

**Presentan *Amicus Curiae***

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Solicitud de Opinión Consultiva

Presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016

Presentado por:

Centro de Estudios en Derechos Humanos (C.E.D.H.), Facultad de Derecho,  
Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes,  
Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

Autoras/es:

Laura María Giosa. Directora CEDH – Profesora de la Carrera de Especialización en  
Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Marisa Herrera. Directora de la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

María Victoria Schiro. Coordinadora Académica de la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

María Martina Salituri Amezcua. Becaria Doctoral CONICET. Integrante del CEDH.

Eduardo Javier Arrubia. Becario Doctoral CONICET. Integrante del CEDH.

Mariana Brocca. Becaria de Investigación del CEDH.

Camila Agustina Ormar. Becaria de Investigación del CEDH.

Datos de contacto:

Dirección: Bolívar 481, Azul, Provincia de Buenos Aires, Argentina (C.P. 7300).

Télefono: 54 – 2281 – 427277.

Correo electrónico: [cedh.unicen@gmail.com](mailto:cedh.unicen@gmail.com)

## **Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Laura María Giosa, directora CEDH y profesora de la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, UNICEN; Marisa Herrera, Directora de la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; María Victoria Schiro, Coordinadora Académica de la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; María Martina Salituri Amezcua, Becaria Doctoral CONICET e Integrante del CEDH; Eduardo Javier Arrubia, Becario Doctoral CONICET e Integrante del CEDH; Mariana Brocca, Becaria de Investigación del CEDH; y Camila Agustina Ormar, Becaria de Investigación del CEDH, todos ellos constituyendo domicilio en la calle Bolívar 481, Ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, se dirigen respetuosamente a esa Ilustre Corte y manifiestan:

### **I- SOLICITUD DE SER CONSIDERADOS AMICUS CURIAE**

Venimos a presentarnos en la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016, a fin de que esta Ilustre Corte interprete las obligaciones internacionales en materia de cambio de nombre por identidad de género y reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo; y sometemos a consideración de V.E. el presente memorial en derecho, en calidad de *Amicus Curiae* (“amigo de la Corte”), en el que ofrecemos nuestra opinión acerca de las temáticas subyacentes a los puntos sometidos a consulta.

El Centro de Estudios en Derecho Humanos (CEDH) está integrado por profesores, investigadores, becarios y alumnos de las cátedras de Derechos Humanos y Garantías y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Dicha institución pretende crear un espacio de referencia y formación de jóvenes comprometidos con los Derechos Humanos a fin de lograr su plena vigencia y efectividad. En este sentido la investigación científica, la realización de actividades de extensión que cristalicen el compromiso con el medio, la profundización en la enseñanza, y la transferencia hacia la comunidad, son pilares fundamentales para lograr

fortalecer la conciencia moral, en aras de lograr el pleno respeto de los Derechos Humanos.

Por su parte, la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, a través de sus directivos, entienden que las temáticas en estudio hacen parte del enfoque de derechos humanos que es su impronta y columna vertebral. La Carrera brinda una perspectiva de derechos humanos conforme a los estándares internacionales vigentes a efectos de abordar las problemáticas que afectan a la niñez, siendo la identidad de género como la orientación sexual temáticas centrales en materia de derechos humanos de niños y adolescentes desde una perspectiva contemporánea.

Por lo expresado, el interés del CEDH y la Carrera de Especialización es evidente, al estar involucrado en el caso en estudio la interpretación de obligaciones que hacen al respeto de los derechos humanos en cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Además, es compromiso de la Facultad de Derecho en la cual se insertan ambos espacios académicos, crear un ámbito de debate y actualización permanente en la materia, tomar intervenciones activas que coadyuvan a la formación integral de operadores jurídicos comprometidos con la defensa de los derechos humanos.

## **II- INTERÉS DEL AMICUS CURIAE**

Como institución educativa cuya finalidad es la enseñanza, la investigación y la extensión desarrolladas a través de una perspectiva de derechos humanos, se tiene un especial interés en brindar una opinión como fruto del estudio generado en su ámbito, máxime cuando se trata de una oportunidad en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresará sobre un tema incipiente pero de central importancia en lo que hace al desarrollo y evolución en los derechos humanos. Asimismo, Argentina posee un vasto recorrido y concreciones normativas en la materia que la determinan como un actor de importancia en la región dada su aptitud para transmitir la experiencia que tiene en la concreción de estándares en materia de derechos humanos de minorías en razón a la identidad de género y orientación sexual.

## **III- OBJETO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA**

El Estado de Costa Rica presentó el pasado 18 de mayo de 2016 ante la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva a fin de que el Tribunal interprete las obligaciones sobre: a) “*la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una*”; y b) “*la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N° 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención*”, y c) “*la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo*”.

#### **IV- DESARROLLO DE LA OPINIÓN**

A continuación, desarrollaremos los distintos puntos cuyo análisis deviene central de acuerdo al objeto de la Opinión Consultiva solicitada. En consecuencia y a los fines de una mejor organización y claridad expositiva, se divide el apartado en dos grandes ejes: 1) principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual y 2) el derecho a la identidad de género; los cuales a su vez se dividirán en subtítulos de acuerdo a los distintos planos y fuentes jurídicas que se analizan, yendo de lo internacional (universal, interamericano y europeo) a la experiencia del derecho interno argentino. Esto último, en el entendimiento que al transmitir los cambios tanto normativos como jurisprudenciales ocurridos en los últimos años en nuestro país respecto a estas temáticas, estaremos contribuyendo a visibilizar desde la realidad local las consecuencias jurídicas y su vinculación directa con los estándares de derechos humanos que implica un determinado modelo de regulación en la Región.

##### **1) El principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual**

###### **1.1. Orientación sexual desde el plano convencional internacional**

###### ***a) Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH)***

La protección de la orientación sexual se encuentra plasmada en el artículo 1.1 de la CADH a partir de la interpretación realizada por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Consecuentemente, si bien el artículo 1.1 de la CADH no hace alusión expresa a la orientación como una categoría protegida dentro de sus disposiciones, lo cierto es que, desde este, la Corte IDH ha entendido que la orientación sexual se encuentra incluida dentro de la expresión “*cualquier otra condición social*” de dicho artículo.

En consonancia con ello, la Corte IDH manifestó en su sentencia en el caso Atala Riffo y niñas que “*la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo*”. Así, el órgano interamericano hizo hincapié, a lo largo de la sentencia, en las interpretaciones realizadas por otros órganos internacionales o regionales de derechos humanos sobre la inclusión de la orientación sexual como categoría protegida, justificando así su postura. A modo de ejemplo, la Corte IDH hizo mención al caso europeo Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determinó que la orientación sexual se encontraba protegida por el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), equiparable al artículo 1.1 de la CADH. Por otro lado, la Corte IDH recordó que “*en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [calificaron] la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”.

Consecuentemente, la Corte IDH manifestó que “*un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención*”.

***b) Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia***

En el marco del Sistema Interamericano se presenta la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Si bien aún no se encuentra en vigencia dada la carencia de los suficientes depósitos ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) por parte de los Países Signatarios, lo cierto es que esta incluye, dentro de sus disposiciones, menciones específicas a la orientación sexual como categoría protegida en lo relativo a la discriminación. Así, pueden extraerse los siguientes párrafos del Preámbulo de la Convención Interamericana: “*RECONOCIENDO la obligación de adoptar medidas en el ámbito nacional y regional para fomentar y estimular el respeto y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los individuos y grupos sometidos a su jurisdicción, sin distinción alguna por motivos de (...) orientación sexual (...) CONVENCIDOS de que ciertas personas y grupos son objeto de formas múltiples o agravadas de discriminación e intolerancia motivadas por una combinación de factores como (...) orientación sexual (...) CONSIDERANDO que es preciso tener en cuenta la experiencia individual y colectiva de la discriminación e intolerancia para combatir la exclusión y marginación por motivos de (...) orientación sexual (...) ALARMADOS por el aumento de los delitos de odio cometidos por motivos de (...) orientación sexual (...)*”.

Asimismo, en su artículo 1, al definir qué entiende por discriminación, la Convención Interamericana hace alusión particular a la orientación sexual como una categoría protegida en los siguientes términos: “*Artículo 1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, 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 humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de (...) orientación sexual (...)*”.

La Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia se constituye en el único instrumento vinculante de derechos humanos que hace mención específica a la orientación sexual como categoría sospechosa dentro de sus disposiciones, y no a partir de las interpretaciones realizadas por otros órganos, como lo sucedido con el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile de la Corte IDH, respecto del mencionado artículo 1.1 de la CADH.

### *c) Normas del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*

Cuando se trata de derechos humanos, deviene necesario formular la articulación entre las normas del Sistema Universal con aquellas de los sistemas regionales. Así, por ejemplo, el caso contencioso “Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” constituyó la primera vez en que la Corte IDH reconoció, a través de la aplicación de una regla de Derecho Internacional, que estaba habilitada a utilizar tratados del sistema universal al interpretar una norma del sistema regional<sup>1</sup>. Esto permite incorporar a nuestro análisis la norma del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo texto análogo al del artículo 1.1 de la CADH, también contiene la expresión “otra condición social” a los efectos de bloquear actos de discriminación. En igual suerte que el texto de la CADH, esta nomenclatura ha sido interpretada en el sentido de incluir la categoría de orientación sexual.

En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la mención de una “*protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*” en el artículo 26 del PIDCP incluye la discriminación por razones de orientación sexual<sup>2</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho, en su Observación General (OG) N° 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12)”, que: “*en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3 [del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por [...] el estado de salud (incluidos el VIH / SIDA), la orientación sexual [...], que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud*” (párr. 18)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Beloff, M. (2016). El Derecho de los Niños a su protección especial en el sistema interamericano. Buenos Aires. En preparación. Pág. 23

<sup>2</sup> Comité de Derechos Humanos: Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso Nicholas Toonen c. Australia, Comunicación N° 488/1992, párrafos 8.2-8.7. Véanse, también, Dictamen de 6 de agosto de 2003, Caso Edward Young c. Australia, Comunicación N° 941/2000, Párr. 10.4, y Dictamen de 30 de marzo de 2007, Caso X c. Colombia, Comunicación N° 1361/2005. Párr. 7.2.

<sup>3</sup> Ver también: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG N° 15: “El derecho al agua”, párr. 13.

Por último, tal como surge del informe de la Comisión Internacional de Juristas<sup>4</sup>, el Comité contra la Tortura ha entendido que la orientación sexual es una de las razones prohibidas incluidas en el principio de no discriminación (OG N° 2: “Aplicación del Artículo 2 por los Estados Parte”, párr. 21 y 22). Mientras que, el Comité de los Derechos del Niño ha enumerado la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación en sus OG relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes, el VIH/SIDA y los derechos del niño (OG N° 4: “Salud y Desarrollo de los Adolescentes”, párr. 6, y OG N° 3: “VIH / SIDA y los derechos del niño”, párr. 8).

***d) Documentos de soft law sobre orientación sexual***

Más allá de los Principios de Yogyakarta y su relevancia que se pondrá de manifiesto más adelante, en el año 2008, en el marco del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, se presentó la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Esta proclama y reafirma que todas las personas deben ver respetados sus derechos humanos sin discriminación alguna basada en su orientación sexual. Así, en el tercer considerando reafirma “(...) *el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.*”

Por otra parte, en el sexto considerando, condena “(...) *las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud.*”

En suma, si bien la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género no es un instrumento vinculante, constituye un gran aporte en la materia; máxime cuando lo que se pretende es la interpretación de ciertas consideraciones que involucran de manera directa la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género en la región.

---

<sup>4</sup> Comisión Internacional de Juristas (CIJ). 2009. Op. Cit. Pág. 34

## **1.2. El principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual (artículo 1 CADH) desde la experiencia Argentina**

### ***a) Consideraciones generales***

Uno de los dos temas en consulta involucra la orientación sexual, con mayor precisión: *“la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”*. Si bien aquí se refiere de manera específica a los derechos patrimoniales, lo cierto es que a la luz del principio de igualdad y no discriminación, el interrogante debería ser más amplio y a la vez, más igualitario. ¿Existiría alguna faceta, vertiente o tipología de derechos que deberían quedar excluidos de las parejas del mismo sexo que se les reconoce a las parejas de diverso sexo?

Esta ha sido una de las principales inquietudes que ha girado en torno al debate del denominado “matrimonio igualitario”, es decir, el reconocimiento legal del derecho a contraer matrimonio con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes con todos los efectos que se deriva de esta institución central y ancestral del derecho de familia como lo es el matrimonio. Nos referimos, tanto a los derechos personales como a los patrimoniales y dentro de este amplio espectro, los que interesan o comprometen a los propios miembros de la pareja conyugal como a cada uno de sus integrantes con sus hijos. Esto último ha sido reconocido de manera expresa por la propia Corte IDH en el ya citado caso Atala Riffo y otros contra Chile del 24/02/2012. En especial, cuando se destaca en lo relativo al “interés superior del niño” entrecruzado con la orientación sexual de sus progenitores afirmándose que *“al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un daño válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. ...”* (párrafo 121). Aseveración que se condice con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de México en su sentencia del 16/08/2010 en el que se reafirma sobre la ley que admite el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el entonces Distrito Federal del 21/12/2009 que: *“No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que*

*redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia”.*

En este contexto, cabe entonces reafirmar que no sólo los derechos patrimoniales –a los que se circunscribe la consulta sobre la cual se pretende aportar herramientas de análisis- sino también todos los derechos que se reconocen a los matrimonios conformados por parejas de diferente sexo a las parejas de igual sexo.

A su vez, esta afirmación se enmarca en un debate más profundo y del cual la experiencia argentina tiene mucho para aportar que gira en torno a qué tipo de protección se le debe dar a las parejas del mismo sexo a la luz del obligado principio de igualdad y no discriminación. En otras palabras, si extender la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo o su acceso y reconocimiento del derecho a contraer matrimonio no es la única decisión legislativa a nivel nacional que cumple con la manda que se deriva del artículo 1 de la CADH en consonancia con el artículo 17 del mismo cuerpo normativo referido a la “Protección de la familia” partiéndose de la base, como lo ha aseverado en varias oportunidades la Corte IDH, que en la CADH “*no se encuentra un concepto cerrado de familia, ni un modelo único*” (conf. mencionado caso Atala Riffo), agregándose en el caso Fornerón y otra contra Argentina del 27/04/2012 que “*Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas*” (párrafo 98). Por lo tanto, fácil se puede observar que la propia Corte IDH ya se ha expedido a favor del principio de igualdad y no discriminación en una cuestión más compleja al comprometer derechos de terceros calificados como son los hijos, por lo tanto, misma lógica debería seguir tratándose de derechos que compromete sólo a las

partes –la pareja conyugal- y en una tipología de derechos menos compleja como lo son los derechos patrimoniales, en contraposición a los derechos personales que suelen ser menos estructurados, flexibles y amplios y por lo tanto, más difíciles de contener, abordar y resolver.

De este modo, si se defiende la idea de que el principio de igualdad y no discriminación se encontraría más protegido y respetado al extenderse la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, el reconocimiento de derechos patrimoniales sería una de las tantas conclusiones lógicas. Ahora bien, cuál es el fundamento constitucional-convencional del denominado “matrimonio igualitario”; seguramente, ello se encontrará de manera rápida y elocuente en las siguientes palabras esgrimidas por una escritora argentina publicadas en un periódico de gran difusión nacional durante el debate parlamentario de esta figura.

Claudia Piñeiro escribió una columna de opinión titulada “El dueño de las palabras” en el Diario La Nación en fecha 08/07/2010: *“Estimado director de la Real Academia Española, me dirijo a usted porque supongo que debe ser la persona indicada para responder una duda que en estos últimos tiempos se ha convertido, para mí, en una verdadera obsesión: ¿quién es el dueño de las palabras? Esa es mi pregunta, tal vez le parezca a usted tonta, o ingenua, o inútil, pero hoy es ineludible. Y luego otras preguntas que aparecen por añadidura: ¿se paga para ser el dueño de una palabra?, ¿se compran las palabras?, ¿se venden?, ¿se apropian luego de una guerra, una invasión o una simple batalla?, ¿existe título de propiedad de las palabras como existe una escritura para un bien inmueble? Estimo que usted no es ese dueño que busco, porque de lo que se ocupa el organismo que usted dirige es de tomar las palabras que todos usamos y definir las, decir qué significan, qué nombran, y tomar los cambios que los usos y costumbres van imprimiendo en ellas. Sin embargo, ya que es el material con el que usted trabaja, estoy segura de que no habrá persona más indicada para orientarme en la búsqueda de ese dueño, si es que existe. Como usted sabe, las palabras nombran la realidad, nombran todo lo que existe, sea tangible como una mesa o intangible como un sueño. Pero el camino es de ida y vuelta, porque al nombrar, las palabras también construyen la realidad. O la niegan. Por ejemplo, si alguien con el poder suficiente se apropiara de la palabra "casa" y sólo dejara que se llame con ese nombre a las construcciones de tres ambientes, con dos baños y patio al fondo, todas las otras "casas" serían negadas como realidad y no les quedaría más remedio que ser*

nombradas de otra manera o desaparecer. Lo que no puede nombrarse con la palabra que corresponde, se niega, se ignora y desaparece. Quien nos niega el uso de una palabra, nos niega también la existencia de lo que esa palabra nombra, y si esa palabra nos nombra a nosotros, entonces quien se apropió de ella nos reduce a lo que no existe. Ahora bien, ni yo ni nadie tenemos problema con la palabra casa. Pero imagine usted que alguien se apropiara de la palabra "amor" y definiera qué puede nombrarse así y que no. O "madre"; o "justicia"; o "dignidad"; o "niño"; o "sano"; o "cultura"; o "natural"; o "felicidad". Bueno, señor director, en mi país ha habido una apropiación de palabra. Alguien cree que es dueño de la palabra "matrimonio", que puede decir qué es un matrimonio y qué no. Y no es una cuestión legal, como nos quieren hacer creer. Porque las leyes, señor director, son una construcción teórica, un acuerdo entre los hombres (y a quien lo dude le sugiero como lectura no el derecho romano ni la historia del derecho, sino *El malestar en la cultura*, de Sigmund Freud). Las leyes, como construcción teórica del hombre en su tiempo, se modifican. Si no fuera así, en mi país seguiríamos sin votar las mujeres, no habría divorcios y los hijos extramatrimoniales no tendrían los mismos derechos que los que nacieron dentro de un matrimonio, por ejemplo. Las leyes pueden modificarse, y eso lo saben, más que ningún otro, quienes lo niegan. Por eso, la verdadera batalla no está allí, sino en la propiedad de la palabra. La palabra "matrimonio" hoy está en tránsito. Durante mucho tiempo alcanzaba con que nombrara sólo a un hombre y una mujer que deciden unirse legalmente. Hoy ya no. Las palabras son materia viva. Si sólo nombrara ese vínculo, hombre-mujer, estaríamos negando la existencia de algo que existe. Si la palabra matrimonio sólo nombrara el vínculo heterosexual, ¿cómo llamaría yo al vínculo de años entre mis amigos Mauro y Andrés o entre mis amigas María y Vanessa? Yo quiero esa palabra para nombrarlos porque eso son. Mucho más que otros matrimonios que conozco. Mucho más que otros matrimonios que no quieren revisar el uso de la palabra porque lo que se caería es el vínculo que sostienen con alfileres. Porque hacerlo los pondría frente a un espejo donde no se quieren ver. Los que se arrogan la propiedad de la palabra matrimonio dicen: "Bueno, que sean, que vivan juntos si quieren, pero que usen otro nombre". Y no es ingenuo ni legal lo que plantean, es ontológico. Saben que negar la palabra, negarles ser nombrados, es negar la existencia misma. Un método que viene de los campos de concentración y de los centros clandestinos de detención donde se llamaba a las personas privadas de su libertad por un número, donde no había que nombrarlos, porque el objetivo era que desaparecieran. Estimado señor, no

*quiero robarle más de su precioso tiempo. Pero sé que a usted, como a mí, nos importan la palabra, su uso, y las batallas que se libran en su nombre. Espero con ansiedad su respuesta. Quiero discutir con quien diga ser el dueño de esta palabra, librar batalla. Por los amigos a los que hoy no me dejan nombrar, pero también por mí, por mis hijos y sus amigos, por la memoria de mis padres y por todos los otros innombrables que aún hoy niega nuestra sociedad, esa que construimos entre todos”.*

La síntesis de estas palabras más poéticas que jurídicas pero no menos acordes en términos de derechos humanos es sencilla: misma denominación e institución, iguales derechos, siendo los derechos patrimoniales parte del amplio campo de los derechos-deberes que se derivan de la unión matrimonial.

#### ***b) La ley argentina 26.618 del 2010***

Argentina es el primer país de la región que extiende el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Si bien el primer país en el que se debate la cuestión es México, lo cierto es que por su estructura jurídica, tal reconocimiento es por Estados y por ende, el primer país que admite el matrimonio igualitario en todo su territorio es Argentina.

Previo a la sanción de la ley de “Matrimonio Igualitario” en la Argentina, normativa similar había sido aprobada sólo en nueve países: Bélgica, Canadá, España, Islandia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Sudáfrica, Suecia. Desde de que se sumó Argentina, más países se sumaron a esta iniciativa que responde a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual como ser, en orden temporal ascendente: Dinamarca, en 2012; Brasil (resolución dictada a través del Consejo Nacional de Justicia), Francia, Uruguay, Nueva Zelanda y cuatro entidades federativas de México, en 2013; varios estados de los Estados Unidos, en tres países constituyentes del Reino Unido (Escocia, Gales e Inglaterra), en 2014; Irlanda, Luxemburgo y Eslovenia, en 2015. Finlandia, las Islas Feroe, así como Guernsey, Jersey, Gibraltar y la Isla Ascensión (estos cuatro bajo soberanía británica) han aprobado en sus respectivos parlamentos leyes que permitirán el matrimonio entre personas del mismo sexo, previstas para entrar en vigor en 2016/17. De manera más reciente aún, Groenlandia aprobó por unanimidad en su Parlamento su Ley de Matrimonio Igualitario, el 01/04/2016, así como Colombia, por decisión de la Corte Constitucional de ese país, el 07/04/2016. De manera más reciente, cabe destacar que el gobierno taiwanés liderado por la primera mujer presidenta, la independentista Tsai Ingwen, manifestó su respaldo formal al proyecto de ley de matrimonio igualitario en

Taiwán el que estaría próximo a aprobarse al contar con mayoría parlamentaria, por lo tanto, se convertiría en el primer país asiático en consagrar la unión legal entre personas del mismo sexo (“Histórico: el gobierno de Taiwán apoya oficialmente el matrimonio igualitario” en <http://www.telam.com.ar/notas/201610/168867-matrimonio-igualitario-taiwan.html>, compulsado el 07/12/2016).

Como se puede observar, en Argentina el matrimonio entre parejas del mismo sexo está vigente hace más de 6 años (ley sancionada el 15/07/2010; promulgada el 21/07/2010 y publicada en el Boletín Oficial del 22/07/2010). En este contexto, uno de los interrogantes que se eleva en consulta ante el máximo tribunal regional en Derechos Humanos referido a la orientación sexual en alusión a *“la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”* es respondida hace tiempo de manera afirmativa, no sólo en lo relativo a los derechos patrimoniales sino a todos los derechos- deberes que se derivan del matrimonio. Sucede que el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo involucra varios derechos protegidos por la CADH, además del derecho a que *“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”* y el derecho la igualdad ante la ley (artículo 24), también lo es el derecho a la protección de la familia (artículo 17) y el derecho a la libertad personal (artículo 7) en relación con el artículo 1 que recepta la obligación de los Estados de *“respetar los derechos y libertades reconocidos 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, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*, sabiéndose que la orientación sexual integra la noción de “otra condición social” y por lo tanto, constituye una “categoría sospechosa” (conf. Atala Riffo).

En total consonancia con esta perspectiva convencional, durante el debate legislativo se puso de resalto que un proyecto de ley que extiende la institución del matrimonio a todas las personas con independencia de su orientación sexual está a tono con la noción amplia que recepta la Constitución Argentina en su artículo 14 bis que se refiere de manera general a la “protección integral de la familia”, en un marco constitucional en el que ciertos tratados de Derechos Humanos como la CADH tiene

jerarquía constitucional de conformidad con lo previsto en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna. En este sentido, la entonces diputada Vilma Ibarra sostuvo: “No abordamos el matrimonio católico, no abordamos el matrimonio de la religión judía, no abordamos el matrimonio de los musulmanes. Repito: estamos tratando leyes civiles en un Estado laico. Necesariamente debemos abordar este tema desde el punto de vista de un Estado democrático constitucional. Nosotros tenemos un paradigma constitucional que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en el caso ‘Halabi’, entre otros, pero ha establecido que el vértice, el punto desde el cual se analizan todos los espacios de la relación entre el Estado y las personas es la Constitución y los tratados de derechos humanos. Esta interpretación que hacemos desde la Constitución y desde los tratados de derechos humanos es pro homine; podríamos decir que es una mirada amplia y no restrictiva. Así lo ha establecido la Corte Suprema, porque cuando se habla de derechos humanos y del ejercicio de los derechos no existen catálogos ni restricciones; lo que existe es una visión amplia para garantizar la pluralidad de una sociedad. Lo que hacen la Constitución y las leyes es ubicar esa diversidad en un punto de igualdad ante la ley. De este modo la norma permite que cada persona pueda vivir su propia biografía y que realice sus propias elecciones en el marco de lo que establece el artículo 19 de la Constitución... La modificación que hoy proponemos no agravia derechos de terceros, la moral ni el orden público. Simplemente da derechos a aquellos que los tenían restringidos”. Por parte, la diputada Storni: “Queremos legislar en el sentido del reconocimiento de los derechos de las minorías. Es importante que podamos reconocer la existencia de los derechos considerados de cuarta generación, como es el derecho a ser diferente, que deriva del derecho a la libertad. No podemos equiparar homosexualidad con perversión. Existen perversos homosexuales y existen perversos heterosexuales. La mayor cantidad de casos de abuso sexual que conocemos transcurren en seno de familias heterosexuales y se trata de garantizar el interés superior del niño. Sigue teniendo vigencia el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad en la diversidad. Queremos ciudadanía plena para todas y todos los argentinos. Debemos desterrar la homofobia y terminar con toda forma de discriminación respetando el derecho de las minorías a gozar de una vida plena y de la libertad de elegir con quien compartir su vida y, si así lo resolviere, la libertad de hacerlo con una persona del mismo sexo. Se trata de la libertad de amar, de pensar, de sentir como ciudadanos de derechos plenos con absoluta dignidad”. La diputada Rodríguez afirmó: “El debate de esta ley tiene una dimensión simbólica y otra práctica. (...) La dimensión simbólica, tal

*como se ha sostenido, es de particular importancia a los fines de la reivindicación de los derechos. El objetivo final debe ser la construcción de una cultura de derechos humanos que afirme una universalidad, pero a la vez sea respetuosa de la diversidad”.* Por último, el diputado Sabbatella aseveró: *“El Estado debe garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas. Eso debe traducirse en la concreción de la legislación necesaria y la corrección de aquella que niega la aplicación de esos derechos... Vamos a dar un paso que es trascendente para todos y no para algunos. Vamos a dar un paso a favor de una sociedad mejor que la que tuvimos hasta hoy, porque cuando desde esta Honorable Cámara impulsamos leyes que consagran derechos y terminan con las injusticias, honramos la democracia, la igualdad, la libertad, la memoria de los que no se resignaron, la sociedad en que vivimos y el futuro que queremos construir”* (Gil Domínguez, Andrés- Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 70 y ss).

Todos estos argumentos -ente tantos otros- que se esgrimieron en favor del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo con todos los derechos y deberes que se derivan de esta institución –entre ellos, los derechos patrimoniales- son elocuentes para mostrar y demostrar desde la experiencia argentina las razones por las cuales la consulta en torno a la orientación sexual y el reconocimiento de derechos patrimoniales a favor de parejas del mismo sexo, debe ser a favor, acompañando de manera expresa la Corte IDH el desarrollo legislativo que observan varios países –de manera ascendente- en la región.

Por último, priorizando aquellas conquistas de derechos humanos desde el plano nacional, cabe traer a colación la reciente reforma integral del Código Civil y Comercial argentino en vigencia desde el 01/08/2015 cuyo artículo 402 que integra el Capítulo 1 sobre “Principios de libertad y de igualdad” del Título I referido al “Matrimonio” del Libro Segundo de “Relaciones de familia” expresa: *“Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.*

Estos contextos legislativos estatales deberían ir marcando los límites mínimos de una regulación en materia de derechos civiles acorde con los Derechos Humanos que recepta, protege y reivindica la CADH.

## **2) El derecho a la identidad de género**

### **2.1. Consideraciones generales**

Preliminarmente, es importante explicitar que entendemos por “identidad de género” y, más específicamente, por “derecho a la identidad de género”.

Desde una perspectiva histórica, los aportes del feminismo al introducir la categoría género al marco conceptual de sus estudios tuvieron una gran relevancia en el sentido que se comenzó a analizar al sexo no sólo como algo definido biológicamente, sino que el acento se trasladó hacia un enfoque cultural de construcción de roles socialmente esperados por encima de la genitalidad de nacimiento desde una mirada crítica<sup>5</sup>. Precisamente, en esta dicotomía entre naturaleza y cultura se inscriben los cuerpos y las vivencias de las personas que no siempre se adecuan a los mandatos culturales heteronormativos, habilitándose el espacio de la autopercepción en la identidad, planteándola como algo dinámico, subjetivo e intersubjetivo.

Es decir que, “[l]a transgeneridad incluye a aquellas personas que se identifican con o viven como el ‘otro’ género, ese que no es esperable del sexo que se les asignara al nacer. Pueden o no haberse sometido a tratamientos hormonales o a intervenciones de reasignación de sexo. Los travestis y transexuales se identifican como hombres, en un acto vital de resistencia contra las normas de asignación de sexo/género que los definieron como mujeres al nacer. A la inversa, las travestis y transexuales se identifican como mujeres, habiendo sido ‘naturalmente’ clasificadas como varones. La persona transgénero, en cambio, se identifica como trans, esto es, como ‘tranhombre’ o ‘transmujer’, no aspirando a someterse a ninguna de las categorías del binarismo sexual del sistema sexo/género (...). A su vez, la diferencia entre el travestismo y el transexualismo está dada por la intervención sobre el propio cuerpo en el devenir trans; tanto el cuerpo travestido como el transexual es sometido a tratamientos de

---

<sup>5</sup> Lamas, M. 2002. *Cuerpo: Diferencia sexual y Género*. Ed. Taurus-Pensamiento. México. Pág. 37

*hormonización, pero sólo los segundos son asimismo sometidos a intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo”<sup>6</sup>.*

Por otra parte, partir del “derecho a la identidad” nos permite dar cuenta que este derecho ha tenido una interesante evolución jurídica, tal es así que la fuerza del derecho a la identidad en un determinado contexto histórico-político-cultural se observa en el desprendimiento de otra cantidad de derechos que, desde la noción de éste, han adquirido autonomía o peso propio<sup>7</sup>, por lo que entre el derecho a la identidad y el derecho a la identidad de género podemos vislumbrar una relación que va desde lo más general a lo más específico. A su vez, el derecho a la identidad de género también se vincula necesariamente con otras especies del derecho a la identidad, como son el derecho a la identificación, a la documentación y al nombre (artículo 18, CADH), ya que se interrelacionan en pos del reconocimiento jurídico de la personalidad humana. Así también con otros derechos, como la dignidad, el cuidado del propio cuerpo, la autonomía personal y vida privada (artículo 11.2, CADH) y el principio de igualdad y no discriminación (artículo 24 y artículo 1 en relación a los restantes, CADH).

## **2.2. Identidad de género desde el plano convencional internacional**

### ***a) Introducción***

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en el año 2015, a través de su documento titulado “Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, que son nuestras creencias acerca del género, y no la ciencia, las que definen el sexo. En este contexto, deviene imperioso legitimar, a través del Derecho Internacional, la autodeterminación a la hora de definir la propia identidad, corporalidad y sexualidad del ser humano en su calidad de persona digna. Dignidad que no es dada naturalmente, sino que debe ser construida en aras de proteger los derechos más fundamentales de la persona humana. Pero, como sostiene Nino, *“además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento, debe apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una consciencia moral de la humanidad acerca*

---

<sup>6</sup> (Spaventa, Verónica, “Rupturas y resistencias: acerca del "desorden" provocado en el "orden" familiar por las identidades y expresiones de género. Notas escritas a propósito del dictamen 14/2014 de la SENAF” *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 2014- VI, Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2014, págs. 218 y 219.

<sup>7</sup> Herrera, Marisa, “¿Qué es del acogimiento familiar a la luz del derecho a la identidad?”, en Luna, Matilde (coord.), *Una mirada latinoamericana al Acogimiento Familiar*, Lumen Humanitas, Ciudad de Buenos Aires, 2009, págs. 139 y ss.

*del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos”<sup>8</sup>.*

Esta legitimación a la que hacemos referencia proviene del entendimiento de que aunque el papel normativo sea central en el campo de la juridicidad, lo cierto es que el derecho, y en el caso objeto de este informe, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos emite prescripciones, y lo hace legitimando, reconociendo, otorgándole la palabra a unos y negándosela a otros<sup>9</sup>. De esta manera, la pregunta medular que emerge está vinculada con determinar en qué medida la identidad de género ha sido receptada como un derecho humano en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de qué manera el derecho al nombre se inscribe en el contexto del pleno ejercicio de este derecho a la identidad de género.

#### ***b) Las convenciones internacionales de Derechos Humanos y la interpretación pro persona***

Es sabido ya que la igualdad y la no discriminación son reglas reconocidas por el Derecho Internacional que obligan a todos los Estados. Desde el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, su aplicación viene consagrada a raíz de la Carta de Naciones Unidas (artículo 1 y 55) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2)<sup>10</sup>. Por consiguiente, entre las discriminaciones que se prohíben universalmente se encuentra aquella que es realizada contra una persona o grupo de personas por el mero hecho de pertenecer a una minoría<sup>11</sup>.

En el marco del principio de igualdad, la identidad de género, al igual que la orientación sexual, constituyen criterios prohibidos de discriminación (conocidos también bajo el rótulo de “categorías sospechosas”), junto con otros, tales como la raza, la religión, la nacionalidad, etc. Y, por consiguiente, guardan entre sí ciertas características comunes que le dan sentido a su existencia jurídica, a saber, (1) tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no meramente tangencial; (2) Están asociadas con prácticas históricas de discriminación y subordinación; (3) identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad, o sea para hacerse

---

<sup>8</sup> Nino, C. 2007. *Ética y derechos humanos*. Astrea. Buenos Aires. Pág. 4

<sup>9</sup> Ruiz, A. La imagen que nos devuelve el derecho. En Faur, E.; Lamas, A. 2003. *Derechos universales, realidades particulares. Reflexiones y herramientas para la concreción de los derechos humanos de mujeres, niños y niñas*. UNICEF. Pág. 52

<sup>10</sup> Prieto Sanchis, L. 1996. Tolerancia y minorías: Problemas jurídicos y políticos. Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla – La Mancha. Pág. 81

<sup>11</sup> Prieto Sanchis, L. 1996. Op. Cit. Pág. 81

valer en los órganos de representación; y (4) no corresponden con un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad<sup>12</sup>.

Existen dos normas expresas en materia de discriminación en la CADH. Una de ellas es la del artículo 1.1 que establece que “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos 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, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. Y la otra, el artículo 24 en relación a la igualdad ante la ley, especifica que “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

En consideración de que los tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos son normas jurídicas impregnadas de las características coyunturales de su propio surgimiento, va de suyo que la interpretación que se haga de estos textos debe ser dinámica, atendiendo a las circunstancias cambiantes que evidencia la evolución de las sociedades a través del tiempo<sup>13</sup>. En consecuencia, la Corte IDH ha sostenido que a la hora de interpretar el sentido de la expresión “otra condición social” propia del artículo 1.1 de la CADH antes referido, corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio pro persona<sup>14</sup>. Esto adquiere mayor relevancia si subsumimos las opiniones de la Corte IDH en la expresión “*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*” que corresponde al artículo 31.3.C de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en materia de interpretación de los textos convencionales.

Además, la Corte IDH ha dejado asentada jurisprudencialmente la aplicación del principio pro persona en relación a la tarea de interpretación de las convenciones de Derechos Humanos al sostener: “*El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que [... u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado*

---

<sup>12</sup> Uprimny R.; Sánchez L. 2014. Igualdad ante la ley. En Steiner, C.; Uribe P. (ed). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Comentario. Plural Editores. Bolivia. Pág. 601

<sup>13</sup> Corte IDH. Atala Riffo y niñas contra Chile. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012. Párr. 83

<sup>14</sup> Corte IDH. Atala Riffo... Op. Cit. Párr. 84

*en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (...) En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona*”<sup>15</sup>.

En materia de derechos humanos vinculados a la diversidad sexual esta evolución puede advertirse en el relevamiento realizado por la Comisión Internacional de Juristas según el cual se sostiene que: “...*La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha adoptado varias resoluciones relativas a la cuestión de la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género. Recientemente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó su primera resolución en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Adicionalmente, nuevos instrumentos internacionales han integrado explícitamente la orientación sexual y la identidad de género en la lista de razones prohibidas de discriminación*”<sup>16</sup>.

En este sentido, 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, constituyen una norma de *soft law* ilustrativa del referido proceso evolutivo a la hora de interpretar las convenciones internacionales y también representan una pauta de orientación hermenéutica a los fines de incorporar el enfoque de identidad de género para una lectura eficaz de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Consideramos que este ciclo de interpretación evolutiva debe reconocer, como punto de cierre, la postura jurisprudencial de la Corte al sostener de manera expresa la inclusión de la categoría de identidad de género como elemento prohibitivo de discriminación de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH (“Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, párr. 91), a pesar de que el caso de fondo sometido a su competencia contenciosa sólo estaba vinculado a un asunto de discriminación por orientación sexual.

A nivel normativo, esto queda evidenciado a través de la expresa mención de *lege lata* de la identidad de género en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDPM) cuyo artículo 5 establece:

---

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso 19 Comerciantes contra Colombia. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 5 de julio de 2004. Párr. 172 y 173. Citado en Rey Cantor, E. 2007. *Celebración y Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos (Colombia y Venezuela)*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pág. 97

<sup>16</sup> Comisión Internacional de Juristas (CIJ). 2009. *Identidad de género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesionales N° 4*. Ginebra. Pág. 31

*“Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de **diversas orientaciones sexuales e identidades de género...**”* (El subrayado nos pertenece)

Este texto que fue aprobado el 15 de junio de 2015 en el seno de la Organización de los Estados Americanos pone en evidencia el reconocimiento convencional del derecho a la identidad de género coincidente con la evolución jurisprudencial antes referida a la que ya había llegado la Corte IDH. Aún más, esta redacción define el dinamismo intrínseco de la categoría en análisis ya que consideramos que el uso del plural en el texto obedece a un paradigma de comprensión de los derechos de la comunidad LGBTI en términos de sexualidades e identidades diversas, imposible de ser catalogadas de antemano.

No obstante, a pesar de esta consagración normativa convencional, advertimos que el derecho a la identidad de género ya venía despertando preocupaciones en el ámbito internacional desde años anteriores a la CIPDPM. En este sentido, a modo ejemplificativo, destacamos las palabras del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, quien en el año 2001 sostuvo: “[L]os miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos...”<sup>17</sup>

### ***c) Cláusulas convencionales de Igualdad y No discriminación en relación con el Derecho a la Identidad de Género***

En relación a las cláusulas de igualdad de la CADH transcriptas supra, Uprimny Yepes y Sanchez Duque advierten que la cláusula del art 1.1 es subordinada, mientras que la del artículo 24 es autónoma<sup>18</sup>. Esto quiere decir que en la que es subordinada se consagra la igualdad como garantía accesoria a otro derecho o libertad, mientras que la que es autónoma contiene una prohibición de discriminación genérica en la aplicación de las leyes de los estados parte. El artículo 1.1 se restringe a todos los derechos

---

<sup>17</sup> Doc. de las NU: A/56/156, 3 de julio de 2001. Párr. 19

<sup>18</sup> Uprimny R.; Sánchez L. 2014. Op. Cit. Pág. 583

consagrados en la CADH pero el 24 va más allá y extiende la prohibición de discriminación a las normas internas de los Estados<sup>19</sup>. Por lo tanto, del hecho intrínseco de que el artículo 24 mencionado sea una cláusula autónoma, se desprenderán las siguientes características: 1) consagra un derecho independiente de los demás derechos; 2) genera derechos y deberes específicos de protección para los Estados, en tanto que es un derecho autónomo; 3) se refiere específicamente a la garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los estados y las actuaciones de sus autoridades<sup>20</sup>.

Adicionalmente, a modo de guía interpretativa resulta enriquecedor traer a colación el texto del apartado D del tercer principio de Yogyakarta en relación al reconocimiento de la personalidad jurídica y en virtud del cambio de nombre vinculado al ejercicio del derecho a la identidad de género. Este principio alude a que los Estados *“Garantizarán que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida”*. Desde esta óptica podemos advertir que un trámite judicial para lograr el cambio de nombre en personas transexuales, travestis o transgénero es lesivo de la intimidad de la persona que queda expuesta al contralor de un magistrado. Sobre todo si reparamos en que éste, en ocasión del ejercicio de prerrogativas que cada legislación procesal interna le otorgue, podrá agravar la situación de discriminación social a que el o la justiciable está sometida/o exigiendo comparecencias, audiencias, peritajes, etc. por demás innecesarios ya que cada persona tiene el derecho fundamental de autodeterminar su propia identidad de género siendo el nombre una manifestación elemental de esa autonomía.

### **2.3. La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Identidad de género**

#### ***a) Introducción***

Desde el año 1986, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido diversas oportunidades para pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la identidad de género. En este sentido, a lo largo de su jurisprudencia en la materia pueden observarse dos etapas sumamente diferenciables: la primera, conformada desde el año 1986 por fallos como *Rees vs. Reino Unido*, se caracteriza por una mirada hondamente restrictiva sobre el alcance de los derechos humanos en relación a las personas trans con motivo de su identidad de género; la segunda, formada a partir del *leading case* *Goodwin*, también

---

<sup>19</sup> Uprimny R.; Sánchez L. 2014. Op. Cit. Pág. 584

<sup>20</sup> Uprimny R.; Sánchez L. 2014. Op. Cit. Pág. 585

contra Reino Unido, del año 2002, muestra al TEDH finalmente interpretando al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) a la luz del dinamismo que caracteriza a los derechos humanos, determinando así una interpretación evolutiva de las normativas establecidas en el CEDH y limitando, como consecuencia, el margen de apreciación que, hasta el momento, le era otorgado a los Estados Partes para que pudieran optar por su propia regulación interna en la materia.

Actualmente, el TEDH continúa determinando el alcance de la interpretación del CEDH a la luz de los estándares establecidos en el caso *Goodwin vs. Reino Unido*. Consecuentemente, y en forma posterior al *leading case* recién mencionado, el TEDH ha determinado la responsabilidad internacional de los Estados Partes por la violación a los derechos relativos a la identidad de género, en diversas ocasiones, como, por ejemplo, en las sentencias a los fallos *Schlumpf vs. Suiza* y *Cassar vs. Malta*. Es entonces, de conformidad con lo expresado precedentemente que se detallarán los puntos más importantes sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de identidad de género para así echar luz sobre el tema en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

#### ***b) Casos Rees vs. Reino Unido y Cossey vs. Reino Unido***

En los años 1986 y 1990, respectivamente, fueron pronunciadas las sentencias de los casos *Rees* y *Cossey*. Ambos fallos, que se desarrollaron bajo hechos similares en contra de Reino Unido, obtuvieron una misma respuesta por parte del TEDH: la no responsabilidad del Estado por la no modificación de las partidas de nacimiento de los demandantes. En este sentido, si bien el Sr. *Rees* y la Sra. *Cossey* pudieron reasignar su género, el Estado no les permitió modificar sus partidas de nacimiento donde se manifestaba el sexo biológico con el cual habían nacido. Consecuentemente, *Rees* y *Cossey* denunciaron al Reino Unido en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, como ya ha sido adelantado precedentemente, el TEDH consideró que no existía violación alguna al CEDH por parte del Estado demandado.

Ambos demandantes plantearon la violación al derecho contenido en el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada) en el entendimiento de que la no modificación de la partida de nacimiento vulneraba la privacidad de cuestiones personales e íntimas de las personas, como la reasignación de género, lo cual constituía un claro impedimento para la plena protección de los derechos de las personas trans. Empero, el TEDH entendió, en ambos casos, que los cambios demandados hubieran implicado una gran

modificación al sistema de registro, generando importantes consecuencias administrativas, lo cual hubiera constituido una nueva obligación de hacer para el Estado que no se encontraba plasmada en el marco del CEDH. Así, el TEDH entendió que los Estados Partes debían gozar de un margen de apreciación para determinar la regulación a las cuestiones relativas a la identidad de género de las personas, expresando que “*el nivel de reconocimiento de la nueva identidad de los transexuales era una cuestión que correspondía determinar a los Estados dentro del margen de apreciación que les confería el Convenio*”. Ergo, si bien el TEDH manifestó la importancia de proteger a las personas trans de las situaciones de riesgo en las que podrían encontrarse, lo cierto es que, entre las opciones disponibles ante ambos casos, el órgano europeo optó por aquella que no generaba interpretación evolutiva alguna sobre las disposiciones establecidas en el CEDH.

***c) B. vs. Francia***

Antes de arribar a la sentencia *Goodwin vs. Reino Unido*, el TEDH se apartó de los estándares establecidos en *Rees y Cossey* ante el caso *B. vs. Francia*. El motivo radicó en que, a los ojos del TEDH, el sistema de registro de Francia era mucho más simple de modificar que el de Reino Unido, dada su posible actualización a lo largo de la vida de la persona, y que, asimismo, la no modificación de los registros vulneraban en mayor medida los derechos de las personas trans dado que los datos allí previstos se veían plasmados en otros documentos, como en los de seguridad social, los cuales usualmente debían ser presentados para distintos trámites cotidianos. Así, el TEDH entendió que el Estado había violado el derecho contenido en el artículo 8 del CEDH. Sin embargo, luego de este fallo, el TEDH continuó aplicando los estándares de *Rees y Cossey* al sostener que no encontraba motivos suficientes para apartarse de aquéllos.

***d) Goodwin vs. Reino Unido***

El caso *Goodwin vs. Reino Unido* logró finalmente el quiebre en la jurisprudencia del TEDH. Así, Christine Goodwin demandó a Reino Unido por la falta de reconocimiento legal de su reasignación de género, logrando que el TEDH generara un cambio en sus posturas interpretativas previas, lo cual terminaría por influir, indefectiblemente, en las sentencias posteriores.

En el caso *sub examine*, los hechos versaron sobre una mujer, Christine Goodwin, quien si bien nació con sexo biológico masculino, se sometió a una operación de

reasignación de género. En este contexto es que la Sra. Christine Goodwin demandó a Reino Unido ante el TEDH, dado que las autoridades británicas no le reconocían su identidad femenina en los documentos legales. Para realizar el cambio de jurisprudencia, sumamente notorio, el TEDH se basó en la evolución que había existido en materia de identidad de género en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a los efectos de lograr una mayor aceptación de las reasignaciones de género de las personas trans, tanto a nivel social como legal. Así, el TEDH entendió que las cuestiones relativas a la identidad de género ya no constituían una controversia en materia de interpretación del CEDH como para seguir otorgando un margen de apreciación al Estado para decidir lo relativo a la regulación interna en la materia.

En esta línea, el TEDH determinó que Reino Unido era responsable internacionalmente por haber violado el derecho contenido en el artículo 8 del CEDH al no reconocer legalmente la reasignación de género efectuada por la demandante. En consonancia con ello, el TEDH resaltó que *“el sufrimiento y la alienación derivada de la discordancia entre la posición que una persona transexual operada asume en la sociedad y el estatuto que le impone el derecho, que se niega a reconocer su cambio de género, no puede considerarse, en opinión del Tribunal, un inconveniente menor derivado de una formalidad. Existe un conflicto entre la realidad social y el derecho que coloca a la persona transexual en una posición anómala, en la que él o ella puede experimentar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y angustia.”*

Fue a partir de la sentencia al caso Goodwin vs. Reino Unido, *leading case* por excelencia en la materia, que el TEDH comenzó, en forma uniforme y continua, a determinar la responsabilidad internacional de aquellos Estados Partes que no reconocían el cambio de género de las personas trans. Así, pueden enumerarse casos como Grant vs. Reino Unido, Van Kück vs. Alemania, Schlumpf vs. Suiza, L. vs. Lituana, entre otros.

#### **2.4. La identidad de género desde la experiencia argentina**

***a) La antesala de la ley especial. Un camino hacia el reconocimiento legislativo del derecho a la identidad de género***

En primer lugar, no podemos dejar de observar la vulnerabilidad a la que se enfrentan las personas transexuales y transgénero. Organismos oficiales argentinos han manifestado que *“[l]a comunidad trans e intersex de nuestro país se encuentra entre*

*las poblaciones que han sido históricamente más vulneradas. Ser parte de este colectivo ha implicado estar expuesto/a de manera sistemática al hostigamiento, la represión y la exclusión. Estas prácticas discriminatorias se sustentan tanto en prejuicios sociales e institucionales respecto de la ‘normalidad sexual’ como en figuras jurídicas que han servido para criminalizar las identidades de género y los cuerpos no alineados con el sexo asignado al nacer”<sup>21</sup>.*

Sobre este reconocimiento social, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el año 2011, publicaron un documento titulado “Hacia una Ley de Identidad de Género”<sup>22</sup> con el objeto de contribuir al tratamiento de una ley que garantice el derecho a la identidad de las personas trans (travestis, transexuales y transgéneros) en Argentina, en virtud de diferentes proyectos de ley que habían sido presentados ante el Congreso Nacional.

En este documento se muestra cómo, previo al dictado de la ley, el ejercicio de este derecho para quienes pretendían una modificación registral de su nombre de pila y sexo consignado en el Documento Nacional de Identidad (DNI) era judicializado y patologizado, quedando sujeto a amplios márgenes de discrecionalidad judicial que afectaban la seguridad jurídica, imponiéndose así la tramitación de su satisfacción a través de un control judicial.

A partir del año 2007, se inicia el proceso de derogación de las figuras que criminalizaban el travestismo en los códigos de falta y contravencionales locales<sup>23</sup>, lo que implicó en nuestro derecho interno iniciar el camino de descriminalización.

Otro hito legislativo previo de importancia lo constituyó la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 del año 2010, que en su artículo 3 *“reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la*

---

<sup>21</sup> Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), “Buenas prácticas en la comunicación pública, Informes INADI”, en: <http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2013/06/buenas-practicas-identidad-genero.pdf> (recabado el 7/11/2016), pág. 4. En el mismo sentido, INADI y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Hacia una Ley de Identidad de Género*, 1ra. edición, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

<sup>22</sup> Disponible en: [http://www.diariofemenino.com.ar/documentos/cuadernillo\\_con\\_indice\\_final.pdf](http://www.diariofemenino.com.ar/documentos/cuadernillo_con_indice_final.pdf) (compulsado el 7/11/2016)

<sup>23</sup> INADI y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Hacia una Ley de Identidad de Género*, op. cit., pag. 11.

*concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona*”, estableciéndose puntualmente que “*en ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: (...) [la] elección o identidad sexual*” (inc. c). Esto implicó un primer avance hacia la despatologización de las identidades trans, que se encontraban encasilladas desde el discurso médico psiquiátrico por categorías como la “disforia de género” o el “trastorno de la identidad de género”.

En este camino del derecho interno argentino hacia la desestigmatización y el reconocimiento pleno del derecho a la identidad de género, la jurisprudencia también cumplió su rol desde las sentencias originadas en acciones de amparos.

*“Es a partir de 1993 que comienzan a conocerse sentencias favorables a los reclamos de cambio de nombre y rectificación del sexo, algunos de los cuales incluyeron autorizaciones de operaciones de reasignación. En las diferentes sentencias se hacía referencia a que las personas solicitantes ‘padecían el síndrome de Klinefelter’ o el ‘síndrome de Reifenstein’, variantes de intersexualidad, que las ubicaban en el ámbito de la patologización. Luego, a partir del año 2001, aparecieron nuevos fallos que autorizaron cambios de nombre y sexo registral de personas trans. Estas sentencias indicaban que la persona solicitante debía contar con un diagnóstico previo de ‘disforia de género’, (...) habilitando una operación de reasignación sexual”<sup>24</sup>. Se advierte que, en varios casos, “se le ha exigido a quienes han demandado ante la justicia la realización y otorgamiento de diversas pruebas que acrediten su calidad de ‘transexual’, así como sobre su estado mental y características físicas externas e internas”<sup>25</sup>.*

En el 2007, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires señaló la distinción entre sexo y género sosteniendo que, si bien no existía en nuestro orden jurídico positivo una norma específica que autorizara el “cambio de sexo”, por aplicación del principio de clausura contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina (“nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe”) no era

---

<sup>24</sup>INADI y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Hacia una Ley de Identidad de Género*, op. cit., pags. 24-25. En otros casos, las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual eran realizadas en el extranjero y luego se solicitaba judicialmente en la Argentina la rectificación registral, ello en virtud del artículo 19, inc. 4º de la Ley Nacional N° 17.132 de ejercicio de la medicina que prohibía “*llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial*”, esta disposición fue derogada por la Ley N° 26.743 de Identidad de Género.

<sup>25</sup> INADI y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Hacia una Ley de Identidad de Género*, op. cit., pag. 25.

posible inferir que la inexistencia de regulación implicaba la prohibición de la conducta<sup>26</sup>.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) tuvo oportunidad de expedirse reconociendo personería jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT) sobre la base del principio de igualdad y no discriminación en razón de la identidad de género<sup>27</sup> y estableció que no debe ignorarse que *“personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no solo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios”*<sup>28</sup>.

Por su parte, algunos tribunales del Fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires empezaron a reconocer el derecho a la identidad de las personas trans sin requerir diagnósticos médicos o psiquiátricos.

Así, la jurisprudencia fue de a poco -y con sus diversos criterios- interpretando y aplicando las normas del sistema jurídico a fin de garantizar estos derechos, haciendo lugar a acciones por cambio de nombre y sexo. Finalmente, a *“tres personas trans se les reconoció su identidad de género por vía administrativa, estos casos se dieron en las provincias de Santa Fe y Salta y constituye[ron] medidas inéditas en el país y América Latina, en los cuales tampoco se requirió de diagnósticos médicos o psiquiátricos ni operaciones de reasignación”*<sup>29</sup>.

Como podemos observar, el escenario previo a la regulación estuvo signado por un silencio legislativo sujeto a vaivenes judiciales, con sus avances pero no libre de arbitrariedades, etapa de la cual se ha concluido que *“fueron muy pocas las personas trans que han logrado sostener estos procesos judiciales -que en algunos casos se han*

---

<sup>26</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “C., H. C.”, causa C. 86.197, 21/3/2007, considerando 5.b del voto del Dr. De Lázzari.

<sup>27</sup> Al respecto la doctrina ha sostenido que el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual y la identidad de género *“ingresa a la jurisprudencia constitucional de la mano del debate en torno a la personería jurídica de ciertos grupos sociales de pertenencia, con objetivos en común, que pretenden agruparse y organizarse de manera formal, bajo el ropaje de una asociación civil y gozar de los beneficios que se derivan de esta tipología asociativa”* (Herrera, Marisa, “Aportes de la jurisprudencia cortesana a la consolidación de la constitucionalización-convencionalización del derecho de familia”, en Herrera, Marisa; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora (Dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho de Familia*, Tomo I, 1ra. edición, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2014).

<sup>28</sup> CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c. Inspección General de Justicia”, Fallos 329:5266, 21/11/2006, considerando 17.

<sup>29</sup> INADI y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Hacia una Ley de Identidad de Género*, op. cit., pag. 25.

*prolongado durante más de una década- con las implicancias económicas y psicológicas que trae aparejado una espera tan larga*<sup>30</sup>.

Por último, cabe considerar que los estándares emanados del sistema de protección internacional de derechos humanos (tanto universal como regional)<sup>31</sup> han sido fundamentales para el dictado de una ley especial sobre identidad de género en nuestro país, tanto aquellos de *hard law* que establecen obligaciones para nuestro Estado<sup>32</sup> como de *soft law* que configuran lineamientos a seguir de gran importancia y que nuestros legisladores y legisladoras han tenido en especial consideración, tal como veremos a continuación.

### ***b) La Ley Nacional Argentina N° 26.743 y su implementación***

El 9 de mayo de 2012 tuvo lugar la entrada en vigencia de la Ley Nacional N° 26.743 de Identidad de Género, de carácter sustantivo y especial. Es una legislación que se asienta sobre el respeto y protección de la autonomía personal, ya que no es necesario recurrir de manera previa a ninguna operación quirúrgica o tratamiento hormonal ni proceso judicial alguno, sino que se basa en la “identidad autopercebida”<sup>33</sup>.

Esta ley define la identidad de género en forma prácticamente idéntica a los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos

---

<sup>30</sup> INADI y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Hacia una Ley de Identidad de Género*, op. cit., pag. 25.

<sup>31</sup> Respecto al tratamiento de los mismos, remitimos al apartado de esta presentación que se dedica especialmente a ellos en relación al derecho a la identidad de género.

<sup>32</sup> En este sentido, y además de las obligaciones de fuente internacional, cabe resaltar que varios instrumentos de derechos humanos han adquirido jerarquía constitucional, a partir de la reforma de la Constitución Nacional Argentina del año 1994. Así, el artículo 75, inc. 22 establece que “*la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional*”. Asimismo, cabe destacar que la frase “en las condiciones de su vigencia” implica que estos instrumentos se integran con la interpretación que de ellos hacen los organismos internacionales encargados de su aplicación y control, siendo éste el criterio sentado por nuestra CSJN en reiterados fallos [como: Gíroldi (318:514), Bramajo (318:1940), Mazzeo (330:3248), Carranza Latrubesse (C. 568. XLIV y C. 594. XLIV), entre otros], puntualizándose específicamente en relación a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana que es guía para la interpretación de la CADH, siendo una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (CSJN, Fallos 330:3248).

<sup>33</sup> Este modelo legislativo ha sido seguido también por Dinamarca para su ley de 2014, ver: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/el-mundo-debe-seguir-el-ejemplo-de-dinamarca-y-su-historica-ley-sobre-personas-transgenero/>

humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Entendiéndola como “*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales*” (artículo 2).

La regulación se apoya sobre tres ejes, que son: **i)** la rectificación registral de la partida de nacimiento -y demás documentación identificatoria- y el otorgamiento del nuevo DNI (arts. 3 a 10); **ii)** el libre desarrollo personal y el goce integral de la salud (artículo 11); y **iii)** el trato digno en todos los procedimientos, normativas y ámbitos, tanto públicos como privados (artículo 12).

La gran innovación de la ley se halla en el derecho a obtener la rectificación registral del sexo y cambio de nombre de pila e imagen de conformidad con la identidad de género autopercebida (el subrayado nos pertenece). De esta forma, la Argentina se ha alineado con el principio N° 3 de Yogyakarta (que establece el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) y con la recomendación h) del Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del año 2011<sup>34</sup>, en tanto alienta a los Estados a que “*faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos*”.

La rectificación procede a pedido de parte, debiendo ser presentada esta solicitud ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, expresándose el nuevo nombre de pila elegido, sin necesidad de trámite judicial ni administrativo alguno y sin requerirse acreditación de intervención quirúrgica por reasignación genital ni terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico de ningún tipo (arts. 3 y 4). De esta manera, la ley corre a la identidad de género autopercebida del lugar de patología, en consonancia con el principio N° 3 de Yogyakarta donde se establece que “[n]inguna persona será obligada a someterse a

---

<sup>34</sup> Titulado “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”.

*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”.*

En cuanto a los efectos de la rectificación, estos son oponibles a terceros desde el momento de su inscripción registral, no alterando la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que correspondan a la persona con anterioridad al cambio (artículo 7). Mientras que respecto a la posibilidad de modificar nuevamente la rectificación registral, la ley requiere autorización judicial (artículo 8).

Respecto a la edad del solicitante, en principio se exige acreditar la edad mínima de dieciocho años de edad, no obstante la excepción establecida en el artículo 5, parr. 1° de la ley en relación al ejercicio de este derecho por parte de niñas, niños y adolescentes, al establecerse que *“con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”*. De esta forma, y al tratarse del ejercicio de un derecho personalísimo, la ley busca conjugar los principios de autonomía progresiva y de protección especial a través del ejercicio de la responsabilidad parental (puesto que los progenitores/as son en principio los representantes legales), de forma tal que los niños, niñas y adolescentes no vean vedada la posibilidad de gozar de este derecho.

En este sentido, cabe hacer referencia al “caso Lulú<sup>35</sup>” por tratarse de la persona trans más joven del mundo en recibir, el 9 de octubre del 2013, el documento nacional de identidad sin intervención judicial, a través del trámite de rectificación de su identidad registral solicitada ante el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de la Ley de Identidad de Género. Este caso mostró la importancia de la consagración jurídica de este derecho en nuestro país, así como la adecuación de las prácticas de las agencias estatales administrativas que intervinieron en su operatividad<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Nombre ficticio con el que se dio a conocer el caso.

<sup>36</sup> Para un análisis detallado del caso ver: Burgués, Marisol B. y Navarro, Ernesto M., “Un precedente que arroja luz sobre el derecho a la identidad de género y su acceso en el caso de los niños, niñas y adolescentes”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 2014- I, Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2014, pág. 76 y ss.

A continuación, en el 2º párr. del mencionado artículo 5 de la ley establece que *“cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a”*<sup>37</sup>.

Finalmente, otra cuestión relativa a la rectificación registral de documentación identificatoria, que se ha puesto de relieve al implementarse la Ley de Identidad de Género, es la relativa a la rectificación de los datos filiatorios de las partidas de nacimiento de los hijos e hijas de personas trans que, luego del nacimiento de éstos, han cambiado sus datos registrales de nombre y sexo, a fin de que se respete su realidad filiatoria<sup>38</sup>. En este sentido, la Dirección del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, a través de Disposición N° 1094 del 5/5/2016, ha establecido que *“en los casos contemplados por la Ley N° 26.743 -de Identidad de Género-, en que el solicitante hubiere inscripto el nacimiento de hijos/as, contraído matrimonio o registrado uniones convivenciales en forma previa al cambio de identidad de género, se deberá inmovilizar el acta original y reinscribir el hecho o acto vital adecuado a la nueva identidad autopercebida del requirente”* (artículo 1).

En relación al derecho al *libre desarrollo personal y goce de la salud integral*, regulado en el artículo 11, todas las personas mayores de dieciocho años de edad podrán acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa, requiriéndose únicamente el consentimiento informado de la persona.

Por su parte, en el caso de las personas menores de edad, la ley establece que rigen los principios y requisitos establecidos en el artículo 5 para la obtención del consentimiento informado, mientras que *“para el caso de la obtención del mismo*

---

<sup>37</sup> En aplicación de esta disposición, el 10/12//2015 el Juzgado de Familia de Junín (Provincia de Buenos Aires), en autos “R. N. J. s/ Rectificación de partidas”, hizo lugar a la rectificación registral solicitada por una adolescente de 14 años y su progenitora, ante la falta del consentimiento paterno para dicho acto.

<sup>38</sup> Ver: Spaventa, Verónica, “Rupturas y resistencias: acerca del "desorden" provocado en el "orden" familiar por las identidades y expresiones de género. Notas escritas a propósito del dictamen 14/2014 de la SENAF”, *op. cit.*, págs. 215 y ss., donde se comenta un caso puntual ocurrido en la Provincia de Salta.

*respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción”<sup>39</sup>.*

A su vez, este criterio debió ser armonizado con posterioridad a la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación (que entró en vigor el 1/8/2015), ya que en su artículo 26, último párr., establece que *“a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”*. En este sentido, el Ministerio de Salud de la Nación, a través de Resolución N° 65 del 9/12/2015, entendió que *“corresponde interpretar que a partir de los 16 años el adolescente, equiparado a un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, puede petitionar los procedimientos que habilita la LDIG [Ley de Identidad de Género], prescindiendo de los requisitos que esta última prevé en su artículo 11, ya que los procedimientos (Terapia de Hormonación e Intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital) hacen a la vivencia sentida del género”<sup>40</sup>.*

Por su parte, el artículo 11 consagra que todas estas prestaciones de salud quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, lo cual garantiza el acceso igualitario de todos y todas a los servicios de salud.

En cuanto al *trato digno*, la ley regula el respeto de la identidad de género adoptada por las personas que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su DNI, estableciéndose específicamente que, a su solo 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 (artículo 12).

Por último, el artículo 13 de la Ley de Identidad de Género establece que *“toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”*.

---

<sup>39</sup> Es decir que, para la realización de tratamientos integrales hormonales se requiere de la conformidad de la persona menor de 18 años de edad y de la representación, a través del consentimiento de ambos progenitores (requisitos establecidos en el artículo 5), y para las intervenciones quirúrgicas se exige, además, autorización judicial.

<sup>40</sup> Surge de esta Resolución Ministerial que los procedimientos que prevé la Ley de Identidad de Género son constitutivas del cuidado del propio cuerpo *“a partir de la noción según la cual la identidad de género necesariamente se encarna en el sentir autónomo de un cuerpo como propio”*.

A modo de conclusión, podemos señalar que dos cuestiones centrales que la Ley Argentina de Identidad de Género establece y la vuelven una ley de vanguardia son: la promoción de la desjudicialización de las identidades en su reconocimiento jurídico y la despatologización de todo lo relativo a la identidad de género. De ahí que su relevancia radique en que el cambio puede ser realizado sin necesidad de trámite judicial o administrativo alguno, ni acreditación de intervención quirúrgica, terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

En este sentido, la Ley coloca en cabeza de los órganos con competencia primaria en materia de inscripción registral y otorgamiento de la documentación que acredita la identidad, es decir los Registros Civiles y el Registro Nacional de las Personas, la atribución de cumplir con la efectivización de este derecho a solicitud del interesado. Esta desjudicialización parte del hecho de considerar que no se presenta controversia jurídica alguna que exija la intervención de un órgano jurisdiccional competente para resolver un conflicto de derechos, sino que simplemente se trata de ejercer derechos reconocidos y amparados; lo contrario implicaría discriminar en el trato legal a algunas identidades de género, resultando pues inconvencional, inconstitucional e ilegal que algunos colectivos continúen sufriendo trabas y discriminaciones en el goce pleno y efectivo de sus derechos.

Este criterio resulta coincidente con los Principios de Yogyakarta, que fijan para los Estados el deber de asegurar procedimientos *“eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona”*, a fin de garantizar que todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí (principio N° 3).

En este sentido consideramos, a la luz de la experiencia argentina, que un modelo legislativo desjudicializante y despatologizante es el que resulta acorde a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos (tanto universales como interamericanos).

## **V.- NUESTRA OPINIÓN EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE**

En virtud de todos los fundamentos jurídicos expuestos y desarrollados a lo largo del presente memorial en derecho, ofrecemos a V.E. las siguientes conclusiones acerca de los puntos sometidos a consulta.

1) Opinamos que el procedimiento previsto en el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, al establecer que “*todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto*”, es incompatible con los arts. 11, 18 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la CADH, siempre que se trate de la modificación del nombre de una persona humana con motivo del ejercicio de su derecho a la identidad de género. Pues implica la imposición de un proceso judicial que conlleva, además de una injerencia estatal arbitraria en la vida privada de las personas trans, gastos económicos y dilaciones temporales que vulneran los derechos humanos de la persona solicitante así como el principio de igualdad y no discriminación, al tener que enfrentarse a obstáculos jurídicos que el resto de las personas no vivencian a fin de poder ejercer su derecho al nombre, a la integridad y al trato digno de acuerdo a su identidad autopercebida.

Advertimos que el trámite más congruente con el respeto a este derecho y, por tanto, no discriminatorio, es aquel que se establece en sede administrativa registral no judicial, siempre que a su vez permita el acceso rápido, eficaz y sin dilaciones por parte de la persona directamente interesada conforme a la propia autopercepción de su género, al sentir y a la vivencia de su sexualidad y corporalidad de las cuales sólo dicha persona puede ser artífice con exclusión de terceros, sean particulares o sea el Estado.

De esta manera, consideramos que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica configura una disposición discriminatoria que transgrede el artículo 24 de la CADH. Es decir, si bien el requisito de trámite judicial a los efectos de la modificación del nombre de una persona humana es *prima facie* compatible con el artículo 18 de esta Convención, que sujeta el derecho al nombre a la reglamentación que cada Estado haga mediante un dispositivo legal interno, lo cierto es que en materia de casos vinculados al pleno ejercicio del derecho a la identidad de género, dicha reglamentación emanada del ordenamiento doméstico del Estado costarricense deviene irrazonable. Puesto que la regulación que de alguna manera restrinja un derecho, además de cumplir con requisitos de forma, debe observar cuestiones sustanciales que atañen al contenido de ese derecho

mismo<sup>41</sup>. En este orden, esta irrazonabilidad se funda en que, a la luz de lo dispuesto por el art 1.1 de la CADH interpretado conforme la jurisprudencia de la Corte IDH, la judicialización de la intimidad de la persona que asume una identidad de género diferente de la que se le ha atribuido culturalmente, representa una intromisión o injerencia estatal ilegítima. Así, queda lesionado también el artículo 11 de dicha Convención. Con más precisión, esta transgresión normativa aparece evidenciada si tomamos como referencia el documento de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el que se alegó que las categorías de derechos vinculadas a la diversidad sexual, entre ellas la identidad de género, componen el contenido sustancial del derecho a la vida privada de la persona<sup>42</sup>.

2) Opinamos que los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH brindan protección al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, al igual que de un vínculo entre personas de diferente sexo.

Asimismo, consideramos que debe entenderse que esta protección abarca también al resto de deberes y derechos que se derivan de los distintos tipos de uniones y convivencias de pareja, sean matrimoniales o no, según la regulación de cada ordenamiento jurídico, sobre la base del respeto de la pluralidad de formas familiares.

En definitiva, esta cuestión involucra, además de la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y familiar, las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24), el derecho a la protección de la familia (artículo 17) y el derecho a la libertad personal (artículo 7) en relación con el artículo 1 de la CADH, puesto que la orientación sexual, de acuerdo a la propia jurisprudencia de la Corte IDH, integra la noción de “otra condición social” y, por lo tanto, constituye una “categoría sospechosa”<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Párr. 37. Véase en este sentido Dulitzky, A. 2006. Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos. En Martín, C; Rodríguez-Pinzón, D; Guevara, J (Comps.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, A. C. México D.F.

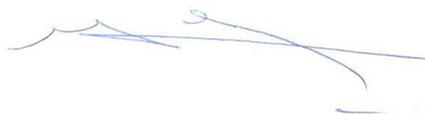
<sup>42</sup> Véase CIDH. Orientación sexual, Identidad de género y Expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. En cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos por medio de la cual se solicitó a la Comisión la realización de un estudio “sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a orientación sexual, identidad de género y expresión de género”.

<sup>43</sup> Conf. “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”.

Firmas de las/os autoras/es:



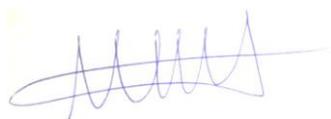
-----  
Laura M. Giosa  
DNI 21.502.713



-----  
Marisa Herrera  
DNI 23.327.838



-----  
M. Victoria Schiro  
DNI 28.729.579



-----  
Eduardo J. Arrubia  
DNI 33.159.301



-----  
M. Martina Salituri A.  
DNI 30.598.886



-----  
Mariana Brocca  
DNI 37.424.315



-----  
Camila A. Ormar  
DNI 37.985.532