

Propuesta para una ley de identidad de género peruana

Bill for a gender identity peruvian law

Paula Siverino Bavio*

Resumen:

La autora propone el texto para una ley de identidad de género basado en los parámetros de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las experiencias del derecho comparado sobre la base de la despatologización de las identidades trans.

Abstract:

The author proposes the text for a gender identity law based on the parameters of conventionality of the Inter-American Court of Human Rights and experiences of comparative law on the basis of depathologization trans identities.

Palabras clave:

Transgeneridad - Transexualidad - LGBTI - Derechos Humanos - Proyecto de ley - Despatologización- Identidad

Keywords:

Transgenderism - Transsexuality - LGBTI - Human Rights - Law Project - Depathologization - Identity

Sumario:

1. Introducción - 2. Bases para la discusión - 3. Marco Legal Internacional - 4. Bibliografía

* Abogada y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora y consultora en Bioética y Derechos Humanos. Socia en Caruso-Desvaz Siverino Bavio & Asociados. Contacto: paulasiverino@gmail.com.

1. Introducción

Acaba de suceder el horrendo crimen de Orlando, cincuenta personas asesinadas e igual número de heridos. La homo y transfobia no pueden ser toleradas ni quedar impunes. Pero no son las armas las únicas capaces de herir y destrozar proyectos de vida.

No es un misterio que el marco normativo vigente en el Perú (legislativa y jurisprudencial) lesiona de manera permanente, grave y sistemática la casi totalidad de los derechos humanos de las personas sexualmente diversas. En este caso, haremos foco en la situación de las personas trans y los infantes con genitales atípicos. Cada día, cuando amanecen, estos ciudadanos y ciudadanas peruanas ven violados sus derechos a la identidad personal e identidad sexual, reconocimiento de la personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, proyecto de vida, intimidad, libertad de expresión y el conjunto de derechos sociales, económicos, culturales y políticos así como sus los derechos sexuales y reproductivos¹.

Aun cuando en el Perú hayan decidido hasta la fecha darle la espalda a este hecho, el proceso evolutivo de los derechos humanos comprende la re-creación, reinterpretación y reconceptualización de los mismos con miras a incorporar situaciones, condiciones o experiencias específicas de colectividades o grupos sociales cuyas necesidades no se ven reflejadas o reconocidas por los derechos proclamados en determinado momento histórico.

A la par de la evolución normativa a nivel global, la fuerte campaña de Naciones Unidas por los derechos de las personas sexualmente diversas y la imperiosa necesidad derivada de la dignidad humana y proyecto vital de las personas trans, proponemos en este artículo elementos de trabajo y análisis para la producción de una Ley de Identidad de Género y/o aquellas normas que puedan redundar en el respeto de las personas sexualmente diversas en el Perú.

El texto que hoy compartimos ha sido gestado en el año 2015 a través de varios meses de proceso deliberativo, a propuesta de la organización PROMSEX de Lima, con la presencia de diversas organizaciones de personas trans del Perú.

Este artículo, que recoge y sistematiza esa experiencia con el adicional de algunos conceptos desarrollados en mi tesis de doctorado, es puesto de este modo a disposición de todas aquellas personas y organizaciones que trabajan en pos de los derechos de las personas trans con el objetivo de facilitar una herramienta de advocacy. Es preciso explicitar que de ninguna manera se lo concibe como una pieza cerrada o concluida, sino que por el contrario, pretende ser un elemento más llevado al debate en aras de una construcción colectiva.

Espero sinceramente resulte una pieza útil en este esfuerzo mancomunado de trabajar por una sociedad más justa, amorosa e inclusiva.

2. Bases para la discusión

Idealmente, en la construcción de una normativa apropiada deberían considerarse mínimamente tres puntos de partida:

- a) Las experiencias en el Derecho Comparado, en este caso, nos hemos centrado en aquellas que despatologizan las identidades trans, a saber: la ley argentina de Identidad de Género, Ley 26.743 (2012); la Ley de Malta sobre Identidad de Género, Expresiones de Género y Características Sexuales (GIGESC Act., 2015) y la Ley Integral para la No Discriminación Nro. 8/2014 de la Junta de Andalucía (2014).

¹ Específicamente, se ha sostenido que los derechos sexuales y reproductivos forman parte de los derechos económicos sociales y culturales ver GIL Andrés Domínguez, Victoria Fama y Marisa Herrera, *Derecho constitucional de familia T I* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 602.

- b) Recomendaciones de los organismos internacionales en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas trans, particularmente, la sentencia de la Corte IDH en el caso Atala Riffo y Niñas vs Chile (2012).
- c) Experiencias, saberes, posiciones y necesidades de la comunidad trans peruana, expresadas a través de representantes de organizaciones de la sociedad civil.

A su vez, y teniendo como antecedentes exitosas las leyes arriba mencionadas consideramos que una norma que regule el tema debería contemplar una serie de ejes normativos, entre los cuales no deberían faltar:

2.1. Ejes normativos

1. La especificación de tratarse de una norma que desarrolla el derecho a la identidad reconocido por el artículo 2 de la Constitución Política.
2. Reconocimiento de las identidades no binarias y posibilidad de reconocer derechos a quienes se consideran inconformistas o disidentes de género (llamados aquí de manera global “identidades trans”); es decir una visión despatologizadora de las identidades trans.
3. Algunas definiciones, tales como “identidad de género”, “expresiones de género”, etcétera.
4. La importancia de establecer que se trata de una incongruencia de la identidad con la identificación, es decir, una cuestión meramente registral, de estrechez de la legislación actual. No es una discusión sobre la “incongruencia psiquis-soma” de la persona trans, es un problema registral, no existencial.
5. El procedimiento mediante el cual se reconocerán los derechos de las personas trans, siendo un procedimiento de tipo administrativo ante el RENIEC, no un proceso judicial.
6. Este procedimiento estará disponible para toda persona mayor de edad.
7. Contemplar el mecanismo para el caso de las personas menores de edad.
8. Establecer los requisitos en el caso de personas mayores de edad y en aquellas menores de edad (consentimiento informado del menor y asentimiento parental; sin descartar la posibilidad de conflicto).
9. Sencillez, gratuidad y no intermediación del procedimiento de rectificación registral. No publicidad de la medida (evitar el dictado de edictos).
10. Notificación del RENIEC a otros Registros, tales como el de Reincidencia, Registros de la Propiedad Inmueble o automotor, etcétera, de modo de ordenar la extensión de la modificación registral.
11. Efectos del reconocimiento de la identidad y rectificación registral y principio de la continuidad de la personalidad jurídica.
12. Especificar qué mecanismo seguir en caso de querer volver a pedir un cambio de datos registrales.
13. Confidencialidad de los registros originales. ¿Quiénes, cómo y bajo qué circunstancias tendrán acceso al acta de nacimiento original?
14. Derecho al libre desarrollo de la personalidad e intervenciones quirúrgicas, totales, parciales, tratamientos hormonales, estéticos, etcétera; sin necesidad de autorización judicial o administrativa. Acceso y cobertura de estas intervenciones.

15. Derecho al trato digno e identidad de género autopercibida: obligatoriedad de establecimientos sanitario y educativos de respetar la identidad autopercibida de cualquier persona y particularmente de un niño, niña o adolescente y llamarlos por el nombre de pila elegidos por ell*s a su solo requerimiento, aun cuando fuera diferente al que refleje el documento de identidad.
16. Prohibición de intervenir quirúrgicamente a recién nacidos con genitales ambiguos, cuando el único motivo para intervenir resida en la “definición” de su identidad sexual. Tampoco podrán intervenir quirúrgicamente a los infantes con genitales atípicos antes de que ellos puedan expresar su identidad de género y manifestar su consentimiento a la intervención, en el grado de su competencia progresiva.
17. Extensión al resto de la legislación, toda norma reglamentación o procedimiento debe respetar el derecho a la identidad de género.
18. Establecer qué normas deben ser derogadas.

Consideramos que, estratégicamente, se podrían seguir al menos dos caminos: a) optar por una ley que incluya todos los supuestos mencionados o bien b) fraccionar en una serie de normas avanzando en algunos aspectos que puedan resultar menos reaccionarios y resultan asimismo, urgentes.

Por ejemplo, ver de avanzar con una Ley de Trato Digno para aplicar en las instituciones educativas y sanitarias de modo de disminuir la violencia, la deserción escolar y la autoexclusión del sistema de salud, proponer como una modificación de la Ley General de Salud la prohibición de intervenir quirúrgicamente a infantes con genitales atípicos, por citar dos casos claros. Otra posibilidad es pensar en Protocolos de Atención en Salud para personas trans y, de existir una ley de Salud Mental incluir un párrafo sobre la no patologización, en el tenor del Principio 18 de los Principios de Yogyakarta² y de la Ley de Salud Mental argentina².

2.2. Precisiones sobre el derecho a la identidad

En un documento que nos parece clave, pero que sin embargo no es prácticamente citado por la doctrina que ha trabajado el tema, la “Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad”, se sientan importantes pautas sobre el derecho a la identidad:

- Se lo reconoce como un derecho de condición autónoma que no debe confundirse con sus elementos, ni reducirse a uno u otro de los derechos que lo integran, tales como el derecho al nombre.
- Es un derecho indelible del ser humano y por ende, al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.
- El ejercicio del derecho a la identidad no puede separarse del acceso a un sistema de registro nacional y efectivo, que permite proporcionar los documentos necesarios para hacerlo efectivo.
- Además de su condición de derecho autónomo, tiene un carácter instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, culturales y económicos. Constituye un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática.
- La privación del derecho a la identidad coloca a las personas crea diferencias de trato y oportunidades que lesionan el derecho a la igualdad.

² Sancionada el 25 de noviembre de 2010 y promulgada el 2 de diciembre de 2010.

- Es un derecho humano básico oponible erga omnes y no susceptible de suspensión o derogación.
- Tiene un núcleo de contenidos que incluye el derecho al nombre, la nacionalidad, y las relaciones familiares, lo que va de la mano de la obligación del Estado de reconocerlos y garantizarlos.

Veamos entonces que podemos entender por derecho a la identidad e identidad sexual.

2.3. Derecho a la identidad personal e identidad sexual

La particularidad del ser de la especie humana consiste en tener que realizarse, elaborar su propio e intransferible ser personal, siendo sólo la muerte el límite de la existencia, porque ésta acaba donde no hay más posibilidad de proyección.³ El reconocimiento de su libertad estructural y la bidimensionalidad de la existencia fundamentan la existencia del Derecho como necesidad del vivir humano.

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 tiempo⁴. Involucra la autopercepción y la continuidad de la conciencia así como una instancia “exterior” de intercambio y retroalimentación; la identidad implica un *ser* y un *estar*. No puede desprenderse el ser de la existencia, puesto que ese ser se da en un existir⁵. En la dimensión social, la circunstancia de ser, efectivamente, la persona que se es, pone en juego la diferenciación ante un Otro, alguien que por más similitudes que porte, será inevitablemente *diferente*⁶ pero a quien, a la vez, somos en nuestra constitución ontológica, idénticos.

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”*. Es esencial recalcar este doble aspecto del derecho a la identidad, puesto que la doctrina local ha insistido, en general, solo en el primero de ellos, el de ser uno mismo, pero de no reconocerse la exigencia de ser reconocido como quien se es por el Estado y los demás, y se corre el riesgo de no visualizar de manera clara el problema en su totalidad.

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, incluso desde antes de nacer, en nuestro ordenamiento jurídico. Priorizar y calificar como inmutables procesos

3 Carlos Fernández Sessarego, *El derecho como libertad*. 2a ed. (Lima: Universidad de Lima, 1994), 73.

4 Carlos Fernández Sessarego, *Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual*. (JA, 1999-IV), - 889.

5 B. Junyent Bas de Sandoval, “El derecho a la identidad personal” en *Foro de Córdoba, Publicación de Doctrina y Jurisprudencia*, (Año XIV. N° 86, 2003.), 96.

6 M. Lamas, *Cuerpo e identidad*, en *Género e Identidad* Aragón, León y Viveros, (Comp) (Bogotá: TM editores, Uniandes, UN Facultad de Ciencias Humanas, 1995), 63.

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.

2.4. 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 co-existencia 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, 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 es. 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.

La *identificación* 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 preestablecidos⁷.

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.

De lo que sosteníamos, precedentemente, se desprende que la identificación cumple una función más profunda: *la de ser el nexo social de la identidad* y en esta condición reside el derecho a que sea adecuada a la realidad del sujeto.

Por su parte, la identidad sexual ha sido comprendida como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales. La sexualidad es el elemento organizador de la identidad total de las personas⁸, entendiendo que las coordenadas de identificación se establecen, en primer lugar, en referencia al cuerpo, comprendiendo a la distinción sexual -morfológica- como una primera evidencia de la diferenciación humana⁹.

7 En Argentina las personas físicas deben ser inscritas en el Registro Nacional de las Personas asignándoseles un legajo exclusivo, desde el nacimiento, con todos los datos de su identificación física (art. 7 y 9 ley 17.671). El decreto-ley 8204/63 dispone que se deben registrar los datos relativos al estado civil y a la capacidad de las personas, reconociéndose un derecho de exhibición a los titulares de un interés legítimo ya que "la razón por la cual se protegen [el nombre, la identidad física, el estado civil, capacidad, etc] es el "interés nacional" (art. 22 ley 17.671).

8 M. Lamas, *Cuerpo e Identidad*, 64.

9 M. Lamas, *Cuerpo e Identidad*, 62-63.

3. Marco legal internacional

3.1. Disposiciones legislativas

En relación a identidad personal y la protección de la identidad sexual, un marco general lo podemos obtener de los Principios de Yogyakarta.

La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos desarrolló una serie de principios legales denominados Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género los cuales fueron presentados en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra en marzo de 2007. Esos Principios definen a la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género (vestimenta, modo de hablar, maneras). Los Principios de Yogyakarta abordan, específicamente, la protección de los derechos humanos de las personas sexualmente diversas, considerando de manera particular la orientación sexual y la identidad de género¹⁰. De particular relevancia es el tercer Principio de Yogyakarta:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”.

En ese orden de ideas, entre los documentos de Naciones Unidas, podemos mencionar:

1. Principios de Yogyakarta sobre Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género (2007), particularmente, el Nro. “18: La orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberían ser tratadas, curadas o suprimidas”.
2. “Derechos Humanos e Identidad de Género”, Issue Paper de Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa¹¹.
3. Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia y a las violaciones de derechos humanos dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, presentada el 22 de marzo de 2011 ante el Consejo de Derechos Humanos, y la Declaración sobre derechos humanos y orientación sexual e identidad de género, presentada el 18 de diciembre de 2008 ante la Asamblea General.
4. Resolución 1728 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de abril de 2010, sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género

¹⁰ N. Litter, *Aportes normativos a la identidad de género: la experiencia argentina*, 2014. disponible en <http://psicologiajuridica.org/archivos/5042> (consultado el 5 de noviembre 2015).

¹¹ Council of Europe, Comisiones for human rights, 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>

y la Recomendación del Comité de Ministros CM/Rec. (2010)5 de 31 de marzo de 2010 sobre medidas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género.

5. Informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales sobre homofobia, transfobia y discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género, de noviembre de 2010.
6. Manual del Consejo de la Unión Europea para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero.
7. Resolución AG/RES. 2653 de la Organización de Estados Americanos, de 7 de junio de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.
8. Resolución A/HRC/17/19 del CDHNU, de 17 de junio de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, adoptada en el decimoséptimo periodo de sesiones del CDHNU.
9. La Resolución del Parlamento Europeo del 28 de septiembre de 2011 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género en las Naciones Unidas.
10. Resolución del 28 de mayo de 2012 del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la homofobia en Europa.

Yendo al Sistema Interamericano encontramos que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante "OEA") ha aprobado, del año 2008 al 2012 en sus sesiones anuales, cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios. Se destaca la "Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad"¹² mencionada previamente.

Por otra parte, en la Región es de particular importancia la decisión de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012)¹³. Dado que este decisorio fija parámetros de convencionalidad en materia de diversidad sexual que son de gran importancia en la defensa de los derechos de las personas LGBTI, hemos compilado a continuación los dispositivos más relevantes. Vale mencionar que la Corte en el reciente caso de *Duque vs Colombia* (2016) reafirma lo sostenido en *Atala Riffo*.

3.2. La Doctrina de la Corte en *Atala Riffo e Hijas vs Chile*

La Corte sostendrá:

- El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico¹⁴.
- 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.

12 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

13 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2 (Fondo, Reparaciones y Costas) sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91. disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

14 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2 (Fondo, Reparaciones y Costas) sentencia del 24 de febrero de 2012 f. 79.

- 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 aplicación¹⁵.
- La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación¹⁶.
- Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹⁷.
- La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.
- El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”¹⁸.
- La Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual [o su identidad de género]¹⁹.
- La Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido²⁰.
- Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana²¹.
- Para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión²².

15 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 82.

16 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 81.

17 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 83.

18 Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3., citado en el pf. 90.

19 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 91.

20 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 92.

21 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 93.

22 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 94.

- Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. No son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños²³.
- Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios, ellos están, internacionalmente, obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias "para hacer efectivos" los derechos establecidos como se estipula en el artículo 2 de la Convención²⁴.
- El Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos²⁵.
- Un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño²⁶.
- Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio²⁷.
- La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas²⁸.
- En este sentido, la orientación sexual 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 convicciones²⁹.

Si bien *Atala Riffo* resuelve una denuncia que tiene como base la orientación sexual de la víctima, lo cierto es que en el fundamento 91 la Corte equipara -en tanto condiciones protegidas- la orientación sexual y la identidad de género, por lo cual entendemos que las afirmaciones hechas por el Tribunal - y que reproducimos en el punto anterior- aplican a las personas transgénero.

3.3. Dos palabras sobre la despatologización de las identidades trans

Hasta el surgimiento de los Estudios Transgénero en los años 90 del siglo XX, el discurso médico fue la única voz autorizada para nombrar clasificar y ubicar en el imaginario social a las personas trans:

23 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 111.

24 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 119.

25 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 120.

26 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 121.

27 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 124.

28 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 133.

29 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, f. 136.

“la transexualidad es un concepto que surge en el ámbito médico y que está íntimamente asociado a una intervención terapéutica basada en la transformación corporal del sujeto. Para la biomedicina, el transexual es toda aquella persona cuya identidad de género no se corresponde con su sexo biológico y, en consecuencia, sufre un malestar «clínicamente significativo» que hará que se someta a un tratamiento para acomodar sus características físicas a las correspondientes al género deseado”³⁰.

“En contraste con términos como transgénero o trans, que evocan un conjunto de identidades dinámicas que no se ajustan a las categorías dominantes del género, la palabra transexual está afiliada o emparentada con el léxico psiquiátrico”³¹.

Como parte del mecanismo de medicalización de la sexualidad en un contexto que implica tanto a la medicalización de la sociedad, la economía política del cuerpo y, particularmente, la sexualidad y el proceso de creación de las enfermedades mentales, que resultaría demasiado extenso de explicar aquí, la OMS incluye a la transexualidad en el CIE- 10 como síndrome médico en 1977 y la Asociación Psiquiátrica Americana hace lo propio en el DSM III en 1980. En este diagnóstico, se pondrán en juego formas de construcción de la identidad, espacios para la vivencia personal del género y modos de relación social³² desde una visión mecanicista y reduccionista del sujeto, encorsetada en el modelo social y legal binario y heteronormativo.

En ese sentido, la posición general frente a la transexualidad ha sido bien ilustrada por Bernice Hausman, quien sostiene que al exigir intervenciones de “cambio de sexo” la persona transexual demuestra no solo estar relacionada sino ser dependiente de la tecnología, este acto definiría la subjetividad transexual y, lejos de tratarse de sujetos pasivos patologizados ellos han impuesto su agenda a los médicos. El resultado del proceso dialéctico entre personas transexuales y médicos habría derivado en la codificación de la transexualidad como “desorden de identidad de género” en el DMS-III (1980)³³.

Sin embargo, como adelantamos, una lectura más profunda del fenómeno indica que la matriz cultura mediante la cual se lee la identidad de género está naturalizada, encastrada en un sistema binario excluyente de una identidad por fuera del sistema varón-mujer (social, genética y genítalmente congruentes) y ello ha generado que muchas personas se ven impedidas de vivir su vida de manera digna y plena, fundando en un pretendido desajuste cuerpo- psiquis” cuando en realidad, es la discordancia vida- esquema normativo la que genera la “inadecuación”, disconfort o disforia de la persona trans.

“Los discursos de poder que han constituido las identidades en base a la reglamentación del género lo han hecho a través de formas violentas, limitando las posibilidades de vida, creando exclusiones y perpetuando desigualdades”³⁴. El avance de los derechos humanos, el reclamo de plena ciudadanía de las personas sexualmente diversas y la comprensión de la diversidad sexual como elemento integrado en una sociedad democrática llevaron, como en su momento a la despatologización de la homosexualidad, a la aparición de movimientos por la despatologización de la transexualidad, que bregaron intensamente por cambios en la última edición del DMS, el DSM V publicado en noviembre del año 2013 y porque la transexualidad y el travestismo sean retirados del CIE de la OMS. Así las cosas y, en cuanto

30 J- Mas Grau, “Identidades Gestionadas. Un estudio sobre la patologización y la medicalización de la transexualidad”. (Tesis de Magister, 1 Máster Oficial en Antropología y Etnografía Departamento de Antropología Social y Cultural Facultad de Geografía e Historia Universidad de Barcelona, septiembre de 2010) disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/17986/1/Tesina%20Jordi%20Mas.pdf> (consultada el 6 de marzo 2014).

31 Martínez Guzmán, e L. Iñiguez- Rueda, “La fabricación del Trastorno de Identidad Sexual”, en *Discurso & Sociedad*, (Vol. 4(1) 2010), 34 disponible en <http://www.dissoc.org/ediciones/v04n01/DS4%281%29Martinez&Iniguez.pdf>

32 Martínez Guzmán e Iñiguez- Rueda, *La fabricación del Trastorno de Identidad Sexual*, 36.

33 B. Hausman, *Changing sex: Transsexualism, technology and the idea of Gender*, (Durham: Duke University Press, 3d. edition, 2006), 111.

34 Patricia Navarro Pérez, “La Despatologización de las Identidades Trans: Una Política de Articulación Trans-Feminista”. (Tesis de Máster, para optar al Título de Máster en Estudios de Género y Desarrollo Profesional, Sevilla 2010), disponible en http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/24183/1/Despatologizacion_Identidades_Trans.pdf (consultado el 20 de marzo de 2014).

a la despatologización de la identidad trans, vale asimismo considerar la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas en sus párrafos 13 y 16:

“13. Condena con la máxima firmeza el hecho de que en algunos países, incluso en el seno de la UE, todavía se perciba la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad como una enfermedad mental, y pide a los diferentes Estados que luchen contra este fenómeno; pide, en particular, la desiquiatrización de la vivencia transexual y transgénero, la libre elección del equipo encargado del tratamiento, la simplificación del cambio de identidad y la cobertura por parte de la seguridad social”.

“16. Pide a la Comisión y a la Organización Mundial de la Salud que supriman los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales y del comportamiento, y que garanticen una reclasificación de dichos trastornos como trastornos no patológicos en las negociaciones de la undécima versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)”.

Asimismo, debe tenerse presente que la Corte IDH, al considerar a la identidad de género una “condición protegida” equiparable en ese sentido a la orientación sexual, excluye de plano la posibilidad de que la transgeneridad sea considerada una patología mental.

3.4. Propuesta de Texto: Proyecto de Ley de Identidad de Género para el Perú

1. Todas las personas son iguales en dignidad y derechos con independencia de su identidad de género. Ninguna persona podrá ser objeto de discriminación, acoso, penalización o denegación de servicios por motivo de su identidad de género.
2. Toda persona tiene derecho al pleno reconocimiento de su personalidad jurídica e identidad, ello incluye el derecho a la protección y reconocimiento de la identidad de género.
3. El derecho a la identidad de género asegura: a) el reconocimiento legal de la identidad de género; b) el respeto de la identidad autopercibida y las expresiones de género; c) el libre desarrollo de la personalidad conforme la identidad de género.
4. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.
5. Toda persona mayor de edad puede solicitar la adecuación registral de sus documentos identificatorios (imagen, pronombres y sexo) en sede administrativa mediante un proceso sencillo y gratuito ante la RENIEC o sus sedes regionales o locales, si la identidad vivida difiere de aquella asignada al nacer. No se exigirá ninguna constancia médica (incluyendo cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal, constancias psicológicas u otras) ni legal (estado civil y/o no tener hijos) como requisito para el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas. Se deberá acreditar:
 - a) Tener más de 18 años, con la excepción de lo establecido en el artículo 6.
 - b) Presentar ante la RENIEC o sus oficinas regionales o locales respectivas una solicitud manifestando encontrarse amparado por esta Ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad, que conservará su número original.

- c) Expresar el nombre de pila con el que se desea ser identificado.
6. En el caso de las personas menores de edad la rectificación de su documentación identificatoria será gestionada por sus representantes legales con el consentimiento expreso del menor de edad, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño. A los efectos de esta ley bastará con el asentimiento de uno de sus representantes legales.

Si resulta imposible obtener el asentimiento del o los representantes legales del menor de edad, se recurrirá a la vía sumarísima para que se decida en sede judicial, conforme los principios de interés superior y capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes.

7. Cumplidos los requisitos de los artículos 5 y/o 6 el oficial público procederá, sin necesidad de trámite administrativo o judicial previo, a notificar de oficio la rectificación de nombre y sexo al Registro Civil donde está asentada la partida de nacimiento de modo de proceder a labrar una nueva conforme dichos cambios así como a expedir un nuevo documento de identidad que refleje los datos rectificadas de sexo y nombre. Se prohíbe cualquier referencia las modificaciones efectuadas en el acta de nacimiento nueva y/o el documento de identidad.

Los efectos de la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la presente ley serán oponibles a terceros a partir de su inscripción en el/los registro/s.

La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.

En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.

8. Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada.

No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos.

9. Toda persona tiene derecho a un trato digno y por ende respetuoso de su identidad de género en todas las etapas de su vida.

Se reconoce el derecho de las personas menores de edad con disconformidad en su identidad de género, a desarrollarse física, mental y socialmente en forma saludable y plena en condiciones de libertad y dignidad.

Las entidades educativas, sanitarias, financieras y de cualquier otro orden, públicas o privadas, deberán hacer lugar a la solicitud de ser denominado e identificado con el pronombre escogido, a simple requerimiento del interesado y sin mediar formalidad alguna. Los niños, niñas y adolescentes son especiales destinatarios de esta norma, en sus espacios educativos, recreativos y sanitarios.

10. Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel de salud integral posible, sin que pueda existir discriminación o segregación por motivos de identidad de género.

Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género

autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. En el caso de tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona.

No podrá someterse a una persona menor de edad a una intervención de reasignación sexual sin su consentimiento.

Las personas menores de edad, con el asentimiento de sus representantes legales y teniendo en cuenta los principios de interés superior y capacidad progresiva, podrán acceder a las prestaciones de salud necesarias para lograr el más alto nivel de salud integral posible, respetando su identidad de género.

11. Se deberán diseñar, implementar y evaluar, sistemáticamente, una política proactiva en relación a la mejor integración social de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, considerando de manera particular medidas de concientización y sensibilización para evitar la discriminación y medidas positivas de acceso a la salud, participación política y trabajo digno.
12. Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, suprimir o excluir el ejercicio del derecho a la identidad de género, debiendo aplicarse e interpretarse las normas a favor de esta.

4. Bibliografía

Corte IDH. 2012. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2 (Fondo, Reparaciones y Costas) sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Council of Europe, Comisiones for human rights, Estrasburgo, 29 de Julio de 2009, CommDH/IssuePaper 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>

Dominguez Andrés, Victoria Fama y Marisa Herrera. 2006. *Derecho constitucional de familia T.I*. Buenos Aires: Ediar.

Fernández Sessarego, Carlos. 1994. *El derecho como libertad*. 2a ed. Lima: Universidad de Lima.

Fernández Sessarego, Carlos. 1999. *Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual*. JA - IV.

Hausman, B. 2006. *Changing sex: Transsexualism, technology and the idea of Gender*. 111. Durham: Duke University Press, 3d. Edition.

Junyent Bas de Sandoval, B. 2003. "El derecho a la identidad personal" en *Foro de Córdoba, Publicación de Doctrina y Jurisprudencia*, (Año XIV. N° 86), 96.

Lamas, M, coord. 1995. "Cuerpo e identidad". En *Género e Identidad*. Aragón, León y Viveros, (Comp). 63. Bogotá: TM editores, Uniandes, UN Facultad de Ciencias Humanas.

Litter, N. 2014. *Aportes normativos a la identidad de género: la experiencia argentina*. Disponible en <http://psicologiajuridica.org/archives/5042> (consultado el 5 de noviembre 2015).

Martínez Guzmán, e L. Iñiguez- Rueda. 2010. "La fabricación del Trastorno de Identidad Sexual". En *Discurso & Sociedad*. (Vol 4(1)), 34. Disponible en <http://www.dissoc.org/ediciones/v04n01/DS4%281%29Martinez&Iniguez.pdf>

Mass Grau, J. 2014. *Identidades Gestionadas. Un estudio sobre la patologización y la medicalización de la transexualidad*. Tesis de Magister, I Máster Oficial en Antropología y Etnografía Departamento de Antropología Social y Cultural Facultad de Geografía e Historia Universidad de Barcelona, septiembre de 2010. Disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/17986/1/Tesina%20Jordi%20Mas.pdf> (consultada el 6 de marzo 2014).

Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3., citado en el pf. 90.

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

Navarro Pérez, Patricia. 2010. *La Despatologización de las Identidades Trans: Una Política de Articulación Trans-Feminista*. Tesis de Máster, para optar al Título de Máster en Estudios de Género y Desarrollo Profesional, Sevilla. Disponible en http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/24183/1/Despatologizacion_Identidades_Trans.pdf (consultado el 20 de marzo de 2014).