

Amicus Curiae frente al pedido de Opinión Consultiva de Costa Rica sobre la protección de la Convención Americana del reconocimiento del cambio de nombre de las personas transgénero.

Autora: Dra. Paula Siverino Bavio. Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, especialista en Bioética Jurídica y Derechos Humanos.

Sumario: 1. Identidad y derecho a la identidad. 2 Derecho a la identidad e identificación. 3 El derecho a la identidad sexual: género asignado y género autopercibido. 3.1. Asignación de género y derecho a la identidad sexual 4. Transgeneridad y creación del diagnóstico de “disforia de género”. 5. Los modelos de protección de los derechos humanos de las personas transgénero. 5.1 El modelo terapéutico o médico. 5.2 El modelo de derechos o reconocimiento identitario. 6. La protección del derecho a la identidad en la Convención Americana de Derechos Humanos. 6.1 Violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la intimidad (artículos 3 y 11 de la Convención). 6.2 Violación de la prohibición de discriminación e igualdad ante la ley (artículos 1 y 24). 6.3 Violación de la obligación de adecuar la legislación interna (artículo 2 de la Convención). 6.4 Violación del derecho al nombre (artículo 18 de la Convención). 6.5 Violación del derecho a la integridad psíquica y física (artículo 5 de la Convención). 7. Colofón

1. Identidad y derecho a la identidad

La identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir “yo” al referirse a un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales, la que se va forjando en el tiempo¹. Involucra la

*Lo aquí expuesto integra una investigación sostenida entre los años 2010 y 2015: SIVERINO BAVIO, Paula (2016). “La justificación del derecho a la identidad en la jurisprudencia argentina entre 1966 y 2011” Universidad de Buenos Aires, Tesis doctoral, calificación suma cum laudae, en proceso de publicación.

autopercepción y la continuidad de la conciencia así como una instancia “exterior” de intercambio y retroalimentación; la identidad implica un *ser* y un *estar*. El Derecho refleja estas dimensiones de la identidad y su conexión indesligable con la verdad, libertad, igualdad y dignidad humana en su misma razón de ser y los derechos se construirán y reconocerán en esta dialéctica igualdad/diferencia.

Por eso entendemos que el derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras **es un derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal**. *Nadie más que el propio existente puede darse a sí mismo una identidad, trabajo que ocupa toda la vida*. Esto excluye la posibilidad que una identidad pueda forzarse o imponerse, ya que al reflejar un complejo proceso propio, aquello que no emane del propio individuo no formará parte de él y será la exclusión de lo que el sujeto considera extraño a sí lo que delimitará, también, su identidad. Entre otras implicancias, ello vuelve absurdo reducir la identidad vital al sustrato biológico que le da soporte material.

Negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal, de aquella que ha configurado a lo largo de los años, del proyecto que ha elegido para sí, es una violación gravísima a sus derechos más elementales. Equivale a decir “para mí, usted no existe” y se traduce jurídicamente en una interdicción prácticamente total en la cual se niega el carácter de sujeto de derecho a un individuo reconocido como tal por la ley. Priorizar y calificar como inmutables procesos estatales identificatorios para negar la identidad y calidad de sujeto de derecho de los individuos está lejos de ser novedoso en la historia, pero no es por eso menos aterrador.

El derecho a la identidad es un derecho autónomo y relacional, con lo cual es un derecho que permite el ejercicio de otros derechos. La violación de este derecho impacta de lleno en el sujeto que se ve privado del reconocimiento y ejercicio efectivo de su personalidad jurídica, la cual tendrá solo en condición formal pero no material. Las personas transgénero padecen esta interdicción total de derechos en

¹ Fernández Sessarego, C. (1999) “Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual”. *JA*, 1999-IV- p.889.

todos aquellos países donde no existe un mecanismo sencillo para reconocer su derecho a la identidad.

2. Derecho a la identidad e identificación

El derecho a la identidad personal se nos presenta en dos facetas o instancias, una interna (ser-para-sí) y otra externa (ser-en-los-otros y ser-en-el-mundo). Esta faceta interna (ser sí mismo y no otro) se manifiesta en vivencias y conductas humanas. La faceta externa involucra la dimensión coexistencial del ser humano, en la que el cuerpo, que es quien soy y desde donde soy, ocupa un primerísimo lugar. La coexistencia implica intersubjetividad y heteroconstrucción. Dentro de esta faceta ubicamos al proceso de identificación.

Y es en orden a la heteroconstrucción donde cobra importancia distinguir entre identidad e identificación, entendiendo a esta última como un proceso específico, participante de la faceta externa de la identidad y evitando así reducir la noción de “identidad” a la de “identificación”.

No debe confundirse el derecho fundamental a la identidad, que da cuenta del proceso existencial cuyo resultado llamado “identidad”, con los *signos visibles* tenidos en cuenta a fin de establecer una identificación. El asiento documental donde constan los datos personales plasmados para identificar, no confiere una identidad sino que simplemente, en un momento dado, frente a los datos que se le ofrecen y según criterios establecidos, delimita y plasma los rasgos que como evidentes, se le presentan. El proceso de identificación *reconoce* lo que ve. Una persona por el solo hecho de serlo, de existir, posee una identidad, y conforme se atraviesan distintas etapas de la vida hay rasgos que pueden presentarse como más evidentes que otros.

En el caso del ítem “sexo”, el registro legal al momento del nacimiento se determinará conforme solamente uno de los numerosos estamentos que configuran el sexo: el anatómico-genital. Un argumento en contra de la posibilidad de

modificar el sexo como dato identificatorio en el documento es considerar que el “sexo genético” es inmutable. Esto es inexacto y prueba de ello son las alteraciones que pueden originarse por la ingesta de hormonas durante el embarazo y dar lugar a algunas condiciones intersex, sin embargo, se suele argumentar que el elemento genético y cromosómico debiera ser el definitorio del sexo legal, pese a lo cual a ningún niño se le hace un ADN como medida previa a anotar su sexo registral. El nombre se elegirá en consonancia al sexo percibido. Hoy se sabe que la interacción de los antes llamados “cromosomas sexuales” es mucho más compleja de lo que se pensaba. Nuevamente, los estadios intersex, médicamente llamados Trastornos de Desarrollo Sexual, dan cuenta de situaciones en las que el dato genético no es suficiente para determinar el sexo de un individuo. Volveremos sobre ello.

Volviendo a la cuestión de la identificación, ésta responde no a una actividad-necesidad-personal (ser-hacer) esto es, a un *devenir existencial*, sino a un *imperativo social*, como elemento de orden y control ejercido por el Estado, que toma datos de la realidad, plasma los seleccionados y los coteja a posteriori conforme parámetros preestablecidos. Una de sus expresiones es la consideración del “nombre” como una situación jurídica que expresa un derecho-deber.

El proceso de identificación, tal como es entendido en este contexto, podría ser considerado como una actividad estatal que parte de variables o criterios previamente establecidos para tomar contacto con signos distintivos perceptibles - por ejemplo características físicas u otros datos- que convenientemente registrados (sexo anatómico, nombre, estado civil, filiación) puedan ser corroborados y según los criterios dados, estatificar, plasmar lo que ve en un momento dado en un instrumento que de fe pública a tales efectos (asiento documental).

Pese a su carácter de actividad estatal para preservar el orden e interés público, la identificación no es ajena a la identidad del peticionante. Y en ello reside el derecho a que sea modificada, o mejor dicho adecuada, dado que no hacerlo implica en sí

mismo la violación de un derecho ya que la identificación cumple una función más profunda: *la de ser el nexo social de la identidad* y allí reside el derecho a que sea adecuada a la realidad del sujeto.

Así, vale resaltar: a) la importancia del documento de identidad, en cuanto asiento material de la identificación que conecta socialmente al sujeto con su entorno. Si el nombre y el sexo consignados no responden a la realidad del individuo, a su vida real, el nombre pierde su carácter de derecho-deber y se transforma en un instrumento lesivo de derechos; y b) el derecho del individuo a demandar una identificación que represente socialmente su identidad.

La identificación como proceso estatal es un mecanismo que simplemente sintetiza aquello que se le presenta a los sentidos, pero lo hace desde afuera, rotula esas características que percibe según las variables que le sirven de guía, plasmando algunos datos y descartando otros. Mientras que la identificación en cuanto nexo social de la identidad vehiculiza de manera visible y concreta la personalidad jurídica del sujeto a través de un dato elemental como el nombre y el sexo y permite una apropiada inserción social y un pleno ejercicio de ciudadanía.

Existen situaciones en las que identidad e identificación como proceso pueden contraponerse, hay menos dos situaciones paradigmáticas, en las que la identificación no coincide con la verdad de vida del sujeto, generándose con ello una clara violación de su derecho a la identidad: los casos de supresión de identidad de los niños/as secuestrados, por ejemplo en la última dictadura militar en Argentina, sustraídos de sus familias y anotados bajo nombres falsos y los de personas transgénero que son obligados a responder a una identificación que no responde a su verdad personal.

Ahora bien, ya hemos visto que pese a su carácter de actividad pública, la identificación, en cuanto nexo social de la identidad, no es ajena a la identidad del peticionante. Y en ello reside el derecho a que sea modificada, o mejor dicho, adecuada, ya que no hacerlo implica en sí mismo la violación de un derecho, dado que la violación del derecho a la identidad se da cuando se desfigura o se deforma

la imagen que uno tiene frente a los demás. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se presenta al ser humano con atributos que no son propios de su personalidad, distorsionándolo.

Como la identificación es una suerte de “foto” en el presente, el demandar una identificación que represente la identidad del peticionante es congruente con el carácter dinámico de la vida humana que busca la tutela jurídica. De igual manera se modifican los nombres y el estado civil de las personas (solteras a casadas y viceversa), o su domicilio. El nombre de pila y el sexo no son ajenos a este dinamismo, ya que, si bien menos habitual numéricamente, el fenómeno de la transgeneridad está presente en el arco de la diversidad humana, siendo a esta altura bien conocido y tratado jurídicamente desde hace varias décadas, no siendo ya posible alegar su desconocimiento, polémica o incertidumbre. Muchas legislaciones y Cortes en todo el mundo le han otorgado reconocimiento y protección jurídica.

El acta de nacimiento y los documentos elaborados en consecuencia, entre ellos el documento de identidad, que materializa la identificación del sujeto, deben responder a los datos actuales, fidedignos y reales de la identidad del individuo. Por ello, debe preverse un mecanismo simple, preferentemente administrativo y gratuito, mediante el cual una persona transgénero logre la adecuación de los datos “nombre” y “sexo”.

3. El derecho a la identidad sexual: género asignado y género autopercebido

El derecho a la identidad sexual es una manifestación del derecho a la identidad estrechamente relacionada con los derechos sexuales.

La identidad sexual constituye un aspecto fundamental de la identidad personal, en la medida que la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad psicosomática y la disposición del propio cuerpo. La identidad sexual se entiende como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales. Varios autores sostienen que la sexualidad es el elemento organizador de la identidad total de las personas.² Siendo una expresión fundamental de la identidad, la identidad sexual no puede imponerse, sino que es percibida y construida por el sujeto.

La identidad sexual está constituida por tres componentes que es preciso reconocer y diferenciar: *Identidad de género*, que es la convicción íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas; *Rol de género*, referida a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo, acorde con las reglas establecidas por la sociedad y *Orientación sexual*, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del vínculo sexo-erótico. La identidad de género se constituye en la primera infancia (entre los dos y los cinco años) y se estima que alrededor de los tres años ya pueden aparecer conductas que marquen la identidad vivida³; el rol de género se receptorá y aceptará o no, en mayor o menor medida por el sujeto a lo largo de su vida, y la orientación sexual se perfilará, en general, hacia la pubertad, si bien un entorno fuertemente represivo y condenatorio frente a expresiones no heterosexuales de afecto, pueden condicionar a que la orientación sexual de un individuo se manifieste en la juventud o adultez.

² Cfr. Lamas Marta, (1995) "Cuerpo e identidad" en Género e identidad. Aragón, León y Viveros (Comp.) Bogotá, TM editores, Uniandes, UN, Facultad de Ciencias Humanas, p. 64.

³ Juana Martínez: «Los niños empiezan a configurar su identidad de género desde los dos años» Diario Sur. Es disponible en <http://www.diariosur.es/v/20131004/malaga/juana-martinez-ninos-empiezan-20131004.html> (consultada el 26 de febrero de 2014)

Es muy importante tener esto presente, porque la homosexualidad, que refiere a la inclinación erótica hacia personas del mismo sexo, no guarda relación con la transgeneridad que, en líneas generales, es aquella vivencia identitaria de un sujeto como perteneciente al género diferente de aquel que le fue asignado al nacer.

La doctrina especializada es constante en reconocer desde los años sesenta del siglo veinte⁴ que el sexo es un fenómeno complejo que está conformado por diversos elementos: 1) el sexo genético o cromosómico (XY o XX) 2) el sexo gonadal (glándulas reproductivas sexuales, ovarios y testículos); 3) el sexo morfológico interno (vesículas seminales/próstata o vagina/útero/trompas de falopio; 4) sexo morfológico externo (genitales, pene/escroto o clítoris/labia); 5) el sexo hormonal (andrógenos y estrógenos), 6) el sexo fenotípico (características sexuales secundarias tales como el vello facial o corporal); 7) el sexo asignado (legal) y el género de crianza, 8) la identidad sexual⁵.

Estos elementos se desarrollan e interactúan en el sujeto a lo largo de su vida y pese a que pueda haber discordancia entre uno o varios de sus elementos el sexo se definirá según la profunda experiencia vivencial del individuo. Cuando un sujeto es inscrito legalmente adquirirá un sexo llamado legal o registral. Es preciso comprender que el hecho de que al momento de asignar el sexo legal al recién nacido mediante el proceso de identificación (exclusivamente en razón de su sexo anatómico, ya que por ejemplo, no se le realizan exámenes genéticos para ello) no significa que los otros elementos no existan y menos aún, que llegado el momento de un reclamo en sede judicial no sea imperativo considerarlos⁶. El sexo

⁴ Cfr Fausto- Sterling, Ann. (2000). *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*, New York, Basic Books.

Fausto-Sterling, Ann. *Sex/Gender. Biology in a social word*. New York, Routledge, 2012. Meyerowitz, Joanne. *How sex change. A history of transsexuality in the United States*. EEUU, Harvard University Press, 2002. Bullough, Vern L. *Science in the bedroom. A history of sex research*. New York, Basic Books, 1994

⁵ Saldivia; Laura, (s/r)“Reexaminando la noción binaria de la sexualidad “... disponible en https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Saldivia_Sp_PV.pdf p.4

⁶ Para un tratamiento más en profundidad de este tema ver SIVERINO BAVIO, Paula “Breves apuntes sobre transexualidad y derecho a la identidad” en *Revista Persona* Nro 41, mayo de 2005

es un fenómeno complejo y ello implica que es necesario desarrollar explicaciones fuera de la lógica binaria ser/no ser, de lo verdadero o falso, de la dicotomía de los estereotipos sociales construidos en torno al par mujer/varón⁷.

3.1. Asignación de género y derecho a la identidad sexual

En la mayoría de los casos, estos elementos (cromosómicos, gonadales, hormonales, psíquicos, etcétera) se manifiestan en una unidad que responde a lo que es percibido como el género asignado. Sin embargo, cuando se verifica alguna discordancia entre estos elementos, y de manera particular en relación a los derechos del sujeto, es menester distinguir entre el género autopercebido (como uno se percibe a sí mismo) y el género asignado legalmente.

Como mencionamos, la asignación de género se realiza mediante el cotejo de la genitalidad externa del recién nacido. Si bien, en la mayoría de los casos esta asignación se corresponderá luego con el modo en el que el infante se experimente y construya a sí mismo (como niña o niño) hay situaciones en las que esto no sucede y ello puede obedecer a diversos motivos, fundamentalmente de origen neurobiológico, genético u hormonal, todos ellos, hasta donde se sabe, por mecanismos desencadenados en la etapa intrauterina. Diferentes circunstancias de origen genético o genético/ambiental (exposición de la gestante a ciertos fármacos, por ejemplo) determinarán lo que la medicina llama actualmente *trastornos del desarrollo sexual* (TDS o DSD por sus siglas en inglés)⁸.

<http://www.revistapersona.com.ar/Persona41/41Siverino.htm>; y Siverino Bavio, (2014) "Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el reconocimiento pleno de las personas sexualmente diversas" Revista General de Derecho Constitucional 19
[http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin62/Articulos_62/Siverino-Bavio\(RGDC_19_2014\).pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin62/Articulos_62/Siverino-Bavio(RGDC_19_2014).pdf)

⁷ Fischer Pfaeffle; Amalisa." Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales". en *Sexualidades migrantes, género y transgénero*. Maffia, Diana (2003) (Comp) Feminara editora, Bs As, p. 11.

⁸ La Declaración del Consenso de Manejo de Desordenes Intersexo, estableció una nueva nomenclatura: DSD cromosomas sexuales ; DSD 46,XY; DS D46, XX, DSD ovotesticular; DSD testicular 46, XX; Digenesia gonadal completa 46, XY;

Los trastornos de desarrollo sexual son condiciones congénitas en el que el desarrollo cromosómico, gonadal o anatómico sexual es atípico⁹. No existen suficientes estudios especializados para establecer la prevalencia de los TSD pero se estima que uno de cada dos mil niños nace con genitales que no son fácilmente reconocibles. Según Fausto- Sterling hasta un 1,7% de la población presentaría en su cuerpo alguna variación de lo socialmente considerado totalmente femenino o masculino¹⁰.

El caso de los recién nacidos cuyos genitales externos no pueden ser indubitadamente identificados es un ejemplo claro de la profunda matriz cultural que guía las apreciaciones de la biología y la medicina sobre la sexualidad. Un ejemplo es el uso de la llamada “regla falométrica”: un criterio considerado muy importante para decidir si el infante debe ser “definido” quirúrgicamente como varón o mujer es el de la medida del pene/clítoris¹¹. Se optaría por criarlo como varón si la proyección del tamaño de este órgano indica que alcanzaría un tamaño suficiente como para desarrollar “una vida sexual satisfactoria”; caso contrario se lo trataría como a un clítoris demasiado grande el cual debería ser reducido mediante cirugía y se criaría al infante como niña (una que aun cuando desarrollara su autopercepción como mujer vería drásticamente reducida su posibilidad de placer sexual por la amputación de terminaciones nerviosas que serán reemplazadas por cicatrices).

Pese a las demoledoras consecuencias que puede tener una incorrecta asignación sexual seguida de cirugías “correctivas” en un infante con genitales ambiguos¹², se suele considerar que se trata de una urgencia médica; cuando, salvo el caso de que se trate de una hiperplasia suprarrenal congénita perdedora de sal - la cual

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Cfr. Fausto- Sterling, Anne. (2000)

¹¹ Cfr. Fausto-Sterling, Ann. (2012) *Sex/Gender. Biology in a social word*. New York, Routledge.

¹² Dado que existe la muy cierta posibilidad de que el infante se desarrolle finalmente en el género opuesto a aquel que se le ha asignado. Cuando la asignación conlleva una “normalización” quirúrgica, amputando un pene pequeño, el daño hecho al niño que luego se desarrolla psíquicamente como varón es devastador e irreparable, existiendo registro de varios de estos casos, incluidas demandas judiciales. Asimismo si en el país en el que se realiza la asignación de género los mecanismos legales son complejos y tendientes a negar la posibilidad de respetar el género autopercibido de un sujeto, ello también causará un grave perjuicio de muy difícil reparación

debe ser descartada ya que puede poner en riesgo la vida del infante¹³- las demás discordancias de desarrollo sexual no conllevan un riesgo para la vida o la salud del recién nacido. Ello permite que el equipo médico actúe con cautela y en modo interdisciplinario, ya que resulta un imperativo bioético de primer orden esperar a que el infante vaya definiendo su identidad sexual antes de tomar medidas que lo afecten de manera irreversible. Existe, por otra parte, numerosa evidencia de que las intervenciones quirúrgicas en la adolescencia tienen una mejor resolución, con menor pérdida de sensibilidad y fundamentalmente, será decidida por la persona que habita ese cuerpo sexuado¹⁴. Vale aclarar que hay casos de diversidad corporal, advertida o no, en los que la discrepancia puede no manifestarse hasta la adolescencia.

Esta discrepancia entre las expectativas sociales y la realidad, generada por el cuerpo disidente, inclasificable, del recién nacido, es productora de una profunda ansiedad en la mayoría de los equipos médicos tratantes y de los padres, quienes se sentirán urgidos de poder definir si el infante es un niño o una niña para poder situarlo socialmente ¿de qué color lo debemos vestir? ¿cómo llamarlo/a?. Más allá de las buenas intenciones, la realidad indica que la “urgencia” se interpreta en pos de poder “situar” a ese infante en un sistema sexual binario (en pos de su bienestar futuro presunto y por ende de evaluaciones sobre el género, la felicidad y la ética ajenas a consideraciones “médicas”) y calmar la ansiedad de los adultos. Pero ello viola de manera flagrante los derechos de este niño/a, desconoce el principio de interés superior del niño e impide que, conforme el principio de desarrollo progresivo, sea el infante al crecer exprese cuál es su género autopercebido, teniendo la posibilidad de pleno goce y desarrollo identitario, corporal y sexual.

¹³ OrphaneT. Hiperplasia suprarrenal congénita clásica por déficit de 21-hidroxilasa, forma perdedora de sal. Disponible en www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC- (consultada el 24 de febrero de 2014)

¹⁴ Fausto Sterling, op.cit.

Se trata a un individuo perfectamente “normal” con características sexuales diversas, atípicas que será mutilado en pos de la búsqueda de certezas, identificación, encuadre social.

Lo cierto es que el sexo de un cuerpo es un asunto demasiado complejo. No hay blanco o negro, sino grados de diferencia¹⁵ Perpetuar la “mitología de la normalidad” promovida por las disciplinas médicas como objetivas o neutras implica ignorar que existen cuerpos disidentes, que, por su misma naturaleza, no pueden ser encuadrados en un esquema binario y menos aún debe aceptarse que sean mutilados para encuadrar en las pautas heteronormativas de control social. Esto es inaceptable desde una perspectiva de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho

“el derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace”¹⁶

A esta conclusión llegó la Corte Constitucional Colombiana al entender que la madre de un infante no estaba validada legalmente para autorizar la intervención quirúrgica de asignación sexual, al no existir evidente riesgo para la vida del menor. El Tribunal insiste en los cinco años de edad como el umbral para la validez del consentimiento informado de los padres en estos casos (edad a las que ya han manifestado su identidad sexual). Aquí, la Corte consideró la protección el derecho a la identidad sexual, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad del infante, ordenando la creación de un grupo interdisciplinario para contener y apoyar a la madre y su hijo/a¹⁷.

En el caso de una persona trans puede que todos los factores externos mencionados sean congruentes, pero no existe una identificación del individuo con

¹⁵ Ibidm.

¹⁶ Caso Gelman vs Uruguay.

¹⁷ Corte Constitucional Colombiana, SU337 del 12 de mayo de 1999 . fundamento 89

el género al que socialmente se asignan estas características; la no autopercepción con el género asignado puede ir, o no, acompañado de un rechazo por su cuerpo o los genitales. “Transexualidad” es el término utilizada por la medicina cuando el cuerpo de una persona transgénero es intervenido con tecnologías médicas (hormonales, estéticas o quirúrgicas) para adecuarlo al género vivido, opuesto al asignado. Esta condición, que se manifiesta en la infancia, genera incluso más rechazo social que la “intersexualidad” al no poder “siquiera” recurrir a “razones médicas” que justifiquen esta discordancia.

Las instrucciones del genoma han escrito en ese cuerpo/conciencia/psiquis la expresión de un cuerpo que será considerado “disidente” dentro del esquema binario que asigna cierto aspecto, roles y expectativas al cuerpo y la psiquis de varones y mujeres y cuando la ley no contempla mecanismos de acogida de las demandas de las personas transgénero las condena a una virtual muerte civil, a la expulsión de facto de su ciudadanía.

No deberíamos perder de vista que estas medidas y aspectos para poder cumplir roles y expectativas son sesgos e imposiciones *sociales*, no biológicos. Los discursos de la medicina serán generados y avalados desde estas producciones culturales, no son “neutros”. Y ello se ve claramente en el temor que producen los cuerpos que no se ajustan a los parámetros socialmente consensuados. Nuevamente, se trata de personas que no se ajustan a las expectativas culturales de lo que significa ser hombre o mujer en una sociedad.¹⁸

En las últimas décadas el Derecho se ha permitido reflexionar más allá de los discursos alienantes y medicalizantes sobre los cuerpos disidentes para cumplir su tarea libertaria y reconocer a las personas trans en su plenitud, como una expresión de la diversidad humana, enriquecedora y justificada en sí misma desde la dignidad humana.

¹⁸ “Las personas transgénero no tienen un desorden mental”. *CNN*, noticia del 30 de noviembre de 2011 disponible en <http://mexico.cnn.com/salud/2011/09/30/las-personas-transgenero-no-tienen-un-desorden-mental> (Consultada el 1 de marzo de 2014)

4. Transgeneridad y creación del diagnóstico de “disforia de género”

Si bien se trata de una categoría en debate permanente, podría decirse que el término “transgénero” es un término general que se aplica

“a una variedad de individuos, conductas y grupos que suponen tendencias que se diferencian de las identidades de género binarias (hombre o mujer) que normalmente, aunque no siempre, son asignados al nacer, y del rol que tradicionalmente tiene la sociedad. El transgénero suele interpretarse como una forma de expresión de la sexualidad de una persona que difiere de su género biológico y lo que la sociedad le ha asignado a este. Transgénero es el estado de la identidad de género de uno mismo (autoidentificación como hombre, mujer, ambos o ninguno) que no se corresponde con el género asignado a uno mismo (la identificación por parte de los demás de si se es hombre o mujer en función del sexo genético o físico)”¹⁹.

El término “transexualidad” se ha utilizado en la Medicina para describir a las personas que han cambiado, o buscan cambiar, sus caracteres sexuales primarios y /o características sexuales secundarias a través de intervenciones médicas (hormonales y/o quirúrgicas) para feminizarse o masculinizarse. Estas intervenciones, por lo general, son acompañadas por un cambio permanente en el rol de género²⁰. La transexualidad (también llamada disforia de género) ha sido considerada por una significativa parte de la comunidad médica y legal durante las últimas décadas como una patología psiquiátrica (DSM-ICD), discutiéndose también una serie de descubrimientos en el campo de la neurología que permitirían, según algunos, abonar la hipótesis de que podría tratarse de una condición genética-neurológica, y por lo tanto, configurar un estadio intersexual. Conviven hasta tres tipos de definiciones o explicaciones sobre la transexualidad:

¹⁹ Voz “transgénero” Wikipedia <http://es.wikipedia.org/wiki/Transg%C3%A9nero> (consultada el 1 de marzo de 2014)

²⁰ “Protocolo de Atención y derivación de personas trans” del servicio de salud de la Región de Talcahuano” (Chile), disponible en http://www.sstalcahuano.cl/file/diversidad/Resolucion_y_Protocolo_Trans.pdf (consultada el 15 de diciembre 2015)

- a) las que la consideran dentro de los trastornos de desarrollo sexual, de origen “biológico²¹” -un tipo en la especie intersexualidad- y “escudadas” por ende en el principio de necesidad terapéutica para lograr la definición de la identidad sexual;
- b) las que la consideran un trastorno de conducta o enfermedad mental severa e incurable; con dos variables: los que entienden que ello no puede servir de plataforma a ningún derecho salvo el derecho a la salud como posibilidad de curar o tratar la transexualidad; y los que consideran que le asiste el derecho a la salud en sentido integral de adecuar su cuerpo a su psiquis y que se debe respetar su derecho a la identidad;
- c) las que la consideran una discordancia entre el sexo vivido -autopercepción de género- y la identificación legal. El optar o no por una intervención de reasignación sexual es una conducta autorreferente protegida por el derecho a la intimidad y la exigencia de modificar el asiento registral, que ocasiona el sufrimiento y la lesión de derechos, deriva del derecho a la identidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y la autonomía. Esta es la opción de la ley argentina, que inscribe a las identidades trans en el conjunto de aquellas socialmente validadas y la que nos parece la única compatible con la consideración de la “identidad de género” como una condición protegida por la Convención Americana.

El uso de los términos para referirse a las personas transgénero (dentro de las cuales se consideran a las personas transexuales) difiere y ha evolucionado durante el transcurso de los años como un indicador de los cambios que actualmente se registran en las concepciones culturales. Seguimos a Giberti cuando expresa que

²¹ Se propone una raíz genética - neurológica de la disforia de género, llamado por algunos “Síndrome de Harry Benjamin” (SHB). Se trataría, según la teoría más aceptada, de una alteración neuroquímica de la memoria cerebral profunda GABA. El desarrollo y disformismo cerebral podría estar influenciado por factores genéticos y por los niveles de hormonas en los primeros estadios de desarrollo embrionario.

[la] aparición del término *transgender* proporcionó un lugar para quienes se sienten en otra dimensión diferente de la que abarca el binomio hombre-mujer. Describe a quienes, al expresar su sentido de identidad, entran en conflicto con las normas de género según las convenciones contemporáneas que regulan los comportamientos de cada sociedad. No obstante, quienes forman parte de los grupos constituidos por personas que se consideran transgénero, advierten que el hecho de formar parte de dicha categoría no define a una persona como tal, dado que la riqueza constitutiva de cada ser humano trasciende mucho más allá de tal condición²²

El término “transgénero” incluye para algunos autores a gays, lesbianas, transexuales, travestis, andróginos, intersexuales, hermafroditas, cross-dressers, drag queen, queers y a una multiplicidad de rasgos, modalidades, estilos, conductas y todo aquello que signifique rechazo de ordenamientos sexuales que se consideran inamovibles y establecidos. Se incluye la existencia de personas que reconociéndose transgenéricas no desean ser identificados como hombres o mujeres.²³

Lo cierto es que la comunidad transgénero es muy diversa aunque muchos marcos legales parecen referirse exclusivamente a las personas transexuales, y en particular transexuales post quirúrgicos, dejando fuera una parte decisiva de la comunidad²⁴. El término “Diversidad Sexual” encierra y celebra todas las formas de expresión que muestran las diferentes orientaciones sexuales y la identidad de género²⁵. La expresión LGBTI comprende a las personas “lesbianas, gay, bisexual, trans e intersexuales”; en este trabajo, sin embargo, usaremos el término “transgénero” para referirnos exclusivamente a personas transexuales, travestis e

22. Giberti, E. “Travestis, transgender y bioética”. Documento facilitado por la autora.

²³ Ib.

²⁴ COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, (2009) Estrasburgo, 29 de Julio de 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2, Versión original en inglés. “Derechos Humanos e Identidad de Género”, Issue Paper de Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1621709&Site=COE> (consultada el 5 de noviembre 2013)

²⁵ Nota del Presidente del Comité Jurídico Interamericano al Presidente del Consejo Permanente transmitiendo el Informe Preliminar sobre “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género” 17 de abril de 2013 http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_actual_Orientacion_Sexual.pdf

intersexuales, cross-dressers o demás inconformistas de género, excluyendo cuestiones de hetero, bi, pan u homosexualidad.

La transgeneridad ha estado presente en todas las etapas históricas, con diversas significaciones y regulaciones sociales, y ha sido aceptada en muchos pueblos originarios²⁶. En algunas culturas se les asignaron poderes curativos, siendo personajes religiosos de relevancia; en otras se les permitía casarse según el género autopercebido, pero es un común denominador su integración social desde su ser diverso.²⁷ Esto cambiará drásticamente con la conquista y bajo la religión judeo-cristiana.

A fines del siglo XVIII, y particularmente durante el siglo XIX al desarrollarse y consolidarse la biología como disciplina, ésta se arrogará también la facultad de clasificar y establecer que cuerpos eran “normales” y cuáles no lo eran y precisaban ser “corregidos” y, al desarrollarse la teratología, ésta brindará explicaciones plausibles, “científicas”, sobre lo que antes era considerado “monstruoso”²⁸. Esta “biología de la diferencia” no fue un hecho aislado, sino que formó parte del movimiento y contexto político en el que, mientras tomaba forma la reivindicación del derecho a la igualdad, algunos médicos y científicos estaban

26 La transgeneridad no es un fenómeno novedoso. Se afirma encontrar antecedentes en diversas culturas en la antigüedad (tribus Scythes, año 400 a.C.; culto a la diosa Cibeles, año 200 a.C., phrygies de Anatolia, Grecia, año 100 d.C, por mencionar algunos ejemplos, y existen registros en crónicas de la conquista de América de personajes, rituales y representaciones que bajo los parámetros actuales podrían leerse como manifestaciones trans. Cfr. Andahazi, Federico. (2008) *Pecar como dios manda. Historia sexual de los argentinos*. Buenos Aires, Planeta.

²⁷ Suele mencionarse entre los casos que pueden observarse aun en la actualidad al de los *hijras* en India, colectivo que conforma un “tercer sexo” al no definirse como varones ni como mujeres, aunque la mayoría suele vestirse como mujeres, y que forman parte de una antiquísima tradición hindú (Fausto Sterling, 2000:109). La pérdida de status y consiguiente persecución que experimentaron luego de la ocupación británica, al implementarse normas que perseguían y penalizaban la homosexualidad, marginaron a los/las hijras, quienes desde entonces se vieron obligados a sobrevivir de la mendicidad y la prostitución²⁷. Otro ejemplo tributario de una antigua tradición son las personas “dos espíritus” de base corporal femenina y masculina (“berdache”) de las tribus amerindias de los Estados Unidos y el Canadá.

En la Edad Media surge en Europa el criterio conforme el cual, un sujeto de genitales ambiguos debía escoger un rol de género establecido y permanecer en él, la penalidad por violar esta norma solía ser la muerte. Los sistemas legales modernos exigen, actualmente, a todos los efectos de la vida civil, la identificación del recién nacido como perteneciente al sexo masculino o femenino (Fausto Sterling, 1993)

²⁸ Fausto- Sterling, (2000), p 37.

dispuestos a sostener que algunos cuerpos y algunas personas eran mejores y más merecedores de ciertos derechos que otros²⁹, lo cual resultaría de la necesidad de fijar parámetros de normalidad a fin de disciplinar los cuerpos “desviados” (ejercicio del biopoder centrado en los cuerpos individuales) así como de generar un cuerpo social optimizado, organizado, mediante métodos estadísticos para controlar los nacimientos, defunciones, crecimiento y calidad poblacional, etcétera (biopolítica poblacional) y la emergencia de un sistema organizado de producción de conocimiento, de una “disciplina”, la biología³⁰.

Es recién a fines del siglo diecinueve que se comienza a considerar a la transexualidad como una forma extrema de homosexualidad³¹ y a mediados de los años sesenta del siglo veinte se lo definirá como una patología psiquiátrica. Los avances en las líneas de investigación en neuroendocrinobiología de la última década del siglo pasado se inclinan por considerarla una condición de base genética- neurológica³², intuición sostenida por varios especialistas ya en los años cincuenta³³.

Debe tenerse en cuenta que al inicio del s. XIX las ideas imperantes en la comunidad médica en general consideraban a la actividad sexual muy peligrosa y nociva para la salud. Asimismo, los discursos sobre la sexualidad humana eran producidos por la religión, la ley y la medicina y, conforme avanzaba el siglo, la confianza en el desarrollo de la ciencia motivó que la medicina ganara protagonismo a la hora de brindar respuestas a los interrogantes sobre la

²⁹ Ibidem, p 39

³⁰ Fausto-Sterling (2000), p. 7; Mujica; Jaris, (2009) *Microscopio. De la bioética a la biopolítica*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

³¹ Krafft-Ebing, Richard von. “*Psychopathia Sexualis with Special Reference to Contrary Sexual Instinct. A medical-legal study*”. en *The transgender Studies Reader*. Stryker Susan and Sthepen Whittle Editors (2006), Routledge, New York, , pp. 21 a 27

³² Definiendo al transexualismo como una condición del desarrollo neuronal del cerebro (Zhou y otros., 1995; Kruijver y otros., 2000).] La condición no se puede superar por la socialización contraria, ni por tratamientos psicológicos o psiquiátricos solamente (Green, 1999).

³³ Cfr. Meyerowitz, Joanne. (2002) *How sex change. A history of transsexuality in the United States*. EEUU, Harvard University Press; Elkins Richard., King David. (2001) “Pioneers of Transgendering: The Popular Sexology of David O. Cauldwell”. *International Journal of Transgenderism*, Volume 5, Number 2, April - June 2001 ,http://www.symposion.com/ijt/cauldwell/cauldwell_01.htm (consultado 3/4/2012) Bullough, Vern L. *Science in the bedroom. A history of sex research*. New York, Basic Books, 1994

sexualidad humana a medida que se erosionaban los fundamentos religiosos y morales. Sin embargo, lejos de cualquier pretendida neutralidad, la ciencia será un espacio desde el cual construir nuevos fundamentos para la moral tradicional, fortaleciendo una visión muy negativa sobre el sexo, la cual entonces, además de basarse en motivos morales y religiosos, apoyaría esta cosmovisión con “evidencia científica”³⁴ será desde esta visión que se construirán luego las categorías psiquiátricas de lo “normal” y “anormal”, donde anormal era toda aquella conducta no orientada a la reproducción. Hoy esta visión es insostenible por ser lesiva de numerosos derechos fundamentales (derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, derechos sexuales y reproductivos, etcétera). Las actitudes desde la ciencia (y específicamente desde la medicina) con relación al sexo dependerán de factores legales, culturales, psicológicos, sociológicos.

A diferencia de los casos de trastorno en el desarrollo sexual, en la transexualidad no hay “evidencia física” que permita prever que el infante se desarrollará con una percepción de género diferente a la asignada. Esa falta de evidencia “física” ha llevado, desde los inicios de la construcción del diagnóstico clínico de la transexualidad, a encuadrarlo en el campo de la psiquiatría.

En 1980 la transexualidad ingresa al Manual de Diagnóstico y Estadística de la Asociación de Psiquiatría Americana (DSM III) y en un momento inicial ésta es estudiada y “encasillada” dentro del esquema de los trastornos de personalidad como “Transexualismo” (considerado un trastorno de identidad sexual), junto con las parafilias y las disfunciones sexuales³⁵. La revisión de 1987, el DSM-III-R,

³⁴ p. Bullough, Vern L. (1994) *Science in the bedroom. A history of sex research*. New York, Basic Books,, p. 18 y 21 ; Levay, Simon. *Queer Science . The Use and Abuse of Research into Homosexuality* . <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/style/longterm/books/chap1/queerscience.htm> Consultada el 22 de febrero 2012-02-22

³⁵ En el DSM –III la transexualidad estaría definido como: "Desviación sexual centrada en la creencia fija de que los caracteres sexuales externos no son los que corresponden a la persona. La conducta resultante se dirige ya sea hacia el cambio de los órganos sexuales por medio de operación quirúrgica o hacia el ocultamiento completo del sexo aparente adoptando el vestido y los modales del sexo opuesto". Para ver la evolución desde una perspectiva psiquiátrica se puede ver Fernandez Rodriguez, María y Garcia-Vega, Elena. Surgimiento, evolución y dificultades del diagnóstico de transexualismo. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* [online]. 2012, vol.32, n.113 [citado 2014-03-05], pp. 103-119 . Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352012000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0211-5735. <http://dx.doi.org/10.4321/S0211-57352012000100008>. (consultado el 1 de marzo de 2014)

distinguirá al transexualismo de los demás trastornos sexuales y lo incluirá en los trastornos de la infancia y la adolescencia. En el DSM IV ya se hablará de Trastornos sexuales y de la Identidad de Género (TIG) y se lo vuelve a agrupar con las parafilias y las disfunciones sexuales. EN 1994 la revisión DSM -IV -TR si bien continua usando la categoría de “trastorno de identidad sexual” comienza a utilizar paralelamente la de “disforia de género”³⁶.

Conforme los avances en las investigaciones en las áreas de neuroendocrinología, la transexualidad se trataría, según la teoría más aceptada, de una alteración neuroquímica de la memoria cerebral profunda GABA³⁷; el desarrollo y disformismo cerebral podría estar influenciado por factores genéticos y por los niveles de hormonas en los primeros estadios de desarrollo embrionario³⁸. Ello, sumado al creciente reconocimiento de la diversidad sexual como una condición intrínsecamente humana no patológica, han tenido como consecuencia la pérdida de consenso frente a la consideración de la transexualidad como un trastorno mental.

La progresión de esta pérdida de legitimidad a nivel global se vio reflejada en los debates por la revisión de la quinta edición del DSM (DSM V). Se discutió intensamente quitar a la transexualidad del DSM V, pero se generaron dudas sobre si ello tendría como consecuencia que las personas transexuales perdieran el acceso -con cobertura social- a prestaciones médicas específicas (intervenciones de adecuación sexual y tratamientos hormonales). Finalmente, se llegó a una solución de compromiso entre varias posturas y el DSM V ya no presenta a la

³⁶ Tal como es usado en el DSM IV TR el término disforia de género denota sentimientos intensos y persistentes de malestar con el sexo asignado, así como el deseo de poseer el cuerpo del otro sexo y de ser considerado por los demás como un miembro del otro sexo

³⁷ Así Rico Garcia Rojas, Rafael. “Estadios intersexuales, diagnóstico y tratamiento de genitales ambiguos” en <http://geneticaysexologiaintegral.blogspot.com/2008/10/estados-intersexuales.htm> página visitada el 6 de mayo del 2009

³⁸ Los principales estudios sostenidos en este sentido son los de Universidad de Amsterdam, Zhou, Hofman, Gooren y Saawb. Referidos a las similitudes estructurales neuroquímicas entre el cerebro de las personas transexuales y el cerebro típico de las personas con cuyo género se sienten identificadas; REID, Russel. “Psychiatric and psychological aspects of transsexualism”. Report on the XXIIIrd. Colloquy on European Law, Council of Europe, Amsterdam, 14-16 april 1993; Rotheblatt, M. “An american perspective on transgender health law”, notes presented at the XXIIIrd. Colloquy on European Law...; Gooren, L. “Biological aspects on transsexualism and their relevance to its legal aspects” Memorandum presented at the XXIIIrd. Colloquy on European Law... Bradley, D. “Transsexualism, Ideology, legal policy and political culture. Transsexualism, Medicine and Law”, XXIIIrd. Colloquy on European Law... Gooren, L. “Biological aspects on transsexualism and their relevance to its legal aspects” Memorandum presented at the XXIIIrd. Colloquy on European Law...

transexualidad como un “trastorno”, sino que habla de “incongruencia de género” (IG), refiriendo que el sufrimiento que puede generar en un individuo la transexualidad deriva de la discrepancia entre el género asignado y el autopercebido, no de su condición de persona transexual. Es razonable pensar que en sucesivas revisiones del DSM la transexualidad sea completamente removida del Manual como en su momento lo fue la homosexualidad y en la misma línea de las nuevas Guías de la OMS, que apuntan a la despatologización de las identidades no binarias.

Resaltamos esto: no tiene ya apoyatura - ni siquiera en los consensos médicos (los cuales son por definición de corte biologicista y heteronormativo)- el tratar a la transexualidad como una patología ni como un trastorno. Se trata de una condición humana de diversidad sexual, de una identidad trans, en la cual el sufrimiento es generado por la discrepancia entre la asignación de género originaria al nacer y el género autopercebido por el sujeto desde su infancia en el cual construyó toda su historia y se reconoce a sí mismo como sujeto moral autónomo.

Debemos señalar, sin embargo, que la real discrepancia es con el sistema jurídico, cuando este no contempla alternativas que permitan a las personas transgénero adecuar el sexo registral a su identidad de género, derivando en la construcción de un sistema social, educativo, de salud, opresivo, discriminador, excluyente y violento, a consecuencia del cual las personas trans tienen una expectativa de vida en torno a los 35 años.

La despatologización de las identidades trans son congruentes con lo sostenido por esta Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*³⁹ al definir a la identidad de género como una condición protegida por la

³⁹ Corte IDH caso Atala Riffo e Hijas v. Chile; fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de febrero de 2012

Convención; ya que no podría entenderse tutelada la expresión de una “patología mental” por fuera del derecho a la salud.

5. Los modelos de protección de los derechos humanos de las personas transgénero

Tradicionalmente, el análisis “jurídico” de la transexualidad ha tomado como un hecho cierto e indisputado las apreciaciones de la comunidad médica sobre la misma por ello, y pese a lo paradójico que pueda resultar, el avance paulatino del reconocimiento de derechos a las personas trans ha ido de la mano de la consideración de la transexualidad como una enfermedad mental incurable. Nos preguntamos si esta perspectiva, que ha sido defendida incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es compatible con el pleno respeto de los derechos humanos de las personas transgénero, y/o resulta adecuada para dar cuenta de los diversos procesos y mecanismos que subyacen a la legitimación de la conformación y expresión de la identidad sexual de los individuos en una sociedad democrática.

Que el Derecho acepte sin mayores cuestionamientos las calificaciones del discurso médico en relación a conductas o condiciones humanas, especialmente cuando estas han sido tildadas de “desviadas” es algo que sucede desde antiguo. De hecho, la historia registra un sinnúmero de ejemplos que dan cuenta de la dinámica entre el Derecho, la Medicina y la Religión/Moral, y en este sentido, de la transición de las conductas de ser consideradas “pecado”, a ser reguladas como “delitos” para luego ser tratadas como “enfermedades. Ello se vuelve patente cuando dichas conductas expresan o involucran la expresión de la sexualidad.

En una investigación realizada entre los años 2010 y 2015 en la cual relevamos la totalidad de la sentencias del TEDH sobre el tema, así como más de cuarenta sentencias argentinas sobre transgeneridad, encontramos que se conformaban

dos modelos o patrones en el tratamiento de los derechos de las personas trans: el modelo médico o terapéutico (con dos variables) y el modelo de derechos.

A su vez, distinguimos cuatro “momentos jurisprudenciales” con características bien definidas:

- a) una primera instancia de prohibición que inicia con una sentencia penal que tuvo gran repercusión en 1966 (primera etapa: prohibición y negativa);
- b) una segunda que reconoce el derecho a la salud e identidad de personas transgénero-“intersexuales” diagnosticadas con algún tipo de desorden de desarrollo sexual (segunda etapa: vía libre a la opción terapéutica);
- c) una tercera de reconocimiento de la identidad sexual basada en el diagnóstico “insuperable” de disforia de género y el carácter paliativo de la intervención de reasignación sexual (La opción terapéutica versión 2: el reconocimiento de la transexualidad como disforia de género en personas transexuales); y
- d) una cuarta etapa de reconocimiento de la identidad sexual transgénero no asociada a ninguna patología (cuarta etapa: reconocimiento del derecho a la identidad trans).

Las etapas 2 y 3 conforman lo que hemos dado en llamar “el modelo médico o terapéutico” y la etapa 4 ilustra “el modelo de derechos”, que será el que finalmente siga la ley argentina del año 2012, que orientó las legislaciones más tutelares vigentes actualmente.

5.1 El modelo terapéutico o médico

Este modelo es el primero - y en algunos casos el único- en irrumpir en escena en defensa de los derechos de las personas transgénero, pudiendo reflejarse en la normativa o bien ser de construcción jurisprudencial. El modelo responde a un

esquema fuertemente medicalizado y medicalizante y podría considerarse el heredero directo de la instancia en que la homosexualidad - de la cual la transexualidad era entendida como su expresión más extrema- era considerada un delito. Desde la perspectiva positivista, el paso al campo de la enfermedad permitió “cambiar” la regulación religioso/moral (las razones por las que era – y sigue siendo- condenada la práctica homosexual entre adultos consintientes son de orden religioso incluso en la actualidad) por otra donde fuera la medicina, y los médicos -considerados garantes y guardianes de la moral pública-, quienes tuvieran el control sobre los cuerpos sexuados, con lo cual, lejos de abandonar la argumentación de la moral sexual, se aunaron ambos discursos. Ello irá cediendo recién a finales del siglo XX .

El modelo médico construido por la jurisprudencia en razón de la intersexualidad⁴⁰ (etapa 2) se caracteriza entonces por los siguientes elementos:

- a) Parte de la base de un esquema binario heteronormativo donde los cuerpos de varones y mujeres están claramente definidos y delimitados. Considera a la intersexualidad un estado disfuncional capaz de causar un daño grave en el infante, aun sin existir un riesgo para su vida o salud. Se trataría de un estado patológico social, cultural y legal, aunque no fisiológico.
- b) La intersexualidad se diagnostica; se realizan pruebas genéticas, endocrinas, clínicas, y/o aquellas que se consideren pertinentes Siendo la intersexualidad un estado “anormal”, se aplica el principio de necesidad terapéutica que justifica la intervención quirúrgica.
- c) Existe la necesidad de definir el sexo de la persona intersexual y ello se hará conforme el sexo que resulte más funcional -aunque sea contrario al

⁴⁰ Considerando, por supuesto, las excepciones que en el acápite correspondiente señalamos.

sexo genético- o bien, si es un adulto, en el de su identidad sexual. La identidad sexual de la persona “intersex” no es cuestionada.

- d) La intersexualidad no demanda un “cambio” sino una “definición” o “corrección” de sexo. Se asume que es una condición “ajena” e “insuperable”, que “viene dada” y de no corregirse lesionará gravemente los derechos del sujeto.
- e) La intersexualidad tendría una “base biológica” a diferencia de la transexualidad que sería un problema a nivel mental.
- f) Se contradice con lo dicho respecto de la inmutabilidad del sexo genético, no lo considerará decisivo y se inclina por la identidad del sujeto.
- g) En esta etapa se marca una clara diferencia con las personas transexuales, a las que no puede tratar de igual manera.

Sin embargo, cuando se comienzan a aceptar las solicitudes de personas definidas como transexuales, se adaptará este esquema para justificar la procedencia de la pretensión. El elemento clave del modelo es la necesidad terapéutica (etapa 3).

El modelo terapéutico o médico, respecto de la transexualidad:

- a) Parte de la base de un esquema médico - legal binario heteronormativo donde los cuerpos de varones y mujeres están claramente definidos y delimitados. Considera a la transexualidad un estado patológico que consiste en la discordancia entre el “sexo biológico” y el “sexo psicológico”; es un trastorno mental severo y prácticamente incurable.
- b) La transexualidad se diagnostica; por ende, deben realizarse pruebas genéticas, endocrinas, clínicas, psiquiátricas socioambientales y/o aquellas

que se consideren pertinentes. El juez pedirá todo tipo de pericias. Entre ellas se deberá descartar la presencia de enfermedades mentales.

- c) La transexualidad es un estado anormal y patológico de origen incierto que viene dado, es insuperable para el individuo y genera gran sufrimiento. Es un “drama existencial”. De no ser efectivas otras terapias, debe darse curso al reclamo legal de la persona transexual y admitir el adecuar su morfología sexual a su sexo psicológico. La interpretación integral del concepto de salud (física y psíquica) justificará la intervención quirúrgica y la modificación registral merced los principios de necesidad terapéutica y de “no dañar”.
- d) La “imposición” de la transexualidad, su no-voluntariedad, es crucial para admitir el reclamo y la afección a la salud⁴¹. Al no poder “superarla” se debe admitir que ella forma parte de la realidad del sujeto, y constituye por ende, su identidad, que debe ser reconocida.
- e) Es importante la existencia de consentimiento informado sobre las prácticas médicas a realizar. La autonomía se entiende como consentimiento informado y autodeterminación para haberse realizado o realizarse intervenciones de modificación corporal.
- f) Se admite la inmutabilidad del sexo genético pero no lo considerará decisivo y se inclina por el sexo psicológico del sujeto.
- g) El sujeto transexual deberá ubicarse bajo los esquemas de varón o mujer (presumiblemente heterosexual).
- h) El sexo legal concedido es una adenda o arreglo, es “ficticio” y debe poder advertirse de su artificiosidad a personas que puedan involucrarse con la persona transexual, así la partida se rectifica no se anula, las anotaciones serán marginales e incluirán nota específica al juez del matrimonio u adopción y salvo excepciones, el cambio registral se anuncia vía edicto judicial.

⁴¹ Recordemos que en varias sentencias, por ejemplo en alguna de las reseñadas del TEDH se alega que la transexualidad ha sido CAUSADA por el sujeto mediante la ingesta de hormonas y /o la reasignación genital.

- i) La protección del derecho a la salud es el elemento clave, al cual se ordenan los demás, incluido el derecho a la identidad.

5.2 El modelo de derechos o reconocimiento identitario

Este modelo se caracteriza por descartar la matriz binaria y heteronormativa y admitir la gran riqueza de la diversidad de cuerpos, psiquis, historias, percepciones. Las construcciones sobre los cuerpos y sexos es cultural y contingente, no fundante.

Cada ser humano solo debe ser idéntico a sí mismo. No habiendo un estereotipo contra el cual comparar un cuerpo transgénero este se da a sí mismo sus propias reglas, resultando visible y legitimado en sus particularidades y características. Ante ello el derecho solo puede reconocerlo y eliminar los obstáculos culturales y legales que impidan el pleno goce de los derechos. Las personas transgénero son reconocidas en su identidad sexual trans (hombre trans, mujer trans, mujer travesti, varón travesti, cross-dresser, etcétera) sin necesidad de amoldarse a las pautas binarias que eluden y niegan las particularidades y riquezas de la subjetividad trans.

En el modelo de derechos:

- a) Se descarta el modelo binario heteronormativo.
- b) Las construcciones sobre los cuerpos y la sexualidad se consideran culturales, no “naturales” o determinantes.

- c) Cada individuo se da a sí mismo una identidad, parte esencial de la cual es la identidad sexual. Es un proceso de auto y heteroconstrucción que se da en el espacio de las conductas autorreferentes.
- d) La transexualidad es una condición sobre la cual no sería relevante precisar su origen en la medida en que es una condición identitaria que define al sujeto. La identidad sexual del sujeto es una condición jurídicamente protegida.
- e) Solicitar informes periciales implicaría una violación del derecho a la intimidad del sujeto, por tratarse entre otras cosas, de una condición protegida. La identidad no debe probarse, la identidad es.
- f) El sufrimiento que se puede generar en la persona trans deriva de la incongruencia entre su identidad y el sexo legal; no deriva de una supuesta discordancia psiquis/soma.
- g) Los documentos deben modificarse y si la persona lo desea, la intervención llegarse a cabo, como parte del deber del estado de remover obstáculos en el goce de los derechos de una minoría históricamente vulnera.
- h) La autodeterminación del sujeto y la protección del derecho a la identidad sexual son los elementos clave. Autodeterminación para conformar su propia identidad, una identidad trans, y respeto de su autonomía si decide optar por una intervención de reasignación sexual.

Consideramos que el modelo de derechos es el único plenamente compatible con el reconocimiento de la dignidad y los derechos humanos de las personas transgénero.

6. La protección del derecho a la identidad en la Convención Americana de Derechos Humanos

El derecho a la identidad - principal derecho violado en el caso de las personas transgénero - no está expresamente contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos, como tampoco lo está en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que impide invocarlo de manera directa siendo necesario establecer su conexidad con otros derechos explícitamente reconocidos. En los casos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principal derecho cuya violación se alega es el derecho a la intimidad, en el entendimiento que las decisiones tomadas por las personas transexuales en cuanto a su “consolidación” en el género autopercibido –intervenciones médicas, expresiones de género, etcétera- están tuteladas por el derecho a la intimidad. Esta posición será adoptada por la Comisión Europea de (y luego por el TEDH) desde el primer caso, *Van Oosterwijck v. Bélgica*.

Recordemos que el derecho a la identidad protege el reconocimiento de la autoconstrucción del sujeto. La Corte IDH concuerda en que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad, incluyendo lo que denominamos la auto y heteroconstrucción propias de la identidad del sujeto.

Sin duda, en el caso de las personas transgénero se verifica una violación de su derecho a la intimidad y vida privada. Y la Corte IDH reafirma de manera contundente estos espacios de desarrollo vital en *Artavia Murillo* y luego en *Atala Riffo y Duque*, elementos que se aplican perfectamente a la situación de las personas trans

Todas las decisiones conducentes a la afirmación, definición, adecuación de la expresión e identidad de género de las personas caen bajo la protección del derecho a la intimidad y vida privada. Considerando lo dicho por la Corte en *Atala Riffo* puede entenderse que la identidad de género de una persona,

también 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.⁴²

La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual [e identidad de género] no se limita a la condición de ser homosexual [o transexual], en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas.⁴³

En este sentido, la orientación sexual [e identidad de género] de una persona también 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.⁴⁴

Por ende, el no permitir la posibilidad de adecuar la identidad legal, el no regular el acceso a la intervenciones de adecuación; el desconocimiento de los efectos sociales y legales de una intervención de cambio de sexo -por entender que un individuo *debe* quedar fijado y responder, en sus expresiones de género y constitución física al sexo legal establecido al nacer y que fuera fijado teniendo como único parámetro la apariencia genital externa- constituye una severa injerencia en la vida privada violatoria del artículo 11 de la Convención.

Siendo la identidad de género una condición protegida, el excluir de la tutela legal a las personas trans por su mera condición de tales resulta violatorio del artículo 1.1 Así las cosas, y de manera particular, el ignorar y rechazar expresamente las intervenciones médicas y/o estéticas, expresiones de género y la experiencia vivencial cotidiana en el género asumido de una persona trans transexual constituye una severa injerencia en la vida privada de ese individuo violatoria del artículo 11 en relación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

⁴² .Corte IDH *Atala Rifo*...f 136 .En este fundamento la Corte se refiere a la “orientación sexual de las personas”, que es lo que estaba en discusión en el caso; sin embargo, bajo lo establecido en el fundamento 91 lo dicho respecto de una es aplicable a la otra.

⁴³ Ib. f. 133

⁴⁴ Ib. f 136

En la medida en que la constitución de la identidad requiere de una continua auto y heteroconstrucción del sujeto, vivencias en las que pone en acción pensamientos, sentires, decisiones, ella está íntimamente ligada con la vida privada, esfera donde son tomadas - y quedan protegidas- buena parte de estas decisiones. El elemento de la autoconstrucción de la identidad (del ser-en-sí-mismo) se verá severamente lesionado cuando no se generen o respeten estos espacios de decisión que constituyen al sujeto y comentamos en el párrafo anterior.

Sin embargo, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, no se agota allí el derecho a la identidad, ya que la bidimensionalidad del ser humano generará que a la vez que el sujeto se construye en sí mismo se construye en los otros (heteroconstrucción, su ser-en-el-mundo). De nada sirven los espacios de libertad y autonomía si su resultado no va a ser *reconocido*, gozando de entidad y legitimidad en el mundo en relación.

El reconocimiento del derecho a la identidad comparte este espacio de protección de la vida privada y decisiones autónomas para el entrar en la esfera de lo público, lo social y lo jurídico para relacionarse de manera contundente con otro derecho, que no ha sido alegado en ninguno de los casos vistos ante el TEDH: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Explicaremos entonces por qué entendemos que en el caso de las personas trans debe alegarse la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica además de la violación del derecho a la intimidad como vía para judicializar el derecho a la identidad.

Pese a no estar reconocido de manera expresa en la Convención Americana de Derechos Humanos el Comité Jurídico Interamericano entendió que el derecho a la identidad es “consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y en consecuencia,

es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite

derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana (...) e incluye el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia.⁴⁵

La Corte Interamericana se expidió sobre el derecho a la identidad asociado, por un lado, a los derechos de los niños en el *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*⁴⁶; *Gelman vs. Uruguay*;⁴⁷ *Contreras y otros vs. El Salvador*⁴⁸; *Fornérón e Hija vs. Argentina*⁴⁹

el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención (...) es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, 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.⁵⁰

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. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez⁵¹.

Y, por otro, a la identidad cultural en el caso de comunidades indígenas⁵²

Cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la

⁴⁵ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”*, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010.

⁴⁶ Corte IDH Caso de las *Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (*Fondo y Reparaciones*)

⁴⁸ Corte IDH caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011 (*Fondo, Reparaciones y Costas*)

⁴⁹ Corte IDH Caso *Fornán e Hija vs. Argentina* sentencia del 27 de abril de 2012 (*Fondo, Reparaciones y Costas*)

⁵⁰ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, f 122

⁵¹ Corte IDH Caso *Fornán e Hija vs. Argentina*

⁵² Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, (*Fondo reparaciones y costas*), y Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoymexa vs. Paraguay* (*Fondo, reparaciones y costas*), entre otros.

percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida⁵³ (...) los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek han sufrido diversas afectaciones a su identidad cultural que se producen primordialmente por la falta de su territorio propio y los recursos naturales que ahí se encuentran, lo cual representa una violación del artículo 21.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma.⁵⁴

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.⁵⁵

El caso *Gelman vs. Uruguay* reviste especial interés ya que se alega también la violación del artículo 3 (reconocimiento de la personalidad jurídica) y el derecho al nombre (si bien en relación a los derechos de la niña que era al momento de la comisión del delito). Es el caso de una niña hija de una mujer víctima de desaparición forzada (ésta desaparecida y asesinada), siendo criada bajo una falsa identidad. En relación a los derechos que se consideran violados en su perjuicio, María Macarena Gelman declaró ante la Corte sobre cómo esta grave alteración en sus condiciones de existencia ha afectado su proyecto de vida desde que conoció su verdadera identidad⁵⁶ y la Corte IDH entendió que

Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, 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.⁵⁷

⁵³ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* f. 175

⁵⁴ *Ib.* F. 182

⁵⁵ *Comunidad Indígena Sawhoymexa vs. Paraguay*, f.118

⁵⁶ *Gelman vs Uruguay* f 119

⁵⁷ *Ib.*, f. 122

La Corte IDH consideró que el Estado era responsable por haber violado, desde el nacimiento de María Macarena Gelman y hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad, entre otros, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, indisolublemente ligada a su derecho a la identidad. Como ya mencionamos en el Capítulo III, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos⁵⁸ señaló 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 Americana¹³³. Asimismo estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.”⁵⁹

Por otra parte, en nuestra investigación⁶⁰ encontramos similitudes de fondo muy interesantes entre las violaciones de derechos padecidas por las comunidades indígenas y por el colectivo transgénero. Cuando nos centramos en los derechos violados, por extraño que parezca, hallamos que existe una conexión entre ambos grupos, históricamente marginados, con altos niveles de vulnerabilidad, discriminados por Estados que los han mantenido en situaciones de vulnerabilidad sanitaria y alimentaria (en el caso de las comunidades por la expulsión de sus tierras y en el del colectivo trans por la imposibilidad de acceder a fuentes de trabajo, siendo expulsados a la prostitución en muchos casos), que amenazan de

⁵⁸ Cfr. OEA, “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 y, y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), sobre seguimiento al programa, de 8 de junio de 2010. Sobre ese aspecto el Comité Jurídico Interamericano consideró que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia. Al respecto, cfr. Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010

⁵⁹ Ib. f 123

⁶⁰ Siverino Bavio, Paula (2016). “La justificación del derecho a la identidad en la jurisprudencia argentina entre 1966 y 2011” Universidad de Buenos Aires, Tesis doctoral, calificación suma cum laudae, en proceso de publicación.

forma permanente y continua la supervivencia de los miembros de estos grupos humanos⁶¹.

Y uno de los puntos de conexión está dado por la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, un derecho escasamente alegado y desarrollado jurisprudencial y doctrinariamente. La identidad está unida de manera indelible al individuo y por consiguiente, al reconocimiento de su personalidad jurídica.⁶² A este derecho también se le reconoce carácter instrumental (esencial para el reconocimiento y ejercicio de otros derechos de naturales política, económica, social y cultural)⁶³ además de su carácter autónomo, que es propio del derecho a la identidad⁶⁴ y se vincula, además con los procesos de identificación e identidad legal. Asimismo, la identidad no puede separarse del nombre y la identificación como nexo social de la identidad.

Así la opinión consultiva del Comité Jurídico Internacional es muy clara y considera que los derechos más ligados en cuanto a la naturaleza, contenido y alcances del derecho a la identidad son los amparados por el artículo 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 3 (reconocimiento de la personalidad jurídica), 17 (protección de la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad), 24 (igualdad ante la ley), 27 (suspensión de garantías) y 25 (protección judicial) .

6.1 Violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la intimidad (artículos 3 y 11 de la Convención)

⁶¹ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, f. 2. En el Perú, por ejemplo se registraron 17 casos de asesinatos y 40 casos de vulneraciones a la seguridad personal en contra de personas TLGB, ocurridos entre enero del 2013 y marzo del 2014. de los cuales 10 personas asesinadas fueron mujeres trans. El informe advierte sin embargo que se trata de un subregistro y se estima que la cifra es sustancialmente mayor. *Informe Anual sobre Derechos Humanos de Personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2013-2014*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX); Lima , .p. 34 disponible en <http://promsex.org/images/docs/Publicaciones/InformeTLGB2013-2014.pdf>

⁶² Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, p 9.

⁶³ *Ib.*, p 14.4

⁶⁴ *Ib.* p 18.

En el mundo de lo jurídico la referencia a la “diversidad sexual” incluye tanto las cuestiones vinculadas a la identidad de género cuanto a la orientación sexual. Habiéndose planteado primero esta última como problema, existe en la actualidad más legislación y jurisprudencia tuitiva de la orientación sexual que de la identidad de género; asimismo, el movimiento de despatologización trans ha seguido en buena medida los pasos del movimiento gay que logró con éxito la eliminación de la homosexualidad como patología en los años ochenta⁶⁵.

La protección de la orientación sexual ha sido tratada dentro de las opciones de vida tuteladas por el derecho a la intimidad en cuanto a la prohibición de interferencia con opciones personalísimas.

La identidad de género, que también ha sido tratada en relación a su protección bajo el derecho a la intimidad, presenta un escenario más complejo en cuanto, si bien hay una ligazón indudable con el principio de autonomía y la construcción personal, la vivencia de la identidad trans y sus particularidades no se agotan en la posibilidad de contar con un espacio para el desarrollo de la personalidad ni en la protección contra las injerencias arbitrarias. La violación de derechos es mucho más severa que el cercenamiento de espacios de libertad, el control de información sensible o la intromisión en esferas de privacidad, es la expulsión *de facto* del mismo ordenamiento jurídico al desconocer la calidad de sujeto moral autónomo en cuanto sujeto de derecho de la persona trans. Es la escenificación jurídica de la abyección social. La persona trans habita la zona inhabitable, vive la vida invivible según Butler, densamente poblada por quienes no gozan del status de “sujetos”,

⁶⁵ “El primer paso hacia la despatologización de la homosexualidad se produjo en 1973, cuando la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) votó de manera unánime sacar la homosexualidad de la sección “desviaciones sexuales” de la segunda edición del “Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales”. Esta decisión se confirmó oficialmente por mayoría simple de los miembros generales de la APA en 1974, en donde se decidió sustituir ese diagnóstico por la categoría más suave de “perturbaciones de la orientación sexual”, el cual se sustituiría en la tercera edición por el término “homosexualidad egodistónica”, que terminó eliminándola de la lista en la revisión que se hizo de esa misma edición en 1986 y el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) retiró la homosexualidad de la “Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Otros Problemas de Salud”, desposeyendo definitivamente la homosexualidad de cualquier atributo patológico” Rhay, “La historia de la homosexualidad contada por fundamentalistas, 5ª y última parte” <http://lacienciaysusdemonios.com/2011/12/27/historia-de-la-homosexualidad-contada-para-fundamentalistas-5a-y-ultima-parte/>

por ser un “producto defectuoso”, contrario a las reglas de la materialización del sexo⁶⁶.

La estrechez normativa que impide la libre adecuación registral de las identidades no binarias lesiona, antes que el derecho a la intimidad (que también es violado), el reconocimiento de la personalidad jurídica, condenando a las personas trans a una suerte de muerte civil donde la titularidad de derechos es sólo formal, ya que en su gran mayoría no pueden ser ejercidos en la práctica, volviéndolos por otra parte, altamente vulnerables a condiciones de discriminación, marginación y a ser víctimas de delitos de odio. El no reconocimiento de su identidad, reflejado en la negativa al reconocimiento efectivo de su personalidad jurídica *real* traducido en la incapacidad de adecuar la identidad registral a la identidad real en los documentos identificatorios es lo que generará la violación del derecho a la intimidad de las personas trans y derivará en la subsecuente violación de sus derechos civiles, políticos y sociales.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano es, sin lugar a dudas junto con el derecho a la vida, uno de los derechos más importantes consagrados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, en este derecho está a la base misma de la noción de sujeto de derecho, lo que determina su “existencia efectiva” ante la sociedad y el Estado y que le permite ser titular de derechos y obligaciones (...) es el derecho a tener derechos.⁶⁷ El contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica refiere al correlativo deber general del Estado de procurar medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares⁶⁸.

La violación del derecho a la identidad de una persona trans, es decir, la negativa a admitir su existencia y autodefinición como sujeto moral autónomo, su modo de ser en el mundo, el negarle además los instrumentos legales para desarrollarse en la cotidianidad de las relaciones jurídicas, lesiona de manera radical la casi totalidad de sus derechos. Lo margina, lo vuelve invisible y completamente vulnerable.

⁶⁶ Cfr. Butler, J. (2002) *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”* Buenos Aires: Paidós.

⁶⁷ Andreu, F. (2014) “Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”, en *Comentario a la Convención Americana de Derechos Humanos*. Konrad Adenauer. 2014, p .100 disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_38705-1522-4-30.pdf?140918175422 (consultado el 20 de marzo de 2015).

⁶⁸ Corte IDH, Comunidad Indígena Xakmok Kasekus vs. Paraguay, Fondo reparaciones y costas, f. 249

Aniquila en la práctica su calidad de sujeto de derecho. Lo sitúa en la disyuntiva imposible: aceptar una identificación legal formal que le daría acceso a sus derechos pero a costa de admitir su anulación como sujeto libre que decidió su identidad; aceptar que es quien *no es*, o bien, sostener su identidad real, autoconstruida y vivenciada pero sabiendo que el precio a pagar es la exclusión del sistema jurídico.

Por este motivo entendemos que el derecho que mejor ilustra la violación del derecho a la identidad -de aquellos contenidos en la Convención Americana- es el artículo 3 que tutela el reconocimiento de la personalidad jurídica. Además, la identificación mediante la provisión de un documento de identidad es un conflicto propio del artículo 3 y centro de la discusión en la cuestión legal transgénero. La relación derecho a la identidad e identificación fue también mencionada por la Corte IDH en *Gelman vs Uruguay*⁶⁹.

La privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y no discriminación y obstaculizan el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica.⁷⁰

6.2 Violación de la prohibición de discriminación e igualdad ante la ley (artículos 1 y 24)

El artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos demanda que los Estados respeten y garanticen el ejercicio y goce de los derechos, sin discriminación. Ello refiere tanto a la obligación del Estado y sus agentes de no lesionar, de manera directa o indirecta, mediante acciones u omisiones, los

⁶⁹ "Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso" f. .

⁷⁰ Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad, p. 17

derechos y libertades reconocidos en la Convención, cuanto al deber de hacer todo lo posible para prevenir e impedir que se violen los derechos de los sujetos, incluidas las obligaciones de restituir y/o reparar y sancionar de manera adecuada ante una situación violatoria de los derechos humanos.

De esta forma: la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁷¹.

x

Asimismo, la Comisión ha destacado las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación. Una concepción se relaciona con la prohibición de diferencia de trato arbitraria —entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia²⁸— y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados⁷².

Al examinar la situación de las personas trans surge de manera primaria y reiterada la discriminación que sufren constantemente. La incongruencia entre sus expresiones de género, nombre y sexo registral en relación a sus datos identificatorios las expone a lesiones a su derecho a la intimidad así como a sufrir actos de violencia y trato discriminatorio que repercuten negativamente en la mayoría de las áreas de su vida.

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación están contenidos en los artículos 1.1 y 24 de la Convención. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que el artículo 1.1 contiene una cláusula subordinada de igualdad, la cual ha de alegarse en relación a otros derechos o garantías, mientras que la cláusula del artículo 24 sería una cláusula autónoma de igualdad. Una diferencia radica en su alcance: mientras que el artículo 1.1 contempla solamente aquellos derechos expresamente contenidos en la Convención, el artículo 24 extiende su prohibición a todas las disposiciones del derecho interno de los Estados. Si el Estado en

⁷¹ AAVV. (2014) *Comentario a la Convención Americana de Derechos Humanos*. Konrad Adenauer. 2014 p. 450 63, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_38705-1522-4-30.pdf?140918175422 (consultado el 20 de marzo de 2015).

⁷² Comisión IDH. Informe N° 5/14 Caso 12.841 Fondo. Ángel Alberto Duque vs Colombia, f. 59

cuestión contempla en su normativa interna específicamente el derecho a la identidad (como es el caso del Perú en el artículo 2 de la Constitución Política) sería posible alegar la violación autónoma del artículo 24 de la Convención.

La obligación general contenida en el artículo 1.1 de la Convención refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana. El artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley” prohibiendo la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación⁷³.

Consideramos que en el caso de las personas trans a las que se niega la posibilidad de adecuar la identidad registral a su identidad real existe una violación del artículo 3 (reconocimiento de la personalidad jurídica en relación al artículo 1.1 y la violación del artículo 11 (derecho a la intimidad) en relación al 1.1. Además, en un caso como el peruano, donde el derecho a la identidad está expresamente protegido en la Constitución Política, es posible alegar una violación al artículo 24 (igualdad ante la ley) en relación al 1.1 de la Convención.

Como mencionamos, la doctrina considera que el artículo 24 contiene una cláusula autónoma de igualdad y creemos, se genera una violación del derecho a la igualdad, ya que las personas trans -exclusivamente por su condición de tales- se ven privadas de reivindicar, expresar y ser reconocidas en su identidad, a diferencia de quienes vivencian una identidad heteronormada que coincide con su identificación legal y disponen de diferentes mecanismos legales en relación a las modificaciones registrales de datos identificatorios.

Asimismo, la existencia de procedimientos médicos (hormonales y estético-quirúrgicos) disponibles para la generalidad de los sujetos pero excluidos para las personas trans en la medida en que, al no estar regulados, se consideran

⁷³ Ib. f. 82

prohibidos de facto⁷⁴ y para los cuales tampoco está prevista su cobertura por el sistema público de salud, lo que engendra otra violación del derecho a la igualdad, motivada ésta en razones de orden económico (quien tiene dinero suficiente puede intervenir en el extranjero, posibilidad vedada a muchas personas trans de precaria situación económica).

Si no se regulan los procesos de cambio de sexo legal y el acceso a las intervenciones médicas requeribles, se excluye de facto y de *iure* a las identidades no binarias, desconociendo la participación de las personas trans como ciudadan*s e integrantes valiosos de un cuerpo social. Esta exclusión encuentra fundamento exclusivo en el rechazo a estas identidades cuya expresión más violenta es la *transfobia*.

Esta situación genera además la violación del artículo 2 de la Convención, ya que Estados que no han tomado medidas apropiadas para adecuar su legislación interna a las exigencias de la Convención y el derecho internacional de los derechos humanos.

El rechazo de las identidades trans ¿puede ser justificado legalmente? A esta altura del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos la respuesta es un contundente “no”.

Opinamos que así como existió una primera instancia de “igualdad ante la ley”, una segunda de “igualdad de oportunidades”, actualmente debe adicionarse como parámetro de análisis la “igualdad en la diversidad”, superando la visión que justifica tratos diferentes basados en la orientación sexual o la identidad de género. La diversidad (y las diversidades) son una característica esencial de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho; actualmente es imposible pensar en los

⁷⁴ Una mujer puede por ejemplo realizarse un implante de siliconas en los senos o glúteos, lo cual difícilmente resulte accesible para una mujer trans. Asimismo puede someterse a cirugías plásticas genitales, las que resultan vedadas para las mujeres trans en la práctica. Un varón diabético que padece impotencia severa podría recurrir a prótesis o dispositivos peneanos, no así un varón trans.

imperativos de una sociedad democrática que no abarquen la diversidad sexual, étnica, política, religiosa, etcétera. Recordemos, por otra parte, que la Corte IDH se expidió expresamente sobre las objeciones basadas en pautas culturales, “tradiciones” o intolerancia social, dictaminando que el Derecho interno y los Estados tienen la obligación de colaborar con el avance social, caso contrario estarían ayudando a legitimar o continuar modos de discriminación y violación de los derechos humanos.⁷⁵

En caso de que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. En estos casos, el Estado debe realizar una revisión cuidadosa de la manera en que opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes para el logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos.⁷⁶

Asimismo

Por consiguiente, la CIDH ya ha considerado que para justificar una restricción basada en una “categoría sospechosa” se deben esgrimir razones de peso y que esta carga de la prueba debe recaer sobre el Estado, receptando la “presunción de invalidez” de la restricción basada en esas categorías. En efecto, el escrutinio estricto que debe efectuarse en el caso de distinciones fundadas en “categorías sospechosas” es precisamente la garantía de que la distinción no se encuentra basada en los prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean a las categorías sospechosas de distinción.⁷⁷

Según copiosa jurisprudencia, ante la invocación de una categoría sospechosa se debe acreditar que la medida restrictiva persiga un fin legítimo y que la distinción responda a una necesidad social imperiosa; la medida debe ser estrictamente necesaria y el medio utilizado el menos lesivo de los derechos restringidos; asimismo para poder argumentar la proporcionalidad de éste debe asegurarse un balance adecuado entre el grado de sacrificio y beneficio obtenido⁷⁸.

⁷⁵ Corte IDH. *Atala Riffo...* f. 120

⁷⁶ AAVV. (2014) *Comentario a la Convención Americana de Derechos Humanos*. Konrad Adenauer, 2014 p. 450 disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_38705-1522-4-30.pdf?140918175422 (consultado el 20 de febrero de 2015)

⁷⁷ Comisión IDH. Informe N° 5/14 Caso 12.841 Fondo. Ángel Alberto Duque vs Colombia, f. 63

⁷⁸ Comisión IDH, *Duque vs Colombia*, referenciado numerosa jurisprudencia y doctrina de la Corte IDH, f. 63.

De manera muy sintética, por los motivos expuestos en esta investigación queda claro que un cambio de pronombre, cuando la identidad y expresiones de género no se corresponden con el sexo registral acarrea vulnerabilidad, discriminación y la violación de los derechos fundamentales del sujeto. Asimismo, alegar el engaño inevitable que padecería quien pretenda tener relaciones o hasta casarse con una persona trans es un clásico argumento homofóbico y transfóbico inaceptable; dado el principio de continuidad de la personalidad jurídica y los modos dactilares de identificación no hay riesgo de fraude jurídico, más allá del pretendido “fraude” que constituiría la persona trans per se, como dejan en evidencia las expresiones de numerosos magistrados citados en este trabajo.

Ya mencionamos que expresiones pseudocientíficas no poseen mayor sustento en la realidad. Basta solo considerar por ejemplo, el amplio amparo legal que tienen las intervenciones de adecuación sexual e incluso su cobertura médico asistencial, para comprobar su legitimidad y descartar la absurda búsqueda de una certeza que no es siquiera propia de las ciencias médicas, que trabajan con grados mayores o menores de probabilidad, pero nunca – jamás- de certeza. Sería el equivalente a una prueba imposible. Prueba que por otra parte, estaría en cabeza del órgano que pretende limitar el derecho y no del/la peticionante.

Por otra parte, negar el derecho a la identidad a un individuo por miedo a que otros en similar situación lo reclamen no es tener una interpretación previsor, sino deliberadamente violatoria de derechos. La posibilidad de cambiar de sexo registral es una opción legal en muchos países del mundo, lejos de causar espanto más que para una mirada homofóbica y transfóbica. La más delicada cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo cuando la legislación no lo permite fue abordada en su oportunidad por el TEDH. Ello, por otra parte, solo acaecería si se tomara como criterio del sexo legal el sexo cromosómico, piedra angular de

muchos razonamientos contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas trans.

Y no se comprende por qué muchas veces se pone tanto énfasis en el sexo cromosómico cuando el criterio legal usado de manera universal es el de la apariencia genital. A nadie se le realiza un ADN antes de determinar el sexo legal. Y, como mencionamos, los casos de los bebés intersex son un excelente ejemplo de ello. Aun cuando el sexo genético sea masculino un infante será anotado legalmente como femenino si es que esta condición no se ha advertido a simple vista o bien cuando, de habérsela advertido, se decide una intervención de adecuación genital para “definir” su sexo anatómico, algo convenido por los médicos y los padres y que representa en sí mismo un complejo problema ético y jurídico.

6.3 Violación de la obligación de adecuar la legislación interna (artículo 2 de la Convención)

El artículo 2 de la Convención establece claramente:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El no prever mecanismos para adecuar los datos identificatorios a la identidad de las personas trans y proporcionarle documentos que reflejen su verdad personal genera una severísima violación de su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. No es válido sostener que estas personas, en la medida en que están registradas en su sexo de origen, ven respetado su derecho al

reconocimiento de la personalidad jurídica, porque ello sería apoyar una tutela formal pero vacía de contenido del derecho, lo que queda en evidencia cuando se examina, en los casos expuestos en esta investigación, las cotidianas restricciones, amenazas y violaciones de los más elementales derechos que padecen las personas transgénero careciendo de documentos de identidad esenciales para la determinación, entre otros, de sus derechos civiles.

Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercida por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginación y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho en atención al principio de igualdad ante la ley⁷⁹.

De hecho, en muchos países de la Región el Estado no ha implementado mecanismos que faciliten a los miembros del colectivo trans hacer efectivo su derecho al reconocimiento de su identidad⁸⁰, no garantizando el acceso adecuado a los procedimientos de registro civil, ni atendiendo a la particular situación de vida que enfrentan las personas trans a fin de lograr la expedición de documentos de identificación idónea a su favor⁸¹ y prever las condiciones para acceder a los procedimientos médicos requeridos para consolidar su identidad trans.

La falta de documentos impiden que [las] personas puedan demostrar jurídicamente su existencia e identidad.⁸²

El ejercicio del derecho a la identidad es indisociable de un registro y de un sistema nacional efectivo, accesible y universal que permita proporcionar materialmente a las personas los documentos que contengan datos relativos a su identidad, tomando en cuenta de forma particular

El colectivo trans ha sido históricamente discriminado, excluido del goce de los más elementales derechos y aún hoy muchos de sus integrantes viven en condiciones precarias y de marginalidad⁸³. Aun en un país con una legislación de vanguardia

⁷⁹ Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoymexa vs. Paraguay* (Fondo, reparaciones y costas), f. 189

⁸⁰ Similar aseveración ha realizado la CIDH respecto de la Comunidad Xákmok, Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kasekus vs. Paraguay*, Fondo reparaciones y costas, f.245

⁸¹ Esta afirmación es hecha por la Corte IDH en relación a la Comunidad Xámok en Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kasekus vs. Paraguay*, Fondo reparaciones y costas, f. 252

⁸² Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kasekus vs. Paraguay*, Fondo reparaciones y costas, f.246

⁸³ Chinkin, C. "Acceso a la justicia, género y derechos humanos", en Defensoría General de la Nación, *Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, 2012, págs. 17-51.

como la Argentina la población trans, según surge del Informe Técnico de la Prueba Piloto de la Primera Encuesta sobre Población Trans, elaborado conjuntamente por el INADI y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ministerio de Economía de la Nación, es uno de los colectivos más vulnerables.⁸⁴

Debido a las presiones y maltrato han abandonado el sistema educativo antes de culminar su educación formal⁸⁵; muchas veces son expulsad*s del seno familiar; debido a la violencia imperante en sus lugares de origen se ven forzad*s a migrar a las grandes ciudades donde, de no encontrar otro medios de subsistencia terminan prostituyéndose⁸⁶. En la aspiración de adecuar sus cuerpos a su género de vivencia – y ante la inexistencia de servicios de salud inclusivos y especializados- acuden muchas veces a personas que no son profesionales de la salud y se someten a intervenciones irregulares o procedimientos con sustancias ilegales que llegan a poner en riesgo su vida y/o su salud⁸⁷.

La transfobia familiar, social e institucional viola de manera continua los derechos de las niñas y adolescentes trans, sometiéndolas a fuertes presiones “normalizadoras” que pueden incluir distintos tipos de violencia física y psíquica, llegando en algunos casos a la institucionalización y, en muchos casos, a la expulsión temprana del hogar, de la vida comunitaria y del sistema educativo. Esta dinámica expulsiva, que produce condiciones iniciales realmente disminuidas para las trans latinoamericanas, tiene consecuencias gravísimas que se extienden a lo largo de la vida.⁸⁸

Disponible en <http://www.mpd.gov.ar/uploads/Violencia%20de%20genero.%20Estrategias%20de%20litigio%20para%20la%20defensa%20de%20los%20derechos%20de%20las%20mujeres.pdf>

⁸⁴ Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans. Informe Técnico de la Prueba Piloto Municipio de la Matanza. Septiembre 2012. INDEC, INADI.

⁸⁵ El 64 por ciento del universo encuestado tiene aprobado solamente el nivel educativo primario. El 20 por ciento culminó el nivel secundario y sólo el 7 por ciento declaró haber cursado un nivel escolar superior siendo que sólo el 2 por ciento manifestó haber completado sus estudios universitarios. INADI, *Diversidad sexual y trabajo*, disponible en <http://inadi.gob.ar/promocion-y-desarrollo/publicaciones/documentos-tematicos/derecho-al-trabajo/diversidad-sexual-y-trabajo/>

⁸⁶ El 20 por ciento de las encuestadas manifestó no realizar ninguna actividad remunerativa. El 80 por ciento restante expresó dedicarse a actividades vinculadas a la prostitución y otras tareas de precaria estabilidad e informales.; INADI, *Diversidad sexual y trabajo...*

⁸⁷ El 80 por ciento de las personas encuestadas declaró no contar con ninguna cobertura de salud. Sólo el 14 por ciento manifestó tener obra social o prepaga. En relación a las transformaciones en el cuerpo para la obtención de la identidad autopercebida, el 54 por ciento de las encuestadas afirmó haberse realizado algún cambio. Ocho de cada diez entrevistadas afirma haberse aplicado la inyección de siliconas o líquidos. INADI, documento citado.

⁸⁸ Cabral M. (s/f) *Trans Latinoamericanas en Situación de Pobreza Extrema*. Informe escrito por Mauro Cabral sobre un bosquejo de Johanna Hoffman Edición de Adrian Comán y Programa para América Latina y el Caribe

En muchos países de la Región existe, por otra parte, una “política de discriminación” que reporta un patrón sistemático fácilmente observable y que goza además de un elevado consenso⁸⁹ lo cual conduce aceleradamente al deterioro de las condiciones de vida de las personas trans.

El Estado debe adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas, deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. La obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que se requieren medidas particulares referidas a la concreta situación del titular de derechos.⁹⁰

Al no contemplar leyes que regulen el acceso a la adecuación registral y la cobertura específica del sistema de salud, el Estado mantiene a las personas trans en un estado de vulnerabilidad que amenaza de forma directa la integridad y hasta supervivencia de los miembros del colectivo. De hecho la esperanza de vida de esta población está ubicada en los 35 años⁹¹ mientras que la medida nacional, en el caso argentino se ubica en los 79 años para las mujeres y 71 para los varones.⁹²

Asimismo, el Estado que no prevé mecanismos legales para permitir el cambio de nombre y sexo registral, así como a acceder a las intervenciones médicas de adecuación de género que puedan ser requeridas por la comunidad trans, incumple con la obligación del artículo 2 de la Convención de adoptar medidas de derecho interno⁹³, pese a la alta vulnerabilidad del colectivo trans, agravado por el hecho de

Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas disponible en <https://iglhrc.org/sites/default/files/262-1.doc>.

⁸⁹ Corte IDH, ib. nota 77.

⁹⁰ AAVV. *Comentario a la Convención Americana de Derechos Humanos*. Konrad Adenauer. 2014 p. 450 disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_38705-1522-4-3_0.pdf?140918175422 (consultado el 20 de febrero de 2015)

⁹¹ Berkins, L. (2007) *Cumbia, copeteo y lágrimas. Informe Nacional sobre la situación de las traves tis, transexuales y transgéneros*, Asociación de la lucha por la Identidad Travesti, Transexual (ALITT)

⁹² Indicadores básicos Argentina 2012. Ministerio de Salud de la Nación. Organización Panamericana de la Salud, citado por INADI.

⁹³ Artículo 2: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar,

que siendo el derecho a la identidad un derecho que tiene también un carácter instrumental, su desconocimiento genera la violación de derechos civiles, políticos, económicos y culturales, como se ya hemos descrito.

6.4 Violación del derecho al nombre (artículo 18 de la Convención)

La negativa al cambio registral es moneda cotidiana para la comunidad trans,

En cuanto al derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales, la Corte ha establecido que constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado⁹⁴.

Hemos sostenido, al distinguir identidad de identificación, que la identificación cumple una función más profunda: *la de ser el nexos social de la identidad* y un elemento esencial a los fines de la identificación es *el nombre*. Sin embargo, el nombre se transforma en un vehículo para herir el derecho a la identidad cuando no responde a la proyección de la autoconstrucción del sujeto, como en los casos de transgeneridad, en el que el pronombre asignado no responde a la realidad de la persona y sus proyectos, el nombre se desnaturaliza, pierde su razón de ser, su calidad de atributo de la persona, su poder de configurar al individuo, deja de ser un dato personal, real, de la persona, para transformarse en el medio de violación del derecho a la identidad; destruye la proyección de sí que el individuo ha construido en los otros, aquel proyecto al que le dedicó su vida entera; decide quitarle toda posibilidad de construirse en los otros, actuando como una suerte de interdicción, alienándolo. En estos casos el principio de la inmutabilidad del nombre puede transformarse en un vehículo para herir el derecho a la identidad

con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (CADH).

⁹⁴ Corte IDH *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, p. 182.

obstaculizando el ejercicio de derechos fundamentales y volviendo insostenible la vida en relación.

6.5 Violación del derecho a la integridad psíquica y física (artículo 5 de la Convención)

Las personas trans ven violado de manera cotidiana su derecho a la integridad psicofísica. La Corte IDH en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica. 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 o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud han sido también tomados en consideración particular por la Corte.⁹⁵

Una de las consecuencias graves de la negativa a aceptar la identidad de las personas trans es que ello las priva de manera inexorable de un digno, adecuado y oportuno acceso a prestaciones de salud y educación, sobre todo, de aquellas que las particularidades de su situación puedan demandar. La inexorable exposición de su intimidad opera sin duda como un poderoso disuasivo para buscar atención médica oportuna, la violencia ejercida sobre ella ante la posibilidad de ser ubicada con pacientes varones, por nombrar solo un ejemplo, viola sus derechos a la integridad y la privacidad. Asimismo, la permanente angustia causada por el no reconocimiento de su expresión identitaria y la discriminación sufrida lesiona severamente su salud psíquica y emocional.

⁹⁵ Corte IDH, Artavia Murillo... f. 147

7. Colofón

Luego de analizar la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a la resolución de violaciones de derechos humanos planteadas por personas trans y considerando el importante impulso dado por los Organismos Internacionales al desarrollo de los derechos de las personas sexualmente diversas - el cual ha encontrado muy tibio eco legislativo en América Latina, sobre todo en lo relativo a la identidad de género-, resulta inevitable plantearse los modos posible de reclamo ante el Sistema Regional de Derechos Humanos, sobre todo después de las posibilidades abiertas por la sentencia *Atala Riffo* de la Corte IDH.

En ese camino encontramos que si bien la Corte IDH suele tomar muy en cuenta y guiarse por los razonamientos del TEDH en numerosas ocasiones, creemos que el análisis de la violación del derecho a la identidad de las personas transgénero es una situación donde ganaría ateniéndose a los criterios de su propia jurisprudencia ya que ésta ha desarrollado e insinuado parámetros más amplios y tutelares que los trabajados por el TEDH. Creemos que es necesario darle entidad y autonomía al tratamiento del derecho a la identidad. La despatologización de la identidad trans y la conexidad del artículo 3 que protege el reconocimiento de la personalidad jurídica, en lugar del espacio central dado a la violación del derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH, son dos elementos clave en el avance de una muy necesaria jurisprudencia internacional sobre los derechos de las personas transgénero, que aliente el dictado de sentencias y normas tutelares de sus derechos y mejore las dramáticas condiciones de vida de las personas trans en la Región.