

14 DE FEBRERO DE 2017

ESCRITO DE OBSERVACIONES A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA PRESENTADA POR EL ESTADO DE COSTA RICA A LA CORTE IDH

LOS DERECHOS A LA ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y EXPRESIÓN DE GÉNERO DIVERSAS



ORGANIZACIONES FIRMANTES:

Asociación LGTB Arcoíris de Honduras

Asociación REDTRANS-Nicaragua

Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos
(CIPRODEH)

Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos
Humanos (CIPAC)

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)

Coalición contra la Impunidad

Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras
(COFADEH)

Comunicando y Capacitando a Mujeres Trans (COMCAVIS)

Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD)

Mulabi / Espacio Latinoamericano de Sexualidades y Derechos

Unidad de Atención Sicológica, Sexológica y Educativa para el
Crecimiento Personal, A.C. (UNASSE)

Tabla de contenido

I. Introducción y objeto del escrito de observaciones	4
II. El derecho a la identidad se encuentra protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y comprende los derechos a la orientación sexual, a la identidad de género y a la expresión de género diversas.....	7
III. El derecho a la vida privada comprende el derecho de todas las personas a una orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas.....	12
IV. Obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género diversas, sin discriminación y libre de violencia.....	17
A. El derecho a la no discriminación y a la igualdad ante ley, en relación con la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas	19
1. Las definiciones de igualdad y de no discriminación.....	19
2. El alcance de los principios de igualdad y no discriminación	22
3. El deber de los Estados de adoptar medidas de derecho interno para el efectivo ejercicio de los derechos sin discriminación	26
B. El derecho a vivir libre de violencia por razones de orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.....	27
V. El derecho al reconocimiento legal de todas las identidades sexuales y de género diversas.....	30
A. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el derecho de todas las personas a que se reconozca legalmente su identidad sexual y de género diversas	31
1. Definición del problema	32
2. El deber de reconocer legalmente las identidades sexuales y de género diversas en relación con el derecho a la identidad y a la vida privada	33
3. El deber de reconocer legalmente la identidad sexual y de género diversas en relación con el derecho al nombre	35
4. El deber de reconocer legalmente la identidad sexual y de género en relación con el derecho a la personalidad jurídica	36
B. Los Estados deben garantizar el acceso a un procedimiento accesible, gratuito, rápido y de calidad, libre de discriminación, que permita el ejercicio del derecho al reconocimiento legal de las identidades sexuales y de género diversas, de conformidad con el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación (Arts. 24 y 1.1. de la CADH)	37
VI. El derecho al reconocimiento legal de las uniones de personas del mismo sexo y de los derechos patrimoniales derivados de este vínculo.....	43
VII. Conclusiones.....	46

I. Introducción y objeto del escrito de observaciones

Las organizaciones firmantes saludamos la iniciativa del Estado de Costa Rica de someter a la consideración de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “Corte IDH”), una Opinión Consultiva que plantea cuestiones de suma relevancia para la región, y el mundo en general, relativas a la protección que merecen los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas, bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención” o “CADH”).

Consideramos que se trata de una gran oportunidad para que la Honorable Corte, a través de su facultad consultiva, y siguiendo las valiosas aportaciones que ya ha hecho en esta materia, establezca criterios firmes que permitan avanzar en la efectiva protección de los derechos humanos de las personas con sexualidades y orientaciones sexuales diversas, identidades y expresiones de género no normativas o no conformes con el género establecido o impuesto por la sociedad, y con cuerpos diversos, para así brindarles mayor certeza jurídica en el ejercicio de los mismos. Ello supondría un avance también en el reconocimiento pleno de una “ciudadanía sexual”¹ de todas las personas, sin discriminación alguna.

Adicionalmente, la opinión consultiva apoyaría los esfuerzos que se han realizado en el seno de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), para avanzar con la protección de los derechos humanos de las personas LGBTTTIQA (Lesbiana, Gay, Bisexual, Transexual, Transgénero, Trasvesti, Intersex, Queer, y Asexual), así como de quienes desafían o no están conformes con las normas de género socialmente aceptadas o impuestas.²

Las personas que se identifican o son percibidas como pertenecientes a la comunidad “LGBTTTIQA”, han sido consideradas como una minoría sexual y un grupo vulnerable, objeto de discriminación histórica.³ La manifestación de dicha

¹ “La idea de ‘ciudadanía sexual’ sirve para capturar cómo la diferencia o la conformidad sexuales influyen sobre la posibilidad que tienen las personas de participar en la sociedad política, o las excluyen. También quiere indicar que para que una persona pueda participar plenamente en su *politeia* local o nacional es necesario que goce de múltiples derechos. Deja abierta la cuestión de cuáles son las obligaciones positivas que tiene el Estado en cuanto a crear las condiciones para que puedan tener lugar la diversidad sexual y la actividad sexual voluntaria”. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, “Sexualidad y Derechos Humanos: Documento de Reflexión”, Suiza, pág. 29; Cfr. Cáceres F., Carlo, et. Al (editores), “Ciudadanía Sexual en América Latina: Abriendo el Debate”, Universidad Cayetano Heredia, Perú, marzo 2004, pág. 142, 162 en adelante.

² OEA, Resolución Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, AG/Red. 2435 (XXXVII-O/08), AG/RES 2504 (XXXIX-O/09), AG/RES 2600 (XL-O/10), AG/RES 2653 (XLI-O/11), AG/RES 2721 (XLII-O/12).

³ Cfr. Corte IDH, Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92; Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 123; y Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 124. Cfr. Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”,

discriminación encuentra sustento en una cultura o sistema patriarcal heteronormativo, cisnormativo, binario sexo-genérico, que persiste en todos los países de la región.⁴ El origen de esta discriminación es la estigmatización de este colectivo, la cual permite la construcción de estereotipos perjudiciales que permean las leyes, las políticas públicas, las normas administrativas, las prácticas judiciales que afectan el acceso a la justicia, entre otras⁵, y que tiene como resultado la comisión de violaciones de derechos humanos graves, generalizadas y sistemáticas en el continente y en el mundo⁶

De acuerdo con lo señalado en la introducción de los *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (en adelante “Principios de Yogyakarta”):⁷

“Entre estas violaciones se encuentran los asesinatos extrajudiciales, la tortura y los malos tratos, las agresiones sexuales y las violaciones, las injerencias en la privacidad, las detenciones arbitrarias, la negación de empleo o de oportunidades educativas, así como una grave discriminación en el goce de otros derechos humanos. Estas violaciones a menudo se ven agravadas por la vivencia de otras formas de violencia, odio, discriminación y exclusión, como aquellas basadas en la raza, la edad, la religión, la discapacidad o la condición económica, social o de otra índole”.

De ese modo, “[l]a vigilancia en torno a la sexualidad continúa siendo una de las fuerzas principales que sustentan la perpetuación de la violencia basada en el género y de la desigualdad entre los géneros”⁸.

Ante este panorama, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene un papel sumamente relevante en tratar de romper con la imposición a las personas, de normas sociales, políticas, legales y culturales relativas a la sexualidad, orientación sexual, identidad y expresión de género; así como con el control que se ejerce sobre ellas, por diversos medios, entorno a sus cuerpos, sexualidades, relaciones personales, su propia autodefinición y proyecto de vida, los cuales son parte esencial de la esfera del derecho a la identidad, la libertad y la vida privada.

El presente documento pretende realizar un aporte desde el análisis del derecho internacional, para el avance en la consolidación de un marco jurídico internacional que reconozca los derechos a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género diversas como derechos humanos, en atención a

2006, Preámbulo, pág. 8, consultado en <http://www.yogyakartaprinciples.org/>

⁴ CIDH, Informe “Violencia contra las personas LGBTI”, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 noviembre 2015, párrs. 31-34 y 48.

⁵ *Ibidem*, párr. 35-37.

⁶ *Ibidem*, Resumen Ejecutivo, párr.1, 48, 50, 77, 99, 102, 248 y 252; Principios de Yogyakarta, op cit, pág. 6; Comisión Internacional de Juristas (CIJ), “Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Guía para Profesionales No. 4, Ginebra, Suiza, 2009, pág. 1.

⁷ Principios de Yogyakarta, “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, marzo 2006.

⁸ *Ibidem*, pág. 6.

los principios de universalidad, complementariedad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

En este sentido, desarrollaremos los derechos a la identidad y la vida privada —y su relación con otros derechos como el derecho a la integridad personal, la libertad y otros—, así como los principios de igualdad y no discriminación, como fundamento principal de los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas⁹. Al respecto, analizaremos las obligaciones de los Estados derivadas de este reconocimiento, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, tomando en consideración que la orientación sexual, identidad de género y expresión de género son categorías protegidas de no discriminación.

Por último, de acuerdo a este marco general, trataremos de responder a las preguntas realizadas por el Estado de Costa Rica en la presente opinión consultiva, en aras de que aporten a la interpretación que va a realizar la Honorable Corte.

Ello nos llevará a concluir que todas las personas tienen el derecho a que se les reconozca legalmente su identidad de género, independientemente que ésta corresponda o no con el sexo que se les asignó al nacer, o que sea conforme con las normas socialmente aceptadas. Este derecho deberá ser especialmente protegido, en casos de personas transgénero, transexuales e intersexuales, tomando en cuenta su agencia como plenxs ciudadxs, así como la discriminación y violencia histórica que han vivido con motivo de la discrepancia entre sus documentos de identidad legal y la identidad auto-determinada. En este sentido, el Estado debe adoptar medidas de carácter afirmativo que permitan a las personas con identidades de género y cuerpos no normativos o diversos, contar con el reconocimiento legal de su identidad, a través de procedimientos administrativos rápidos, accesibles, gratuitos, y de calidad, libres de discriminación.

Finalmente, concluiremos que los Estados están obligados a reconocer legalmente las uniones de personas del mismo sexo o con orientaciones e identidades sexuales y de género diversas, otorgándoles los mismos derechos conferidos a las parejas normativas de sexos diferentes. Ello incluye garantizar los derechos patrimoniales, y todos los demás derechos que se deriven de esa unión, en atención al derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por motivos de orientación e identidad sexual y de género.

⁹ Dichos derechos comprenden “El derecho a la libertad sexual; el derecho a la autonomía sexual, a la integridad sexual y a la seguridad del cuerpo sexual; el derecho a la privacidad sexual; el derecho al placer sexual; el derecho a la expresión sexual; el derecho a la asociación sexual; el derecho a decisiones reproductivas libres y responsables; el derecho a la información sexual: [En tanto que] éstos son algunos de los desdoblamientos más importantes de los principios de igualdad y de libertad que rigen el derecho de la sexualidad.[...]” Cáceres F, Carlos, op.cit., pág. 175.

II. El derecho a la identidad se encuentra protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y comprende los derechos a la orientación sexual, a la identidad de género y a la expresión de género diversas

El derecho a la identidad es un derecho humano autónomo protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual está estrechamente vinculado con los derechos a la orientación sexual, a la identidad y expresión de género diversas. Éste debe ser protegido, respetado y garantizado por los Estados, sin discriminación alguna y libre de injerencias arbitrarias.

Si bien es cierto que el derecho a la identidad no está contemplado en la Convención Americana, esta Honorable Corte lo ha considerado vulnerado mediante la violación de otros artículos de la CADH. Para ello, el Tribunal ha hecho uso de la aplicación de las normas de interpretación y tomado en cuenta el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido, en el contexto de niños y niñas cuya identidad fue afectada por la práctica de las desapariciones forzadas, la Corte ha establecido que, “[este derecho] es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.¹⁰ Este artículo señala que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.¹¹

Asimismo, siguiendo lo establecido por el Comité Jurídico Interamericano, la Corte ha indicado que el derecho a la identidad es un derecho consustancial a los atributos y a la dignidad humana, el cual tiene carácter autónomo y es “oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”.¹² La Corte IDH también ha indicado que el mismo, no es exclusivo de los niños y las niñas y que su protección debe entenderse que aplica también en la adultez.¹³

¹⁰ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122.

¹¹ Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 112.

¹² *Ibíd.*

¹³ La Corte señaló que “si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años. Además, el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez”. *Ibidem*, párr. 113.

De ese modo, la Corte ha aplicado el derecho a la identidad en otros contextos, como por ejemplo, al analizar la vulneración a la identidad cultural de los pueblos indígenas en relación al derecho de propiedad.¹⁴

Frente a la ausencia de una definición formal en tratados internacionales, la Honorable Corte ha definido el derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.¹⁵

Para el desarrollo de esta definición, la Corte recurrió a la jurisprudencia comparada de las Cortes Constitucionales de Colombia y Perú. Por un lado, la Corte Constitucional Colombiana consideró que el derecho a la identidad es un derecho de significación amplia, que supone atributos y cualidades tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten la individualización de la persona.¹⁶ Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Perú consideró que este derecho comprendía tanto el derecho al nombre y a la nacionalidad, como a que se reconozca su personalidad jurídica”.¹⁷

Por su parte, la doctrina ha señalado que el derecho a la identidad “se entiende como aquél derecho personalísimo ‘del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad’ [por lo que] se relaciona con los atributos de ser único e irrepetible, frente al mundo social que rodea al individuo”.¹⁸ Y que, desde esta perspectiva:

“El Estado debe favorecer las condiciones materiales y despejar los obstáculos para el desenvolvimiento pleno de la personalidad de los individuos, lo cual supone otorgar el máximo de facilidades posibles para el desarrollo de cada proyecto vital. Y la definición de éste, por respeto a la auto-determinación de los sujetos, debe quedar entregada a cada cual y se inicia a partir de la autoconcepción del sujeto, conforme a lo cual se define a sí mismo en el mundo y se proyecta históricamente, lo que configura el derecho a la identidad”.¹⁹

En cuanto al alcance del derecho a la identidad, ya se ha señalado que la Convención sobre los Derechos del Niño indica que el mismo incluye el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones familiares. Sin embargo, la Corte ha

¹⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 212 y ss con referencias a otros casos.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 113; Corte IDH, Caso Gelman Vs Uruguay, op. cit, párr. 122.

¹⁶ Corte IDH, Caso Gelman Vs Uruguay, op. cit, nota al pie 132.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Palavecino, Adriana, “El Derecho a la identidad de las Personas Transgéneras”, en Madrazo, Alejandro, et.al. “Justicia, Género y Sexualidad”, Red Alas, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, p.95, cita de Molina, Eduardo y Viaggiola, Lidia, “Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial”, ponencia presentada en el Congreso Internacional de derecho y garantías en el siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1999, p. 2, por Gómez de la Torre, Maricruz, El Sistema Filiativo chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 49.

¹⁹ *Ibid.*

indicado que este articulado debe ser entendido a modo descriptivo mas no limitativo.²⁰ En este sentido, haciendo suyos los pronunciamientos de la Asamblea General de la OEA, la Corte determinó que “el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”.²¹

Entre los otros derechos reconocidos en otros tratados internacionales relacionados con el derecho a la identidad, se encuentra el derecho a la vida privada. En este sentido, la Corte IDH ha tomado nota de la evolución jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “Corte Europea” o “TEDH”) en esta materia. Según ésta, “[el derecho a] la vida privada incluye aspectos de la ‘identidad social y física del individuo’”, y “protege ‘la **identidad de género, nombre, identidad sexual y vida sexual (...)** el desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”²² (negritas fuera del original). Del mismo modo, la Corte IDH ha considerado violado el derecho a la vida privada bajo el mismo argumento en los casos de derechos sexuales y derechos reproductivos que ha tenido bajo su estudio.²³

La Ilustre Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH” o “la Comisión”), en el *Informe Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género* producido para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, resaltó que:

“Con mayor precisión teórica desde la sociología-jurídica, las acepciones *orientación sexual, identidad de género y expresión de género* han sido utilizadas como referentes para el reconocimiento y la exigibilidad de derechos, entre otros, por la legislatura y la judicatura. La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex ***asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad***—los cuales han estado tradicionalmente invisibilizados—; reconoce la discriminación histórica a que

²⁰ Corte IDH, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, op. cit., párr. 112.

²¹ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, op. cit., párr. 123.

²² CortelDH, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, op. cit, nota a pie 165, párr. 112. Citando a la Corte Europea de Derechos Humanos en Eur. Court HR, Case of Bensaid v. The United Kingdom (Application no. 44599/98). Judgment of 6 February 2001, párr. 47; Eur. Court HR, Case of Pretty v. The United Kingdom (Application no. 2346/02. Judgment of 29 April 2002, párr. 61, y Eur. Court HR, Case of Peck v. United Kingdom (Application no. 44647/98). Judgment of 28 January 2003, párr 57.

²³ Cfr. CortelDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 117, Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 131; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 121; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 143, 317.

han estado sometidas las personas que se identifican de esta manera; y las dota de protección”.²⁴ (negritas y cursivas fuera del original)

La CIDH, al respecto, ha distinguido las categorías protegidas de orientación sexual, identidad de género y expresión de género.

La CIDH indicó que la orientación sexual es independiente del sexo que se les asignó a las personas al nacer o de la identidad de género de éstas.²⁵ La Comisión definió la orientación sexual, tomando en cuenta los Principios de Yogyakarta, como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad [de] mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.²⁶

Dentro de esta categoría, se incluyen los términos heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad.²⁷ Si tomamos en consideración las formas heteronormativas con las que se ha construido el derecho occidental, podemos indicar que la heterosexualidad es la categoría que ha adquirido una jerarquía de valor social y legal superior al resto de categorías que se ubican dentro de la orientación sexual.²⁸

Por cuanto hace a la identidad de género, la Comisión indicó que se trata de:

“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.²⁹

Aunado a ello indicó que dentro de esta categoría se incluyen las definiciones de personas trans o transgénero,³⁰ las cuales se oponen a la categoría cisgénero, misma que también se encuentra dentro de la definición de identidad de género. Del mismo modo, considerando la cisnormatividad que priva en nuestras sociedades, se le ha dado una jerarquía de valor social y legal superior a la categoría “cisgénero” con respecto a las categorías trans.³¹

²⁴ OEA, Comisión De Asuntos Jurídicos y Políticos, “Orientación Sexual, Identidad De Género y Expresión De Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes”, [Estudio Elaborado por la CIDH en cumplimiento de la Resolución Ag/Res. 2653 (XII-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual E Identidad De Género], OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF 166/12, 23 abril 2012, párr. 6.

²⁵ *Ibidem*, párr. 16.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ CIDH, Violencia contra personas LGBTI, op. cit. párr. 31.

²⁹ OEA, Orientación Sexual, Identidad de género y expresión de género, op. cit. párr. 18.

³⁰ Para referirnos a estas definiciones ver OEA, Orientación Sexual, Identidad de género y expresión de género, op. cit. párr. 19.

³¹ CIDH, Violencia contra personas LGBTI, op. cit., párr. 32.

En relación a la expresión de género, la CIDH entendió que se trata de “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”.³² Además, indicó que esta categoría, a pesar de estar relacionada con la identidad de género, al ser una manifestación externa, puede o no corresponder tanto con su orientación sexual o con su identidad de género, y que la protección de una persona debe darse con independencia de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género, o si es únicamente percibida como tal.³³

Para entender estos conceptos desde la diversidad, es necesario alejarse de la idea que propone el sistema binario sexo-género, al que nos referimos con anterioridad, sobre el cual se construye también el derecho occidental y nuestras sociedades. En tanto que este sistema sólo considera posible la construcción de dos categorías rígidas como son masculino/hombre y femenino/mujer, y excluye, desconoce u otorga menos valor a la construcción de categorías como trans o personas intersex.³⁴ Además, este sistema fomenta la creación de patrones socio-culturales o estereotipos de género que indican lo que debe considerarse como hombre y como mujer, así como sus roles en la sociedad, los cuales son perjudiciales, como lo señaló la Corte IDH en el caso Campo Algodonero.³⁵

En el citado Informe de la CIDH esta consideró que “la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas”.³⁶ Igualmente, reconoció que estas tres categorías son “características personales en el sentido que son innatas e inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, ‘entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su personalidad.”³⁷ Por lo tanto, concluyó que estas categorías no pueden ser modificadas o ajustadas por terceras personas o por el Estado, sin que se configure una vulneración de su dignidad.³⁸

Finalmente, la Honorable Corte, al analizar el alcance del derecho a la libertad establecido en el artículo 7 de la CADH, señaló que “la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este

³² OEA, Orientación Sexual, Identidad de género y expresión de género, op.cit. párr. 21.

³³ *Ibidem*, párr. 25.

³⁴ CIDH, Violencia contra personas LGBTI, op. cit, párr. 34.

³⁵ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401 y 402.

³⁶ OEA, Orientación Sexual, Identidad de género y expresión de género, op.cit, párr. 7.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibidem*, párr. 8.

sentido, la orientación sexual de una persona dependerá de cómo esta se autoidentifique”.³⁹

Tomando en consideración lo expuesto hasta aquí, podemos afirmar que:

- 1) El derecho a la identidad ha sido considerado por la jurisprudencia nacional e internacional, como un derecho humano protegido por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- 2) La Corte IDH ha considerado que el derecho a la identidad, es un derecho autónomo fundamental, no derogable y *erga omnes*.
- 3) El derecho a la identidad está vinculado a los derechos a la orientación sexual, identidad de género, identidad sexual, y expresión de género diversas, categorías que son relevantes para la construcción continua de la personalidad del individuo y su autodefinición. Estas categorías pretenden construir una sociedad que reconozca la pluralidad de identidades, desde un discurso de la diversidad y no desde la heteronormatividad, cisnormatividad y de un sistema binario sexo-género patriarcal.
- 4) Por tanto, los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas, deben ser protegidos, respetados y garantizados por los Estados sin discriminación y sin injerencias arbitrarias, de conformidad con lo señalado en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana.
- 5) La garantía del derecho a la identidad implica la de otros derechos tales como el nombre y la inscripción en el registro civil, la nacionalidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida privada, el establecimiento de relaciones familiares, entre otros. Por ello, se hace necesario un esfuerzo de interpretación transversal de la Convención Americana, para poder entender las obligaciones específicas que tienen los Estados para proteger la orientación sexual, identidad de género y expresión sexual diversas de las personas.

III. El derecho a la vida privada comprende el derecho de todas las personas a una orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas

El derecho a la vida privada contenido en el artículo 11. 2 de la CADH,⁴⁰ se encuentra estrechamente vinculado con los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas. Además de la protección que encuentran estas categorías en el derecho a la identidad, también están protegidas por el derecho a la vida privada, en tanto que son esenciales para la autodeterminación, la autonomía personal y la dignidad de las personas, y por lo tanto forman parte de su intimidad. De ese modo, cualquier injerencia a estos

³⁹ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit, párr. 103; Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit., párr. 136; Véase en el mismo sentido: OEA, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género, op. cit. y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098/96, de 7 de marzo de 1996, párr. 4.

⁴⁰ Artículo 11.2 de la CADH: “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.”

derechos debe cumplir con los requisitos establecidos en la jurisprudencia internacional.

Tal como lo ha señalado la Honorable Corte, “la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.”⁴¹ Como indicamos *supra*, la Corte Europea ha entendido que el derecho a la identidad está comprendido bajo el derecho a la vida privada.⁴²

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea, esta Honorable Corte ha señalado que el derecho a la vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas.⁴³ Su protección “abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales”.⁴⁴ De tal manera que ésta “incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás, [además,] es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.”⁴⁵

En este sentido, la Corte ha indicado en varios casos,⁴⁶ que el derecho a la vida privada comprende y protege, al menos: a) la identidad física y social, b) el desarrollo personal, c) la autonomía personal,⁴⁷ d) el nombre, e) la identidad de género, f) la orientación sexual⁴⁸ o identidad sexual, g) la vida sexual, h) las relaciones personales y familiares, que incluye el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y su entorno social (o mundo exterior), incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas

⁴¹ Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, op. cit. párr. 113.

⁴² *Ibidem*. nota al pie 165, párr. 112.

⁴³ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit., párr. 161; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, op. cit. párr. 119, y Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, op. cit., párr. 129, citando T.E.D.H., Caso Dudgeon, párr. 41, Caso X y Y Vs. Países Bajos, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, para. 22, Caso Niemietz, párr. 29, y Caso Peck, párr. 57.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 143.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, op cit, párr. 143; Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op.cit. párr. 162, Cfr. Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, op. cit, párr. 119, y Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, op.cit., párr. 129. La CorteIDH cita a TEDH, Caso Niemietz, párr. 29, y Caso Peck, párr. 57.

⁴⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, op.cit, párr. 143; Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, op. cit, párr. 135, 165; Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, nota al pie 165, párr. 112 y 114; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, op. cit, párr. 119, y Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, op. cit, párr. 129.

⁴⁷ En el caso Artavia Murillo vs Costa Rica la Corte IDH indicó que “la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona.” Cfr. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. op. cit, párr. 143.

⁴⁸ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 165.

del mismo sexo.⁴⁹ En cuanto al ámbito de protección la Corte IDH consideró que este derecho se extiende a la esfera pública y profesional.⁵⁰

Por tanto, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Honorable Corte, la vida privada protege los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas. Postura que es consistente con los pronunciamientos de otros órganos internacionales, como vemos a continuación.

En específico, esta Honorable Corte ha destacado que la orientación sexual de una persona,

“se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”⁵¹.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha afirmado que “la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas”,⁵² en tanto que este derecho “garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su identidad, así como el campo de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como las decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar”.⁵³

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 135, citando a T.E.D.H., Caso *Pretty Vs. Reino Unido* (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 (“the concept of [“]private life[“] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”); Caso *Schalk y Kopf Vs. Austria*, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 90 (“It is undisputed [...] that the relationship of a same-sex couple like the applicants' falls within the notion of [“]private life[“] within the meaning of Article 8”); Caso *Dudgeon*, párr. 41 (“the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1”); Caso *Burghartz Vs. Suiza*, (No. 16213/90), Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 24, y Caso *Laskey, Jaggard y Brown*, párr. 36.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ CortelDH, Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, op. cit, párr. 135, citando a la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003. La Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, como el derecho de las personas a “optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997), y “la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia” (Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998).

⁵² OEA, *Orientación Sexual, Identidad de género y expresión de género*, op. cit, párr. 31

⁵³ *Ibid.* Párr. 31

Estas afirmaciones hacen eco a los pronunciamientos de la Asamblea General de la OEA en sus Resoluciones *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, desde el año 2008, en las que señala que, “la Carta de la Organización de Estados Americanos proclama que la misión histórica de América es ofrecer al ser humano una tierra de libertad y un ambiente favorable al desarrollo de su personalidad y a la realización justa de sus aspiraciones”.⁵⁴

De igual modo, la Corte Europea ha señalado, en casos relativos a los derechos de las personas LGBTTTIQA, que:

“Nonetheless, the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including ***the right to establish details of their identity as individual human beings.***”⁵⁵
(negritas y cursivas fuera del original)

En este mismo sentido, ese Tribunal reconoció el derecho a la identidad de género de una persona transexual que solicitaba el acceso a la cirugía de reasignación de sexo.⁵⁶

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha coincidido en que el derecho a la vida privada protege la orientación sexual, identidad de género y expresión de género. En este sentido, ha indicado que este derecho protege la esfera de la vida de una persona en la que ésta pueda expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con las y los demás o de manera individual,⁵⁷ así como la sexualidad de las personas, al considerarla parte fundamental de su vida privada.⁵⁸ El Comité también se ha referido a la protección que brinda el derecho a la vida privada a las relaciones familiares.⁵⁹

El alcance de la protección del derecho a la vida privada, en relación con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, también deberá entenderse que comprende la integridad física y psicológica de las personas. Así lo ha señalado la Honorable Corte al indicar que:

⁵⁴ OEA, Resoluciones “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, AG/Red. 2435 (XXXVII-O/08), AG/RES 2504 (XXXIX-O/09), AG/RES 2600 (XL-O/10), AG/RES 2653 (XLI-O/11), AG/RES 2721 (XLII-O/12).

⁵⁵ TEDH, *Christine Goodwin v. Reino Unido*, Sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 90.

⁵⁶ “The Court considers that the initial refusal of the applicant’s request undeniably had repercussions on his **right to gender identity and to personal development**, a fundamental aspect of the right to respect for private life. That refusal therefore amounted to interference with the applicant’s right to respect for his private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention.” TEDH, *Caso Y.Y vs Turquía*, (no. 14793/08), Sentencia del 10 de marzo de 2015, párr. 66.

⁵⁷ CDH, *Caso Coeriel vs Países Bajos*, CCPR/C/52/D/452/1991, 9 de diciembre de 1994, párr. 10.2.

⁵⁸ CDH, *Toonen vs Australia*, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), párr. 82.

⁵⁹ CDH, *Observación General No 16.- Artículo 17 - Derecho a la intimidad*, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988), párr. 5.

“[...] En el ámbito europeo, la jurisprudencia ha precisado la relación entre el derecho a la vida privada y la protección de la integridad física y psicológica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica”.⁶⁰

Si bien, el caso que resolvió la Corte se refiere a la relación entre vida privada, integridad física y psicológica, y salud y libertad reproductiva, este mismo estándar aplicaría a la salud sexual,⁶¹ libertad sexual y a otros aspectos de la integridad y salud de las personas, que tengan relación con el ajuste entre la salud sexual y las orientaciones e identidades sexuales y de género y sus expresiones diversas. Ello en tanto éstos también son componentes de la autonomía personal, de la vida privada y del concepto de salud e integridad de las personas.

Ahora bien, una vez que hemos establecido que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género se encuentran protegidas por el derecho a la vida privada, cabe señalar, tal como lo ha hecho la Corte, que los Estados deben abstenerse de realizar injerencias abusivas o arbitrarias a estos derechos. De tal manera que cualquier injerencia o restricción deberá estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; es decir deberá ser necesaria en una sociedad democrática.⁶²

Por lo tanto, cualquier análisis sobre el alcance y limitaciones de los derechos humanos de las personas LGBTTTIQA, deberá considerar que los Estados están obligados a respetar el derecho de todas las personas a su identidad personal, entendida desde la autodeterminación, autonomía e intimidad, la cual incluye la

⁶⁰ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. op. cit. párr. 147 citando T.E.D.H., Caso Glass Vs. Reino Unido (No. 61827/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004, párrs. 74-83; Caso Yardimci Vs. Turquía, (No. 25266/05), Sentencia de 5 de enero de 2010. Final, 28 de junio de 2010, párrs. 55 y 56, y Caso P. y S. Vs. Polonia (No. 57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en este último caso que los Estados tienen "a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life"; ver también T.E.D.H., Caso McGinley y Egan Vs. Reino Unido, (No. 10/1997/794/995-996), Sentencia de 9 de junio de 1998, párr. 101.

⁶¹ “[La salud reproductiva] incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”. Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Declaración y Programa de Acción de Beijing, 15 de septiembre de 1995, párr. 94.

⁶² Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit., párr. 164 y 165, Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56, Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 116.

posibilidad de tener orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género diversas. Además, deberá considerar que las orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género diversas forman parte de la vida privada de las personas, y que, por lo tanto, los Estados deberán protegerlas de injerencias arbitrarias y abusivas que vayan en contra de estos derechos. También deberá considerar que los Estados están obligados a tomar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de estos derechos, libres de discriminación y violencia, de tal manera que las personas LGBTTTIQA pueden ejercer todos los derechos humanos de manera plena y efectiva.

IV. Obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género diversas sin discriminación y libre de violencia

Una vez que ya hemos señalado que la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas son derechos vinculados, al menos, al derecho a la identidad y el derecho a la vida privada, es menester analizar las obligaciones estatales que se generan en virtud de este reconocimiento.

En primer lugar, hemos señalado que reconocer que existen los derechos humanos a una orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas, significa aceptar un cambio de paradigma, en el que las normas reflejen la diversidad de identidades y expresiones sexuales y de género de todas las personas, las cuales deben ser protegidas y garantizadas por el derecho, el Estado y sus instituciones, sin discriminación alguna.

Ello implica, por un lado, que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que obstruyan o imposibiliten estos derechos, de acuerdo con su **obligación de respetar** los derechos. Por ejemplo, un Estado no puede criminalizar la homosexualidad o prohibir de manera absoluta la expresión de ésta en espacios públicos y privados. En tanto que, por un lado, violaría el derecho a la orientación sexual de género diversa, en relación con el derecho a la identidad, la libertad y la vida privada; y por el otro, violaría el principio de no discriminación, en tanto que no hay causa justificada para una diferencia de trato a este respecto.

Por otro lado, este reconocimiento implica que los Estados están **obligados a garantizar** el pleno ejercicio de los derechos a una orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas, a través de la realización de acciones positivas. Ello implica organizar todo el aparato estatal para el cumplimiento de esta obligación, así como ya se protegen, por ejemplo, otros elementos de la identidad de las personas, tales como la nacionalidad, el nombre, las relaciones familiares, etc., a través de leyes, reglamentos, mecanismos, procedimientos, instituciones, presupuesto, etc., sin discriminación alguna. En este sentido, la imposibilidad de reconocimiento legal de las personas intersexuales, por la falta de

esta categoría en las actas o partidas de nacimiento, constituye una violación de la obligación de garantizar las identidades sexuales diversas no binarias.

En segundo lugar, estas obligaciones están estrechamente ligadas a la obligación de respetar y garantizar estos derechos **sin discriminación**. El principio de no discriminación resulta fundamental en este análisis, por cuanto la discriminación es la causa principal de la falta de reconocimiento de los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas como derechos humanos, y por tanto, también de su falta de protección por parte de los Estados.⁶³ Dicha discriminación ha propiciado, por un lado, la invisibilidad de las necesidades y derechos de las personas con orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género no normativas o diversas, y por el otro, la negación de derechos humanos fundamentales en su conjunto, como resultado de la discriminación y violencia histórica que han vivido.⁶⁴

Por ello, en este capítulo analizaremos los estándares relativos al derecho de las personas con orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género no normativas o diversas a ejercer todos sus derechos humanos libres de discriminación y violencia, a través: 1) del reconocimiento de la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, ya sean reales o percibidas, como categorías prohibidas de discriminación bajo la protección del artículo 1.1 de la CADH, y 2) a través del derecho de igual protección ante la ley establecido en el artículo 24 de la CADH, el cual permite analizar disposiciones violatorias existentes en los ordenamientos internos.

En tercer lugar, analizaremos la obligación que tienen los Estados de adoptar todas las medidas de derecho interno, ya sean legislativas o de otro carácter, que sean necesarias para hacer efectivos los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas, como se deriva del artículo 2 de la CADH. Esta obligación deberá analizarse a la luz de los estándares de no discriminación y de igual protección ante la ley, antes señalados.

Por último, concluiremos que los Estados tienen el deber de erradicar la violencia originada con motivo de la discriminación en contra de personas con orientaciones

⁶³ Ello es así por cuanto, tanto el derecho nacional como el derecho internacional de los derechos humanos, han sido creados bajo la idea de un sistema patriarcal, heteronormativo, cisnormativo y binario sexo-género, que ha permeado el entendimiento de todos los derechos, así como de todas las instituciones del Estado. Cfr. CIDH, *Violencia contra personas LGBTI*, op.cit, párr. 31 a 34.

⁶⁴ “Las sociedades en América están dominadas por principios arraigados de heteronormatividad, cisnormatividad, jerarquía sexual, los binarios de sexo y género y la misoginia. Estos principios, combinados con la intolerancia generalizada hacia las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género y cuerpos diversos; legitiman la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales. La violencia contra las personas LGBTI existe como consecuencia de contextos sociales, sociedades y Estados que no aceptan, y que de hecho, castigan las sexualidades, identidades y cuerpos que no se ajustan a los estándares sociales de corporalidad femenina o masculina. Debido al vínculo inherente entre discriminación y la violencia contra las personas LGBTI, en este informe, la CIDH insta a los Estados Miembros de la OEA a adoptar medidas comprensivas para combatir la discriminación, prejuicios y estereotipos sociales y culturales contra las personas LGBTI”. CIDH, *Violencia contra personas LGBTI*, op. cit. párr. 48.

sexuales, identidades de género y expresiones de género no normativas o diversas, tal y como ha sido exhortado por la Asamblea General de la OEA, así como por múltiples órganos de derechos humanos en el mundo.⁶⁵

A. El derecho a la no discriminación y a la igualdad ante ley, en relación con la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas

1. Las definiciones de igualdad y de no discriminación

La extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia del derecho a la igualdad y no discriminación establece que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.⁶⁶ Por ello, se trata de un derecho de “carácter fundamental”⁶⁷ que ha ingresado en el dominio de *jus cogens*, sobre el cual “descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”.⁶⁸

Respecto al derecho de no discriminación, la Corte IDH señaló que “es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”.⁶⁹

A este respecto, los Principios de Yogyakarta observan, “[...] que el respeto a los derechos sexuales, a la orientación sexual y a la identidad de género es esencial para la realización de la igualdad entre hombres y mujeres y que los Estados

⁶⁵ Consejo de Derechos Humanos, Resolución “Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”, (A/HRC/RES/17/19), 14 julio de 2011; (A/HRC/RES/27/32, 2 de octubre de 2014; Resolución “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, (A/HRC/RES/32/2), 15 de julio de 2016; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 924 (1981) sobre discriminación en contra de homosexuales, 33ª sesión ordinaria, 1 de octubre de 1981; Parlamento Europeo, Resolución A3-0028/94 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea, entre otras; African Commission on Human and Peoples’ Rights, Resolution on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity, 55th Ordinary Session, Luanda, Angola, 28 April to 12 May 2014; OEA, AG/RES 2504 (XXXIX-O/09), AG/RES 2600 (XL-O/10), AG/RES 2653 (XLI-O/11), AG/RES 2721 (XLII-O/12), op. cit.

⁶⁶ Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55, Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit., párr.79, Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit., párr. 91, Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit., párr. 109.

⁶⁷ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185.

⁶⁸ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 269, Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit., párr.79, Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit., párr. 109 y Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit., párr. 91.

⁶⁹ *Ibid.*

deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres [...]”.⁷⁰

Para definir la discriminación, la Corte Interamericana, tomando de referencia el *corpus iuris* internacional, indicó que se entiende por discriminación:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan **por objeto o por resultado** anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.⁷¹ (negritas fuera del original)

Así, la amplia jurisprudencia en materia de no discriminación, reconoce que se puede dar una discriminación directa o por objeto, y una discriminación indirecta o por resultado. Al analizar el concepto de discriminación indirecta, la Corte IDH hizo un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de los órganos de tratados de Naciones Unidas y de la Corte Europeo en la materia estableciendo que:⁷²

- 1) “El principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”.⁷³
- 2) “Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas”.⁷⁴
- 3) “Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba”.⁷⁵
- 4) “Una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique”.⁷⁶
- 5) “Cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo”.⁷⁷

⁷⁰ Principios de Yogyakarta, op. cit. pág. 10.

⁷¹ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit., párr.81.

⁷² Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, op. cit., párr.286.

⁷³ Citando Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130., párr. 141, y Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. op.cit., párr. 88.

⁷⁴ Citando Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 234.

⁷⁵ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, op.cit. párr. 286.

⁷⁶ Citando Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comunicación No. 3/2011, Caso H. M. Vs. Suecia, CRPD/C/7/D/3/2011, 19 de abril de 2012, párr. 8.3.

⁷⁷ Citando TEDH, Caso Hoogendijk Vs. Holanda, No. 58641/00, Sección Primera, 2005; TEDH, Gran Camara, D. H. y otros Vs. República Checa, No. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 175, y TEDH, Caso Hugh Jordan Vs. Reino Unido, No. 24746/94, 4 de mayo de 2001, párr. 154.

En el caso de las personas con orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género no normativas y diversas, este tipo de discriminación es relevante, en tanto que el sistema jurídico heteropatriarcal cisbinario, ha creado normas consideradas “neutras”, cuyo sujeto universal de protección bajo “la norma” es, por lo general, las personas heterosexuales, cisgénero, con cuerpo hombre/masculino o mujer/femenino, entre otras características (por ejemplo ser hombre, ser blanco, no indígena, adulto, etc). Por lo tanto, la aplicación de estas normas tendrán, por resultado, efectos diferentes y generalmente negativos sobre “lxs otrxs”, es decir las personas que se salgan de “la norma”.⁷⁸ En este sentido, para alcanzar una igualdad real, deberán considerarse las experiencias específicas de quienes no fueron representadxs por la norma. Así, no basta con tratar de igualarlos con el grupo hegemónico, sino que es necesario considerar la diversidad, es decir, el derecho a ser diferente, donde se considere a todas las personas sujetas de derecho con plena ciudadanía sexual.⁷⁹

De igual modo, es especialmente importante considerar la discriminación múltiple o interseccional,⁸⁰ tomando en cuenta, como lo señalan los Principios de Yogyakarta, que “[l]a discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica”.⁸¹

En este sentido, se pronunció la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante “OACNUDH”), en su informe *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, al afirmar que:

“La discriminación contra las personas LGBT a menudo se ve exacerbada por otros factores de identidad, como el sexo, el origen étnico, la edad y la religión, así como por factores socioeconómicos como la pobreza y el conflicto armado. Esas múltiples formas de discriminación pueden tener efectos a nivel individual, pero también en el plano social, ya que las personas LGBT que ven vedado su acceso a derechos básicos como el trabajo, la salud, la educación y la vivienda viven en situaciones de

⁷⁸ Cfr. Facio, Alda, “Metodología para el análisis del género del fenómeno legal, en Facio, Alda, y Frias, Lorena, “Género y Derecho”, Chile, Ediciones LOM, 1999, págs. 99 a 136; Platero Méndez, Raquel, “Matrimonio entre personas del mismo sexo e identidad de género: Los límites de la igualdad”, en Agencia Latinoamericana de la Información, América Latina en movimiento- Sexualidades disidentes, mayo 2007, pág. 33 y 34.

⁷⁹ Nash, Mary, “Identidades de género, mecanismos de subalternidad y procesos de emancipación femenina”, Revista CIDOB d’Afers Internacionals, núm. 73-74, págs. 39-57.

⁸⁰ En el caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador la CortelDH se refirió a este tipo de discriminación al señalar que: “La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 259.

⁸¹ Principios de Yogyakarta, Principio 2.- Los Derechos a la Igualdad y a la no Discriminación, pág. 11.

pobreza, privadas de toda oportunidad económica. [...]”.⁸²

Por otro lado, una persona puede resultar discriminada por orientación sexual, identidad de género o expresión de género, por “la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima”.⁸³

La discriminación por percepción se vincula con el derecho a la identidad en el sentido mencionado *supra*, en tanto que “la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales”.⁸⁴ Por tanto, se trata de una “disminución de la identidad [que] se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre”.⁸⁵

2. El alcance de los principios de igualdad y no discriminación

En cuanto al alcance de la obligación de no discriminación bajo el artículo 1.1 de la CADH, el Tribunal ha señalado que:

“El artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”.⁸⁶

En cuanto a la aplicación del derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH ha dejado claro que:

“[E]l artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una

⁸² Consejo de Derechos Humanos, OACNUDH, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 42.

⁸³ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit., párr. 120.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 78; Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit. párr. 93; Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit. párr. 111.

protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención”.⁸⁷

Esto quiere decir que este artículo “consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe, pues protege el derecho a ‘igual protección de la ley’, de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación”.⁸⁸

A este respecto, la Corte IDH ha señalado que los Estados están obligados a “abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*”⁸⁹ (obligación negativa); así como “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”⁹⁰ (obligación positiva). De acuerdo a lo señalado por el Tribunal, “[e]sto implica el *deber especial de protección* que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.⁹¹ (cursivas fuera del original)

En este mismo sentido, la Corte ha considerado que el derecho a la igualdad y a la no discriminación abarca “una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”.⁹² Además, concluyó que estas obligaciones son de cumplimiento inmediato.⁹³

⁸⁷ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit, párr. 112, Cfr. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209, y Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit, párr. 94.

⁸⁸ Corte IDH, Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 174.

⁸⁹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op.cit, párr. 103; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op. cit. párr. 271; Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit, párr. 80; Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit, párr. 92; Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit., párr. 110; Ver, también, ONU, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observación General No. 18, No discriminación, CCPR/C/37, 10 de noviembre de 1989, párr. 6.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 267.

⁹³ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit, párr. 124, Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos. Comentario General No. 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 5; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párrs. 7 y 17, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de Derechos

Asimismo, el Tribunal señaló que “los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, [y] adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.⁹⁴

Ahora bien, al analizar la diferencia de trato, para poder identificar si hubo o no discriminación, es necesario acudir al test aplicado en la jurisprudencia constante de la Corte IDH, en el sentido que, “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”.⁹⁵

Este test, tiene estándares más altos cuando la diferencia de trato se basa en algunos de los motivos o categorías prohibidas de discriminación contempladas en el artículo 1.1. de la CADH. Según la jurisprudencia del Tribunal, “tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”.⁹⁶ Y por lo tanto corresponde al Estado demostrar que la diferencia de trato se encuentra justificada, al no tener un propósito ni un efecto discriminatorio,⁹⁷ y sin fundamentar su decisión en estereotipos.⁹⁸

También esta Honorable Corte indicó que “para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjo la decisión”.⁹⁹

Con respecto a la cuestión planteada por el Estado de Costa Rica, sobre si la identidad de género debe ser considerada una categoría prohibida de discriminación, cabe señalar que este Tribunal, después de un extenso análisis de

Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13, “El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)”, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 31.

⁹⁴ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 264.; Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, op. cit., párr. 141.

⁹⁵ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit. párr. 125, Cfr. Corte IDH, Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 200, y Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit. párr. 106.

⁹⁶ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit. párr. 125; Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, op.cit. párr. 257, y Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit. párr. 106.

⁹⁷ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, op.cit., párr. 257.

⁹⁸ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit., párr. 125, Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 125.

⁹⁹ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, op. cit., párr. 260; Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, op. cit. párr. 226 y Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, op.cit., párr. 95.

derecho internacional, ratificó que tanto la orientación sexual como la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.¹⁰⁰

Asimismo, la Corte IDH ha establecido que “al interpretarse el contenido de [artículo 1.1 de la CADH] debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”.¹⁰¹ También ha indicado que estos criterios “no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, [y que] la redacción de esa norma deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas”.¹⁰²

Además, cabe recordar lo señalado por este Tribunal en cuanto a que, “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países al momento [...] de los hechos sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”.¹⁰³

Por consiguiente, la Corte IDH concluyó 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. [...]”.¹⁰⁴ Por lo tanto, reiteró que, “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”,¹⁰⁵ y/o identidad de género, y expresión de género,¹⁰⁶ sea esta real o percibida, pues ello sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la CADH.¹⁰⁷ Esta obligación, de acuerdo con el Tribunal,

¹⁰⁰ “Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”. Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 91; Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit. párr. 104. Corte IDH, Caso Flor Freire vs Ecuador, op. cit. párr. 118.

¹⁰¹ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 84.

¹⁰² Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, op. cit. párr. 202; Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 85.

¹⁰³ Corte IDH, Caso Flor Freire vs Ecuador, op. cit. párr. 124; Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 92, y Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit. párr. 123.

¹⁰⁴ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr. 93.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ La Corte indicó que, “Adicionalmente, este Tribunal ha establecido que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas” Corte IDH, Caso Flor Freire vs Ecuador, op. cit., párr. 119.

¹⁰⁷ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit. párr. 133, Corte IDH, Caso Flor Freire Vs Ecuador, op. cit. párr. 118.

“abarca y se extiende a todas las esferas del desarrollo personal de las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención”.¹⁰⁸

La CIDH también ha señalado que estas categorías se encuentran comprendidas dentro de la frase “otra condición social” establecida por el artículo 1.1 de la CADH, o por la categoría “sexo” como ha sido utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en algunas de sus resoluciones sobre este tema.¹⁰⁹

En casos recientes sobre discriminación en razón de la orientación sexual, la Corte IDH realizó el análisis de leyes que podrían ser discriminatorias a la luz de lo establecido en el artículo 24 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, y señaló que “[p]ara llevar a cabo ese análisis, [le] correspond[ía] determinar: a) si esas normas establecían una diferencia de trato; b) si esa diferencia de trato se refería a categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y c) si esa diferencia de trato revestía un carácter discriminatorio”.¹¹⁰

3. El deber de los Estados de adoptar medidas de derecho interno para el efectivo ejercicio de los derechos sin discriminación

Por último, este análisis se complementa con la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención, “la cual obliga a los Estados a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención”.¹¹¹ De tal manera que toda ley, procedimiento, o mecanismo interno, debe cumplir con los estándares de no discriminación, a la luz de lo establecido por el artículo 24 en relación con las obligaciones del artículo 1.1 y 2 de la Convención. En casos de orientación sexual, donde los Estados no demostraron que la norma que generó un trato diferenciado por motivo de orientación sexual, cumpliera con el test de proporcionalidad antes mencionado, la Corte IDH declaró la violación a estos derechos.¹¹²

En esta materia, los Principios de Yogyakarta sirven como guía para establecer los alcances de la obligación de los Estados de adoptar medidas de derecho interno que garanticen el pleno ejercicio de los derechos a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género sin discriminación. De ese modo, en cuanto al derecho a la no discriminación, el Principio 2 señala que los Estados:

¹⁰⁸ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs Ecuador, op. cit. párr. 136.

¹⁰⁹ OEA, Orientación Sexual, Identidad de género y expresión de género, op. cit, párrs. 26 a 29.

¹¹⁰ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, op. cit, párr. 114, Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit. párr. 100.

¹¹¹ *Ibidem*, párr. 139.

¹¹² *Ibid.*, Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, op. cit., párr. 124 y 138, Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op. cit. 45.

“A. Si aún no lo hubiesen hecho, consagrarán en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante, los principios de la igualdad y de la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, inclusive por medio de enmienda e interpretación, y velarán por la efectiva realización de estos principios;

B. Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban, o de hecho sean empleadas para prohibir, la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y velarán por que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo y de sexos diferentes;

C. Adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada;

D. Adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de garantizar el desarrollo adecuado de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, según sean necesarias para garantizarles a estos grupos o personas el goce o ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones. Dichas medidas no serán consideradas discriminatorias;

E. En todas sus respuestas a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, tendrán en cuenta la manera en que esa discriminación puede combinarse con otras formas de discriminación;

F. Adoptarán todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género”.¹¹³

Por tanto, la vasta jurisprudencia de esta Corte, así como la jurisprudencia comparada e instrumentos internacionales, ofrecen guías claras sobre las obligaciones de los Estados para proteger y garantizar los derechos a la orientación sexual, identidad de género, y expresión de género diversas.

B. El derecho a vivir libre de violencia por razones de orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género

Al analizar la presente opinión consultiva, resulta relevante también analizar las obligaciones del Estado de erradicar los estereotipos socialmente dominantes y socialmente persistentes, que causan y refuerzan la discriminación y la violencia en contra de determinadas personas o grupos de personas, en este caso, en contra de personas con identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer.

A este respecto, la Corte ha establecido que “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-

¹¹³ Principios de Yogyakarta, op. cit, pág. 10 y 11.

concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”.¹¹⁴ Este mismo criterio ha sido utilizado para referirse a estereotipos de género o que afectan a personas que viven con VIH.¹¹⁵

En su jurisprudencia reiterada, la Corte IDH indicó que:

“el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, **su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer**, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”.¹¹⁶(negritas fuera del original)

En virtud de ello, la Corte ha dejado claro que “los estereotipos de género son incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos”.¹¹⁷ En el caso Norín Catrimán y Otros vs Chile, sobre personas pertenecientes a un grupo étnico, la Corte consideró que “la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”.¹¹⁸

De igual modo, la CIDH ha concluido que “la violencia contra las personas LGBT constituye una ‘forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género’”¹¹⁹ En ese sentido, ha resaltado el vínculo entre discriminación y violencia,¹²⁰ y ha indicado que “el concepto de *violencia por prejuicio* resulta útil para comprender que la violencia contra las personas LGBT es el resultado de percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas, así como en reacciones negativas a situaciones que son ajenas a las ‘nuestras’”.¹²¹

¹¹⁴ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, op. cit., párr. 111.

¹¹⁵ Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 213; Corte IDH, Caso González y otras, op. cit. párr. 400; Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, op.cit. párr. 266.

¹¹⁶ Corte IDH, Caso Velásquez Paiz Y Otros Vs. Guatemala, op.cit. párr. 180., Caso González y otras, op. cit., párr. 401.

¹¹⁷ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, op. cit. párr. 302.

¹¹⁸ Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, op. cit. párr. 228.

¹¹⁹ CIDH, Violencia contra personas LGBTI, op. cit. párr. 27.

¹²⁰ Ibídem, párr. 43.

¹²¹ Ibídem, párr. 45.

Por su parte el OACNUDH también ha reconocido que la violencia homofóbica y transfóbica que se da en todo el mundo, está impulsada por el deseo de castigar a las personas con base en estereotipos de género.¹²²

En tanto que la violencia sufrida por orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa o diversa, no ha sido aún definido por ningún instrumento internacional, tanto los órganos de Naciones Unidas como la CIDH, han hecho un análisis de la relación de este tipo de violencia, con la violencia de género, como señalamos *supra*, y con la violencia institucional y estructural cuyas raíces son la discriminación.¹²³

En este sentido, la CIDH considera, que a pesar de que la orientación sexual y la identidad de género no están expresamente incluidas en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer la Eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), este tratado, al igual que la CADH, es un “instrumento vivo”, cuya interpretación se va ajustando a los tiempos.¹²⁴ Y que por lo tanto, “cuando el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará se refiere a la obligación del Estado de tener especialmente en cuenta la situación de la violencia que pueda sufrir la mujer, en razón de varios factores ‘entre otros’, éstos necesariamente incluyen la orientación sexual y la identidad de género”.¹²⁵

Por otro lado, consideramos que, para garantizar un análisis inclusivo e interseccional, es preciso interpretar el concepto de “mujer” en los tratados internacionales de derechos humanos, a fin de que incluya, no sólo el concepto cisnormativo de “mujer” (como la persona que se reconoce como mujer en correspondencia con las características de su sexo definido al nacer), sino también a las mujeres trans (quienes se reconocen como mujer a pesar de discrepar con las características de su sexo definido al nacer), de tal manera que incluya y proteja las vivencias y experiencias de todas las mujeres en su diversidad.

En razón de lo anterior, consideramos que el marco jurídico que brinda la Convención de Belém do Pará también debe ser un referente para esta Honorable Corte, y para los Estados, en el análisis de las obligaciones derivadas de la protección de los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas, así como para el efectivo ejercicio libre de discriminación y de violencia, de los demás derechos humanos de las personas, con orientaciones sexuales, identidades de género, expresiones de género, o cuerpos no normativos y diversos, ya sea reales o percibidas.

¹²² OACNUDH, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, op. cit. párr. 21.

¹²³ CIDH, Violencia contra personas LGBTI, op. cit. párr. 49-51.

¹²⁴ *ibídem*, párr. 52.

¹²⁵ *Ibíd.*

Tomando en cuenta lo anterior, consideramos que esta Honorable Corte, al analizar la presente Opinión Consultiva, deberá tener en cuenta los siguientes puntos:

- 1) Considerando que las personas con orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género no normativas y diversas o que son percibidas como tales, han sufrido discriminación y violencia históricas, los Estados están obligados, por un lado a respetar, proteger y garantizar el libre ejercicio de su derecho a la identidad, libertad y a la vida privada, entre otros derechos relacionados con su sexualidad, y por el otro a adoptar medidas afirmativas tendientes a alcanzar una igualdad sustantiva, que les permita ejercer su plena ciudadanía.
- 2) Los Estados, además, deberán observar las intersecciones entre orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas con otras categorías prohibidas de discriminación para considerar, en sus leyes y políticas públicas, las situaciones de quienes viven discriminaciones múltiples, y que por lo tanto se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad.
- 3) Los Estados deberán considerar, para efectos de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la CADH, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías prohibidas de discriminación y deberán adecuar tanto sus marcos normativos como sus prácticas a esta obligación.
- 4) Los Estados están obligados a erradicar toda violencia que se genere en contra de las personas en razón de su orientación sexual, identidad de género y expresión de género.

V. El derecho al reconocimiento legal de todas las identidades sexuales y de género diversas

En la presente solicitud de Opinión Consultiva, el Estado de Costa Rica planteó a la Honorable Corte: 1) Si es deber del Estado reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una, de conformidad con los artículos 11.1, 18¹²⁶ y 24, en relación con el artículo 1.1. de la CADH; y 2) Si el procedimiento jurisdiccional contemplado en su legislación interna para el cambio de nombre (Art. 54 del Código Civil)¹²⁷, resulta compatible con la CADH, o si debe interpretarse esa norma en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible

¹²⁶ Artículo 18. Derecho al Nombre “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”

¹²⁷ El artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica señala que “Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del tribunal lo cual se hará para los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto”.

para ejercer ese derecho humano.

Con el objeto de asistir a esta Honorable Corte a dar respuesta a las preguntas planteadas, en primer lugar, desarrollaremos el alcance del derecho de todas las personas a que se reconozca legalmente su identidad de género, independientemente de que ésta corresponda o no con el sexo de nacimiento, o de que sea conforme con las normas de género socialmente aceptadas o impuestas. Dicho reconocimiento forma parte de la obligación de los Estados de respetar y garantizar el derecho a la identidad sexual y de género diversas. Como se desprende del análisis incluido en este escrito, esta obligación no sólo se limita a facilitar el cambio de nombre de las personas transexuales, transgénero, o de las personas no conformes con el género impuesto socialmente, sino que también incluye la obligación de registrar desde el nacimiento y a lo largo de su vida, a las personas intersexuales, así como de asegurar el cambio de nombre, en caso de que sea necesario.

En segundo lugar, nos referiremos a la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas que garanticen ese derecho, tomando en consideración la discriminación y violencia históricas que han vivido las personas con identidades sexuales y de género no normativas o diversas. En ese sentido, consideramos que la vasta jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia permite sostener que los Estados están obligados a facilitar el registro de identidad y el cambio de la misma, a través de procedimientos administrativos accesibles, gratuitos, rápidos y de calidad, de tal manera que puedan ejercer los derechos derivados de este reconocimiento, libres de discriminación y violencia.

A. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el derecho de todas las personas a que se reconozca legalmente su identidad sexual y de género diversas

Como ya ha quedado establecido, la Convención Americana protege los derechos de todas las personas a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas, en tanto que se trata de derechos personalísimos y fundamentales para el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autonomía personal, sin los cuales no se podría considerar a una persona sujeta de derechos.

Esta protección encuentra fundamento en, al menos, los siguientes derechos reconocidos por la CADH: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3), el derecho a la integridad personal (Art. 5), el derecho a la libertad y seguridad personales (Art. 7), el derecho a la dignidad y vida privada (Art. 11), el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (Art. 13), y el derecho al nombre (Art. 18), en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Dichos derechos, interpretados a la luz de los derechos relacionados con la sexualidad y las

expresiones e identidades de género, se desempacan en una serie de derechos que han sido llamados derechos sexuales.¹²⁸

La obligación estatal que nace del reconocimiento de estos derechos, exige que los Estados los respeten y garanticen, libres de discriminación y violencia. A este efecto, consideramos que el cumplimiento de estas obligaciones incluye la creación de un marco legal, político, económico, y social que permita efectivamente el goce de los mismos al interior de los Estados.

Este marco comprende el reconocimiento legal de la amplia gama de diversidad de orientaciones e identidades sexuales, así como de las expresiones e identidades de género que existen en todas las sociedades, como uno de los elementos esenciales para el pleno ejercicio del derecho a la identidad sexual y de género. Este reconocimiento dota de *efecto útil* a las demás disposiciones de la Convención Americana, en especial, los derechos establecidos en los artículos 3, 11 y 18, en relación con el derecho a la igualdad ante la ley (Art.24), y con las obligaciones derivadas de los artículos 1.1. y 2 de la CADH.

1. Definición del problema

El principal problema que enfrentan las sociedades actuales de casi todo el mundo en la materia objeto del presente escrito, es la falta de reconocimiento legal de las identidades transgénero y de las personas intersexuales, quienes incluso han sido consideradxs, como personas “anormales”, con “anomalías”, o con “enfermedades/patologías”. Actualmente, la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye en su lista de trastornos mentales y del comportamiento a los “trastornos de identidad de género”, donde se incluyen la categoría transexual y transgénero.¹²⁹ Hasta el año de 1990, la OMS consideraba la homosexualidad también como una patología.¹³⁰

Este entendimiento parte de criterios biologizantes y naturalistas¹³¹ del sexo y del género y cuyo fundamento está dado también por mitos y prejuicios basados en la idea de la heteronormatividad, la cisnormatividad y del binario sexo-género, como ya lo hemos recalado. Sin embargo, diversas teorías, principalmente sociológicas y antropológicas, han desvirtuado el esencialismo naturalista, y han señalado que tanto la idea de sexo como género son construcciones socioculturales dinámicas, cambiantes, y, por lo tanto, diversas.¹³²

¹²⁸ Ver, International Planned Parenthood Federation (IPPF), “Sexual Rights: an IPPF declaration”, United Kingdom, October 2008. Para el desempaque de derechos también ver Principios de Yogyakarta, op. Cit.

¹²⁹ Amnistía Internacional (AI), “El Estado decide quién soy: Falta de reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero en Europa” Índice: EUR O1/001/2014, enero 2014, pág. 21.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Viturro Mac Donald, Paula, “La revolución de lxs ‘nada’: una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación”, Anuario de Derechos Humanos No 9, 2013, (ISSN 0718-2058), Centro De Derechos Humanos —Facultad de Derecho—Universidad de Chile.

¹³² Cfr. Butler, Judith, “Género en Disputa”, Paidós, Barcelona, 2006, Capítulo 1, pág. 99.

Por ello, las legislaciones de la mayoría de los países del mundo, sólo contemplaban la posibilidad de que una persona fuera registrada legalmente, al momento del nacimiento; momento en el que obtenían un nombre que reflejara su sexo de acuerdo al criterio biológico de “hombre” (macho) o “mujer” (hembra), con el que se identificara su género “masculino” o “femenino”, respectivamente. Si bien, existen legislaciones que contemplan la posibilidad de un cambio de nombre a lo largo de la vida de las personas, algunas de ellas incluyen requisitos de concordancia entre el sexo que se les asignó al nacer con la identidad de género socialmente impuesta.¹³³ Dichas legislaciones constituyen un obstáculo para el pleno reconocimiento de la identidad de las personas transgénero e intersexuales, según su propia autodefinición y son violatorias del derecho a la identidad sexual y de género.

2. El deber de reconocer legalmente las identidades sexuales y de género diversas en relación con el derecho a la identidad y a la vida privada

La Corte Europea ha sido el órgano que mayor desarrollo jurisprudencial ha ofrecido en esta materia, ya que los casos sobre personas transgénero que fueron sometidos ante él, han sido analizados bajo la interpretación del derecho a la vida privada. Si bien el TEDH en los primeros casos mantuvo una posición más restrictiva en su jurisprudencia,¹³⁴ a partir del *caso Christine Goodwin vs Reino Unido* del 2002 y subsiguientes consideró que la negativa de las autoridades a reconocer legalmente la identidad de género de lxs demandantes, y de cambiar sus documentos de identidad para adecuarlos a su identidad autodeterminada, constituía una intromisión injustificada a su vida privada que violaba el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.¹³⁵ En este sentido, el TEDH se alejó del uso de los criterios biológicos para la determinación del género, al señalar que:

“62. While it also remains the case that a transsexual cannot acquire all the biological characteristics of the assigned sex (Sheffield and Horsham, cited above, p. 2028, § 56), the Court notes that with increasingly sophisticated surgery and types of hormonal treatments, the principal unchanging biological aspect of gender

¹³³ Cfr. Palavacino, Adriana, “El Derecho a la Identidad de las Personas Trásgéneras” op. cit., pág. 97; Al, El Estado decide quién soy, op. cit. pág. 5 y 6.

¹³⁴ En los primeros casos, presentados en los años 80’s y 90’s, en donde lxs demandantes solicitaron la rectificación de su inscripción registral para que reflejara su nueva identidad y pudieran tener acceso a otros derechos derivados del reconocimiento legal del sexo y del género, el Tribunal negó las pretensiones de lxs demandantes basado en criterios biológicos y de la ciencia occidental. Por ejemplo, en el *caso Cossey vs Reino Unido*, el TEDH sostuvo que no hubo violación del derecho a la vida privada contemplado en el artículo 8 de la Convención, en tanto que “la ‘cirugía de reasignación de género’ no resultó en la adquisición de todas las características del otro sexo”¹³⁴ y que una anotación en el registro de nacimiento no sería una solución apropiada.¹³⁴ TEDH, *Cossey vs Reino Unido*, Solicitud 10843/84, 27 septiembre 1990, párr. 40. Cfr. TEDH, *Rees vs Reino Unido*, Solicitud 9532/81, 17 de octubre de 1986; TEDH, *X, Y y Z vs. Reino Unido*, Solicitud 21830/93, 22 de abril de 1997, TEDH, *Sheffield y Horsham vs Reino Unido*, Solicitud 22985/93 y 23390/94, 30 de julio de 1998.

¹³⁵ TEDH, *Christine Goodwin vs Reino Unido*, op. cit.; TEDH, *I V. Reino Unido*, (no. 25680/94), Sentencia del 11 de julio de 2002, TEDH, *caso B v Francia*, (no. 13343/87), Sentencia del 25 de marzo de 1992; TEDH, *Y.Y vs Turquía*, op. cit.

identity is the chromosomal element. It is known however that chromosomal anomalies may arise naturally (for example, in cases of intersex conditions where the biological criteria at birth are not congruent) and in those cases, some persons have to be assigned to one sex or the other as seems most appropriate in the circumstances of the individual case. It is not apparent to the Court that the chromosomal element, amongst all the others, must inevitably take on decisive significance for the purposes of legal attribution of gender identity for transsexuals [...]

63. The Court is not persuaded therefore that the state of medical science or scientific knowledge provides any determining argument as regards the legal recognition of transsexuals.”¹³⁶

A partir de ese momento, la Corte Europea dirigió su razonamiento al criterio de auto-determinación de la identidad de género como un derecho protegido por el derecho a la vida privada, el cual debe estar libre de injerencias arbitrarias. En resumen, el TEDH reafirmó que:

- 1) El concepto de “vida privada” no sólo incluye la integridad física y psicológica de las personas, sino que también puede incluir aspectos de la identidad física y social del individuo; y que elementos como la identidad de género, nombre, orientación sexual y vida sexual entraban en la esfera de protección del artículo 8.¹³⁷
- 2) El artículo 8 protege el derecho a la libre personalidad y el derecho de establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. La noción de autonomía personal es un principio importante para la interpretación de este artículo.¹³⁸
- 3) Tomando en consideración que la esencia de la Convención es el respeto por la dignidad humana y la libertad humana, el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral está garantizada por la Convención.¹³⁹
- 4) La determinación del género, es uno de los aspectos más íntimos de la vida de las personas. El principio de autonomía personal comprende el derecho de tomar decisiones respecto del cuerpo de cada uno.¹⁴⁰
- 5) La determinación de las personas para el cambio de su identidad, y la negativa del Estado de cambiarle el nombre de pila, eran factores suficientemente significativos, junto con otros, para el estudio que debía hacer respecto al derecho a la vida privada.¹⁴¹
- 6) Un conflicto entre la ley interna con un aspecto de la identidad personal constituye una interferencia seria a la vida privada.¹⁴²
- 7) El estrés y la alienación surgida por la discordancia entre la posición asumida en la sociedad por una persona transexual y el estatus que le es impuesto por la ley que se rehúsa a reconocer el cambio de género, no puede ser considerado un inconveniente menor que surge de una formalidad. El conflicto que surge entre la realidad social y la ley coloca a las personas transexuales en una posición anómala, en donde ellxs

¹³⁶ TEDH, I. v. Reino Unido, op.cit, párr.62.

¹³⁷ *Ibidem*, párr. 56.

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 57.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 58.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 60.

¹⁴¹ TEDH, B. Vs Francia, op. cit. párr. 55 y 58.

¹⁴² *Ibid*, párr. 58, TEDH, I. v. Reino Unido, op. cit, párr. 57.

pueden experimentar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad.¹⁴³ (traducción no oficial).

Tomando en cuenta todo lo anterior, la Corte Europea consideró que la negación del Estado de reconocer legalmente el cambio de identidad de las personas transgénero tenía innegables repercusiones en su derecho a la identidad de género y al desarrollo personal, aspectos fundamentales de la vida privada, por lo que violaba los artículos 8 y 1 del Convenio.

Si bien la Corte IDH no ha tenido oportunidad de pronunciarse previamente sobre este tema, la jurisprudencia analizada en este escrito permite sostener que el derecho a la vida privada contemplado en el Artículo 11 de la CADH, protege el derecho al reconocimiento legal de la identidad de género diversa, tal como argumentamos en capítulos precedentes.

3. El deber de reconocer legalmente la identidad sexual y de género diversas en relación con el derecho al nombre

Las obligaciones de los Estados respecto al reconocimiento legal de las identidades sexuales y de género, deben extenderse al derecho al nombre, contemplado en el artículo 18 de la CADH.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el derecho al nombre, “constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona”.¹⁴⁴ Por ello, los Estados “deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre.”¹⁴⁵ Además, los Estados deben “garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido”.¹⁴⁶

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la interferencia sobre el derecho al nombre está sumamente limitada y el mismo está protegido por la libre determinación de las personas y su identidad, en relación con la vida privada. Además, este derecho debe garantizarse libre de discriminación en razón de la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como ya hemos reiterado.

¹⁴³ *Ibidem*, párr. 57, TEDH, *Goodwin vs Reino Unido*, op. cit. párr. 77. Esta misma jurisprudencia ha sido utilizada por la Corte IDH para el análisis del derecho a la identidad de niños y niñas de El Salvador en el *Caso Contreras y otros vs El Salvador*, op. cit. párr. 112 al pie de página.

¹⁴⁴ Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, op. cit., párr. 110; Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, op.cit., párr. 160 y 182; Corte IDH, *Caso Gelman vs Uruguay*, op. cit., párr. 127, y Corte IDH, *Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211*, párr. 192.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

En este sentido, es posible afirmar que este precepto también protege el derecho al reconocimiento legal de la identidad sexual y de género diversas.

Por lo tanto, en cuanto a la primera pregunta del Estado de Costa Rica, consideramos que es innegable que, en virtud de la protección que brinda la Convención Americana al derecho a la identidad sexual y de género, los Estados están obligados a reconocer legalmente las identidades sexuales y de género diversas. Una determinación en contrario, además de ser violatoria del derecho a la vida privada (art. 11.2), y del derecho al nombre (art. 18) de la CADH, también sería contraria al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), así como al derecho a la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación, de conformidad con los artículos 24 y 1.1 de la CADH, como analizamos a continuación.

4. El deber de reconocer legalmente la identidad sexual y de género en relación con el derecho a la personalidad jurídica

La Honorable Corte IDH, en su jurisprudencia constante sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, ha señalado que:

- 1) El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica “determina [la] existencia efectiva [de las personas] ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana”¹⁴⁷
- 2) “[Los] Estado[s] deben respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares”.¹⁴⁸
- 3) “En especial, [los] Estado[s] se encuentra[n] obligado[s] a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”.¹⁴⁹
- 4) La falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.¹⁵⁰

A este respecto, los Principios de Yogyakarta contemplan que este derecho debe entenderse de la siguiente manera:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o

¹⁴⁷ Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 10.

¹⁴⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 188).

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, *op. cit.*, párr. 179.

identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad”.¹⁵¹

El reconocimiento legal de la identidad sexual y de género es indispensable para que las personas transgénero, transexuales e intersexuales sean reconocidas como plenas sujetas de derecho, y por lo tanto como ciudadanas. De ahí deriva la importancia de reconocer la ciudadanía asociada al pleno ejercicio de los derechos relativos a la sexualidad.

La falta de reconocimiento legal de las personas transgénero e intersexuales de acuerdo a su propia identidad de género, ha tenido graves repercusiones en sus vidas cotidianas, en el ejercicio de otros derechos humanos.¹⁵² De ese modo, la Corte Europea ha considerado las repercusiones y efectos que tiene en la vida de las personas transgénero la falta de concordancia de su identidad de género con sus documentos de identidad, ante la negativa de realizar el cambio de nombre y de sexo, como señalamos *supra*.¹⁵³

Por lo tanto, el reconocimiento legal de las identidades sexuales y de género diversas, también encuentra protección en el derecho a la personalidad jurídica protegido por la CADH, en tanto que este derecho es un prerequisite para el pleno ejercicio de otros derechos.

B. Los Estados deben garantizar el acceso a un procedimiento accesible, gratuito, rápido y de calidad, libre de discriminación, que permita el ejercicio del derecho al reconocimiento legal de las identidades sexuales y de género diversas, de conformidad con el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación (Arts. 24 y 1.1 de la CADH)

De acuerdo con las obligaciones enunciadas en el capítulo anterior, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas legislativas, y de otra índole, a fin de

¹⁵¹ Principio de Yogyakarta, Principio 3, op. cit., pág. 12.

¹⁵² El Informe de Amnistía Internacional *El Estado decide quién soy: Falta de reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero en Europa*, ilustra con testimonios dichas repercusiones, entre las cuales se encuentran, que puedan ser consideradas sospechosas de fraude, o de ser hostigadas, discriminadas o incluso agredidas físicamente, cuando tienen que revelar su identidad, aún cuando prefieran mantenerlo en la confidencialidad. Asimismo, consideró que “[n]o poder conseguir documentos que reflejen la identidad y la expresión de género puede constituir también una violación del derecho de las personas transgénero al reconocimiento de su jurídica, protegido en virtud del derecho internacional de los derechos humanos”. Cfr. AI, *El Estado decide quién soy*, op. cit. pág. 18 y 20.

¹⁵³ “The Court observes that the applicant, registered at birth as male, has undergone gender re-assignment surgery and lives in society as a female. Nonetheless, the applicant remains, for legal purposes, a male. This has had, and continues to have, effects on the applicant’s life where sex is of legal relevance and distinctions are made between men and women, as, inter alia, in the area of pensions and retirement age. The applicant has also given examples of situations where she has been required, as a matter of course, to show her birth certificate. Though the Government argued that she would be able to request to show some other form of identification, this would risk in itself drawing attention to the applicant’s situation.” TEDH, *I. v. Reino Unido*, op. cit., párr. 56.

garantizar el derecho al reconocimiento legal de las identidades sexuales y de género diversas. Ello incluye contar con un procedimiento que permita a las personas transgénero, el reconocimiento de su identidad, a través de la rectificación registral de las partidas de nacimiento y los cambios necesarios en todos los documentos de identidad. Asimismo, esta obligación exige a los Estados el pleno reconocimiento legal de las personas intersexuales desde su nacimiento, así como a lo largo de su vida, a través de la inscripción necesaria en las partidas de nacimiento y el reconocimiento de su identidad de género con independencia de su identificación sexual no binaria.

Un estudio de las legislaciones de varios países del mundo que permiten el cambio de nombre de las personas transgénero y transexuales, reportó que la mayoría de leyes exigían (o sigue exigiendo) el cumplimiento de una serie de requisitos estrictos, los cuales no eran requeridos a las personas cisgénero.¹⁵⁴

Entre estos requisitos se incluían someterse a tratamientos médicos, incluidos los tratamientos quirúrgicos y hormonales para la “reasignación de sexo”, los cuales implican la esterilización de las personas; demostrar la imposibilidad de procrear; realizar un cambio previo en el estado civil, para las personas que estén casadas; someterse a evaluaciones psiquiátricas y/o obtener un diagnóstico,¹⁵⁵ confinarse en alguna institución psiquiátrica por determinado tiempo, entre otras.¹⁵⁶

A este respecto, los Principios de Yogyakarta han señalado que:

- “Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género”.¹⁵⁷
- “Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona”.¹⁵⁸
- “Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, en base a su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas”.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Cfr. AI, El Estado decide quién soy, op. cit., págs. 3, 20 y 21; OACNUDH, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, op. cit., párr.3.

¹⁵⁵ De acuerdo con lo señalado por Amnistía Internacional, las personas entrevistadas, “opinaban que el asesoramiento psicológico resultaba útil antes y durante la fase de transición. Sin embargo, el diagnóstico psiquiátrico es una práctica que muchas personas transgénero consideran degradante, además de innecesaria con el fin de conseguir el reconocimiento legal de la identidad de género”, *Ibidem*, pág. 22.

¹⁵⁶ Cfr., OACNUDH, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, op. cit, párr. 69 y 70; CIDH, Violencia contra personas LGBTI, op. cit., pág. 419., AI, El Estado decide quién soy, op. cit.

¹⁵⁷ Principio de Yogyakarta, Principio 3, pág. 12.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibidem*, Principio 18, pág. 25.

Tanto la Corte Europea, como diversos órganos de Naciones Unidas,¹⁶⁰ y la Comisión Interamericana se han pronunciado en el sentido de que estos requisitos son violatorios de diversos derechos humanos.¹⁶¹ En consecuencia, se han pronunciado en el sentido de que los procedimientos de reconocimiento de la identidad de género deberán estar exentos de requisitos abusivos que sean contrarios a los derechos humanos.¹⁶²

A este respecto, la Corte Europea, al analizar la compatibilidad con el Convenio de la legislación de Turquía sobre reconocimiento legal de la identidad transgénero, indicó que los requisitos establecidos en dicha ley, no cumplían con el requisito de ser “necesaria en una sociedad democráticas” considerando, entre otras cosas, que

“110. [...] in the Appendix to Recommendation CM/Rec(2010)5 on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, the Committee of Ministers of the Council of Europe stated that prior requirements, including changes of a physical nature, for legal recognition of a gender reassignment, should be regularly reviewed in order to remove abusive requirements ... Furthermore, in Resolution 1728 (2010) on discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe called on the member States to address the specific discrimination and human rights violations faced by transgender persons and, in particular, ***to ensure in legislation and in practice their right to official documents that reflected the individual's preferred gender identity, without any prior obligation to undergo sterilisation or other medical procedures such as gender reassignment surgery or hormone therapy ...***”¹⁶³ (negritas y cursivas fuera del original)

¹⁶⁰ Cfr. AI, El Estado decide quién soy, op. cit., párr. 20. En su Informe Amnistía señaló que “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que vigila la aplicación del Pacto, ha señalado: “El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.” *Ibidem*, párr. 24.

A este respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes recomendó poner fin a la esterilización involuntaria que se deriva de las cirugías de reasignación genital a las que deben someterse las personas transgénero para conseguir el reconocimiento legal de su identidad de género Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Cfr. Relator Especial de la ONU sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 78

¹⁶¹ Cfr. OACNUDH, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, op. cit, párr. 17, 69 y 70 y CIDH, Violencia contra personas LGBTI, op. cit, párr. 419.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ TEDH, Caso Y.Y vs Turquía, op. cit. párr. 110. Asimismo, respecto al requisito de inhabilidad para procrear, señaló que “In the Court's view, th[e] requirement [of permanent inability to procreate] appears wholly unnecessary in the context of the arguments advanced by the Government to justify the regulation of gender reassignment surgery (see paragraphs 74 and 75 above). Accordingly, even assuming that the reason for the rejection of the applicant's initial request to undergo gender reassignment surgery was relevant, the Court considers that it cannot be regarded as sufficient. The interference with the applicant's right to respect for his private life arising from that rejection cannot therefore be considered “necessary” in a democratic society.” *Ibidem*, párr. 121. Respecto a la esterilización como requisito para la reasignación de género, ver también la Opinión Concurrida de los Jueces Keller y Spano en Y.Y. vs Turquía, op cit. párrs. 15 y 16.

El Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales respecto de Ucrania, manifestó su preocupación por el requisito de confinamiento en una institución psiquiátrica por al menos 45 días, así como de cirugía correctiva, como prerrequisitos para el reconocimiento legal de la identidad de género. Al respecto, recomendó al Estado enmendar la legislación de tal manera que remplazara los requisitos por medidas menos invasivas, y que cualquier tratamiento médico debe estar limitado al estrictamente necesario, de acuerdo al mejor interés del consentimiento de las personas, el cual debe adaptarse a sus propios deseos y a las especificaciones médicas necesarias. De ese modo, rechazó contundentemente cualquier requisito abusivo o desproporcionado para el reconocimiento legal de la reasignación de género.¹⁶⁴

Por otro lado, se ha constatado que, en algunos países, el procedimiento de reconocimiento de identidad debe realizarse ante un juez.¹⁶⁵ Si bien, no ha habido tanto desarrollo jurisprudencial a este respecto, consideramos que estos procedimientos tampoco son adecuados para cumplir con la obligación de los Estados de respetar y garantizar la identidad sexual y de género diversas.

En primer lugar, porque en virtud de que se trata de una decisión personalísima e íntima protegida por el derecho a la vida privada, esta decisión no debería quedar en manos de otra persona, como sería el juez, al menos que se encuentre dentro de los límites del derecho, de acuerdo con la legislación interna. Y en segundo lugar, se debe considerar que un procedimiento jurisdiccional implica, entre otras cosas, costos elevados de trámite y gestión, tener conocimientos técnicos o la contratación de abogadxs; además de que dichos procedimientos suelen ser demorados y exigen, además, que una vez emitida la sentencia favorable, se acuda a los órganos administrativos para hacer efectivo el derecho. Como consecuencia, las personas trans no pueden ejercer sus derechos derivados del reconocimiento legal, mientras dure el trámite, dejándolos en una situación de vulnerabilidad.¹⁶⁶

De tal manera, la doctrina señala que, “[l]a simple manifestación por parte de la persona interesada de su voluntad de cambiar de género es suficiente para que el Estado proceda a modificar los datos registrales y esté obligado a cubrir las prestaciones de salud en caso que le fueran requeridas”.¹⁶⁷ Por lo que “los únicos límites razonables a la autodefinición de la identidad son la inalterabilidad de su pertenencia al género humano y la evitación de que su ejercicio se instrumentalice

¹⁶⁴ HRC, Concluding observations (Ukraine), CCPR/C/KR/CO/7, 22 August 2013, párr. 10. Por su parte, la OACNUDH recomendó a los Estados “i) Expedir, a quienes los soliciten, documentos legales de identidad que reflejen el género preferido del titular, eliminando los requisitos abusivos, como la esterilización, el tratamiento forzado y el divorcio” OACNUDH, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, op. cit, Recomendación i).

¹⁶⁵ AI, El Estado decide quién soy, op. cit. pág. 9.

¹⁶⁶ AI, El Estado decide quién soy, op. cit. pág. 9, OACNUDH, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, op. cit, párr. 69.

¹⁶⁷ Viturro Mac Donald, Paula , op. cit., pág. 58.

para fines ilícitos”.¹⁶⁸

Tomando en cuenta lo anterior, consideramos que las limitaciones en el acceso al derecho a la identidad de género diversa deben cumplir con un escrutinio estricto, como ya lo ha señalado la Corte IDH, de tal manera que se garantice que las interferencias no sean abusivas. El margen de apreciación de los Estados queda limitado por el respeto de la propia auto-definición de las personas en cuanto a su identidad sexual y de género.¹⁶⁹

Finalmente, consideramos que en esta materia los Estados deben cumplir con los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, señalados *supra*, tomando en consideración que, como lo señala Amnistía Internacional,

“las personas transgénero que no tienen documentos que reflejen su identidad y expresión de género pueden ser discriminadas en campos como el empleo, la enseñanza y el acceso a bienes y servicios. Por consiguiente, es esencial que haya procedimientos que permitan a las personas transgénero conseguir el reconocimiento legal de su identidad de género a fin de garantizar que no se las discrimina”.¹⁷⁰

Asimismo, como ya hemos señalado, la falta de reconocimiento legal la experimentan, principalmente, las personas transgénero y las personas intersexuales, sin que exista una justificación razonable y proporcional para la diferencia de trato, con respecto a las personas cisgénero y personas con cuerpo normativos y cuya identidad de género corresponde con el sexo asignado de nacimiento, quienes no encuentran este problema frente a la ley. Esta diferencia de trato debe ser considerada por la Honorable Corte IDH como discriminatoria, y, por lo tanto, contraria también a los artículos 24 y 1.1 de la CADH.

De conformidad con lo anterior, “[l]os Estados deben garantizar que las personas transgénero pueden conseguir el reconocimiento legal de su identidad de género —lo cual supone volver a expedir todos sus documentos con indicadores de género correctos y modificar la información relativa al género que figura en los registros oficiales— mediante un procedimiento rápido, accesible y transparente que se ajuste al propio sentimiento de identidad de género de la persona, al tiempo que se preserva su derecho a la intimidad.¹⁷¹ Esta interpretación es conforme con la obligación de los Estados de tomar medidas afirmativas para garantizar una igualdad sustantiva a aquellas personas o grupos de personas históricamente discriminadas.

¹⁶⁸ Palavecino, Adriana, op.cit.

¹⁶⁹ “The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of “intimate” or key rights. Accordingly, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted.” TEDH, Y.Y vs Turquía, op cit. párr. 101.

¹⁷⁰ AI, El Estado decide quién soy, op. cit. pág. 18.

¹⁷¹ *Ibid.*

En cuanto al reconocimiento legal de las personas intersexuales, en la mayoría de los países no existe siquiera un procedimiento específico o incluso que permita a las personas intersexo conseguir el reconocimiento legal de su identidad de género desde el nacimiento, sin que sean sometidxs a cirugías de asignación de sexo, las cuales pueden tener graves repercusiones en su salud.¹⁷² Tampoco hay procedimientos que permitan su reconocimiento legal en los casos en que el sexo que se les asignó al nacer no se corresponda con su identidad de género.¹⁷³ En este sentido, la CIDH señaló que, “la violencia contra las personas intersex se deriva de la falta de reconocimiento y aceptación hacia las personas cuyos cuerpos difieren del estándar corporal masculino y femenino, y frecuentemente consiste en tratamiento o cirugías médicas innecesarias realizadas en ausencia del consentimiento informado de las personas intersex”.¹⁷⁴

La situación tan irregular que viven las personas intersexuales, les coloca frente a un riesgo mayor de discriminación y violencia, por lo que los Estados están obligados a tomar todas las medidas necesarias para garantizar su derecho a la identidad sexual y de género,¹⁷⁵ a través de procedimientos que eliminen las barreras del sistema binario “hombre/masculino”, “mujer/femenino” y que den la posibilidad de identidades intersexuales, las cuales son susceptibles de sufrir cambios en el futuro de acuerdo con la propia auto-determinación de las personas.

Tomando en cuenta lo antes señalado, frente a las preguntas realizadas por Costa Rica, concluimos que:

- 1) Los Estados tienen el deber de garantizar el derecho al reconocimiento legal de las identidades sexuales y de género diversas, tomando en consideración la propia autodeterminación de las personas.
- 2) El procedimiento para dicho reconocimiento deberá considerar, tanto la inscripción en las actas de nacimiento, como la posibilidad de cambio de nombre, en especial de las personas transgénero e intersexuales.
- 3) Dicho procedimiento deberá abstenerse de solicitar requisitos que sean abusivos y contrarios a los derechos humanos de las personas y que estén

¹⁷² A este respecto el Relator Especial contra la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes, ha manifestado su preocupación por su situación, al indicar que “Los niños que nacen con atributos sexuales atípicos suelen ser objeto de intervenciones quirúrgicas irreversibles de reasignación de sexo, esterilizaciones involuntarias o cirugía reconstructiva urogenital involuntaria, practicadas sin su consentimiento informado previo ni de sus padres, “en un intento de fijar su sexo”, que les provocan infertilidad permanente e irreversible y un gran sufrimiento psíquico” *Ibidem*, pág. 29.

¹⁷³ *Ibidem*, pág. 28.

¹⁷⁴ “En muchos países, el proceso de asignación del género de los recién nacidos intersexo implica procedimientos quirúrgicos que hacen que sus cuerpos se ajusten a las ideas estándar del sexo masculino o femenino. En la mayoría de los casos, se trata de cirugías cosméticas que no son necesarias desde el punto de vista médico. Estos procedimientos quirúrgicos pueden suponer la extirpación de las gónadas, con la consiguiente esterilización de la persona intersexo, y suelen ir acompañados de tratamientos hormonales” *Al*, pág. 29, Cfr. CIDH, *Violencia contra personas LGBT*, op. cit. nota al pie de página 2.

¹⁷⁵ “La CIDH considera que para prevenir y combatir la violencia contra las personas LGBTI, los Estados deben adoptar un marco jurídico que específicamente proteja a las personas contra la discriminación basada en la orientación sexual, la identidad de género o diversidad corporal (por el hecho de ser intersex)” *CIDH, Violencia contra personas LGBTI*, op. cit. párr. 418.

basados en prejuicios o se motiven en razones de orientación sexual, identidad de género y expresión de género, a fin de garantizar el ejercicio del derecho a la identidad libre de discriminación.

- 4) El procedimiento deberá ser sencillo, accesible, gratuito, rápido y de calidad a fin de garantizar que las personas puedan ejercer todos los derechos humanos que se derivan de este reconocimiento, y en atención a conseguir eliminar la discriminación estructural en contra de las personas LGBTTTIQA.

VI. El derecho al reconocimiento legal de las uniones de personas del mismo sexo y de los derechos patrimoniales derivados de este vínculo

Por la presente solicitud de Opinión Consultiva, Costa Rica también planteó a la Corte si el Estado debe reconocer todos los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo, de acuerdo a una interpretación de los artículos 11.2 y 24 en relación con el 1 de la CADH. Y si, por tanto, sería necesaria la existencia de una figura jurídica que regule las uniones de parejas del mismo sexo, a fin de que se reconozcan todos los derechos patrimoniales que se derivan de ese vínculo.

El estudio jurisprudencial desarrollado en este documento permitiría a la Honorable Corte concluir que los Estados están obligados a reconocer legalmente las uniones de parejas del mismo sexo, así como los derechos patrimoniales derivados de ese vínculo, en atención al principio de no discriminación. Dicho reconocimiento se encuentra protegido por los derechos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas, en relación con el ejercicio de otros derechos, tales como la libertad, la identidad, la vida privada y la familia.

El reconocimiento del derecho a la orientación sexual diversa como derecho humano, en relación con el derecho a la identidad y la vida privada, obliga a los Estados a la adopción de medidas legislativas que garanticen el pleno ejercicio de este derecho sin discriminación. Ello implica, por un lado, que las leyes internas reconozcan a las personas homosexuales los mismos derechos reconocidos a las personas heterosexuales. Entre estos derechos, se encuentran el reconocimiento legal de la unión de personas del mismo sexo y el derecho a formar una familia. Por otro lado, también implica que las leyes internas reconozcan a la unión de personas del mismo sexo, los mismos derechos derivados de una unión entre parejas de distintos sexos. Entre estos derechos se encuentran los derechos patrimoniales —como la posibilidad de heredar, adquirir una vivienda conjunta, la pensión alimenticia— y de seguridad social, entre otros.

Las disposiciones contrarias a esta obligación deben tener una justificación objetiva, razonable, y proporcional, que persiga un fin legítimo, pues de lo contrario violarían el derecho a la igualdad ante ley, por motivos de orientación sexual, como ya ha sido ampliamente desarrollado en capítulos anteriores.

La Honorable Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad con la CADH de legislaciones que negaban a las parejas del mismo sexo un reconocimiento legal de derechos patrimoniales, en dicho caso de una pensión de sobrevivientes, considerando que éstas eran contrarias al derecho a la igualdad ante la ley, contemplado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la CADH.¹⁷⁶

En dicho precedente, la Corte IDH tomó en consideración que tanto la ley que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, como el decreto reglamentario que creó el régimen de seguridad social, establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por personas del mismo sexo que no podían formar dicha unión.¹⁷⁷ Al respecto, concluyó que dichas disposiciones resultaban discriminatorias, en tanto el Estado no había presentado una justificación objetiva y razonable para que existiera una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual.¹⁷⁸ Por lo tanto, encontró que la normativa que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación.¹⁷⁹

Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal realizó un exhaustivo estudio de los estándares de Naciones Unidas, así como de derecho regional comparado y doctrinal, que señalan que la distinción que restringe el derecho de pensión para las parejas del mismo sexo no resulta razonable, ni objetiva, ni existen otros factores que la justifiquen, por lo que necesariamente resulta discriminatoria en razón de la orientación sexual.¹⁸⁰

Por otro lado, es importante que la Honorable Corte IDH haga eco del importante avance jurisprudencial europeo respecto al reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario de las personas del mismo sexo. En el reciente caso *Oliari y Otros vs Italia*, el TEDH reconoció que el Estado había fallado en garantizar **la obligación positiva de asegurar que el demandado tuviera disponible un marco legal que reconociera y protegiera las uniones de personas del mismo sexo, de acuerdo con el Artículo 12 de la Convención (derecho al matrimonio)**.¹⁸¹ Asimismo, en el caso *I v. Reino Unido*, señaló que:

¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 97.

¹⁷⁷ Corte IDH, *Caso Duque Vs. Colombia*, op. cit. párr.103.

¹⁷⁸ *Ibidem*, párr.124.

¹⁷⁹ *Ibidem*, párr. 125.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párrs. 108-126.

¹⁸¹ TEDH, *Oliari and Others vs Italy*, (nos. 18766/11 y 36030/11), Sentencia del 21 de julio de 2015, párr. 185. "In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions."

“[...] Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. The second aspect is not however a condition of the first and the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as per se removing their right to enjoy the first limb of this provision.

The exercise of the right to marry gives rise to social, personal and legal consequences. It is subject to the national laws of the Contracting States but the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired [...]

It is true that the first sentence refers in express terms to the right of a man and woman to marry. The Court is not persuaded that at the date of this case it can still be assumed that these terms must refer to a determination of gender by purely biological criteria [...] There have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention.”

A este respecto, la OACNUDH, en el Informe sobre discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género- tomando en cuenta los estándares internacionales desarrollados en esta materia-, ha señalado que los Estados deben proporcionar un reconocimiento legal y protección a las parejas del mismo sexo, a fin de protegerlas contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.¹⁸² Asimismo, este organismo indicó que, “[s]i un Estado ofrece prestaciones como el derecho a una pensión o los derechos de herencia a las parejas heterosexuales que no se han casado, las mismas prestaciones deben estar a disposición de las parejas homosexuales que no se han casado”¹⁸³. También afirmó, que “[l]a falta de reconocimiento oficial de las relaciones entre personas del mismo sexo y la no prohibición de la discriminación pueden hacer que estas personas reciban un trato injusto por parte de actores privados, como los proveedores de servicios de salud y las compañías aseguradoras”.¹⁸⁴ En sus conclusiones finales, la OACNUDH recomendó a los Estados “[r]econocer, por ley a las parejas del mismo sexo y a sus hijos, de modo que las prestaciones tradicionalmente concedidas a las parejas casadas -como las relacionadas con las pensiones, los impuestos y la herencia- se concedan en términos no discriminatorios”.¹⁸⁵

Finalmente, los Principios de Yogyakarta señalan que los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que los matrimonios o uniones de personas del mismo sexo, tengan disponibles, en igualdad de condiciones, cualquier derecho,

¹⁸² El OACNUDH tomó en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha exhortado a los Estados a posibilitar el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, y que, hasta el 2015, 34 Estados ofrecían a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio o de establecer una unión civil, con muchas de las prestaciones y los derechos del matrimonio. OACNUDH, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, op. cit., op. cit., párr. 17 y 67.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibidem*, párr. 68.

¹⁸⁵ *Ibidem*, párr. 79, inciso h.

privilegio, obligación o beneficio que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o han registrado su unión.¹⁸⁶

Tomando en cuenta todo lo anterior, es posible responder las preguntas del Estado de Costa Rica en el sentido de que, en virtud del derecho a la orientación de género diversa y del derecho a la igualdad ante la ley, los Estados tienen la obligación de reconocer legalmente las uniones de personas del mismo sexo, otorgando los mismos derechos conferidos a las parejas de sexo diferente, incluidos los derechos patrimoniales y todos los demás que deriven de esa unión, de conformidad con los artículos 11.2 y 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

VII. Conclusiones

Las organizaciones firmantes tenemos la convicción de que la Honorable Corte Interamericana, en su respuesta a la solicitud de Opinión Consultiva realizada por el Estado de Costa Rica, continuará el importante avance jurisprudencial que ya ha venido realizando en materia de reconocimiento y protección de los derechos a la orientación sexual, a la identidad de género y a la expresión de género diversas, en aras de lograr que la Convención Americana sea cada vez un instrumento que responda a las necesidades de las sociedades actuales, y que por tanto brinde una protección universal a todas las personas sin distinción alguna.

Los estándares existentes y avances jurisprudenciales analizados en este escrito, permiten a la Corte IDH realizar una contribución significativa en el alcance de todos los derechos relativos a la sexualidad de las personas, el cual combata el sistema patriarcal, heteronormativo, cisnormativo y binario sexo-género que ha propiciado la discriminación y la violencia en contra de las personas LGBTTTIQA.

Este marco de protección incluye el reconocimiento del derecho a la identidad como un derecho fundamental que comprende el derecho de las personas a una orientación sexual, identidad de género y expresión de género diversas. A su vez, la garantía y protección de estos derechos está estrechamente relacionada con otros protegidos por la CADH, tales como el derecho a la vida privada, a la integridad física y psicológica, a la libertad, a la familia, al nombre, entre otros. Además, el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación es una piedra angular para el pleno ejercicio de estos derechos, tomando en cuenta que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género han sido ampliamente reconocidas como categorías prohibidas de discriminación.

Dicho reconocimiento genera consecuentemente la obligación de los Estados de respetar, proteger y garantizar los derechos a la orientación sexual, a la identidad de género y la expresión de género, sin discriminación y libre de violencia.

¹⁸⁶ Principio de Yogyakarta, Principio 24, op. cit. pág. 30.

Por ello, en relación con las preguntas realizadas por el Estado de Costa Rica, consideramos que el marco normativo e interpretativo de referencia permitirían a la Honorable Corte Interamericana concluir que:

- 1) Los Estados tienen el deber de garantizar el derecho al reconocimiento legal de las identidades sexuales y de género diversas, tomando en consideración la propia autodeterminación de las personas.
- 2) El procedimiento para dicho reconocimiento deberá considerar, tanto la inscripción en las actas de nacimiento, como la posibilidad de cambio de nombre, en especial de las personas transgénero e intersexuales.
- 3) Dicho procedimiento deberá abstenerse de solicitar requisitos que sean abusivos y contrarios a los derechos humanos de las personas y que estén basados en prejuicios o se motiven en razones de orientación sexual, identidad de género y expresión de género, a fin de garantizar el ejercicio del derecho a la identidad libre de discriminación.
- 4) El procedimiento deberá ser sencillo, accesible, gratuito, rápido y de calidad a fin de garantizar que las personas puedan ejercer todos los derechos humanos que se derivan de este reconocimiento, y en atención a conseguir eliminar la discriminación estructural en contra de las personas LGBTTTIQA.
- 5) Los Estados tienen la obligación de reconocer legalmente las uniones de personas del mismo sexo, otorgando los mismos derechos conferidos a las parejas de sexo diferente, incluidos los derechos patrimoniales, y todos los demás que deriven de esa unión.

VIII. Firmas


Viviana Kstricevic
CEJIL

p/Vanessa Coria Castilla
CEJIL -consultora-

p/Alejandra Vicente
CEJIL


Marcela Martín Aguilar
CEJIL

p/Bertha Oliva
COFADEH

p/Silvia Rosibel Martínez
Asociación REDTRANS-Nicaragua

p/ Donny Reyes
Asociacion LGTB Arcoiris de Honduras

p/ Karla Avelar
COMCAVIS

p/ Natasha Jiménez
Mulabi/Espacio Latinoamericano de
Sexualidades y Derechos

p/ Abraham Abrego
FESPAD

p/Sandra Noemí Peniche Quintal
UNASSE, A.C.

p/Tirza Flores Lanza
Coalición contra la Impunidad

p/Wilfredo Méndez Gonzales
CIPRODEH

p/ Daria Suárez Rehaag
CIPAC