

**DE LA “CURACIÓN” AL RECONOCIMIENTO: EL DERECHO
DE LAS PERSONAS TRANS A EJERCER SU IDENTIDAD
Y EXPRESIÓN DE GÉNERO MEDIANTE LOS SERVICIOS
DE SALUD QUE BRINDAN LOS ESTADOS***

**FROM “CURE” TO RECOGNITION: THE RIGHT OF TRANSGENDER
PEOPLE TO EXERCISE IDENTITY AND GENDER EXPRESION THROUGH
PUBLIC HEALTH SERVICES**

Adrián Lengua Parra**
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS

For many years trans people have been treated as suffering from some pathology, proposing various curative treatments as a solution to their alleged health problem. However, recent studies show that gender identity of people is a very personal and diverse characteristic so must be protected.

In this article, the author explains how an understanding of gender identity that is respectful of human rights involves rethinking the State’s view of transgender people. This change of perspective requires discarding the pathological vision and opting for a system that will equip them with the necessary tools to develop their identity and avoid discrimination.

KEY WORDS: *Gender identity; right to health; Transgender people; sexuality; Human rights.*

Durante muchos años se ha tratado a las personas trans como si sufriesen de alguna patología, proponiéndose diversos tratamientos curativos como solución a su supuesto problema de salud. Sin embargo, recientes estudios muestran que la identidad de género de las personas es una característica personalísima y diversa por lo cual debe ser protegida.

En el presente artículo, el autor explica como una comprensión de la identidad de género que sea respetuosa de los derechos humanos implica replantear la visión del Estado sobre las personas trans. Dicho cambio de perspectiva requiere descartar la visión patológica y optar por un sistema que otorgue las herramientas necesarias para expresar su identidad y evitar situaciones de discriminación.

PALABRAS CLAVE: *Identidad de género; derecho a la salud; personas trans; sexualidad; Derechos Humanos.*

* Artículo basado en la comunicación presentada a las I Jornadas Nacionales sobre Derechos Fundamentales, llevadas a cabo los días 29 y 30 de setiembre y el 1 de octubre del 2016 y organizadas conjuntamente por la Asociación Civil THĒMIS y el Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). El presente trabajo fue seleccionado por el Consejo Ejecutivo para su publicación en la presente edición de entre todas las comunicaciones presentadas como ponencias para dicho evento.

** Investigador del Grupo de Derecho, Género y Sexualidad (DEGESE) de la PUCP. Asistente de la Clínica Jurídica de Personas con Discapacidad de la PUCP. Adjunto de docencia en los cursos de Filosofía del Derecho y Argumentación jurídica en la PUCP. Contacto: adrian.lengua@gmail.com.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo el día 14 de diciembre de 2016, y aceptado el día 20 de diciembre de 2016.

*A la PUCP, por las capacidades desarrolladas,
las grandes amistades encontradas y las
oportunidades que me otorgó. Felices cien años,
y que vengan muchos más.*

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, producto de diversos estereotipos y discursos alrededor de la sexualidad humana¹, las personas trans se han visto oprimidas, excluidas y discriminadas en el ejercicio de su derecho a la identidad. Así, sobre la base de una concepción cisnormativa² de la identidad de género de las personas, por mucho tiempo se entendió que la respuesta que debían tener los Estados frente a la situación de las personas trans pasaba por la implementación de métodos médicos que permitan la "curación" de los "desordenes identitarios" de las mismas.

Sin embargo, a partir del desarrollo de diversos estudios en los últimos años que muestran que la identidad de género de las personas no responden a un modelo único y "correcto"³, desde el Derecho se han generado una serie de cambios que buscan el reconocimiento y protección de los derechos de las personas trans, en lugar de su curación o rehabilitación. A partir de esta nueva concepción, el presente trabajo busca examinar brevemente el giro que se ha producido con relación al derecho a la salud y en los servicios médicos que brinda el Estado para atender la situación de las personas trans. De esta forma, mostraremos que se ha

pasado de la idea de la "curación" de la persona trans a una concepción donde existe una fuerte interdependencia entre el derecho a la salud y la posibilidad de estas personas de vivir libremente su identidad y expresión de género.

II. LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO MOTIVO PROHIBIDO DE DISCRIMINACIÓN

Con la finalidad de lograr sociedades más inclusivas, desde el derecho internacional de los Derechos Humanos, se ha reconocido que la identidad de género, al ser una característica personal e íntima de cada ser humano que implica la vivencia interna e individual del género⁴, constituye un motivo prohibido de discriminación⁵. Prueba de ello son las diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Interamericana de Derechos Humanos [en adelante, Corte IDH]⁶ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante, TEDH]⁷. Además, junto a estos pronunciamientos, también es posible encontrar los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en adelante, CIDH]⁸ y las resoluciones de los Comités de la Organización de las Naciones Unidas⁹ que dan cuenta de este reconocimiento.

En consecuencia, actualmente, los Estados no solamente tienen el deber de no realizar actos discriminatorios en perjuicio de las personas debido a su identidad de género, sino que, además, tienen el deber de garantizar que ninguna persona sea discriminada por esa razón. En ese sentido, los

¹ Ver más en: FOUCAULT, Michel. "Historia de la sexualidad". Segunda edición. Volumen I: La voluntad del saber. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2013. p. 38; y RUBIN, Gayle. "Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality". En: ABELOVE, Henry; BARALE, Michele Aina y David M. HALPERIN. "The Lesbian and Gay Studies Reader". Nueva York: Routledge. 1993. pp. 10-27.

² Al respecto, la CIDH ha señalado que el término "cisnormatividad" implica la expectativa de que todas las personas son cissexuales o cisgénero. Es decir, implica asumir que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Informe sobre violencia contra las personas LGTBI". OAS/Ser.L/V/II. Rev. 1. Doc. 36. 12 de noviembre de 2015. p. 41.

³ FAUSTO STERLING, Anne. "Cuerpos sexuados: La política de género y la construcción de la sexualidad". Barcelona: Editorial Melusina. 2006. p. 17.

⁴ Establecido en los Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

⁵ Este reconocimiento a nivel jurídico se logró en virtud de los diversos trabajos e investigaciones realizadas disciplinas como la antropología, sociología, psicología, entre otros. Ver más en: LAMAS, Marta. "La antropología feminista y la categoría género". En: Nueva antropología 30. 1986. pp. 173-198.

⁶ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de serie C 239 del 24 de febrero de 2012. Párrafo 91 y Caso Duque v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de serie C. 310 del 26 de febrero de 2016. Párrafo 110.

⁷ TEDH. "P.V. v. Spain. Application 35159/09". 30 de noviembre del 2010. Párrafo 30. Y "Identoba and others v. Georgia. Application 73235/12". 12 de mayo de 2015. Párrafo 96.

⁸ CIDH. Informe sobre Violencia contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OAS/Ser.L/V/II. Rev.1. Doc. 36. 12 de noviembre de 2015; Caso 12.743. Homero Flor Freire v. Ecuador, Informe 81/13 Fondo. Informe de 4 de noviembre de 2013, Párrafo 100.

⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales. 12 de julio de 2009, Párrafo 32; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General 35. Artículo 9. Libertad y seguridad personales. 16 de diciembre de 2014. Párrafo 9.

Estados tienen el deber de adoptar medidas de diversa índole para garantizar que las personas trans puedan ejercer su derecho a la identidad de manera libre y sin discriminación.

III. EL DERECHO A LA SALUD Y SU ADECUADA PROTECCIÓN EN EL CASO DE LAS PERSONAS TRANS

Siguiendo lo señalado por la Organización Mundial de la Salud [en adelante, OMS], la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades¹⁰. En este marco, el derecho a la salud implica que toda persona posee la libertad de decidir sobre su propio cuerpo y salud, con inclusión de la libertad sexual y genésica. Por ello, los Estados tienen el deber de garantizar la existencia un sistema de salud disponible, accesible, aceptable y de calidad a fin otorgar a toda persona de manera igualitaria la oportunidad de disfrutar del más alto nivel posible de salud¹¹.

Ahora bien, a pesar que por mucho tiempo la respuesta de los servicios de salud hacia las personas trans consistía en buscar su “curación” para que puedan vivir adecuadamente en sociedad¹², con el reconocimiento de que la identidad de género trans no es una enfermedad¹³, y que incluso constituye un motivo prohibido de discriminación, ya no es posible avalar este tipo de actuaciones. Por el contrario, las medidas que se adopten desde el Estado deben estar orientadas a que las personas trans puedan ejercer y vivir libremente su identidad y expresión de género.

Al respecto, se han realizado estudios que muestran la situación de estrés y depresión que pueden pasar las personas trans cuando no pueden acceder a modificaciones corporales que les permitan vivir su género¹⁴. Por ello, la CIDH¹⁵ y el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las

Naciones Unidas¹⁶ han señalado que los Estados deben asegurar la provisión de servicios de salud basados en el consentimiento informado, libres de discriminación o patologización, incluyendo procedimientos de reafirmación de género para personas trans. Asimismo, los Principios de Yogyakarta también han señalado que para que las personas puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud, los Estados deben asegurar el acceso a tratamientos, cuidados y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que busquen modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género¹⁷.

De esta manera, para una adecuada protección del derecho a la salud de las personas trans se requiere que los Estados implementen este tipo de medidas. Además, es necesario precisar que la importancia de estos servicios radica en que en muchos casos los mismos constituyen un medio indispensable para que estas personas puedan ejercer su derecho a la identidad. Ello debido a que dicho derecho no solo implica la posibilidad de un individuo de determinar internamente sus características personales, sino que también abarca la posibilidad de ser “percibido y reconocido por el otro como quien se es”¹⁸. En ese sentido, en estos casos existe una fuerte interdependencia entre el derecho a la salud y los derechos a la identidad y expresión de género.

IV. PROBLEMAS Y POSIBILIDADES DE JUDICIALIZACIÓN

A pesar de la importancia de estos servicios para las personas trans, desde algunos sectores se ha dificultado la adecuada implementación de los mismos. De esta manera, son dos grandes situaciones las que se han presentado en los últimos años. En primer lugar, en algunos casos se ha alegado que las modificaciones corporales no pueden ser cubiertas por los servicios médicos pues se tratan úni-

¹⁰ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

¹¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General 14: El derecho al disfrute más alto nivel posible de salud.

¹² Ver más en: TEDH. “Rees v. The United Kingdom”. 17 de octubre de 1986. Y “Cossey v. The United Kingdom”. 27 de septiembre de 1990.

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el expediente T-565-2013.

¹⁴ OPS. “Blueprint for the Provision of Comprehensive Care to Gay Men and Other Men who have sex with Men (MSM) in Latin America and the Caribbean”, basado en la consulta realizada en Panamá en julio de 2009.

¹⁵ CIDH. Comunicado de Prensa 064/16. “Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad”, 12 de mayo de 2016.

¹⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. A/HRC/29/23. 4 de mayo de 2015. Párrafo 23.

¹⁷ Principio número 17.G de los Principios de Yogyakarta.

¹⁸ SIVERINO BAVIO, Paula. “El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina”. En: *Ius et Veritas* 41. 2010. p. 52.

camente de asuntos de “estética” y no de salud¹⁹. Sin embargo, dicha concepción no resulta acorde a los estándares planteados anteriormente, toda vez que no se toma en cuenta la particular y concreta situación de las personas trans, generando de esta manera una situación de discriminación.

En segundo lugar, muchos Estados no han implementado estos procedimientos ni han generado canales específicos para que las personas trans puedan utilizar con el debido respeto a sus derechos fundamentales. Dicha situación en muchos casos genera que las personas trans deban ir a otros países para realizar estos procedimientos y de esa manera puedan ejercer plenamente su identidad. Por ello, como se puede apreciar, la ausencia de estos mecanismos también genera una situación de discriminación en perjuicio de las personas que se encuentran en situación de pobreza y que no tienen los medios para realizar estos viajes para lograr acceder a estos procedimientos.

Frente a ello, consideramos que es posible (y necesario) que las personas afectadas puedan utilizar los mecanismos constitucionales para que no se vulneren sus derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso peruano creemos que se puede utilizar el proceso de amparo para la tutela de los derechos a la salud e identidad, en caso no se les permita a las personas trans acceder a este tipo de procedimientos médicos o en caso los seguros de salud no los cubran. Si bien las posibles afectaciones al derecho a la salud son analizadas a partir del principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, consideramos que ello no pueden ser un obstáculo para que se tutelen adecuadamente los derechos de esta población y que, por el contrario, la justicia constitucional debe ordenar las medidas pertinentes para la protección de estos derechos.

V. REFLEXIÓN FINAL

Para finalizar, queremos señalar que el hecho de que el Estado deba implementar estos servicios de salud no implica que las personas trans deban verse obligadas a acudir a los mismos para lograr el reconocimiento de su identidad de género en los registros civiles o en sus documentos de identidad. Por el contrario, consideramos que estos medios deben ser instaurados para que las personas puedan elegir libremente la manera cómo quieren vivir y ejercer su identidad y expresión de género,

sin que ello sea una condición para acceder a la rectificación de sus datos personales.

Asimismo, el establecimiento de estas medidas tampoco debe llevarnos a entender a las personas trans únicamente bajo un sistema binario de la sexualidad que gira entre lo masculino y lo femenino. Por el contrario, esta propuesta responde a una circunstancia concreta de un grupo de personas dentro de la comunidad trans y que debe servir como un inicio para comenzar a comprender, reconocer y proteger los derechos de estas personas. Solo en este marco, dichas medidas podrán cumplir realmente con la finalidad de tutelar de manera adecuada los derechos fundamentales de la población trans. 🏳️‍🌈

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Doctrina

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”. A/HRC/29/23. 4 de mayo de 2015.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Comunicado de Prensa No. 064/16, “Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad”. 12 de mayo de 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre Violencia contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América”. OAS/Ser.L/V/II. Rev.1 Doc. 36. 12 de noviembre de 2015.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales. 12 de julio de 2009.

¹⁹ Estos fueron los argumentos que utilizó la parte demandada en dos procesos ante la Corte Constitucional de Colombia y que fueron desestimadas por dicho tribunal. Al respecto, ver más: Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia recaídas en los expedientes T- 771-13 y T-552-13.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General 14. El derecho al disfrute más alto nivel posible de salud

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General 35. Artículo 9. Libertad y seguridad personales. 16 de diciembre de 2014.

FAUSTO STERLING, Anne. "Cuerpos sexuados: La política de género y la construcción de la sexualidad". Barcelona: Editorial Melusina. 2006.

FOUCAULT, Michel. "Historia de la sexualidad". Segunda edición. Volumen I: La voluntad del saber. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2013.

LAMAS, Marta. "La antropología feminista y la categoría género". En: Nueva antropología 30. 1986.

OPS. "Blueprint for the Provision of Comprehensive Care to Gay Men and Other Men who have sex with Men (MSM) in Latin America and the Caribbean". Basado en la consulta realizada en Panamá en julio de 2009.

RUBIN, Gayle. "Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality". En: ABELOVE, Henry; BARALE, Michele Aina y David M. HALPERIN. "The Lesbian and Gay Studies Reader". Nueva York: Routledge. 1993. pp. 10-27.

SIVERINO BAVIO, Paula. "El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina". *Ius et veritas* 41. 2010.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C 330.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Duque v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C. 310.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el expediente T-565-2013.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el expediente T- 771-2013

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el expediente T-552-2013.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. "*Cossey v. The United Kingdom*". Sentencia de 27 de septiembre de 1990.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. "*Identoba and others v. Georgia*". Sentencia de 12 de mayo de 2015.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. "*P.V. v. Spain*". Sentencia de 30 November de 2010.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. "*Rees v. The United Kingdom*". Sentencia de 17 de octubre de 1986.