Por los argumentos desarrollados, queda en evidencia que el requisito de pasar por este tipo de procedimientos médicos cae en estereotipos de género y no cumple con los estándares del DIDH para la limitación de derechos. En consecuencia, el requisito no puede ser empleado por los Estados en sus legislaciones, al vulnerar los derechos de las personas trans.

3.1.2 Los Estados no pueden exigir la presentación de un certificado médico que acredite la identidad de género trans

²²⁵ Entenderemos los derechos sexuales y reproductivos conforme a la definición empleada por el Comité DESC: “La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables.” COMITÉ DESC. *Observación General Num. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. 02 de mayo de 2016, párr. 6.

²²⁶ CORTE IDH. Ídem, párrs. 154-157; TEDH. *Case of I.G and others v. Slovakia*. Aplicación No. 15966/04. Sentencia de 29 de abril de 2013, párrs. 135 -146 y *Case of V.C. v. Slovakia*. Aplicación No. 18968/07. Sentencia de 08 de febrero de 2012, párrs. 138 – 155.

Este punto ha causado mayor polémica a nivel internacional. Si bien el ACNUR²²⁷, la CIDH²²⁸ y la Corte IDH²²⁹ han señalado que las leyes de identidad de género no deben exigir el sometimiento a evaluaciones psiquiátricas o diagnósticos médicos, el TEDH en su reciente jurisprudencia ha llegado a una conclusión diferente. En aplicación del margen de apreciación nacional, el tribunal señaló que el referido condicionamiento no vulnera los derechos de las personas trans y, en consecuencia, los Estados tienen libertad de colocarlo dentro de su legislación²³⁰. Asimismo, a nivel de Comités de la ONU, solo el Comité CEDAW ha señalado con claridad su oposición al requisito de pasar por una evaluación psiquiátrica²³¹. Con menos precisión, el Comité DESC ha indicado su preocupación por colocar requisitos que cataloguen a las personas trans como “enfermos mentales”²³².

A pesar de esta divergencia, consideramos que condicionar el reconocimiento identitario de las personas trans al sometimiento de este requisito tampoco cumple con los criterios del DIDH para la limitación de derechos. Como ha sido abordado en otros acápite, la asociación de las identidades trans con criterios psiquiátricos responde un modelo médico que históricamente ha fomentado la patologización de las personas trans, reforzando los estereotipos que mantienen a esta población en una situación de vulnerabilidad. En lugar de asumir que las identidades son diversas, se emplea una lógica cisnormativa que entiende que las personas trans constituyen una excepción que debe ser corroborada y analizada por la medicina.

Por ello, el ACNUR, la CIDH y la Corte IDH, en los pronunciamientos citados, advierten que el paradigma que sustenta este requisito genera un fuerte efecto negativo en el goce y ejercicio de los derechos de las personas trans que debe ser tomado en consideración al momento de evaluar la razonabilidad de la medida. En concreto, el último órgano mencionado ha indicado

²²⁷ ACNUR. *Living free and equal: What States Are Doing to Tackle Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People*. HR/PUB/16/3. 2016, pág. 121. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual.pdf>; y *Written submission for the Request for an Advisory Opinion submitted by the State of Costa Rica*. 18 de mayo de 2016, págs. 5 y 6. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_alto_com_naciones_unidad_ddhh.pdf

²²⁸ CIDH. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Loc. Cit.; y *Comunicado de prensa No. 064/16*. Op. Cit.

²²⁹ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párrs. 127-133.

²³⁰ TEDH. *AP., Garçon and Nicot v. France*. Op. Cit., párrs. 138-144

²³¹ COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Bélgica*. 14 de noviembre de 2014, párrs. 44 y 45.

²³² COMITÉ DESC. *Observaciones finales sobre el informe periódico de Alemania*. 12 de julio de 2011, párr. 26.

que los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos “además de tener un carácter invasivo (...), descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. Es así como ese tipo de requisitos o certificados médicos contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino”²³³.

Así, además de vulnerar el derecho a la identidad, existe una seria afectación en el derecho a la privada de esta población trans. En muchas ocasiones las entrevistas con personal psiquiátrico o psicológico acarrear largas de sesiones de preguntas y cuestionamientos donde la persona se ve expuesta a revelar aspectos íntimos de su vida sin que exista un legítimo interés en compartir dicha situación con otra persona, corriendo el riesgo de generar sensaciones de humillación en aras de lograr un adecuado reconocimiento.

Por ello, si bien la exigencia bajo análisis pretende tutelar la seguridad jurídica y el orden público, no se cumplen con los parámetros para una adecuada limitación de derechos. En consonancia con el análisis realizado en el acápite anterior, consideramos que la implementación de garantías institucionales que eviten el incumplimiento de las obligaciones jurídicas asumidas por el solicitante representa una medida menos lesiva e igualmente efectiva para la materialización de los principios citados. Además, bajo el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, la perpetuación de estereotipos y afectación a la vida privada de las personas trans no se encuentra sustentada en una necesidad imperiosa para avalar un trato diferenciado. En consecuencia, el requisito de contar con un certificado médico tampoco representa un límite válido.

3.1.3 Los Estados no deben requerir la disolución del matrimonio o la unión civil

El ACNUR²³⁴ ha señalado que los Estados deben abstenerse de colocar como requisito en su legislación que las persona trans no posean un vínculo matrimonial o conyugal previo a la rectificación de su identidad de género en sus documentos de identificación. El mismo criterio ha sido utilizado por el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales a

²³³ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párr. 130.

²³⁴ ACNUR. *Written submission for the Request (...)*. Loc. Cit.

Irlanda²³⁵ y en su reciente decisión del caso *G v. Australia*. En este último pronunciamiento, el Comité enfatizó que obligar a las personas trans a disolver sus vínculos matrimoniales vigentes al momento de solicitar la rectificación de datos identitarios implica un acto discriminatorio basado en el estado civil que incumple con su obligación de asegurar que todas las personas sean iguales ante la ley²³⁶. Por su parte, los Principios de Yogyakarta indican que “ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona.”²³⁷

Sin embargo, esta línea argumentativa no ha sido totalmente acogida por el TEDH. En el caso *Hämäläinen vs. Finlandia*, el Tribunal resolvió que condicionar la rectificación de los documentos de identificación de una persona trans a la conversión de su vínculo matrimonial en una unión civil no viola sus derechos humanos, toda vez que el margen apreciación nacional no obliga a los Estados a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Asimismo, indicó que la regulación de las uniones civiles en Finlandia no poseía diferencias sustanciales respecto a la figura del matrimonio, por lo que el requisito no generaba una clara afectación de derechos²³⁸.

En contraposición con lo decidido por el TEDH, compartimos el sentido de los primeros pronunciamientos. Consideramos que la exigencia de no contar con vínculos matrimoniales o de modificarlos al momento de solicitar la rectificación no persigue una finalidad legítima, pues la presencia de cierto estado civil no representa un riesgo a la seguridad jurídica o el interés público. El resguardo del modelo tradicional de familia bajo un estándar heteronormativo no constituye una finalidad legítima para restringir derechos humanos, al no asentarse en una necesidad imperiosa²³⁹.

²³⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Irlanda*. 19 de agosto de 2014, párr. 7.

²³⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Case of G. V. Australia*. CCPR/C/119/D/2172/2012. 28 de junio de 2017, párr. 7.14

²³⁷ Principio Nro. 3 de los Principios de Yogyakarta.

²³⁸ Cfr. TEDH. *Case of Hämäläinen vs. Finlandia*. Aplicación Nro. 37359/09. 16 de julio de 2014, párrs. 69-89.

²³⁹ Tanto la Corte IDH como el TEDH en los casos en el caso *Atala Riffo vs. Chile* y *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* han indicado que la defensa de la denominada “familia normal” responde una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no puede ser utilizado para restringir derechos. Cfr. CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Op. Cit, párr. 145; y TEDH. *Caso Salgueiro Da Silva vs. Portugal*. Aplicación Nro. 33290/96. 21 de diciembre de 1999, párrs. 34 y 35.

Además, la evolución por las que han pasado las recientes decisiones emitidas por órganos internacionales²⁴⁰ e importantes tribunales nacionales²⁴¹ muestran una clara tendencia a favor de tutelar las relaciones entre parejas del mismo sexo que eventualmente debe derivar en el establecimiento del matrimonio sin discriminación por orientación sexual ²⁴². En el pronunciamiento más importante a la fecha, la Corte IDH ha indicado con claridad que la protección que otorga CADH a las parejas del mismo género trasciende el ámbito meramente patrimonial e incluye su reconocimiento mediante la garantía del matrimonio ²⁴³. En consecuencia, lejos de representar una medida que resguarda el orden público, la restricción de derechos en base a la orientación sexual de las personas debe ser superada y no puede ser utilizada para limitar más derechos.

3.1.4 Los Estados deben reconocer sin discriminación la identidad de género de lxs niñxs y adolescentes

El Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado de Chile en sus observaciones finales que adopte medidas legislativas para reconocer la identidad de género de lxs niñxs trans²⁴⁴. En el mismo sentido, la CIDH²⁴⁵, el ACNUR²⁴⁶ y la Corte IDH²⁴⁷ han indicado que la

²⁴⁰ Cfr. TEDH. *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*. Aplicación Nro. 30141/04. 24 de junio de 2010; *Caso de Vallianatos y otros vs. Grecia*. Aplicaciones Nro. 29381/09 y 32684/09. 07 de noviembre de 2013; y *Caso de Oliari y otros vs. Italia*. Aplicaciones Nro. 18766/11 y 36030/11. 21 de julio de 2015; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto a Irlanda*. 30 de julio de 2008, párr. 8; y COMITÉ DESC. *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto a Argentina*. 14 de diciembre de 2011, párr. 5.

²⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia SU214-16*. Con fecha de 28 de abril de 2016; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case of Obergefell et al. v. Hodges Director, Ohio Department of Health, et. al.* Sentencia del 26 de junio de 2015; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL. *Sentencia sobre la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) 4227*. Sentencia del 13 de octubre de 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6684- 2005*. 01 de julio de 2012.

²⁴² Zelada y Gurmendi llegan a una conclusión similar tras realizar un análisis de las principales decisiones a nivel internacional sobre este punto. Sobre dicha base, sostienen que el reconocimiento de vínculos matrimoniales entre personas del mismo sexo no acarrea afectación alguna al orden público internacional. Cfr: ZELADA, Carlos y Alonso GURMENDI. “Entre el escudo y la pared: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos”. *Themis*. Lima, Nro. 69. 2016, págs. 257-274.

²⁴³ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párrs. 173-199.

²⁴⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*. 30 de octubre de 2015, párrs. 34 y 35

²⁴⁵ CIDH. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Op. Cit, párr. 52.

²⁴⁶ ACNUR. *Living free and equal*. Loc. Cit.

²⁴⁷ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párrs. 149-156.

tutela brindada por leyes de identidad de género debe extenderse a lxs niñxs y adolescentes (en adelante, NNA).

Los referidos pronunciamientos pueden generar desconcierto frente al clásico régimen de capacidad jurídica restrictiva hacia lxs NNA. Mediante una interpretación primordialmente paternalista del principio de interés superior del niño, la mayoría de legislaciones han establecido un parámetro prácticamente infranqueable bajo el cual solo las personas de dieciocho años o más pueden ejercer plenamente sus derechos. En el caso de los NNA trans, este estándar solo permitiría que se produzca una rectificación en sus documentos de identificación con el consentimiento de sus progenitores o personas tutoras.

Esta situación no resulta válida a luz de los estándares actuales del DIDH. La entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño inauguró un nuevo modelo que reconoce a los NNA como sujetos de derechos y no meramente como objetos de protección²⁴⁸. En ese sentido, la tutela cambió de una visión de autoridad a una perspectiva de libertad para el ejercicio de los derechos²⁴⁹. Prueba de ello, por ejemplo, es el reconocimiento que todo NNA tiene derecho a ser oído en los procesos o procedimientos que puedan afectar sus intereses²⁵⁰. Como bien ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, ello acarrea la obligación de los Estados de asegurar que todo proceso o procedimiento sea transparente, informativo, voluntario, respetuoso, pertinente, inclusivo y adaptado para lxs NNA.²⁵¹

No obstante, el estándar plantea retos más grandes. La muestra más clara del giro interpretativo inaugurado con la Convención de los Derechos Niño está graficado en el

²⁴⁸ Cfr. CAMPOS GARCÍA, Shirley. "La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia". *Revista IIDH*. San José, Vol. 51, pág. 351.

²⁴⁹ Cfr. LAINO PEREYRA, Silvia. "Autonomía progresiva de la voluntad". En: DIRECCIÓN NACIONAL DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*. Montevideo: Manosanta Desarrollo Editorial. 2012, págs. 21 y 22

²⁵⁰ Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

²⁵¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Nro. 12. El derecho del niño a ser escuchado*. 20 de julio de 2009, párr.134.

principio de autonomía progresiva de los/as NNA, establecido en el art. 5 del referido tratado²⁵². Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado lo siguiente:

El artículo 5 se basa en el concepto de "evolución de las facultades" para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor. (...) [Debido a ello] padres (y otros) tienen responsabilidad de ajustar continuamente los niveles de apoyo y orientación que ofrecen al niño. (...) Si bien un niño pequeño en general requiere más orientación que uno mayor, es importante tener en cuenta las diferencias individuales en las capacidades de niños de la misma edad y sus maneras de reaccionar en diversas situaciones. La evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión (...) ²⁵³. (Subrayado nuestro)

Se entiende que lxs NNA no adquieren la madurez necesaria para regirse autónomamente únicamente cumplidos los dieciocho años, sino que su capacidad para tomar decisiones sobre su vida se va perfeccionando con el paso del tiempo. En tanto se muestre mayor autonomía, el Derecho debe incrementar el ámbito de decisión de los NNA en los aspectos esenciales de sus vidas. De esta forma, el principio de autonomía progresiva cuestiona la legitimidad de los regímenes rígidos de capacidad jurídica y postula un estándar más flexible, siendo más realista.

Aplicando ello al caso de los NNA, si son las personas tutoras quienes solicitan la rectificación de los datos identitarios, las autoridades responsables deben habilitar mecanismos que permitan escuchar al NNA. De no contar con la autorización de las tutoras, la legislación no puede colocar una barrera absoluta que afecte el derecho a la identidad de de lxs NNA. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que

²⁵² Art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."

²⁵³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Nro. 17. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

(...) las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género (...) también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno (...), las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada.²⁵⁴

La corroboración de las condiciones citadas debe ser realizada mediante una entrevista dentro del procedimiento que cumpla con los estándares planteados por la Convención de los Derechos Niño y no mediante un proceso judicial engorroso. De conformidad con el principio de autonomía progresiva, si el NNA que solicita la rectificación posee un adecuado nivel de madurez y muestra que no se encuentra representado con los datos identitarios asignados al momento de su nacimiento, se debería reconocer su identidad de género. En consecuencia, a fin de no crear limitaciones discriminatorias basadas en la edad de las personas, creemos que toda ley de identidad de género debe permitir que los NNA puedan ser escuchados y, de mediar las condiciones de madurez necesarias, ser reconocidos como sujetos capaces de tomar decisiones sobre su vida sin perjuicio de la postura que tengan sus tutores.

3.1.5 Los Estados deben asegurar la confidencialidad de la información personal de las personas trans

La CIDH²⁵⁵ y la Corte IDH han señalado que los Estados deben asegurar la confidencialidad de los procedimientos de rectificación de nombre y/o género de las personas trans. En el mismo sentido, los Principios de Yogyakarta señalan que los Estados deben garantizar “el derecho de toda persona a decidir, en condiciones corrientes, cuándo, a quién y cómo revelar

²⁵⁴ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párr. 154.

²⁵⁵ CIDH. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Op. Cit, párr. 52.

información concerniente a su orientación sexual o identidad de género, y protegerán a todas las personas contra la divulgación arbitraria o no deseada de dicha información o contra la amenaza, por parte de otros, de divulgarla.”²⁵⁶

Este punto resulta trascendental, pues de no resguardarse las condiciones citadas los procedimientos de rectificación perderían completamente su sentido²⁵⁷. Al modificar sus datos identitarios, la referida población busca desarrollar una vida conforme a un estándar de género acorde a su identidad, sin la necesidad de revelar su condición de persona trans frente a terceros. Si esta última información fuese pública, se estaría afectando el derecho a la intimidad de la persona involucrada, exponiendo un dato sensible que puede afectar su proceso de inclusión en la categoría de género que la representa. Al respecto, la Corte IDH ha enfatizado que “la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad (...) En ese sentido, tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad”²⁵⁸.

De esta forma, la regla general debiera ser guardar la confidencialidad de dicha información y solo habilitar su comunicación de forma discreta en supuestos restringidos, cuando se encuentren de por medio la afectación de otros principios o derechos. Este es el caso, por ejemplo, de las comunicaciones que tendrían realizarse a los órganos de justicia cuando la modificación de datos identitarios puede poner en riesgo el cumplimiento de obligaciones jurídicas. Sin embargo, tal tramitación de información debiera quedar reservada a los funcionarios encargados de resolver dicha situación y solo ser empleada para verificar la identidad de la persona, sin tener que reverla mediante documentos públicos.

²⁵⁶ Principio Nro. 6. F de los Principios de Yogyakarta.

²⁵⁷ En el caso de las personas trans de género no binario, los procesos de rectificación pueden ser utilizados para visibilizar su falta de conformidad con los esquemas de género vigentes. En tal sentido, la misma modificación se constituye como una forma de exponer su identidad trans frente a terceras personas.

²⁵⁸ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párr. 135.

3.1.6 Los Estados no pueden limitar el reconocimiento de género a una sola rectificación

No hemos podido encontrar pronunciamientos a nivel internacional que analicen el criterio. No obstante, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado sobre el mismo en las sentencias T-977-12²⁵⁹ y T-1033-08²⁶⁰, en tanto su ordenamiento jurídico establecía que el cambio de nombre identitario solo puede ser solicitado una sola vez²⁶¹. Mientras la primera jurisprudencia se refiere a la segunda solicitud de una mujer trans que previamente había modificado su nombre masculino para que sea acorde a su identidad religiosa, la segunda sentencia analiza la situación de una mujer trans que quería recuperar su nombre masculino en sus documentos de identidad. En ambos pronunciamientos, la Corte declaró fundada la acción de tutela y concedió la rectificación de documentos.

Compartimos el sentido de las sentencias citadas. Existe la posibilidad que algunas personas reafirmen su identidad cisgénero luego de haberse desarrollado bajo una identidad trans, debido a una genuina identificación inicial con esta segunda categoría. Ello puede suceder incluso luego de haber optado por realizar terapias hormonales o terapias de voz. Frente a tales circunstancias, el establecimiento de una prohibición absoluta de modificar por segunda vez los datos identitarios puede ocasionar graves perjuicios y afectaciones al derecho a la identidad de personas que no han obrado de mala fe, colocándolos en la misma situación que las personas trans que no pueden rectificar sus documentos identitarios.

En aras de evitar un uso indiscriminado de los sistemas de identificación que afecte la seguridad jurídica y el orden público, se pueden colocar medidas menos gravosas como el establecimiento de un plazo de restricción para la presentación de una segunda solicitud de cambio de nombre y/o género o la colocación de un tiempo adicional en la tramitación de la petición. Ello otorgaría a los órganos estatales contar con un tiempo razonable para organizar sus bases de datos y realizar las comunicaciones que resulten necesarias con otras entidades, en aras de evitar que las personas incumplan sus obligaciones jurídicas. Por tales razones, consideramos que el establecimiento de una prohibición absoluta no resulta una limitación necesaria y proporcional.

²⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T – 977. 22 de noviembre de 2012.

²⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T – 1033. 17 de octubre de 2012.

²⁶¹ Art. 94 del Decreto 1260 de 1970 del ordenamiento jurídico colombiano.

3.1.7 Los Estados no pueden limitar el reconocimiento de datos identitarios a pruebas que acrediten la vivencia de género

Solo la CIDH se ha pronunciado en contra de este condicionamiento²⁶². No obstante, en tanto el requisito se basa en un claro estereotipo de género, consideramos que el requisito es ilegítimo. Al igual que la exigencia de someterse a una operación de afirmación de género y/o terapias hormonales, el condicionamiento parte del supuesto que existe una forma correcta o estándar sobre cómo debe ejercerse el género masculino o femenino. Se parte de una preconcepción sobre cómo las personas deben vivir y expresar su identidad de género, tomando en consideración patrones de género socialmente construidos. El condicionamiento también asume que las personas trans solo se desarrollan bajo un esquema binario, excluyendo a las personas de género no binario. En consecuencia, al sustentarse solamente en un estereotipo de género, el presente requisito no cumple con los parámetros de limitación del DIDH.

3.1.8 Los Estados no deben condicionar el reconocimiento a la ausencia de denuncias, investigaciones o antecedentes penales

Siguiendo lo señalado por la CIDH, consideramos que los Estados no pueden exigir como requisito la inexistencia de denuncias, investigaciones o antecedentes penales²⁶³. Como se ha desarrollado en los puntos anteriores, los sistemas de identificación buscan asegurar que el Estado ejerza cierto margen de control sobre su población a fin que cumplan sus obligaciones jurídicas. En tal sentido, es cierto que la presencia de antecedentes o investigaciones penales en el historial de una persona trans que solicita la rectificación de su nombre y/o género puede representar un peligro en dicha función estatal.

No obstante, la referida situación no justifica que se deniegue la modificación de los datos identitarios de las personas trans. Como en todo procedimiento o proceso, los Estados cuentan con un plazo para dar una respuesta a los peticionarios. En dicho plazo, los órganos encargados de los sistemas de identificación pueden comunicar a las fiscalías u órganos jurisdiccionales los cambios que se realizarán en los registros de identificación a fin de evitar entorpecer las investigaciones. Lo mismo en el caso de antecedentes penales u otras medidas

²⁶² CIDH. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Loc. Cit.

²⁶³ CIDH. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Loc. Cit.

que se hayan interpuesto sobre la persona solicitante. Por ello, el requisito no es necesario para resguardar principios constitucionales y representa una restricción inválida a la luz del DIDH.

3.1.9 Los Estados deben realizar reconocimiento de datos identitarios mediante procedimientos sencillos y eficaces

El Comité CEDAW ha señalado que la rectificación de la categoría género en los documentos de identificación debe realizarse mediante un procedimiento oficial, rápido, transparente y accesible²⁶⁴. La CIDH y el ACNUR han enfatizado que el proceso se debe llevar por canales administrativos²⁶⁵. Por su parte, los Principios de Yogyakarta señalan que los Estados deben asegurar que los procedimientos de rectificación de género sean “eficientes, justos y no discriminatorios” y respeten “la dignidad y privacidad de la persona concernida”²⁶⁶. Finalmente, la Corte IDH ha resumido los citados argumentos en los siguientes términos:

(...) el trámite o procedimiento tendiente al reconocimiento de la identidad de género auto-percibida de una persona consistiría en un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, y en el cual el papel del Estado y de la sociedad debe consistir meramente en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutiva de la misma. Es así como el referido procedimiento no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento. Por lo expuesto, (...) el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza.²⁶⁷

²⁶⁴ COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Kirguistán*. 11 de marzo de 2015, párr. 34.

²⁶⁵ CIDH. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Loc. Cit; y ACNUR. *Living free and equal*. Loc. Cit y *Written submission for the Request (...)*. Loc. Cit.

²⁶⁶ Principio Nro. 3.d de los Principios de Yogyakarta.

²⁶⁷ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Op. Cit, párr. 158-159.

Vemos que los pronunciamientos internacionales se inclinan hacia un procedimiento administrativo – no judicial – para las solicitudes de rectificación de personas trans. Siguiendo a Bustamante, mientras los procesos se ejercen mediante la función jurisdiccional del Estado, los procedimientos no implican la participación de un juez y solo se constituyen mediante el conjunto de normas que regulan la participación ya sea en el fuero administrativo, político o de otra índole²⁶⁸. Dado que no contempla los mismos requerimientos y garantías jurisdiccionales, los segundos tienen una naturaleza más simple y ágil para dar respuestas a demandas ciudadanas²⁶⁹.

Compartimos la postura de los pronunciamientos internacionales. Como hemos mostrado a lo largo del presente capítulo, el requisito de acudir a un proceso judicial resulta ilegítimo bajo el DIDH. Al no existir necesidad que se produzca un debate ni que la persona solicitante responda preguntas exhaustivas y acuciosas ante un tercero, no resulta imperioso que se emplee la vía jurisdiccional. Por el contrario, las características del fuero judicial pueden acarrear un obstáculo antes que un beneficio para tramitar una petición que debería resolverse de forma sencilla y ágil, requiriendo documentos simples y sin estar sujeta a la presentación de pruebas complejas. En consecuencia, generar la carga de acudir a un abogado/a o de actuar conforme a lo largos plazos que se manejan en sede judicial, entre otros ejemplos, representa una restricción desproporcional en el derecho a la identidad de las personas trans.

Finalmente, cabe precisar que los razonamientos esbozados no deben impedir que las personas puedan iniciar procesos jurisdiccionales para reclamar una posible afectación a su derecho a la identidad. Siguiendo el criterio de acceso a la justicia del EBDH, las personas trans que no vean satisfechas sus pretensiones tras realizar presentar una solicitud reconocimiento de identidad de género deben tener el derecho de acudir a órganos jurisdiccionales.

3.1.10 Conclusión: hacia un modelo de autoidentificación y despatologización

²⁶⁸ BUSTAMANTA ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: ARA editores. 2001, págs. 177-179.

²⁶⁹ Ello no quita que en los procedimientos, sobre todo de carácter sancionatorio, se deben asegurar y adaptar ciertas garantías que permitan una tramitación justa de los intereses de las personas. Cfr. CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 122 – 129.

La ley de identidad de género promulgada por Argentina en el año 2012²⁷⁰ resultó sumamente vanguardista en materia de derechos humanos, al no colocar requisitos estrictos e invasivos para que las personas trans puedan rectificar sus datos identitarios. A primera impresión, los estándares empleados en dicha legislación parecieran configurarse como una máxima de protección, difícilmente exigible a otros Estados.

No obstante, los efectos del principio de no discriminación por identidad de género en la interpretación del derecho a la identidad deriva en conclusiones distintas. Como ha quedado demostrado, las limitaciones empleadas por varios Estados en perjuicio de las personas trans no están sustentadas en necesidades imperiosas que avalen un trato diferenciado en base a un motivo prohibido. En tal sentido, lejos de constituirse como un tope, el modelo de autoidentificación y despatologización representa el piso mínimo que deben garantizar las autoridades estatales en base al DIDH. Es decir, un sistema donde el requisito esencial para el reconocimiento sea la declaración jurada de la beneficiaria y no la evaluación de terceras personas o la forma en la que el peticionario manifieste su identidad de género (Ver Tabla Nro. 3).

En gran medida, este modelo ha sido reconocido por la reciente Opinión Consultiva Número 24 de la Corte IDH. Dada su coherencia con los principios del DIDH, consideramos que este parámetro debe ser acogido por todos los órganos u organizaciones al momento de resolver casos o abordar el derecho a la identidad de las personas trans. Por su parte, los Estados deben cumplir con el mismo en todas sus políticas o prácticas dirigidas a lograr el reconocimiento de la identidad de las personas trans. Asimismo, conforme al principio de inclusión del EBDH, tales medidas deben contar con la participación de la población beneficiaria a fin que se otorgue una tutela adecuada a sus situaciones concretas.

Tabla Nro. 5	
Requisitos y/o condiciones prohibidas	Limitaciones legítimas
Realización de tratamientos médicos para el desarrollo de la identidad de género.	Entrega de una declaración jurada que acredite la identidad de género de la persona.
Presentación de un certificado médico que acredite la condición de persona trans.	Limitaciones temporales para volver a rectificar los documentos identitarios.
Exigir la disolución de vínculos conyugales previos al reconocimiento.	Comunicación a otros órganos estatales sobre el cambio de datos identitarios de una persona.

²⁷⁰ Ley No. 26743, aprobada en mayo de 2012.

Limitar de forma absoluta la modificación de datos identitarios de NNA.	Realización de entrevistas en el caso de NNA, a fin de analizar su situación específica.
Ser una persona de género binario.	Solicitar información sobre procesos penales o judiciales a fin de informar a los órganos competentes sobre el cambio de datos identitarios.
Limitar el reconocimiento a una sola modificación.	Ninguna.
Pruebas que acrediten la vivencia de la identidad de género.	Ninguna.
Ausencia de denuncias o investigaciones previas al reconocimiento.	Ninguna.
Publicitar los cambios realizados en los documentos de identificación.	Ninguna.
Condicionar el reconocimiento a un proceso judicial.	Ninguna.

3.2 ¿Cómo los Estados deben garantizar las terapias hormonales y operaciones de afirmación de género en favor de las personas trans?

El Comité DESC, en su Observación General Número. 14, ha señalado que los Estados deben garantizar cuatro elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad²⁷¹. Conforme a estos parámetros, y los principios del EBDH, toda política de salud destinada a tutelar a las personas trans debe ser interpretada a partir del principio de no discriminación por identidad de género, a fin garantizar una tutela adecuada de sus derechos. Dado que el presente trabajo está enfocado en los servicios de salud necesarios para el desarrollo de la identidad de las personas trans, nuestro análisis aplicará los referidos criterios a las operaciones de afirmación de género y/o terapias hormonales.

3.2.1 Los Estados deben asegurar la disponibilidad de los servicios

El criterio de disponibilidad busca asegurar que los Estados cuenten con un número suficiente de establecimientos y recursos humanos para atender las necesidades de salud de toda la población²⁷². En el caso de las terapias de desarrollo de la identidad de género, la obligación está ligada a la propia existencia de dichos tratamientos dentro de los sistemas de salud. Para

²⁷¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Nro. 14*. Op. Cit., párr. 12.

²⁷² Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Op. Cit., párr. 12.

lograr ello, es imprescindible que los Estados adopten medidas concretas de formación e implementación para garantizar la disponibilidad de programas, condiciones materiales y personal de salud capacitado que permitan el otorgamiento de estos servicios.

Cabe destacar que la falta de disponibilidad de las operaciones de afirmación de género o terapias hormonales en muchos casos puede generar que las personas trans deban ir a otros países para realizar estos procedimientos. De esta forma, además de afectar su derecho a la identidad, la ausencia de dichos tratamientos también genera situaciones de discriminación en perjuicio de las personas trans que se encuentran en situación de pobreza y que no tienen los medios para realizar los referidos viajes²⁷³.

3.2.2 Los Estados deben asegurar la accesibilidad de los servicios

De conformidad con el Comité DESC, los servicios y establecimientos de salud deben ser accesibles para todas las personas en función de cuatro dimensiones: accesibilidad económica, no discriminación, accesibilidad física y acceso a la información²⁷⁴. Analizaremos cada uno de estos aspectos por separado.

3.2.2.1 Accesibilidad económica: Cobertura en los sistemas de seguro de salud

El presente criterio apunta a que los costos del sistema de salud no generen una barrera infranqueable en perjuicio de quienes requieren acceder al mismo. Si bien no está prohibido cobrar por la atención en salud, los Estados deben asegurar que sus servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluyendo a las personas en situación de pobreza²⁷⁵. Entre las medidas que deben adoptarse para conseguir tales resultados es imprescindible contar con un adecuado sistema de seguridad social.

Al respecto, el Comité DESC ha señalado que el derecho a la seguridad social implica la posibilidad de obtener y mantener prestaciones sociales a fin de obtener protección, entre otros supuestos, respecto a gastos excesivos de atención de salud, ya sea mediante planes

²⁷³ LENGUA PARRA, Adrián. Op. Cit., pág. 220.

²⁷⁴ Cfr. *Ibidem*.

²⁷⁵ Cfr. *Ibidem*.

contributivos o no contributivos²⁷⁶. En ese sentido, ha enfatizado que incluso cuando el sistema de salud prevea planes de seguridad social privados o mixtos, los mismos deben ajustarse al principio de no discriminación y no mermar contenido básico del derecho que están regulando²⁷⁷.

A pesar de ello, las personas trans continúan enfrentando situaciones de discriminación en este rubro. El Comité CEDAW, en sus observaciones finales a distintos países, ha criticado las barreras en el acceso a seguros de salud y la falta de reembolso que padecen las personas trans respecto a las operaciones de afirmación de género²⁷⁸. Como se señaló en el capítulo anterior, en muchas ocasiones esta falta de inclusión se debe a que las citadas operaciones y las terapias hormonales son consideradas como meras cuestiones de estética.²⁷⁹

En aras de cumplir con el criterio de accesibilidad económica, los Estados deben garantizar que los seguros de salud contributivos, sean público o privados, no excluyan los tratamientos médicos que permiten el desarrollo de la identidad de género de las personas trans de manera arbitraria. Conforme a las contribuciones y primas acordadas con la entidad o empresa aseguradora, las personas deben poder acceder a tales servicios bajo la cobertura de sus respectivos seguros. Además, los Estados también deben garantizar la incorporación progresiva de programas no contributivos que permitan atender las necesidades de las personas trans en situación de pobreza.

3.2.2.2 Acceso a la información: Conocimiento de alternativas

El presente criterio tiene por finalidad asegurar que las personas puedan solicitar, recibir y difundir información respecto a cuestiones de salud²⁸⁰. En el caso específico de un tratamiento, implica el derecho de toda persona a tener la información completa y adecuada antes de someterse al mismo. La Corte IDH, tras analizar distintos instrumentos

²⁷⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *El derecho a la seguridad social*. 23 de noviembre de 2007, párrs. 2-5.

²⁷⁷ Ídem, párr. 11.

²⁷⁸ COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Alemania*. 09 de marzo de 2017, párrs. 45 y 46; y *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer respecto a Países Bajos*. Loc. Cit.

²⁷⁹ En concreto, ver en el acápite 2.3.2.1.

²⁸⁰ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Nro. 14*. Loc. Cit.

internacionales, ha indicado que los prestadores de salud deben informar a los pacientes bajo los siguientes términos:

El consentimiento pleno sólo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente. La Corte considera, luego de haber llevado a cabo un análisis de diversas fuentes, que los prestadores de salud deberán informar al menos, sobre: i) la evaluación de diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento.²⁸¹

En el caso de las terapias de afirmación de género de personas trans, el conocimiento de todas las alternativas médicas posibles, sus características y consecuencias resulta fundamental. Como señala la Asociación Mundial para la Salud Transgénero, no todas las personas trans requieren terapias hormonales o cirugías de afirmación de género²⁸². Algunas solo necesitan una de esas opciones y bajo distinto grado de aplicación, o quizás ninguna. En razón a ello, la citada organización y también la Organización Panamericana de la Salud señalan que los profesionales de salud deben ofrecer una gama de posibilidades de tratamiento, que incluyen psicoterapias, terapias de voz, administración de hormonas y operaciones quirúrgicas²⁸³.

Para cumplir adecuadamente con el criterio de accesibilidad informativa, los Estados deben garantizar que los profesionales de salud informen sobre cada uno de dichos tratamientos y realizar recomendaciones en base a un diagnóstico del paciente. Asimismo, es imprescindible que la persona conozca las posibles consecuencias de los tratamientos, dada la magnitud de algunos de ellos²⁸⁴.

²⁸¹ CORTE IDH. *Caso I.V. vs Bolivia*. Op. Cit., párr. 189.

²⁸² Cfr. ASOCIACIÓN MUNDIAL PARA LA SALUD TRANSGENERO. *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*. 7ma edición. 2012, págs. 9 y 10.

²⁸³ Cfr. Ídem, págs. 24-74; y ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Por la salud de las personas trans*. Op. Cit, págs. 114- 137.

²⁸⁴ Por ejemplo, la administración de hormonas (según el grado y la vía en la que sean administradas) y las terapias hormonales pueden tener como resultado que el paciente pierda su capacidad reproductiva a corto o mediano plazo.

3.2.2.3 Accesibilidad sin discriminación: evitar situaciones de discriminación múltiple o interseccional

En virtud de este criterio, las personas no pueden verse impedidas de acceder a los servicios médicos en base a un motivo prohibido de discriminación. Por el contrario, los Estados deben garantizar que la población en mayor situación de vulnerabilidad pueda atenderse en su sistema de salud²⁸⁵.

En el caso de las personas trans, además de evitar posibles actos de discriminación por motivos de identidad de género, se deben tomar acciones respecto a situaciones de discriminación múltiple o interseccional. Ello implica la prohibición de impedir el acceso a tratamientos médicos de las personas trans con discapacidad, trans femeninas, integrantes de pueblos indígenas o NNA, entre otros. Al respecto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado, por ejemplo, que los Estados deben adoptar medidas especiales para que las personas trans con discapacidad puedan acceder al conjunto integral de servicios médicos de afirmación de género²⁸⁶.

Además, este criterio adopta especial relevancia frente a lxs NNA trans. Conforme a lo señalado por la Asociación Mundial para la Salud Transgénero, las sensaciones de disconformidad con el género asignado que se manifiestan en la infancia no necesariamente se mantienen en la edad adulta. Un gran número de personas posteriormente llegan a la realización de que se identifican como homosexuales, bisexuales u otras categorías asociadas a su orientación sexual. Por el contrario, la mayoría de los casos de disconformidad durante la adolescencia mantiene esta sensación hasta la adultez²⁸⁷.

Ante esta situación, el acceso a tratamientos que puedan ocasionar efectos irreversibles no debe ser utilizado como regla general en niños y niñas, incluso si fuese solicitado por sus tutores. Dado que las prácticas de afirmación de género pueden ser irreversibles (a diferencia de la rectificación de datos en los documentos de identidad), se deben utilizar medidas de psicoterapia que guíen y orienten al paciente en su proceso de formación identitaria y se

²⁸⁵ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Nro. 14*. Loc. Cit.

²⁸⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Canadá*. 08 de mayo de 2017, párr. 46.

²⁸⁷ Cfr. ASOCIACIÓN MUNDIAL PARA LA SALUD TRANSGENERO. *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*. Op. Cit, págs. 12 y 13.

concentren en aliviarlo de posibles situaciones de depresión o estrés. Solo en casos excepcionales, que cuenten con un diagnóstico médico contundente que muestre la necesidad de un tratamiento y se cumpla con un consentimiento acorde a la autonomía progresiva del NNA, se podría habilitar un tratamiento de terapia hormonal como primera medida. En caso no contar con el consentimiento de sus tutoras, la situación deberá ser resuelta en sede judicial²⁸⁸. Finalmente, respecto a los/as adolescentes, es posible brindar un acceso menos restringido a tratamientos más invasivos, siempre que exista un alto grado de autonomía y un diagnóstico médico que lo recomiende.

3.2.2.4 Accesibilidad física: Adecuada distribución de los tratamientos en establecimientos médicos

Los servicios y establecimientos de salud deben estar al alcance geográfico de todas las personas, particularmente de aquellas en situación de vulnerabilidad²⁸⁹. En el caso de los tratamientos que permiten el desarrollo de la identidad de género de personas trans, los mismos deben encontrarse distribuidos en distintos establecimientos de salud dentro del territorio de un Estado a fin de asegurar que todas las personas puedan acceder a los mismos.

Para determinar la cobertura de los establecimientos en los que se puede otorgar cada tipo de tratamiento, se deberá tomar en cuenta su grado de complejidad. Conforme al Comité DESC, las publicaciones y prácticas especializadas señalan tres niveles de atención en salud: atención primaria²⁹⁰, secundaria²⁹¹ y terciaria²⁹². Con previa participación de un médico

²⁸⁸ A criterios similares llegan Kemelmajer, Herrera, Lamm y Fernández al elaborar un cuadro sobre cómo afrontar los posibles actos que involucren a NNA en base al principio de autonomía progresiva. Cfr. KEMELMAJER DA CARLUCCI, Aída, Marisa HERRERA, Eleonora LAMM y Silvia E. Fernández. *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. 18 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-nv12411-2015-08-18/123456789-0abc-114-21ti-lpssedadevon>

²⁸⁹ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Nro. 14*. Loc. Cit.

²⁹⁰ “(...) versa esencialmente sobre las enfermedades comunes y relativamente leves y es prestada por los profesionales de la salud y/o los médicos generalmente capacitados que prestan servicios dentro de la comunidad a un precio relativamente bajo”. Ídem, pie de página 9 y Cfr. Declaración de Alma – Ata de 1978.

²⁹¹ “(...) se relaciona esencialmente con enfermedades leves o enfermedades graves relativamente comunes que no se pueden tratar en el plano comunitario y requieren la intervención de profesionales de la salud y médicos especialmente capacitados, equipo especial y, en ocasiones, atenciones hospitalarias de los pacientes a un costo relativamente más alto”. Íbidem.

²⁹² “(...) dispensada en unos pocos centros, (...) se ocupa esencialmente de un número reducido de enfermedades leves o graves que requieren la intervención de profesionales y médicos especialmente capacitados, así como equipo especial, y es con frecuencia relativamente cara”. Íbidem.

especialista, en la primera categoría se recomienda realizar la gestión de las terapias hormonales, ya que es un tratamiento que requiere cierta continuidad y que puede ser realizado por enfermeras y asistentes médicos²⁹³. Asimismo, se aconseja que en el mismo nivel se puedan realizar las terapias simples y evaluaciones de prevención de manera posterior a cualquier tratamiento de desarrollo identitario que realice una persona trans. Por último, las operaciones de afirmación de género deberán ser administradas en la tercera categoría, al requerir personal especialmente capacitado.

3.2.3 Los Estados deben asegurar la aceptabilidad de los servicios

El criterio de aceptabilidad apunta a que los servicios de salud se adapten a las particularidades de cada paciente. Vale decir, que todas las personas en situación de vulnerabilidad vean sus necesidades adecuadamente atendidas, a través de políticas y tratamientos conscientes de las variables de género, edad, religión o cultura de cada paciente²⁹⁴.

En el caso de tratamientos para el desarrollo de la identidad de género, es necesario tomar en cuenta las características de cada persona trans. Por ejemplo, el Comité CEDAW ha enfatizado la necesidad de tomar en consideración las particularidades de las mujeres trans, dada su forma de sentir y vivir el género femenino²⁹⁵. Asimismo, el Comité de Personas con Discapacidad ha señalado que se debe respetar el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad para la operación de afirmación de género²⁹⁶. Ello implica, además, reconocer su capacidad jurídica y evitar el uso de figuras jurídicas que responden al modelo de sustitución de la voluntad al momento de realizar estos tratamientos²⁹⁷. Finalmente, el TEDH ha indicado que la imposición de plazos fijos o absolutos previos a la realización de una operación de afirmación de género sin tomar en consideración las características

²⁹³ Cfr. ASOCIACIÓN MUNDIAL PARA LA SALUD TRANSGENERO. *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*. Op. Cit, págs. 47 y 48; y ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Por la salud de las personas trans*. Op. Cit, págs. 120-122.

²⁹⁴ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Nro. 14*. Loc. Cit.

²⁹⁵ Cfr. COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de Mongolia*. 10 de marzo de 2016, párr. 28.

²⁹⁶ Si bien el Comité se refiere a casos de personas intersex, consideramos que las mismas consideraciones deben realizarse respecto a las personas trans. Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Uruguay*. 31 de agosto de 2016, párrs. 43 y 44.

²⁹⁷ Cfr. CONSTANTINO, Renato. *Rampas, camillas, pastillas y más: barreras en el ejercicio del derecho a la salud de personas con discapacidad*. Lima: Paz y Esperanza. 2015, págs. 21-22 y 33-35.

personales de cada paciente (por ejemplo, la situación de personas adultas mayores) genera una afectación de derechos²⁹⁸.

Dada la variedad de condiciones que presentan las personas trans, para cumplir con el criterio de aceptabilidad es necesario contar con protocolos de atención para este tipo de prácticas tomen en consideración las particularidades de cada paciente. Estos documentos deben brindar lineamientos respecto a la manera de realizar el diagnóstico, su comunicación, la realización del consentimiento informado, el desarrollo del tratamiento y su seguimiento.

3.2.4 Los Estados deben asegurar la calidad de los servicios

Finalmente, además de ser aceptables culturalmente, los servicios de salud deben ser “apropiados desde el punto de visto científico y médico”²⁹⁹. En razón a ello, las prácticas del personal de salud, los medicamentos y las condiciones hospitalarias deben ser adecuadas conforme a los avances de la ciencia y tomando en consideración los lineamientos de la bioética.

Cuando los tratamientos de afirmación de género son realizados bajo condiciones que atentan contra la integridad de los/as pacientes o limitan su privacidad de manera innecesaria, se incumple con el criterio de calidad. Esto ocurre en algunos países con los condicionamientos que se generan en perjuicio de las personas trans que acceden a dichos servicios. Por ejemplo, el Comité CEDAW ha criticado que los centros de salud de Alemania exijan el informe de más de un experto de salud y un periodo de 12 a 18 meses de psicoterapia, antes de realizar tratamientos hormonales o una operación de afirmación de género³⁰⁰. Si bien la realización de un diagnóstico siempre es necesaria, la exigencia de un número mínimo de psicoterapias desnaturaliza su fin y no promueven una mejor estado de salud a favor del paciente³⁰¹. Por su parte, el Comité de DDHH ha mostrado su preocupación por la existencia

²⁹⁸ TEDH. *Case of Schlumpf v. Switzerland*. Application no. 29002/06. 05 de junio de 2009, párrs. 111-115.

²⁹⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Nro. 14*. Loc. Cit.

³⁰⁰ COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Alemania*. 09 de marzo de 2017. Loc. Cit.

³⁰¹ Cfr. ASOCIACIÓN MUNDIAL PARA LA SALUD TRANSGENERO. *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*. Op. Cit, págs. 33 y 36.

de normas en Ucrania que condicionan los citados tratamientos al internamiento obligatorio en instituciones psiquiátricas³⁰².

Los Estados deben contar con establecimientos y equipos de salud para realizar toda terapia de afirmación de género en condiciones de salubridad y conforme a los estándares médicos. Asimismo, tales tratamientos no pueden estar condicionados a la realización de prácticas innecesarias que limitan los derechos de las personas.

3.2.5 Conclusiones: de la curación al reconocimiento

Las condiciones desarrolladas previamente constituyen un mínimo exigible a todo Estado en aras de garantizar el derecho a la salud e identidad de las personas trans. Por ello, y conforme al principio de acceso a la justicia del EBDH, las personas trans deben tener el derecho a contar con un recurso jurisdiccional para reclamar la ausencia o incumplimiento de los referidos parámetros por parte de los Estados. En la tabla Nro. 4 dejamos un resumen de los criterios empleados en esta última sección de nuestra investigación.

Criterios		Tabla Nro. 6
		Aplicación
Disponibilidad		Contar con recursos humanos y materiales para que las personas trans pueda realizar los tratamientos de desarrollo de identidad de género en el sistema de salud del Estado.
Accesibilidad	Económica	Inclusión de los tratamientos de desarrollo de identidad de género en los seguros de salud públicos y privados
	Física	Distribución adecuada de los tratamientos de desarrollo de identidad de género en los establecimientos de salud, conforme a su grado de complejidad.
	No discriminación	Garantizar el acceso a los tratamientos de desarrollo de identidad de género sin discriminación por motivos de discriminación distintos a la identidad de género.
		Se debe informar a los pacientes de los tratamientos de

³⁰² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania*. 22 de agosto de 2013, párrs. 10 y 11.

	Comunicaciones	desarrollo de identidad de género el diagnóstico, las alternativas de tratamiento y sus consecuencias.
	Aceptabilidad	Se deben contar con protocolos que tomen en consideración las necesidades particulares de cada persona trans.
	Calidad	Los tratamientos se deben otorgar en condiciones de salubridad, conforme a los estándar médicos y no pueden implicar prácticas innecesarias que afecten los derechos de las pacientes



CONCLUSIONES

1. El entendimiento de las identidades trans ha pasado por dos modelos de comprensión: un modelo médico y un modelo de reconocimiento. El primer modelo utiliza una concepción de sexo estática, binaria y esencialista para concluir que las personas trans poseen una enfermedad que debe ser curada. En razón a ello, la medicalización de esta población se propone como la solución para superar su situación de exclusión. En contraste con este paradigma, el segundo modelo utiliza una concepción constructivista que rompe el esquema binario del sexo. Se entiende que las identidades trans son una expresión de la diversidad humana que han sufrido las consecuencias de un discurso que busca limitar todas aquellas expresiones que no promueven la reproducción humana. Por ello, la respuesta hacia el contexto de opresión que padecen las personas trans se orienta a la eliminación de las barreras que impiden su libre desarrollo en sociedad, mediante la revaloración de sus identidades y la transformación de los discursos que niegan sus derechos.
2. Actualmente el DIDH ha acogido el modelo de reconocimiento para tutelar los derechos de la población trans. La inclusión de la identidad de género como motivo prohibido de discriminación, tras un largo proceso de especificación jurisprudencial, ha generado que los Estados tengan el deber de adoptar medidas positivas para tutelar los derechos de la población trans. Asimismo, bajo el mismo estándar, todo trato diferenciado o desigual en perjuicio de las personas trans debe superar un escrutinio estricto y basarse en razones imperiosas para ser válido.
3. A pesar de no estar contemplado explícitamente en los tratados, el DIDH ha reconocido a la identidad como un derecho autónomo. Por medio de la jurisprudencia de tribunales internacionales y las decisiones de los Comités de Naciones Unidas se ha establecido que el derecho a la identidad tutela que toda persona sea reconocida e individualizada adecuadamente mediante los sistemas de identificación de los Estados. Además, dicho derecho busca garantizar que toda persona pueda mantener y desarrollar sus rasgos identitarios en sociedad.
4. La interpretación del derecho a la identidad conforme al principio de no discriminación por motivos de identidad de género ha esclarecido los deberes específicos que deben

adoptar los Estados para garantizar de forma igualitaria el goce y ejercicio de dicho derecho en la población trans. En concreto, los Estados tienen dos deberes concretos y diferenciados para brindar una adecuada tutela al derecho a la identidad las personas trans: la obligación de implementar un procedimiento específico para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans en sus documentos de identificación y el deber de habilitar terapias hormonales y operaciones de afirmación de género para quienes deseen utilizarlas libremente

5. La propuesta de reconocer la identidad de género de las personas trans resulta más adecuada en el contexto actual que pretender la abolición de dicho rasgo en los documentos de identificación. La propuesta de reconocimiento resulta más compatible con la lógica del DIDH de asegurar un piso mínimo de protección y, a la larga, permite la transformación del esquema cisnormativo. No obstante, para que esta medida tenga efectos citados se debe brindar a las personas trans de género no binario la oportunidad de identificarse en sus documentos personales con categorías distintas a “masculino” o “femenino”.
6. El otorgamiento de terapias hormonales u operaciones de afirmación de género no debe ser tratado como un asunto de estética. En el caso de las personas trans, este tipo de procedimientos resultan un medio indispensable para garantizar sus derechos fundamentales a la salud e identidad. Asimismo, la aplicación de dichos procedimientos médicos no debe derivar en la patologización de las identidades trans. Una visión amplia del concepto de salud permite entender que la necesidad de dicha población de utilizar a tales medidas no se produce a causa de una enfermedad, sino por las consecuencias del entorno que las rodea. En tal sentido, dichos mecanismos se configuran como medio para lograr un adecuado nivel de bienestar personal, en tanto permiten el ejercicio del derecho a la identidad de las personas trans.
7. A pesar de haber pasado por un largo y ambivalente proceso de especificación, actualmente los citados deberes específicos se encuentran vigentes. En consecuencia, todo Estado que no cumpla con los mismos deberá responder internacionalmente por sus actos. No obstante, tal responsabilidad no puede aplicarse desde la entrada en vigor de los principales tratados de derechos humanos. Por razones institucionales no es posible exigir a los Estados el cumplimiento de los

citados deberes específicos, ya que durante el periodo de 1970-2000 no existía claridad sobre el concepto “identidad de género” y, además, existía jurisprudencia que negaba que los Estados tuviesen el deber de reconocer a las identidades trans. Recién a mediados del año 2000, con las nuevas decisiones jurídicas y el avance los conocimientos que sustentan el modelo de reconocimiento, es posible argumentar con mayor legitimidad la exigibilidad de las obligaciones desarrolladas previamente.

8. A fin de cumplir adecuadamente con la obligación de implementar un procedimiento específico para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans, los Estados no pueden colocar requisitos que resulten desproporcionales o invasivos. Se requiere un sistema que priorice la declaración jurada de la persona beneficiaria, sin someter el reconocimiento a la evaluación de terceras personas o a la manera en que el peticionario manifiesta su identidad de género. Así, lejos de constituirse como un tope, el modelo de autoidentificación y despatologización utilizado por la legislación argentina representa el piso mínimo que deben garantizar las autoridades estatales en base al DIDH.
9. Por último, para realizar adecuadamente el deber de otorgar terapias hormonales y operaciones de afirmación de género para las personas trans, los Estados deben cumplir con los estándares planteados por el derecho a la salud. En tal sentido, dichos procedimientos médicos deben cumplir con los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Para cada uno de estos rubros, se deberán tomar garantías específicas a fin de evitar afectaciones a los derechos de las personas beneficiarias de estos programas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

- ASOCIACIÓN MUNDIAL PARA LA SALUD TRANSGENERO.
2012 *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*. 7ma edición. 2012.
- ATIENZA, Manuel
2013 “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”. Disponible en:
<https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf>
- 2011 “Dos versiones del constitucionalismo”. *Doxa*. Nro. 34, Alicante, págs. 73-88.
- ATIENZA, Manuel y JUAN RUIZ MANERO
2001 “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”. *Doxa*. Nro. 24, Alicante, págs. 115- 130.
- 1996 *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- AUSTIN, John
2016 *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.
- BORRILLO, Daniel
2011 “Por una teoría queer del Derecho de las personas y las familias”. *Direito, Estado y Sociedade*. Río de Janeiro, Número 39. 2011, págs. 27-51.
- BREGAGLIO, Renata
2014 “Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (editoras). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Lima: IDEHPUCP, págs. 73-98.
- BROGNA, Patricia
2009 *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- BROWN, David

- 2010 "Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta principles". *Michigan Journal of International Law*, Michigan, number 31.
- BRUBAKER, Roger y Frederick COOPER
2001 "Más allá de la identidad". En *Apuntes de investigación CECyP*. Número 7. Disponible en:
<http://comunicacionycultura.sociales.uba.ar/files/2013/02/Brubaker-Cooper-espanol.pdf>
- BUERGENTHAL, Thomas y otros
1990 *Manual internacional de Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.
2001 *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: ARA editores.
- BUTLER, Judith
2016 Conferencia "Cuerpos que todavía importan" [Videgrabación]. Buenos Aires: Red Interdisciplinaria de Estudios de Género de la UNTREF. Consulta: 03 de enero de 2016. <https://www.youtube.com/watch?v=UP5xHhz17s&t=2475s>
- 2009 "Performatividad, precariedad y políticas sexuales". En: *Revista Antropológica Iberoamericana*. Vol. 4, núm. 3, septiembre-diciembre, págs. 321-336.
- 2007 *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.
- 2006 "Regulaciones de género". En: *Revista de Estudios de Género. La ventana*. Num 23, págs. 7-35.
- CABRAL, Mauro y Gabriel BENZUR
2005 "Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad". *Cadernos Pagu*. Campinas, Nro. 24, págs. 283-304. Disponible en:
<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a13.pdf>
- CAMPBELL, Tom
2002 *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Barcelona: Gedisa.
- CAMPOS GARCÍA, Shirley.
2009 "La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia". *Revista IIDH*. San José, Vol. 51, pág. 351-377.

- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio
2004 *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.
- 1995 *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- CHACARTEGUI, Consuelo.
2010 “Mujer, discriminación múltiple y exclusión social”. En PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar (editor). *Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia*. Madrid: Dykinson. 2010, pp.39-62
- CHASE, Cheryl
1998 “Hermaphrodites with Attitude: mapping the emergence of Intersex Political Activism”. *A Journal of Lesbian and Gays Studies. The Transgender Issue*, vol. 4, num. 2.1998,
- CONSTANTINO, Renato.
2015 *Rampas, camillas, pastillas y más: barreras en el ejercicio del derecho a la salud de personas con discapacidad*. Lima: Paz y Esperanza. 2015
- CORNEJO, Leandro
2016 *Paternalismo y protección de la salud: El paternalismo en salud pública*. Tesis para optar por el título de abogado. Lima: PUCP.
- DE BEAUVOIR, Simone
2016 *El segundo sexo*. 12ª edición. Buenos Aires: De Bolsillo.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ
2016 *Informe Nro. 175. Derechos Humanos de las Personas LGTBI. Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- DULITZKY, Daniel.
2004 “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”. En: MARTIN, Claudia, RODRIGUEZ PINZON, Diego y José GUEVARA (Comp). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, págs. 79-117.
- DWORKIN, Ronald
2015 *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy.

- 2015 "Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, pág. 87-92.
- FAUSTO- STERLING, Anne
2000 *La política de género y la construcción de la sexualidad*. Barcelona: Melusina.
- FERNANDEZ, María Soledad
2014 *La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú*. Tesis para optar por el grado académico de magister en Derecho Constitucional. Lima: PUCP.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.
2015 *Derecho a la identidad personal*. Segunda edición. Lima: Instituto Pácifico SAC.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo.
2012 "La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana". En: *Estudios Constitucionales*, Año 10, No 2, págs. 141 - 192.
- FISS, Owen.
1976 "Groups and the Equal Protection Clause". En: *Philosophy and Public Affairs*. Disponible en:
https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/Fiss_groups.pdf
- FOUCAULT, Michel
1992 *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets Editores.
- 2014 *Historia de la sexualidad. Volumen 1: La voluntad del saber*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- FRASER Nancy y Axel HONNETH
2006 *¿Redistribución o reconocimiento?*. Madrid: Morata.
- FRASER, Nancy.
2000 "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era "postsocialista". *New Left Review*. Edit. Akal, Madrid Nro. 0. 2000, págs. 126-155.
- FULLER, Norma

- 1992 "¿Innato o adquirido?: La polémica de la sexualidad en Freud y Foucault". *Revista Peruana de Ciencias Sociales*. Lima. Vol. 3, Nro. 1.
- HALL, Stuart
2003 "Introducción: ¿quién necesita «identidad»?". En: HALL, Stuart y Paul DU GAY. *Cuestiones de identidad cultural*. Madrid: Amorrortu, págs. 13-40.
- HAWKESWORTH, Mary
1999 "Confundir el género (Confounding gender)" *Debate feminista*. Año 10, vol. 20, págs. 3-48.
- HEGEL, Georg
2008 *Fenomenología del Espíritu*. México D.F : Fondo de Cultura Económica.
- KEMELMAJER DA CARLUCCI, Aída, Marisa HERRERA, Eleonora LAMM y Silvia E. Fernández.
2015 *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-nv12411-2015-08-18/123456789-0abc-114-21ti-lpssedadevon>
- LAINO PEREYRA, Silvia.
2012 "Autonomía progresiva de la voluntad". En: DIRECCIÓN NACIONAL DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*. Montevideo: Manosanta Desarrollo Editorial.
- LAMAS, Marta
1986 "La antropología feminista y la categoría género". En: *Nueva antropología*. Vol. VIII, núm 30, noviembre, págs. 173-198.
- LAQUEUR, Thomas
1994 *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- LENGUA PARRA, Adrián
2016 "De la "curación" al reconocimiento: el derecho de las personas trans a ejercer su identidad y expresión de género mediante los servicios de salud que brindan los Estados". *Themis*. Lima, Número 70, págs. 217-221.
- 2016 *¿Una decisión progresista o una Corte tibia? Caso Duque vs. Colombia, la segunda sentencia sobre derechos LGTBI en el Sistema Interamericano*.

Disponible en: <http://enfoquederecho.com/internacional/una-decision-progresista-o-una-corte-tibia-segunda-sentencia-sobre-derechos-lgtbi-en-el-sistema-interamericano/>

LIFANTE VIDAL, Isabel

2014 “Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”. *Doxa*. Nro. 22. Alicante: Biblioteca virtual Manuel de Cervantes. 2014, págs. 171-193.

2005 “*Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*”. *Doxa*. Nro. 25. Alicante: Biblioteca virtual Manuel de Cervantes. 2005, pág. 413-439.

MASS GRAU, Jordi

2017 “Del transexualismo a la disforia de género en el DSM. Cambios terminológicos misma esencia patologizante”. En: *Revista Internacional de Sociología*. Vol. 75, abril-junio, págs. 2-18

MARCIANI, Betzabé

2016 *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado Constitucional*. Barcelona: Atelier.

MEDINA, Cecilia

1996 “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales.

MILLET, Kate

1995 *Política sexual*. Madrid: Ediciones Catedra.

MOLINA, Cristina

2000 “Debates sobre el género”. En: AMORÓS, Celia. *Feminismo y Filosofía*. Madrid: Editorial Síntesis.

NINO, Carlos Santiago

1989 *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*. 2da edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

NOVAK, Fabián

2003 *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Segunda reimpresión. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

NUSSBAUM, Martha C

2015 *Crear capacidades*. Barcelona: Paidós.

ORTEAGA RAYA, Joana

- 2005 *Simone De Beauvoir: su aportación a la discusión sobre el género.* Barcelona: Universitat de Barcelona.
- PALACIOS, Agustina.
2008 *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid: CINCA.
- PARMET, Wendy.
2009 *Populations, Public Health, and the Law.* Washington: Georgetown University Press.
- PECES-BARBA, Gregorio
1999 *Curso de Derechos Fundamentales.* Madrid: Universidad Carlos III.
- RODENAS, Angela.
2015 "Normas regulativas: Principios y Reglas". En: GONZÁLES LAGER, Daniel (Coordinador). *Conceptos básicos del Derecho.* Madrid: Marcial Pons, págs. 15-25.
- SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura.
2017 *Sobre el derecho a la identidad de género.* Ciudad de México: UNAM.
- SANZ-CABALLERO, Susana.
2014 "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio". *American University International Review.* Volume 29, págs. 831-868.
- SCOTT, Joan
1990 "El género: Una categoría útil para el análisis histórico". En: AMELANG, James y Mary NASH. *Historia y Género: Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea.* Valencia: Edicions Alfons el Magnánim, págs. 23-56.
- SEARLE, John
2014 *Mente, lenguaje y sociedad.* Madrid: Alianza Editorial.
- SEN, Amartya
2000 *Desarrollo y Libertad.* Barcelona: Planeta.
- SHELTON, Dinah.
2008 "Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos.* No. 8, págs. 15-39. Disponible

en:

<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>

- SIVERINO, Paula.
2014 "Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas". *Revista General de Derecho Constitucional*. Número 19, págs. 222-243.
- 2010 "El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia Argentina". *Ius Et Veritas*. Lima, Número 41, págs. 50-69.
- SPARGO, Tamsin
2004 *Foucault y la teoría queer*. Barcelona: Gedisa.
- STOLLER, Robert
1968 *Sex and Gender: On the development of Masculinity and Femininity*. Nueva York: Science House.
- RUBIN, Gayle
1989 "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad". En: VARICE, Carol (comp). *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Revelación. pág. 133.
- UPRIMNY, Rodrigo y Luz María SÁNCHEZ DUQUE.
2014 "Artículo 24. Igualdad ante la ley". *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogota: Fundación Konrad Adenauer, págs. 579-605.
- VILLANUEVA, Rocío.
2007 "Los principios implícitos. El caso de los derechos sexuales y reproductivos en la sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica". En. AGUILÓ, Josep y Pedro GRÁNDEZ (Editores). *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, págs. 389-418.
- ZELADA, Carlos y Alonso GURMENDI
2016 "Entre el escudo y la pared: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos". *Themis*. Lima, Nro. 69. 2016, págs. 257-274.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2017 *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.*
- 2016 *Caso I.V. vs Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 noviembre de 2016. Serie C. No.*
- 2016 *Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.*
- 2016 *Caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 110*
- 2016 *Opinión Consultiva OC-22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.*
- 2015 *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.*
- 2015 *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.*
- 2015 *Caso Wong Ho Wing vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 180*
- 2014 *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.*
- 2014 *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.*
- 2014 *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.*

- 2014 *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.
- 2013 *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.
- 2012 *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.
- 2012 *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248.
- 2012 *Caso Furlan y familiares vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246
- 2012 *Caso Fomerón e hija vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.
- 2012 *Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- 2011 *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- 2011 *Caso Gelman Vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- 2010 *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- 2010 *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- 2006 *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

- 2005 *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- 2005 *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C. No. 130.
- 2004 *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- 2004 *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- 2003 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- 2001 *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- 1986 *Opinión Consultiva. OC-6/86. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- 1984 *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- 2017 TEDH. AP., *Garçon and Nicot v. France.* Aplicaciones 79885/12, 52471/13 y 52596/13. 06 de abril 2017.
- 2015 *Caso de Oliari y otros vs. Italia.* Aplicaciones Nro. 18766/11 y 36030/11. 21 de julio de 2015.
- 2015 *Case of Identoba and others v. Georgia.* Application no. 73235/12. 12 mayo de 2015.
- 2015 *Caso Elberte Vs. Letonia.* Aplicación No. 61243/08. Sentencia de 13 de enero de 2015.
- 2014 TEDH. *Case of Hämäläinen vs. Finlandia.* Aplicación Nro. 37359/09. 16 de julio de 2014.

- 2013 *Caso de Vallianatos y otros vs. Grecia*. Aplicaciones Nro. 29381/09 y 32684/09. 07 de noviembre de 2013.
- 2013 *Case of I.G and others v. Slovakia*. Aplicación No. 15966/04. Sentencia de 29 de abril de 2013.
- 2012 *Case of V.C. v. Slovakia*. Aplicación No. 18968/07. Sentencia de 08 de febrero de 2012.
- 2011 *Caso R.R. Vs. Polonia*. Aplicación No. 27617/04. Sentencia de 26 de mayo de 2011
- 2010 *Case of P.V. v. Spain*. Application no. 35159/09. 30 de noviembre de 2010.
- 2010 *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*. Aplicación Nro. 30141/04. 24 de junio de 2010.
- 2010 *Case of Ciubotaru v. Moldova*. Aplicación Nro. 27138/04. 27 de abril de 2010.
- 2010 *Caso M.A.K. y R.K. Vs. Reino Unido*. Aplicaciones Nos. 45901/05 y 40146/06. Sentencia de 23 de marzo de 2010.
- 2009 *Case of Rekkos and Davourlis v. Greece*. Aplicación 1234/05. 15 de enero de 2009
- 2009 *Case of Schlumpf v. Switzerland* . Application no. 29002/06. 05 de junio de 2009
- 2008 *Case of S. And Marper v. The United Kingdom*. Aplicaciones 30562/04 y 30566/04. 4 de diciembre de 2008.
- 2007 *Case of Evans v. The United Kingdom*. Aplicación 6339/05. 10 de abril de 2007
- 2006 *Grant v. The United Kindgom*. Application no. 32570/03. 23 de mayo de 2006.
- 2005 *Affaire of Wisse c. France*. Aplicación 71611/01. 20 de diciembre de 2005.
- 2003 *Caso Koua Poirrez v. France*. Aplicación 40892/98. 30 de septiembre de 2003.
- 2003 *Case of Odièvre v. France*. Aplicación 42326/98. 13 de febrero de 2003.

- 2003 *Case of Peck v. The United Kingdom*. Aplicación 44647/98. 28 de enero de 2003.
- 2002 *Case of Hämäläinen v. Finland*. Aplicación Nro. 37359/09. 16 de julio de 2002.
- 2002 *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Application no. 28975/95. 11 July 2002.
- 2002 *Case of I. v. The United Kingdom*. Application 25680/94. 11 de julio de 2002.
- 2002 *Case of Mikulić v. Croatia*. Aplicación 53176/99. 7 de febrero de 2002.
- 2001 *Case of P.G and J.H v. The United Kingdom*. Aplicación 44787/98. 25 de septiembre de 2001.
- 2001 *Case of Chapman v. The United Kingdom*. Aplicación 27238/95. 18 de junio de 2001.
- 2000 *Case of A.D.T. v. The United Kingdom*. Aplicación. 35765/97. 31 de julio de 2000.
- 1999 *Caso Salgueiro Da Silva vs. Portugal*. Aplicación Nro. 33290/96. 21 de diciembre de 1999.
- 1998 *Case of Sheffield and Horsman v. The United Kingdom*. 30 de julio de 1998.
- 1994 *Caso de Burghartz v. Suiza*. Aplicación 16213/90. 22 de febrero de 1994.
- 1992 *Case of B v. France*. Application no. 13343/87. 25 de mayo de 1992.
- 1990 *Case of Cossey v. The United Kingdom*. Application no. 10843/84. 27 de septiembre de 1990.
- 1986 *Rees v. The United Kingdom*. Application no. 9532/81. 17 de octubre de 1986.

DOCUMENTOS DE ÓRGANOS INTERNACIONALES

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2017 *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la solicitud de Opinión Consultiva presentada por Costa Rica.* 14 de febrero de 2017. Disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_cidh.pdf
- 2016 *Comunicado de Prensa No. 064/16. "Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad.* 12 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/064.asp>
- 2015 **Informe sobre Violencia contra las personas LGTBI.** OAS/Ser.L/V/II.rev.1 Doc. 36. 12 de noviembre de 2015.
- 2001 *Caso 11. 625. María Eugenia Morales De Sierra vs. Guatemala.* Informe de fondo Nro. 4/01. 19 de enero de 2001, párr. 36.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

- 2016 *Written submission for the Request for an Advisory Opinion submitted by the State of Costa Rica.* 18 de mayo de 2016, págs. 5 y 6. Disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_alto_com_naciones_unidad_ddhh.pdf
- 2016 *Living free and equal: What States Are Doing to Tackle Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People.* HR/PUB/16/3. Disponible en:
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual.pdf>
- 2015 *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género.* A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015.
- 2011 *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos por personas por su orientación sexual e identidad de género.* A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- 2017 *Case of G. V. Australia.* CCPR/C/119/D/2172/2012. 28 de junio de 2017,
- 2017 *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Serbia.* 10 de abril de 2017.
- 2016 *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Eslovaquia.* 22 de noviembre de 2016.

- 2016 *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Kazajstán.* 09 de agosto de 2016.
- 2015 *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República de Corea.* 03 de diciembre de 2015.
- 2014 *Observación General Nro. 35. Artículo 9. Libertad y seguridad personales.* 16 de diciembre de 2014.
- 2014 *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Irlanda.* 19 de agosto de 2014, párr. 7.
- 2013 *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania.* 22 de agosto de 2013.
- 2008 *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto a Irlanda.* 30 de julio de 2008.
- 1989 *Observación General Nro. 18. No discriminación.* 10 de noviembre de 1989.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

- 2016 COMITÉ DESC. *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Costa Rica.* 21 de octubre de 2016.
- 2016 *Observación General Nro. 22. El derecho a la salud sexual y reproductiva.* 02 de mayo de 2016
- 2016 *Observación General. Nro. 23. Sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.* 27 de abril de 2016
- 2014 *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Lituania.* 24 de junio de 2014.
- 2011 *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto a Argentina.* 14 de diciembre de 2011.
- 2011 *Observaciones finales sobre el informe periódico de Alemania.* 12 de julio de 2011.
- 2010 *Observación General Nro. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural.* 17 de mayo de 2010.

- 2009 *Observación General Nro. 20, La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales.* 12 de julio de 2009.
- 2007 *El derecho a la seguridad social.* 23 de noviembre de 2007.
- 2000 *Observación General Nro. 14. El derecho al disfrute más alto nivel posible de salud.* 11 de agosto de 2000

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

- 2017 *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Montenegro.* 21 de Julio de 2017.
- 2017 *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Alemania.* 09 de marzo de 2017.
- 2016 *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de Mongolia.* 10 de marzo de 2016.
- 2015 *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Eslovaquia.* 25 de noviembre de 2015.
- 2015 *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Kirguistán.* 11 de marzo de 2015.
- 2014 *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Bélgica.* 14 de noviembre de 2014.
- 2014 *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Georgia.* 24 de julio de 2014.
- 2014 *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Finlandia.* 10 de marzo de 2014
- 2010 *Proyecto de Recomendación General Nro. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* 16 de diciembre de 2010.
- 2010 *Recomendación General Nro. 27. Sobre las mujeres de edad y protección de sus derechos humanos.* 16 de diciembre de 2010.
- 2010 *Observaciones finales para Países bajos.* 5 de febrero de 2010.

- 2004 *Recomendación General 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.*
- 1994 *Observación General 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares.*

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- 2016 *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de Nepal. 8 de julio de 2016, párr. 41.*
- 2016 *Observación General Nro. 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. 02 de mayo de 2016.*
- 2016 *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la República Islámica del Irán. 14 de marzo de 2016.*
- 2015 *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 30 de octubre de 2015.*
- 2013 *Observación general Nro. 15. Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud. 17 de abril de 2013*
- 2013 *Observación General Nro. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2013.*
- 2009 *Observación General Nro. 12. El derecho del niño a ser escuchado. 20 de julio de 2009, párr.134.*
- 2009 *Observación General Nro. 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. 2009*
- 2006 *Observación General Nro. 17. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. 20 de septiembre de 2006.*

COMITÉ CONTRA LA TORTURA

- 2012 *Observación General Nro. 3 Aplicación del artículo 14 por los Estados partes. 13 de diciembre de 2012.*

COMITÉ CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

- 2011 *Recomendación General Nro. 34. Discriminación racial contra afrodescendientes.* 03 de octubre de 2011.
- 2004 *Recomendación General Nro. 30. Sobre la discriminación contra la no ciudadanos.* 19 de agosto de 2004

COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

- 2013 *Observación General Nro. 2. Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares.* 28 de agosto de 2013.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

- 2007 *Opinión sobre el alcance del derecho a la identidad".* Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

- 2017 *Observaciones finales sobre el informe inicial de Canadá.* 08 de mayo de 2017.
- 2016 *Observaciones finales sobre el informe inicial de Uruguay.* 31 de agosto de 2016.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD

- 2013 *Por la salud de las personas trans. Elementos para el desarrollo de la atención integral de personas trans y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe.*

VOTOS SINGULARES EN LA CORTE IDH

- 2015 *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.
- 2005 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120. Voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 13-24; y Voto disidente del Juez Manuel E. Ventura Robles, párrs. 5 y 6.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- 2016 *Sentencia SU214-16*. Con fecha de 28 de abril de 2016
- 2015 *Sentencia T-063*. Con fecha de 13 de febrero de 2015
- 2013 *Sentencia T-771-13*. Con fecha de 07 de noviembre de 2013.
- 2012 *Sentencia T-918-12*. Con fecha 08 de noviembre de 2012.
- 2012 *Sentencia T – 977*. 22 de noviembre de 2012.
- 2012 *Sentencia T – 1033*. 17 de octubre de 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

- 2015 *Case of Obergefell et al. v. Hodges Director, Ohio Department of Health, et. al.* Sentencia del 26 de junio de 2015

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL

- 2011 *Sentencia sobre la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) 4227*. Sentencia del 13 de octubre de 2011

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

- 2012 *Sentencia en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6684- 2005*. 01 de julio de 2012.

VOTOS SINGULARES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

- 2016 *Exp. 06040-2015-PA/TC. Voto Singular de los Magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada*. Con fecha de 21 de octubre de 2016.

AGRADECIMIENTOS

Escribo estas breves líneas con la convicción que la academia es, en esencia, un trabajo colectivo. No hay un aporte netamente individual, pues siempre los resultados son parte de un proceso de diálogo entre autores/as de trabajos previos y los/as compañeros/as que acompañan a uno. En tal sentido, quiero aprovechar este espacio para agradecer a aquellas personas que, de distinta forma, me apoyaron a lo largo de la realización de la presente investigación.

Debo agradecer, en primer lugar, a mis papás. No solo por pagarme la carrera, sino por los aportes individuales que me dieron (y me siguen dando) cada uno. A mi papá, por ser un aliento y esperanza constante para alcanzar las metas trazadas. A mi mamá, por enseñarme a poner los pies sobre la tierra. Sus divergentes opiniones y formas de apoyo fueron imprescindibles para completar el presente trabajo. Los méritos en los resultados serán siempre autoría de ellos. Los eximo de los posibles errores, pues siempre me entregaron lo mejor de cada uno. Asimismo, aunque no lo necesite, espero que el contenido del presente trabajo sea una inspiración para mi hermana. Sé que en poco tiempo los resultados de su carrera tendrán ese efecto en mí.

Con temor de olvidarme de algún nombre, también debo dar las gracias a mis amigos y amigas de la universidad. A Gonzalo Monge, Jesús Cornejo, Guillermo Castaños, Emilio Ostolaza, Andrés Wertheman y María Fernanda Chanduvi, por compartir conmigo la difícil rutina de estudiar Derecho. A mis compañeros/as de Themis, y en particular a los de Enfoque Derecho, Josefina Miro Quesada, Ian Forsyth, Francisco Mamaní, Rodrigo Vega, Camila Masini, Marco Gamarra, Juan Diego Elías, Elody Malpartida y Amarantha Chuquihuara. Si esta tesis posee una adecuada redacción, es gracias a ellos/as.

En otro ámbito, debo mencionar con quienes compartí prácticas y lecciones en el ámbito de los derechos humanos, ya sea en concursos, proyectos o elaboración de casos. Gracias a Renato Constantino, Karen Bertola, Cristina Valega, Cristina Blanco, Piero Vásquez, Diego López, Claudia Lovon, Ana Paula Mendoza, Cristina Verano, Eduardo Reyna y Alessandra Enrico. Un agradecimiento especial a Carla Villareal y Carlos Elguera, por ayudarme en mis primeras experiencias en esta rama, y a Lilly Ching, Camila Koch y Mariella Onetti por ser cómplices en mis recientes experiencias laborales. Asimismo, agradecer a las integrantes del

Grupo de Investigación en Derecho, Género y Sexualidad. Sin sus aportes la presente investigación hubiese sido imposible.

Por último, quiero brindarle un espacio especial a quiénes han aportado de forma directa y especial en este trabajo. En primer lugar, por ser mentora y amiga, a Betzabé Marciani. Sus críticas y oposiciones en numerosos puntos fueron esenciales para completar la argumentación desplegada a lo largo del documento. En la misma línea, agradecer a Leandro Cornejo por sus aportes en lo relativo al tema de salud e identidad. Espero algún día mis trabajos puedan tener la calidad de sus publicaciones.

En un ámbito más personal, quiero agradecer a Renzo Olaechea. Si el género y la lucha por los derechos LGTBI se volvieron parte de mi vida, es por él. Las numerosas conversaciones que hemos tenido en casi veinte años de amistad han estado presentes mientras redactaba todas las líneas de esta investigación. Asimismo, quiero agradecer a Paula Camino por ser un apoyo incondicional desde que escribí el primer esquema de esta tesis. Las rigurosas revisiones que realizó de cada uno de los capítulos fueron una pieza imprescindible para terminar esta tarea.

Finalmente, agradecer a mi asesora Renata Bregaglio. Sin su apoyo y exigencia no solo no hubiese sobrevivido en mi experiencia como tesista, sino que tampoco lo hubiese logrado en mi camino como estudiante de Derecho. Espero que este documento sea fiel a todos los valores y capacidades que aprendí con ella.