

Opinión sobre la solicitud de consulta por el Estado de Costa Rica de fecha 18 de mayo de 2016 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Josefina Fernández¹
Paula Viturro²
Emiliano Litardo³

Diciembre, 2012

A la memoria de Lohana Berkins⁴

Estimadas/os miembros/as de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Nos dirigimos a Uds. en nuestro carácter de activistas en género y diversidad sexual, y ex integrantes del *Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género* (FNLDIG)⁵ de Argentina, con el propósito de hacerles llegar nuestra opinión sobre la solicitud de consulta emitida por el Estado de Costa Rica, de fecha 18 de mayo de 2016⁶.

—|—

El Estado de Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) opine sobre:

- 1) "si los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH brindan protección respecto del reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una";
- 2) "la compatibilidad de la práctica que consiste en la aplicación del artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, ..., a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su

¹ DNI 12.506.814, argentina, antropóloga (U.N.L.P.), activista feminista, experta en género, diversidad y políticas públicas, integrante de la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT), correo electrónico: josefer58@gmail.com

² DNI 22.654.439, argentina, abogada (U.B.A.), activista feminista, investigadora, profesora adjunta del Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, correo electrónico: pviturro@yahoo.com.ar

³ DNI 28.092.824, argentino, abogado (U.B.A.), activista integrante de la asociación Abogad*s por los Derechos Sexuales (ABOSEX), co-redactor de la ley de identidad de género de Argentina N° 26.743, correo electrónico: litardo.emiliano@gmail.com, teléfono: +54 11 5523 7647.

L*s firmantes con domicilio conjunto en la Ciudad Autónoma de Buenos en la calle Yatay 724, Piso 8, Dpto. "B", C1184ADN, Argentina.

⁴ Travesti y militante. Referente política del movimiento travesti transexual de Argentina. Fundadora de la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual (ALITT) y de la primera cooperativa textil "Nadia Echazú". Impulsora del Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género. Responsable de la Oficina de Diversidad Sexual e Identidad de Género del Observatorio de Género de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fallecida el 5 de febrero de 2016.

⁵ <http://frentenacionaleydeidentidad.blogspot.com.ar/>

⁶ http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nld_oc=1671

identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH” y

- 3) “si los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH brindan protección respecto del reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

Recordemos que el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dice:

“1. Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.”

Los artículos 11, 18 y 24 de la CADH refieren a los siguientes derechos civiles y políticos:

Artículo 11.2. Protección de la honra y de la dignidad: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”

Artículo 18. Derecho al nombre: Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho a todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

Artículo 24. Igualdad ante la ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Adelantamos que las inquietudes encuentran resguardo en la normativa citada. Un régimen de cambio de nombre que respete el derecho humano a la identidad de género debe hacer prevalecer la autonomía de la voluntad, mediante procedimientos administrativos, expeditos, gratuitos, reservados, no condicionados a fiscalizaciones biomédicas, periciales o bioéticas y no subordinados a requisitos que impliquen invadir la intimidad o restringir la capacidad en la toma de la decisión. Asimismo, los derechos patrimoniales deben protegerse independientemente de la identidad sexual de las personas contrayentes, e indiferente al régimen jurídico de pareja concertado mutuamente.

—II—

Para pensar las respuestas es prioritario revisar la geopolítica socio sexual en la que estamos insertos, y tomar dimensión de las violencias que persisten y de sus fundamentos.

Asumir una perspectiva despatologizadora del derecho a la identidad de género, implica adecuar los regímenes de reconocimiento de derechos prescindiendo del aparato judicial consagrando la regla según la cual, prevalece la capacidad de decisión frente a cualquier tutelaje judicial o administrativo, que ponga en sospecha la elección en la afirmación de género,

o al menos a decisión de un tercero. Para ello, se requieren políticas públicas que expresen modelos de ciudadanía plena y comprometidas con estándares antidiscriminación y antiviolencia.

Es necesario destacar que el cambio de nombre es un aspecto del derecho a la identidad de género. No hay que omitir considerar el pleno acceso a la salud integral trans-específica para los casos en que se requieran intervenciones corporales o procedimiento hormonales para afirmar, también, el género. El derecho a la identidad debe ser reconocido a las personas adultas y a los niños, niñas y adolescentes (NNyA); circunstancias que contribuyen a elevar el estándar de protección y garantía de los derechos humanos de la población transgénero y consecuentemente, a mejorar la calidad de vida.

Si bien, en los últimos años, hubo avances significativos en el campo de los derechos sexuales y derechos humanos, en muchos países persisten sistemáticas violencias hacia las personas por su género o sexualidad distintas a la instituida por el régimen heteronormativo. En todos los continentes hay tasas elevadas de criminalización por orientación sexual e identidad de género. Prácticas de ejercicio de odio que se expresan en diferentes dimensiones epistemológicas, y legitimadas, directa o indirectamente, por los Estados, las instituciones y las sociedades. El machismo, el sexismo, el racismo, la homolesbotransfobia, o la heterosexualidad obligatoria, continúan abonando a dimensiones de una violencia que en el ámbito socio sexual conllevan a pensar estrategias antiviolencia y antidiscriminación muy complejas, dado que debemos lidiar con discursos deterministas o naturalistas.

De acuerdo al *Observatorio de Personas Trans Asesinadas de Transgender Europe* (TGEU) entre enero de 2008 y septiembre de 2016 se reportaron 2264 asesinatos⁷. Latinoamérica, en comparación con otras regiones, registró 1768 homicidios. La tasa más alta en números absolutos se encuentra en Brasil, México y USA.

La cifra actual ascendió considerablemente, si atendemos que, entre enero de 2008 y junio de 2016, el Observatorio había registrado 2190 personas asesinadas en 66 países.

Estas cifras totales están condicionadas a la existencia de organizaciones transgénero que realizan seguimientos estadísticos de los homicidios; circunstancia que, evidentemente, no ocurre en todas las regiones. En este sentido, *Transgender Europe*, denuncia un problema que es sintomático e histórico en las administraciones de gobierno: la falta de producción de datos estadísticos sobre población trans. Por lo que estos datos son una muestra representativa de la violencia global, en función de los casos que fueron reportados. Además, tal como señala el Observatorio, la transfobia y la inadecuada cobertura comunicacional ocultan la existencia de las violencias y asesinatos a personas transgénero. En el mapa Legal y Social del año 2014, *Transgender Europe* registró que en América Latina 11 países no contemplaban ningún régimen amplio de reconocimiento del derecho a la identidad de género, y de los países registrados, 8 poseían regímenes legales patologizadores del derecho a la identidad de género.

⁷ <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol15-2016.pdf>

En esta línea, el informe de la *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*, ILGA, de junio de 2016, informó que hay 73 países en todo el mundo que penalizan con prisión la homosexualidad y 13 que la castigan con pena de muerte⁸. A su vez, estas cifras son mayores respecto de tan sólo los 43 países que reconocen uniones de pareja del mismo sexo.

Se ha de recordar que en el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos publicó el primer *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*⁹. Quedó constatado que a nivel mundial las personas que expresan sexualidades disidentes o encarnan identidades de género no normativas son víctimas de distintos actos de violencia y prácticas discriminatorias, en la mayoría de los casos legitimados por medios legales. Las violencias registradas se corresponden con asesinatos, secuestros, agresiones sexuales, coacciones, y amenazas. La Alta Comisionada recomendó a los Estados miembros investigar y erradicar las violencias y derogar los dispositivos legales que las avalan, por contribuir a generar un estado de impunidad absoluta sobre ciertas vidas humanas por atributos personales. El documento, a su vez, recordó a los Estados miembros su obligación de “ejercer la diligencia debida para prevenir y sancionar la privación de la vida, ofrecer reparación al respecto e investigar y enjuiciar todos los actos de violencia selectiva”.

En el año 2015, el Consejo de Derechos Humanos difundió un segundo informe, incluyendo esta vez la situación de las personas intersexuales¹⁰. En esta ocasión, el Alto Comisionado se concentró en detallar una serie de obligaciones específicas de cara a las violencias documentadas en el informe anterior, entre las cuales resultan relevantes el deber de diligencia que implica investigar, perseguir y reparar los actos de violaciones a los derechos humanos cometidos contra la población LGBTI y el deber de proteger la vida contra los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en todos los entornos. Dicha obligación incluye los deberes de prohibición, prevención, investigación, y reparación cuando se produzcan.

Por su parte, el *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, del año 2016¹¹, destacó que “la penalización de las relaciones homosexuales y la discriminación generalizada contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales conducen a la denegación de atención sanitaria, información y servicios conexos... Las personas transgénero suelen tener dificultades para acceder a una asistencia sanitaria adecuada, como la discriminación por parte de los trabajadores sanitarios y el desconocimiento de sus necesidades o la falta de sensibilidad... En la mayoría de los Estados se les niega el reconocimiento legal del género de su elección, lo que tiene graves consecuencias para el disfrute de sus derechos humanos” y más adelante

⁸ http://ilga.org/downloads/03_ILGA_WorldMap_SPANISH_Overview_May2016.pdf

⁹ A/HRC/19/41

¹⁰ A/HRC/29/23

¹¹ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>

reconoció las violaciones a derechos humanos que provienen de requisitos obturadores de la autonomía decisional en la afirmación de género: “En los Estados que permiten modificar los indicadores de género en los documentos de identidad se pueden imponer unos requisitos abusivo...estas prácticas tienen su origen en la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, violan los derechos a la integridad física y a la libre determinación de las personas y constituyen malos tratos o torturas”.

En el ámbito interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aprobó, en noviembre de 2015, el *Informe sobre Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*¹², mostrando así su preocupación por los elevados índices de violencia hacia la población lesbiana, gay, bisexual, trans e intersex (LGBTI). El documento registró una serie de violencias físicas perpetradas contra la población LGBTI, cuyo marco de explicación provienen de la heteronormatividad, cisnormatividad y los sistemas binarios de sexo y género.

El informe destacó el impacto de leyes que criminalizan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y las identidades de género no normativas, provocadas por una serie de estigmas, estereotipos y discriminación; todo lo cual, pone en riesgo derechos fundamentales de las personas y activa la responsabilidad internacional de los Estados americanos.

Como consecuencia de las situaciones registradas a nivel regional, y de las violencias atribuidas a los agentes estatales y no estatales en el marco de las garantías de respeto y protección de los derechos humanos de la población LGBTI, la CIDH formuló recomendaciones que expresan estándares precisos, entre ellas;

“25. Adoptar legislación contra la discriminación o modificar la legislación existente con miras a prohibir toda forma de discriminación que incluya aquella basada en la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, las características sexuales o por el hecho de ser intersex” y

“26. Adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos, y sin que sea necesario que presenten evaluaciones o certificados médicos o psicológicos/psiquiátricos”.

Todos estos documentos ilustran la conexión entre las condiciones de vulnerabilidad del sujeto de la diversidad sexual —producto de regímenes de saber/poder— y las posibilidades de acción política para resistir las violencias constituyentes de la heteronorma, en cuyo medio se juega la posibilidad de acceso a una ciudadanía plena y la urgencia de no ser objetos de los derechos humanos, sino sujetos de los derechos humanos. Por tanto, el campo de batalla de los movimientos de la diversidad sexual conecta con la lucha por conseguir políticas de reconocimiento y de redistribución, desde la perspectiva

¹² OAS/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36, 12 noviembre 2015

de los derechos humanos, con enfoque transversales (que ligen las exclusiones raciales, sexo genéricas, etarias, corporales y de clase).

—III—

La materialidad de las violaciones hacia las personas por su orientación sexual o identidad de género no normativas, registradas en tantos informes internacionales, como los aquí citados, provienen de una serie de discursos, prácticas y lenguajes que se ligan con el campo político, cultural y económico del pensamiento hegemónico heterosexual. Es allí, por tanto, donde la heterosexualidad funciona como un patrón normativo de las relaciones socio afectivas, al mismo tiempo que sustenta las instituciones sociales, tales como la familia o la escuela. Todo lo cual impacta en el armado de políticas públicas o en la elaboración de marcos de regulación legales.

En este sentido, estar clasificado por la heteronorma implica construirse desde y con un privilegio de pertenencia que tributa en favor de un mayor acceso a recursos materiales y simbólicos. El heterosexismo, al igual que el racismo, pone en funcionamiento técnicas de normalización de la diferencia a través de políticas de tolerancia que adquieren dimensiones de integración o asimilación, destinadas al borramiento o la neutralización de la diferencia; en este caso, de la asunción de la diferencia sexo genérica. Así, el diseño de regímenes de reconocimiento del derecho a la identidad de género o del derecho a conformar relaciones de parentesco plurales, precisa atender al valor crítico de la diferencia.

Lo arriba reseñado es clave en ocasión de debates y/o confrontación de sentidos comunes en torno a derechos sexuales, producidos en espacios tales como tribunales, legislaturas, medios de comunicación, hospitales, escuelas, ministerios, organismos internacionales. Se trata de espacios que parten, por lo general del presupuesto universalista según el cual la orientación sexual y la identidad de género son experiencias homogéneas, de carácter individual sin relación con las estructuras de opresión o de distribución desigual de recursos. Ello contribuye a reforzar la heterosexualidad y despolitizar los reclamos, victimizando al sujeto y produciendo *políticas de tolerancia* que no atienden a las desigualdades cruzadas.

El género y la sexualidad son vistos de manera aislada de las estructuras sociales constitutivas, y no integradas a las relaciones de poder más sofisticadas; ciertos saberes dominan nuestras prácticas socio sexuales mediante las clasificaciones, las categorías o las serializaciones. Cualquier análisis en torno a derechos sexuales, debe reflexionar sobre estas tramas que complejizan las políticas de reconocimiento. Hay que advertir, por lo tanto, que la heteronorma no sólo produce violencia instrumental, sino que adopta la forma de un régimen de racionalidad —solapado en discursos científicos abstractos— en tanto ordenamiento social destinado a homogeneizar y jerarquizar la dispersión socio sexual en las relaciones sociales, políticas, culturales, e institucionales.

Uno de los mecanismos que adopta el régimen heterosexual para imponer criterios de normalidad en el campo de las experiencias sexogenéricas a fin de neutralizar, rehabilitar o marginalizar la diferencia, es la patologización. Este mecanismo, que puede ser formulado como una tecnología de poder, consiste en catalogar como trastorno determinadas identidades de género (aquellas que no se corresponden con el sexo asignado al nacer o inscripto en los registros de nacimiento), ciertas identidades sexuales (aquellas que rehúsan del modelo afectivo intersexual), o determinadas expresiones corporales (aquellas que dimensionan la diversidad corporal por fuera del cuerpo estándar). La patologización es útil a los fines de legitimar la segregación entre cuerpos, identidades, deseos y experiencias sanas de aquellas que no lo son.

El recurso de la patologización proviene de los discursos científicos modernos de fines del siglo XVIII, que buscaron imprimirle autoridad científica a los hechos por ellos interpretados como naturales o morales. La medicina, la psiquiatría, el derecho, contribuyeron a forjar el dualismo normal/anormal en el campo de la diferencia sexual, de género y corporal, especialmente estos discursos activaron mecanismos de opresión para sostener modelos considerados naturales, de acuerdo a la consolidación de la moral burguesa occidental.

Una de las consecuencias del mecanismo de la patologización en el campo de los derechos sexuales es restringir el acceso a determinados derechos según la persona logre exitosamente adaptarse al diagnóstico. Por lo tanto, no hay sujetos en los esquemas patologizadores, sino objetos atados a una práctica de normalización según diagnósticos. Esto afecta la constitución de identidad porque se cosifican las relaciones sociales y el acceso a derechos pasa a depender de la adaptabilidad al diagnóstico lo que es lo mismo, a los esquemas disciplinares formulados en clave de protocolos.

El informe *Es tiempo de reforma. Cuestiones de Salud Trans* en la Clasificación Internacional de Enfermedades*¹³ sostiene que “históricamente, las experiencias y necesidades de las personas trans* han sido tratadas como patológicas, y esta patologización permanente tiene consecuencias extremadamente negativas: limita o niega la autonomía de las personas trans*; crea y refuerza límites arbitrarios entre formas saludables y patológicas de existir desde el punto de vista del género; y hace que las vidas de las personas trans* —y su acceso al reconocimiento legal de su género— pasen a depender de un diagnóstico”.

La *Red Internacional por la Despatologización Trans*¹⁴ denuncia constantemente la violencia que implica el paradigma de la psiquiatrización de las identidades de género que no se corresponden con el género binario normativo. En su manifiesto, sostiene que “Con ‘psiquiatrización’ nombramos la práctica de definir y tratar la transexualidad bajo el estatuto de trastorno mental.

¹³ Informe de la reunión de Expert*s organizada por GATE. La Haya 16 al 18 de noviembre de 2011.

¹⁴ <http://stp2012.info/old/es/manifiesto>

Nos referimos, también, a la confusión de identidades y cuerpos no normativos (situados fuera del orden cultural dominante) con identidades y cuerpos patológicos. La psiquiatrización relega a las instituciones médico-psiquiátricas el control sobre las identidades de género". En este sentido, Kim Pérez Fernández-Figares afirma que "Una patologización, en la práctica actual, es una tipificación cuasi jurídica de una enfermedad y la asignación de unos protocolos de tratamiento (...) La despatologización desactiva todos esos legalismos que gravitan sobre nosotros. Como en la cirugía estética, el candidato que la plantea tiene capacidad para decidir"¹⁵.

La patologización, por lo tanto, constituye una forma de violencia, en la medida en que obtura la personalidad jurídica del sujeto y lo transforma en un objeto subordinado de las prácticas de normalización o de tutelaje científico con fines terapéuticos por características interpretadas previamente como antinaturales, inmorales, ilegítimas, o anormales, anulando sus capacidades como sujeto activo.

—IV—

La patologización asume distintos modos en los regímenes de reconocimiento de derechos. Para el caso del derecho a la identidad de género, encontramos una concepción denegatoria, rehabilitadora, o de coacción vulneratoria¹⁶.

En la primera, hay una negación de derechos en función de asumir que el sexo es la base material que imprime biología al cuerpo que lo porta. El trastorno pasa a ser una ficción que no alcanza para evocar el derecho a la identidad. Ejemplo de ello son las sentencias o leyes que prohíben las intervenciones de afirmación de género con argumentos iusnaturalistas.

La segunda concepción, reconoce derechos a través de un régimen de autorizaciones destinados a rehabilitar a la persona que sufre del trastorno de identidad. Se activan una serie de patrones clasificatorios por las evaluaciones biomédicas que dimensionan a la transexualidad o al travestismo como algo anómalo, velando prácticas de normalización que sustentan las autorizaciones para cambio de nombre o quirúrgico. En estas situaciones, la anormalidad implica que la persona con trastorno de la identidad sexual debe rehabilitarse para alcanzar un estándar que la vuelva normal aunque no lo logre del todo. Se proyecta en su persona la responsabilidad de la corrección, lo que supone desresponsabilizar al Estado y neutralizar su autonomía. Hay un déficit de la identidad, que se asienta en lo corporal, lo que funda esa responsabilidad disciplinaria de sometimiento a la normalización y transformar el cuerpo deficitario en uno eficiente. Ejemplo de ello son los modelos que jurisprudencial o legislativamente autorizan rectificaciones de nombre mediante procesos de judicialización en los que debe probarse el trastorno mediante informes psicodiagnósticos, periciales o bioéticos, lesivos a la intimidad o autonomía de la persona.

¹⁵ Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género, en Miquel Missé y Gerard Coll-Planas (editores), *El Género Desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, egales editorial, 2010, p. 108/109.

Por último, la concepción de coacción vulneratoria, se ilustra con aquellas prácticas legislativas que si bien desjudicializan el acceso a derechos, restringen otros, tales como los reproductivos o civiles (derecho al matrimonio civil). Esto tiene como trasfondo pautas eugenésicas que intentan controlar a la población transgénero. La coacción vulneratoria tiene injerencia en la persona para neutralizar la expansión de otros derechos constitutivos de la identidad de género. El ejercicio de poder busca controlar mediante la imposición de límites.

En todas estas modalidades, la patologización sustrae la autonomía de la persona y la deriva al ámbito de la medicina o del campo judicial, en el que se activan mecanismos de sometimiento a reglas o pautas que violentan derechos fundamentales (arts. 3, 5, 7.1, 17.1, 18, 24 CADH en relación al art. 1 CADH).

En términos generales, la patologización remite a un modelo ideal de naturaleza. Paula Viturro lo apunta claramente en relación a sus efectos: "Las víctimas eran reemplazadas por perversos sujetos autónomos que teniendo la posibilidad corporal de vivir de acuerdo con el orden natural, no lo hacían y que, por lo tanto, eran responsables de las condiciones de vida adversas a las que eran sometidas. Aquí el discurso retributivo es claramente equivalente al que sostiene a la figura del delincuente en el derecho penal liberal moderno. Ello no es casual, dado que la mayor usina de representaciones judiciales respecto del travestismo fueron históricamente la institución policial y la jurisdicción penal por medio de la persecución de la prostitución"¹⁷.

Un régimen de reconocimiento de derechos fundado en la patologización es incompatible con el actual sistema internacional de derechos humanos, básicamente porque el proceso patologizador anula o pone en crisis el propio predicamento de la CADH sobre los atributos de la persona en condiciones de humanidad, dignidad y libertad. A su vez, un régimen de este tipo lesiona derechos humanos consagrados por la CADH, tales como la libertad de expresión de género, protección a la familia, derecho al nombre, e igualdad ante la ley.

—V—

El modelo de derechos humanos para el caso del derecho a la identidad de género re-direcciona el conflicto hacia el impacto de las barreras sociales y políticas que patologizan la diferencia sexual y de género no normativas. Sustrayendo el problema de la esfera individual y encauzándola en un problema político. Esta perspectiva impacta en las condiciones de exigibilidad de los derechos y garantías como en la percepción de la noción de género.

¹⁷ Viturro, Paula, "La revolución de lxs 'nada': una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación" en *Anuario de derechos humanos*, núm. 9, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, pp.43-59. Disponible en <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27032/28632>

Así, este modelo contemporáneo critica las bases del paradigma biomédico según el cual la asignación de sexo es el producto de un diagnóstico médico y el asumir el sexo varón/mujer se corresponde con encarnar las reglas del género: siempre presuponiendo la diferencia sexual binaria. En definitiva, el modelo social es desprendimiento de los aportes del feminismo que señaló las restricciones ideológicas del esencialismo naturaleza/cultura-sexo/género, y puso en sospecha la presunción de que el sexo es imposible de impugnar.

El modelo defiende la toma de decisiones y no admite la sustitución de la voluntad por la medicina o el derecho. Desde la perspectiva de los derechos humanos, se funda en la titularidad de derechos y en que la orientación sexual/identidad de género son categorías que precisan ser contextualizadas, de modo que los tratos jurídico políticos provienen de cómo se interpreta y cuáles discursos avalan la diferencia sexo genérica.

Las consideraciones generales para una interpretación ajustada al marco de los derechos humanos que consagren un régimen administrativo del derecho a la identidad de género, parten de comprender desde una postura anti-esencialista que la identidad de género no se corresponde ni con un determinismo biológico (anclado en la linealidad sexo, género y sexualidad) ni cultural (según el cual hay una distribución de características o atributos sociales entre mujeres y varones dada la asignación de roles en la sociedad). La identidad de género es la expresión de una serie de prácticas de normas o pautas culturales, contingentes y situadas históricamente. La persona se construye en su identidad de género en el mismo instante en que afirma su género, dentro o fuera del binario varón-mujer. Por lo cual, el contexto y los recursos materiales y simbólicos son parte constitutiva del proceso en que todas las personas nos anclamos en el género.

Así lo reflejan los *Principios de Yogyakarta*, que definen a la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”¹⁸

Siguiendo al modelo argentino dispuesto en la Ley de Identidad de Género¹⁹, el derecho a la identidad de género (DIG) puede asumir tres posibles

¹⁸ <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>

¹⁹ Ley 26.743 Sancionada: Mayo 9 de 2012, Promulgada: Mayo 23 de 2012. La ley 26743 fue consecuencia de un proceso político complejo que implicó la articulación entre diversos actores sociales: la fortaleza y pujanza de un activismo travesti, transexual, transgénero e intersex local que aportó los elementos teóricos y la praxis política necesaria para afianzar un proyecto de ley de identidad lo suficientemente sólido; las alianzas logradas con otros colectivos, entre ellos, gays y lesbianas, sindicatos, cuerpos de docentes, actores y directores de la escena cultural; un sector del poder judicial dispuesto a comprender la perspectiva despatologizadora y desjudicializadora del derecho al reconocimiento identitario, como así también un

dimensiones: a) reconocimiento; b) libre desarrollo y c) buen trato para la identificación:

(i) **El reconocimiento de la identidad de género** implica el deber de respetar y valorar la identidad de género como definición política y personal escogida libre y autónomamente por cada persona. Este primer criterio deshabilita el tradicional modelo denegatorio y de autorización por medio del cual distintos actores del mundo legal y médico fiscalizan/autorizan el ejercicio de la identidad de género. El reconocimiento impone la obligación de no discriminar, desvalorizar, humillar, o sojuzgar a ninguna otra manifestación o expresión de identidad de género que no se corresponda con los marcos de referencia que socialmente se instalan como normales. Desde esta perspectiva, el reconocimiento se vuelve acción porque impone a las estructuras, instituciones, y prácticas sociales, rituales, y discursos redefinir sus patrones de reconocibilidad. Asimismo, este aspecto del DIG dota de capacidad jurídica a las personas. Así, el DIG es la expresión del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica, que comprende el máximo disfrute de tal capacidad en todos los aspectos de la vida en la diversidad de identidades de género y el respeto sustancialmente a la autodeterminación y libertad individual²⁰. Este deber se emparenta con las prescripciones internacionales de los derechos humanos respecto de la protección de la personalidad jurídica como proyección de la vida personal.

sector político comprometido con los derechos humanos. La norma legal constituye un instrumento de política pública que no sólo cumple con los estándares internacionales en materia de derechos humanos —en especial lineamientos asociados a los derechos económicos, sociales y culturales— sino que los supera ampliamente, atendiendo a las particularidades que supone el campo de los estudios de género. En este sentido, el texto sancionado reconoce el derecho a la identidad de género mediante dos mecanismos que no se supeditan ni se condicionan uno a otro, sino que de modo complementario y autónomo permite (1) la rectificación de los datos registrales cuando estos no concuerden con el género autopercebido de la persona y (2) el acceso a la salud integral, que involucra el hormonización e intervenciones quirúrgicas de reasignación genital, total o parcial.

Para el ejercicio de esos derechos la norma legal da libertad de opción a la persona, quien puede sólo rectificar sus datos registrales sin exigencias de intervención quirúrgica previa o de tratamientos de hormonización o su promesa de hacerlo en un futuro; acceder sólo a una intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial expresando simplemente su consentimiento informado; sólo acceso a terapias de hormonas; o complementar todas aquellas opciones. De este modo, la ley garantiza la libre opción de acuerdo a la propia necesidad identitaria.

No exige acreditar ningún tipo de diagnóstico médico, ni invoca la conformación de comités de bioética como tampoco admite condicionamientos entre un derecho y el otro, y sustancialmente, no pone en riesgo otros derechos (reproductivos) para quien pretenda ampararse en sus beneficios (considerando que muchas legislaciones europeas exigen la esterilidad como requisito para el acceso al derecho). Para garantizar ello, la ley desarticula y condena cualquier acto que perturbe, obstaculice, niegue o lesione cualquiera de los derechos que contiene, considerándolo una práctica discriminatoria.

²⁰ Tal como lo apuntan los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Para que exista una efectiva reconocibilidad en la tutela de derechos los actos ligados con la identificación registral, el acceso a los tratamientos hormonales o las intervenciones quirúrgicas de afirmación de género no deben ser obligatorias o condicionadas entre sí. Es decir, para establecer un criterio de reconocimiento no hace falta que se fuerce a la persona a estar identificada registralmente o exigirle un tratamiento hormonal como tampoco que acredite la realización de una cirugía.

(ii) **El libre desarrollo personal** se corresponde, en primer lugar, con los mecanismos para garantizar el acceso libre, no patologizante, permanente, integral, idóneo, suficiente y actual a las prestaciones que por motivos de salud se precisen de acuerdo con el requerimiento personal para afirmar o expresar un género sentido. El desarrollo personal se basa en un modelo de atención sanitaria anti-patologizador (no se requiere acreditar ningún diagnóstico por trastorno de la identidad sexual o disforia de género para acceder a las prestaciones hormonales o intervenciones de afirmación de género totales o parciales) y de autonomía de la voluntad. Con este marco, se hace lugar a un régimen de reconocimientos que admite la participación de la persona en la toma de decisión de los procedimientos médicos o biológicos que involucren su salud sin alegar razones biomédicas basadas en criterios patologizantes. Los informes psicodiagnósticos que se elaboran siguiendo pautas clínicas impuestas por entidades científicas internacionales contradicen el principio de protección contra abusos médicos que prescriben los citados Principios de Yogyakarta²¹. A su vez, tales prácticas han sido impugnadas y consideradas como obstáculos por el *Informe temático de Thomas Hammarberg, Derechos humanos e identidad de género del Consejo de Europa*, del año 2010²², y extendidas a malos tratos o penas crueles de acuerdo con el *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez* presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas del año 2013²³.

La imposición de exámenes que diagnostiquen la identidad de género implica sustraerse del criterio específico según el cual el único requerimiento consiste en acreditar una declaración de voluntad suficiente efectuada por la persona interesada²⁴ y puede hacer incurrir al Estado nacional en responsabilidad

²¹ "...con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas".

²² "muchas clasificaciones médicas internacionales y nacionales imponen a las personas trans el diagnóstico de trastorno mental. Tal diagnóstico puede convertirse en un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos humanos de las personas trans, especialmente cuando se aplica para restringir su capacidad legal o la elección de un tratamiento médico".

²³ El informe exhorta a los ESTADOS a: ... d)... promover una cultura de respeto a la integridad y la dignidad, respeto de la diversidad y eliminación de las actitudes propicias a la patologización y la homofobia. Impartir formación a médicos, jueces, fiscales y agentes de policía sobre las normas relativas al consentimiento libre e informado.

²⁴ Este aspecto debe leerse en correlación con lo estatuido por las leyes 26529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (21 de octubre del año 2009); 26657 del Derecho a la Protección de la Salud

internacional por desobediencia con las obligaciones de respetar y promover el libre desarrollo personal conforme la identidad de género escogida según los estándares vigentes en la materia²⁵.

Esta última interpretación se corresponde con las exigencias internacionales para la promoción del derecho a la salud de cara al derecho al libre desarrollo de la personalidad en tanto hay una obligación de abstenerse en interferir en la elección personal en razón de la libertad que reconoce el sistema internacional de los derechos humanos. El disfrute al más alto nivel de salud obliga al Estado a diseñar políticas públicas que no sean contraintuitivas de los preámbulos de los tratados internacionales del sistema de derechos humanos²⁶. Especialmente, los que interpelan al respeto de los atributos de la persona humana. Los criterios médicos que diagnostican como enfermedades mentales o disforias corporales determinadas identidades de género, habitualmente las que son antinormativas, operan en el mismo registro que lo hace el derecho penal de autor que considera el delito como “el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica”²⁷. El principio de la despatologización no implica desmedicalización, sino un cambio de visión en relación a las corporalidades posibles. Como explica Miquel Missé “Defender la despatologización es defender que nuestras identidades forman parte de la diversidad y que tenemos derecho a modificar nuestro cuerpo cuando así lo decidamos”²⁸.

El libre desarrollo también involucra otros aspectos asociados con la salud, como por ejemplo la asistencia y monitoreo permanente, el acceso a derechos de alimentación, vivienda y trabajo, el resguardo de los derechos reproductivos y la prohibición del uso no consentido de técnicas de esterilización de acuerdo a pautas eugenésicas. El derecho a la salud, por ende, se extiende a factores socioeconómicos que condicionan una vida vivible.

Mental (25 de noviembre de 2010) y 26742 modificatoria de la ley 26529 (9 de mayo del año 2012). Adicionándose los decretos y normas complementarias.

²⁵ Ilustran tales estándares el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género del año 2011 o el Informe preliminar sobre el tema “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, adoptado por el Comité Jurídico Interamericano en su sesión del año 2013.

²⁶ La ley 4238 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, promulgada el día 11 de septiembre de 2012, tiene por objeto garantizar el desarrollo de políticas orientadas a la atención integral de la salud de personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero en el marco de la Ley Nacional 26.743, la Ley 153 y su decreto reglamentario y la Ley 418. Señala como una de sus acciones implementar estrategias para promover y facilitar el acceso de las personas trans al sistema de salud en todos los niveles y servicios, adoptando medidas específicas para la remoción de las barreras, en particular en lo que respecta a las prestaciones y servicios vinculados con la adecuación de su cuerpo a la identidad de género autopercebida y con la salud sexual y reproductiva.

²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raul, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho penal: Parte general, editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 66.

²⁸ Missé, op.cit.

(iii) El derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan identidad, se desdobra en dos partes. Primero, asociado con el buen trato que es una extensión del reconocimiento sin identificación registral o corporal del género. Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su sólo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio tanto en los ámbitos públicos como privados. En segundo lugar, remite al régimen identificatorio de la identidad de género a partir de la inscripción registral. La solicitud de registrar el componente sexo y nombre cuando no coincidan con la identidad de género afirmada, debe considerar como único requisito la expresión de voluntad de la persona, y admitirse un régimen administrativo gratuito, expedito, claro y directo.

—VI—

El reconocimiento de los efectos patrimoniales derivados de los vínculos entre personas del mismo sexo, también corresponde situarlo en el contexto anteriormente descrito toda vez que refiere a las condiciones de posibilidad que institucionalmente permiten el ejercicio de vida conyugal o de parentesco a partir de la voluntad personal, independientemente de la identidad sexual sobre la cual los vínculos tradicionalmente se han fundado.

Reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo implica una transformación para el Estado y la sociedad respecto de la noción de la familia, los lazos conyugales y del parentesco. Se trata de cuestionar la estructura heteronormativa que sigue siendo en varias latitudes, el sostén del instituto. En este sentido, los efectos patrimoniales son elementales para protección de la familia y resguardar ante eventuales contingencias al grupo.

La Corte IDH se expidió sobre las consecuencias derivadas de las relaciones parentales entre personas del mismo sexo, específicamente sobre las prácticas discriminatorias motivadas en la orientación sexual en un proceso de tuición y de investigación disciplinaria contra la víctima. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte IDH ratificó su postura alrededor del derecho a la igualdad y no discriminación (cf. art. 1.1 CADH) y estableció como estándar de protección la orientación sexual al interpretar que la expresión "cualquier otra condición social" del artículo citado, incorpora la orientación sexual de las personas. De manera tal que esta categoría no puede utilizarse para negar o restringir ninguno de los derechos consagrados en la Convención. Por lo que, cualquier intento institucional dirigido a tal fin exige una fundamentación rigurosa y de peso (cf. punto 124 de la sentencia). La Corte IDH sostiene que la Convención no garantiza ni protege un único modelo familiar, sino que "reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio" (cf. punto 142 de la sentencia). Por lo que si se reconoce la constitución familiar en la diversidad de opciones, más aún los efectos derivados de tales vínculos deben resguardarse en el marco habilitado por la Convención.

En el reciente fallo *Duque vs. Colombia*, sentencia de 26 de febrero de 2016, la Corte IDH recordó su jurisprudencia alrededor del principio de igualdad y no discriminación: "Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación". En cuanto a la distinción que el Estado de Colombia efectuó en el caso para acceder a una pensión por viudez en el marco de una relación homosexual, la Corte IDH sostuvo que contrariaba el derecho a la igualdad ante la ley (art. 24 CADH) en relación al art. 1.1 CADH.

—VII—

Por lo expuesto, consideramos que el derecho a la identidad de género respecto de reconocer el cambio de nombre de las personas, desde la perspectiva despatologizadora y con un enfoque de derecho, encuentra sustento en los derechos reconocidos por la CADH: art. 11.2: protección de la honra y de la dignidad (nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada); art. 18: derecho a un nombre propio y art. 24: tener igual protección ante la ley sin discriminación. Estos artículos expresan el marco sobre los cuales el cambio de nombre descansa, para proteger el derecho a la identidad de género en relación con el dispositivo del art. 1 CADH.

Desprendimiento de ello, el art. 54 del Código Civil de la República de Costa Rica necesita adecuarse para garantizar la protección al derecho a la identidad de género de las personas que deseen cambiar su nombre, a través de un mecanismo que no judicialice el pedido, sometiendo a la persona a vejámenes en su vida privada, o situaciones de discriminación por identidad de género.

Un proceso judicial obstaculiza el derecho a un nombre propio porque es desprendimiento de la patologización. Instar el campo judicial implica sustraer la voluntad de la persona y someter su petición a un sistema burocrático y altamente expositivo de la vida privada. Lo que conlleva a una doble victimización de acuerdo a las violencias registradas al comienzo de esta presentación, especialmente aquellas que pudieran darse con exigencias psicodiagnósticas o sometimiento compulsivos a procedimientos médicos²⁹.

²⁹ En este aspecto, cabe subrayar que el proceso de judicialización constituye una barrera discapacitante, una suerte de desprendimiento de la técnica de disciplinamiento biomédico. Así como las barreras arquitectónicas de cualquier espacio público posicionan jerárquicamente un cuerpo con capacidad por sobre otro sin capacidad, una sociedad que jerarquiza sexualidades y géneros, distingue entre aquellas corporalidades merecedoras de reconocimiento político legal de otras que no: una retórica peligrosa que se dirige a fijar criterios de humanidad de acuerdo a los valores que, jerarquizados, se logran imponer socialmente.

De Souza Santos considera que tres son los componentes estructurales del Derecho: la retórica, la burocracia y la violencia. El autor indica que “[l]a retórica no es sólo un tipo de conocimiento, sino también una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión o convicción...la burocracia es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en imposiciones autoritarias a través de la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regularizados y los estándares normativos...la violencia es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza de la fuerza física”³⁰

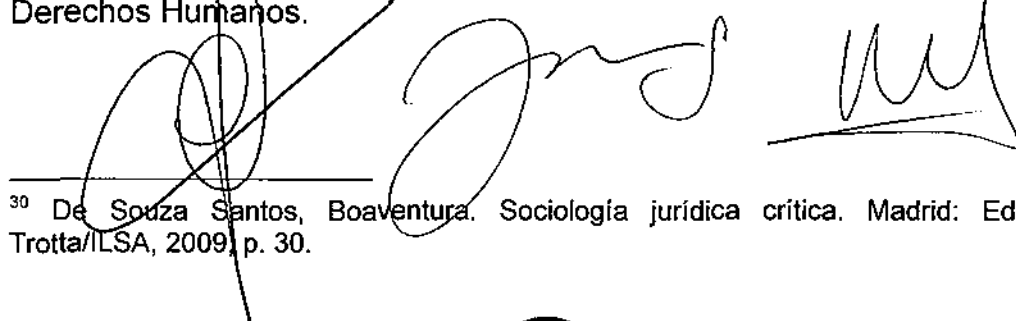
La judicialización devela la presencia de cada uno de esos componentes: las prácticas judiciales suelen caracterizarse por asumir lógicas retóricas, burocráticas y violentas asociadas a los patrones sobre los cuales se constituye la diferencia de género. Por ejemplo, la retórica se corresponde con la lectura habitual de los tribunales de justicia sobre las identidades transgénero; como aquella persona encerrada en un cuerpo equivocado. La alegoría del encierro presupone la existencia de cuerpos normales frente a los anormales. Como acertadamente apuntaba Lohana Berkins: “¿Qué es ser mujer? Esta misma pregunta nos conduce a algo que resulta bastante difícil en la práctica, nos conduce al esencialismo. ¿Hay algo que define esencialmente a la mujer? ¿el cariotipo? ¿los genitales? ¿las funciones reproductivas? ¿la orientación sexual? ¿la conducta, la ropa? ¿todo ello junto? ¿una parte de ello?” o en la persistencia de los pronunciamientos judiciales en definir al sexo mediante sus elementos cromosómicos, gonadales, hormonales afianzando la tradicional fórmula naturaleza/cultura. Respecto de la violencia, podemos advertir que opera desde el mismo momento en que la persona solicitante debe acreditar su “trastorno de identidad” y su palabra se pone en constante sospecha. El sometimiento a peritajes biomédicos implica la realización de un escrutinio corporal invasivo y violatorio a los estándares en derechos humanos, además significa legitimar al cuerpo médico en el rol tutelar del género de ciertos grupos sociales.

Por ello, la mejor técnica es administrativizar la petición, siguiendo parámetros que respeten la personalidad jurídica y la voluntad de la persona.

Finalmente, los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, encuentran resguardo convencional en los artículos 11.2 y 24 CADH debido a los criterios jurisprudenciales y de organismos políticos internacionales que pacíficamente

—VIII—

Esperamos que lo aquí desarrollado, sirva como disparador para el dictado de la opinión consultiva solicitada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



³⁰ De Souza Santos, Boaventura. Sociología jurídica crítica. Madrid: Editorial Trotta/ILSA, 2009, p. 30.