

La Protección del Derecho a la Identidad Sexual frente a la Globalización*
Protection of the Right to Sexual Identity across Globalization

Abog. María Gloria Bottiglieri**

I. Introducción

Las migraciones internacionales afectan no sólo el bienestar sino también la identidad personal de las familias y sus miembros que por diferentes motivos deben trasladarse a un país diferente al de su origen. El derecho a la religión, a la lengua y a la cultura propias entran en crisis, generándole a cada individuo un desgarramiento no menor, ya que permanece vinculado a su anterior cultura jurídica y también a la nueva. Por tal motivo, podemos afirmar que el fenómeno actual de la globalización va mucho más allá del ámbito de la economía y de las finanzas, importa un traspaso de fronteras socioculturales generado en gran medida por los migrantes.

La vinculación de los seres humanos con diversos territorios nacionales, mediante conductas que se desarrollan de un lado y de otro de la frontera, y la pluralidad de ordenamientos legales, exige un análisis de esa realidad y en caso de suscitarse una controversia multinacional, otorgarle el tratamiento y solución que más se acerque a un orden justo. Es allí donde el Derecho Internacional Privado (D.I.Pr.) formula interrogantes propios y despliega su estrategia a fin de otorgar respuestas adecuadas destinadas a superar la inseguridad consustancial a las relaciones de tráfico externo. Atendiendo a su función destinada a resolver la discontinuidad en el espacio de la relación jurídica privada internacional, aborda los distintos derechos subjetivos y su eventual contradicción normativa.

El análisis de la ruptura ocasionada por la presencia del elemento extranjero de la situación jurídica, y las soluciones que se proponen persiguen el respeto de las particularidades propias del caso. Ello importa una posición ideológica tolerante de las circunstancias que lo vinculan con un determinado ordenamiento jurídico y la posibilidad de la extraterritorialidad de las soluciones legales. Los órdenes jurídicos deben dar respuesta a las necesidades que plantean los constantes movimientos entre distintos territorios sin soslayar el respeto que merece la mixtura de cada una de las relaciones jurídicas que se generan.

II. Derechos Fundamentales como Núcleo del Estatuto Personal

No existe un pleno consenso acerca de cuáles son las instituciones que deben incluirse en el denominado estatuto personal, ya que algunos sistemas jurídicos abarcan dentro de dicha denominación, no sólo lo referido a la capacidad y el estado de la persona física, sino también las relaciones de familia y las sucesiones mortis causa.¹

De un modo generalizado, la doctrina y algunas legislaciones definen al estatuto personal como el conjunto de normas, instituciones y materias que afectan directamente

¹ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, F.J. *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Ganada, Comares, 10ma.edición, 2009, p.14.

a la persona física, considerada ésta como sujeto de derecho². Ello implica que la regulación de los derechos personalísimos se encuentre en el corazón mismo del estatuto personal

La identidad de la persona humana, compuesta por elementos de carácter físico, espiritual y psicológicos son la razón de ser de la existencia de tales derechos. El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a un ser humano dentro de la sociedad, y que conforman su identidad personal, es regulado normativamente como exigencia elemental del orden jurídico. En las sociedades contemporáneas no es posible concebir un sistema jurídico carente de protección de tales particularidades. Ahora bien, los constantes cambios de la conducta humana, ya sea en el aspecto individual como en el social, exigen una regulación dinámica del estatuto personal, lo que implica una permanente discusión acerca del núcleo que lo conforma.

Alain Touraine sostiene que a partir de la globalización se ha instalado lo que denomina el paradigma cultural según el cual la reivindicación de los derechos culturales adquiere fundamental trascendencia en las legislaciones. Esos derechos se expresan siempre por **la defensa de atributos particulares**, pero confieren a esa defensa un sentido universal y es por ello que el ciudadano perteneciente a las comunidades modernas se esfuerza en crear instituciones y reglas de derecho que sostengan su libertad y su creatividad aun cuando ello implique una profunda transformación de instituciones tales como la familia y la escuela³.

Es necesario que el derecho contemple las transformaciones que se producen en el orden individual y social, las debata, y si es necesario modifique la regulación vigente. Muchas veces, la actitud transformadora que debe asumir el legislador importa un cambio de paradigma, indispensable para que los derechos individuales encuentren la protección necesaria para su desarrollo.

Compartimos el pensamiento de Luigi Ferrajoli en cuanto considera que para garantizar los derechos de las minorías, es necesario atender a la vinculación entre derechos e igualdad. Las diferencias personales no pueden erigirse en una barrera para impedir la igualdad en los derechos de libertad. Las diferencias de sexo, religión, nacionalidad, lengua, opiniones políticas, entre otros, hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras en tanto persona⁴.

Las constituciones y las leyes han de ser el refugio de las minorías que por su calidad de tales pueden encontrarse más expuestas a violaciones y discriminaciones, por lo que el denominado estatuto personal cumple la función de un paraguas protector de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la identidad sexual.

III. Precisiones Terminológicas Referidas a la Identidad Sexual

Es necesario precisar los alcances del concepto “Identidad Sexual” ya que es posible que se produzcan algunas confusiones. Hay quienes entienden que es necesario distinguir la

² FERNANDEZ ROZAS, J.C y SANCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas, 5ta edición, 2010, pp.295 y ss.

³ TOURAINE A. (2005). *Un nuevo paradigma. Para comprender el mundo de hoy*, Barcelona, 2005, Ediciones Paidós Iberica S.A., pp.45 y ss.

⁴ FERRAJOLI, L.. “*Sobre los derechos fundamentales*”. Cuestiones constitucionales 015 (2009), Revista Mexicana de Derecho Constitucional, versión disponible en <http://132.247.146.34/index.php/cuc/article/view/2172> consultada el 2 de marzo de 2013.

identidad sexual, entendida como sinónimo de sexo de la persona, de la **orientación sexual** de cada individuo. La primera, o sea el sexo, está determinada biológicamente sin posibilidades de elección, es lo naturalmente dado y determinado durante la gestación de la persona. Es un proceso que comienza en la séptima semana de gestación y que culmina con el desarrollo completo del embrión masculino o femenino. Por otro lado, afirman que la orientación sexual, se define en el inicio de la adolescencia y si bien reconoce una base biológica se configura con una fuerte influencia de otros factores tales como la educación, los estereotipos⁵ y los factores culturales⁶.

Otros autores distinguen el concepto de **sexo**, identificado con lo biológico y determinado por los cromosomas XX y XY, del concepto de **identidad sexual** entendida como el juicio sobre la propia figura corporal basada en las características biológicas tales como la presencia de genitales masculinos o femeninos. Tal concepción entiende a la sexualidad como un aspecto central del ser humano, abarcativo de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas y relaciones interpersonales. La sexualidad, afirman, se vincula tanto con la forma de vivir, cuidar, pensar y disfrutar el propio cuerpo como el modo de relación con otros.

A pesar de los diferentes matices que se pueden encontrar en la terminología, ya no se discute la fuerte presencia del elemento psicológico en la configuración de la identidad sexual. El proceso de desarrollo de la misma está vinculado a múltiples aspectos que se integran en un todo altamente complejo y por sí irreductible a sus partes. En este sentido, la sexualidad humana implica la integración de diversos procesos de carácter biológicos, emocionales, cognitivos y sociales. Es la múltiple combinación de todos esos factores. El adolescente va descubriendo su propio cuerpo al tiempo que va descubriendo sus sentimientos, gustos y preferencias. La sexualidad, como parte de la energía vital de cualquier ser humano, diversifica las orientaciones para mostrar que el comportamiento homosexual o heterosexual es algo inherente a la psicología humana.

La psicología entiende que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas. No se puede hablar de una identidad sexual única, por el contrario existe una pluralidad de opciones y en su admisión radica la tolerancia indispensable para generar cambios. Dentro de dichas opciones, existe la **transexualidad** entendida como una conducta presente en los individuos que desean vivir de forma permanente como miembros del sexo opuesto al indicado por su sexo biológico, existiendo una contradicción entre ambos. En 1994 el término “transexualismo” fue sustituido por el de

⁵Acerca de los estereotipos se afirma que los mismos están vinculados con las chicas “diosas” y los muchachos “ganadores” atraviesan la subjetividad de adolescentes de múltiples formas y, aunque buena parte de los adolescentes no se sienta identificada con estos modelos de ser varón o mujer, muchos suponen que deberían responder a estos rasgos de femineidad y masculinidad, inflados por los medios de comunicación y por cantidad de mensajes que cosifican los cuerpos y sobrevaloran la fuerza física y los logros materiales. FAUR, L. “¿Escrito en el cuerpo? Género y Derechos Humanos en la Adolescencia” en CHECA S.(Comp.) *Genero., Sexualidad y Derechos reproductivos en la adolescencia*. Buenos Aires, Paidós-Tramas Sociales, 2005.

⁶MARCUELLO C. , EISEGUI, A. “Sexo, género, identidad sexual y sus patologías”. *Cuadernos de Bioética*, 1999/3 pp. 459-477, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica.

Trastorno de Identidad de Género (TIG) para indicar a aquellas personas que se autoperciben con una clara identificación con el sexo contrario al indicado en su genitalidad.

⁷ Podrá existir así, una mujer transexual, que es aquella persona nacida con anatomía masculina, pero de psiquis femenina o un hombre transexual que es aquella persona nacida con anatomía femenina, pero de psiquis masculina. El TIG se caracteriza por la autopercepción que el sujeto tiene de su identidad sexual discordante con su propia genitalidad. Ello le provoca la necesidad, de adaptar su vida de relación a la identidad autopercebida, solicitando una modificación registral que la refleje con independencia del sexo que ostente.

La sociología-jurídica ha utilizado las acepciones orientación sexual, identidad de género y expresión de género como categorías que reclaman protección no sólo desde la letra de la ley sino también desde las sentencias judiciales. La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad. El operador jurídico, ya sea legislador, intérprete o jurista, tendrá que recurrir a las herramientas de la psicología y de la biología para poder comprender el fenómeno de la pluralidad sexual.

La orientación sexual es una libre elección y, al mismo tiempo una expresión más de la personalidad del individuo, gozar de la capacidad de elegir libremente con quien ejercerla forma parte de la intimidad de todo ser humano como principal protagonista del ejercicio de sus derechos individuales y en tal concepto radica el “Derecho a la identidad sexual”, que no puede ser desconocido por los ordenamientos jurídicos.

IV. Evolución Normativa del Derecho a la Identidad Sexual

El derecho a la identidad sexual forma parte de ese conjunto de categorías normativas fundamentales que le garantizan al ciudadano la expresión del libre desarrollo de la personalidad y de su dignidad⁸. Asimismo reconoce sus raíces en el ámbito del derecho a la vida privada, ya que es un componente fundamental de la misma, por lo que debe estar libre de toda intromisión estatal. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expresado que: “*El derecho a la privacidad protege el derecho a determinar la propia identidad y a formar relaciones personales y familiares en base a esa identidad, aunque la misma no sea aceptada o tolerada por la mayoría*”.⁹

La construcción jurídica del derecho a la identidad sexual implicó un arduo proceso a nivel nacional e internacional. En ese camino, fueron los propios interesados quienes a través de una labor organizada, sostenida y constante, se convirtieron en los artífices que impulsaron las innovaciones legislativas en esta materia. Fueron las organizaciones de lesbianas y gays, convertidas en una fuerza con identidad pública colectiva, las que lograron visibilizar la

⁷ Una descripción detallada de la evolución del concepto se puede consultar en el artículo “Trastornos de identidad de género: guía clínica para el diagnóstico y tratamiento” elaborado por el Grupo De Trabajo Sobre Trastorno De Identidad De Genero De La Sociedad Española De Endocrinología Y Nutrición, del hospital Ramón y Cajal de Madrid, dirigido por Antonio Becerra Fernandez, publicado en la revista *EndocrinolNutr*, 2003,50(1) pp.19-33.

⁸ CAMPOS, A.. “La transexualidad y el derecho a la identidad sexual” (2001) disponible en <http://mail.felgt.org/files/docs/726450faec76.pdf>

⁹ <http://www.corteidh.or.cr> CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 94, disponible en http://www.corteidh.or.cr/bus_temas.cfm

discusión sobre la identidad sexual. La discusión se hizo pública a partir de la segunda mitad del siglo XX, pero fue recién en los años 90 que dichas organizaciones lograron aunarse bajo la sigla LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero), si bien aún hoy no hay consenso sobre la aceptación universal de los distintos grupos de miembros.¹⁰

Desde las reconstrucciones feministas del discurso jurídico se delinearon ciertos presupuestos básicos tales como la necesidad de cambiar los supuestos ideológicos referidos a la identidad sexual.¹¹ La opresión y la negación de libertades de las que fueron objeto se constituyeron en el motor indispensable de sus acciones, produciendo un cambio trascendente en la consideración de la sexualidad humana.¹² El reconocimiento del derecho a la diferencia permitió el avance legislativo nacional y convencional aun cuando la discriminación sexual esté todavía muy lejos de desaparecer.

Si bien la orientación sexual se gesta en el ámbito de lo privado, tiene un correlato público en la conformación de organizaciones y movimientos sociales que empujan los límites del sistema socio-cultural que establece una sexualidad exclusivamente heterosexual, y que buscan incidir en políticas públicas con un enfoque de derechos para las personas no heterosexuales.

No hay que temerle a la regulación legal tolerante de todas las variantes que ofrece la orientación sexual. Las mismas deben ser aceptadas como manifestaciones de la diversidad humana y debe reinar el principio de libertad reconociendo como único límite los derechos de los otros individuos. La construcción de las identidades colectivas conforman los basamentos indispensables para la perduración de los sistemas democráticos. Tal construcción es impensable sin un explícito reconocimiento a las diferencias de las identidades personales, requisito indispensable para asegurar el valor de la tolerancia en las sociedades actuales.¹³

Afortunadamente, desde hace algunos años con notable visibilidad, hemos sido testigos de legislaciones y políticas cuyo centro discursivo es la disidencia sexual. A pesar de ello todavía existen legislaciones que castigan la homosexualidad penalmente, con sanciones que van desde multas, hasta la pena muerte.

Los niveles de tolerancia cultural y política ante la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género de las personas, difieren enormemente entre las sociedades y países con la consecuente incidencia en materia migratoria. A pesar de que en el ámbito de las organizaciones internacionales se suscriben permanentemente recomendaciones destinadas a evitar el trato diferente de las personas desplazadas no heterosexuales, los representantes de LGBT afirman en cada ocasión que tienen oportunidad, que su orientación sexual se interpone entre ellos y un justo y equitativo tratamiento y reconocimiento de sus derechos.

¹⁰ A los fines de mayores precisiones terminológicas puede consultarse el trabajo "Orientación Sexual, Identidad De Género Y Expresión De Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes" elaborado por la CIDH y publicado en www.cidh.oas.org

¹¹ Campos, A. op.cit.

¹² Rubin, G., & Vance, C. (1989). Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad. *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*, 113-190. Los autores relatan que: "En la década de los cincuenta, en los Estados Unidos, se dieron cambios importantes en la organización de la sexualidad. En lugar de centrarse en la prostitución o la masturbación, las ansiedades de los cincuenta tuvieron como tema central la imagen de la "amenaza homosexual" y el ambiguo fantasma del "delincuente sexual".

¹³ Ferrajoli, op.cit, p.125-126.

Afirman también que varía enormemente la manera en que los países gestionan el proceso y las solicitudes de asilo en el caso de personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBT).

Al hacer un repaso continental de las legislaciones, encontramos que los países de África del Norte condenan la homosexualidad en su mayoría, siendo Sudán uno de los países que la castiga con la pena de muerte. En África occidental la situación de tolerancia es mayor ya que en Benín, Burkina Faso, Cabo Verde, Costa de Marfil no es ilegal la orientación sexual hacia personas del mismo sexo, con la particularidad que en algunos países se considera legal si la practican las mujeres e ilegal si la practican los hombres como en el caso de Ghana por ejemplo. Los estados que conforman África del Sur la rechazan en su mayoría, siendo Sudáfrica el país que mayores libertades otorga a las personas con orientación sexual diferente.

En Asia se advierte un panorama variado ya que en los países de Asia Central sólo se prohíbe la homosexualidad entre hombres en Turkmenistán y Uzbekistán, siendo una práctica permitida entre mujeres. Los Estados de la región de Asia Occidental son represores en su mayoría, salvo Turquía, Israel, Iraq y Azerbaiyán que no la condenan y en el caso de Israel, se prohíbe expresamente la discriminación en razón del sexo. Las legislaciones de China, Japón, Mongolia, Corea del Norte, Corea del Sur, Taiwán, Camboya, Indonesia, Laos, Filipinas, Indonesia, Tailandia y Vietnam toleran la orientación homosexual siendo Singapur, Brunei y Malasia los que aún la prohíben y condenan con penas de multa, azotes y hasta 20 años de prisión.

Los países europeos hace tiempo que eliminaron de sus legislaciones toda prohibición basada en la orientación sexual, fue Italia el precursor ya que legalizó la homosexualidad en 1890, conducta que fue seguida por el resto de los países durante todo el siglo XX, siendo San Marino el último estado en suprimir cualquier discriminación a través de una ley del año 2001. Asimismo, todos los países han suscripto la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas conocida con el nombre de Principios de Yogyakarta.¹⁴

Tanto América del Norte como América del Sur se han mostrado tolerantes con la diversidad sexual, subsistiendo leyes condenatorias sólo en Guyana, Belice, Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, Jamaica y Trinidad y Tobago.

El derecho a la identidad sexual protegido específicamente mediante leyes sobre la expresión de género, traducido en la posibilidad de cambio de sexo y su consecuente incidencia jurídica, también fue una conquista del colectivo LGBT.

En Europa fue el estado sueco el que en 1972 tomó la iniciativa en la materia, lo que produjo un efecto dominó por lo que Alemania, Italia, Holanda aprobaron leyes referidas al tema durante la década de los años 80, política que fue seguida más tarde por la mayoría de los países europeos.

En Estados Unidos la regulación existe en varios estados tales como Illinois, Arizona, Louisiana, California, Alabama, Carolina del Norte, Nueva York, Colorado y Pensilvania,

¹⁴ Es un documento que contiene una serie de principios legales cuyo fin es la aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. El texto marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen para garantizar las protecciones a los Derechos Humanos a las personas LGBT. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf

aunque no existe una ley federal de protección. Por su parte Canadá, reconoce legalmente la posibilidad de cambio de sexo y protege contra la discriminación en cualquiera de sus formas.

En América Latina fue necesario derribar las barreras dogmáticas religiosas que conspiraban contra un sistema de regulación de la vida en común de personas del mismo sexo. A pesar de ello se impuso el debate sobre la cuestión y comenzaron a sancionarse leyes que reconocieron derechos y obligaciones ya sea mediante el instituto de la unión civil o del matrimonio de personas del mismo sexo. En Méjico se admite la modificación sexual a partir del 2008 y en Ciudad de Méjico específicamente se regula el matrimonio de personas del mismo sexo, permitiéndoles adoptar niños a tales matrimonios desde el año 2010. En Sudamérica, Argentina es el país que mayor protección ofrece dado que tiene regulado el matrimonio homosexual y la posibilidad de adoptar a partir del año 2010, complementado por leyes antidiscriminatorias que pueden hacerse valer ante el Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI). La reciente aprobación de la ley 26.743¹⁵ que habilita al cambio de nombre y sexo registral sin necesidad de permiso judicial ni exigencia de intervención quirúrgica previa, completan el espectro tuitivo del derecho a la identidad sexual. Uruguay también ha desplegado políticas protectoras mediante la sanción de diferentes leyes siendo la más reciente la referida a la admisión del matrimonio igualitario, sancionada recientemente, convirtiéndose en el duodécimo país en el mundo en regular la institución matrimonial para personas del mismo sexo. En Brasil se admite la unión civil a partir del año 2011, siendo dispar la regulación del matrimonio igualitario en los diferentes estados. Si bien no existe una ley sobre identidad de género, la jurisprudencia brasilera ya se ha expedido de un modo favorable al respecto. Chile sancionó en 2012 la ley antidiscriminatoria y admite el cambio de género siempre que se acredite judicialmente que la persona ha sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo,¹⁶ el mismo requisito es exigido por la ley colombiana. Paraguay, Perú y Venezuela son los países latinoamericanos más atrasados en brindar protección normativa al derecho a la identidad sexual.

V. Instrumentos Convencionales de Protección del Derecho a la Identidad Sexual

Las normas que reconocen su ámbito de producción en el seno de las organizaciones internacionales, fueron producto de procesos de cambio gestados en el seno de las sociedades nacionales. Ello permitió un avance y expansión de la protección de lo que se considera Derechos Fundamentales del ser humano, es decir aquellos que pertenecen a todos los individuos en tanto personas y que debieran estar fuera de cualquier disponibilidad estatal.

Desde el momento de su nacimiento la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha luchado para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, trazando directrices que guíen la labor jurídica de las soberanías estatales que la componen. Las declaraciones,

¹⁵ . <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>

¹⁶La sociedad chilena está discutiendo con mucho ahínco el reconocimiento de los derechos de los LGBT, sobre todo en lo referido a la posibilidad del cambio registral de género y nombre. A ello han contribuido las decisiones judiciales en tal sentido, si bien no hay un criterio uniforme entre los jueces ya que las soluciones proporcionadas se pueden catalogar en tres posibilidades a) Se concede cambio de nombre y sexo legal de manera conjunta sin necesidad de Cirugía de reasignación genital (CRG), b)Se concede el cambio de nombre, pero no así el sexo legal, cuando no ha mediado una CRG, y c) Se rechaza cambio de nombre y sexo legal de manera conjunta sino ha existido CRG.

pactos, convenciones y acuerdos suscritos en su seno contribuyeron a formar un bloque normativo que aspira a ser una brújula para las legislaciones nacionales. Los poderes estatales quedan obligados no sólo a respetar el libre ejercicio de aquéllos, sino también a organizarse para satisfacer su plena realización. Dicho mandato surge de la imperiosa necesidad de asegurar una convivencia pacífica entre los miembros de las sociedades modernas, altamente marcadas por el crecimiento de la globalización y de los abundantes movimientos migratorios.

La Declaración Universal de Derechos Humanos con más de seis décadas de vigencia, es el instrumento rector para que las legislaciones nacionales puedan contar con leyes justas que garanticen y promuevan el ejercicio de los derechos individuales. Así, en el art. 2 expresa: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o **de cualquier otra índole**, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”*¹⁷

Si bien el camino hacia la tolerancia sexual fue ampliándose, las violaciones a los derechos humanos basadas en la identidad de género reales o percibidas de las personas, no dejó de advertirse, generando preocupación en el seno de la Organización Internacional. A fin de contribuir al destierro de tales violaciones, a partir del año 2004, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos de la ONU comenzó a trabajar específicamente en la elaboración de un documento destinado a consagrar principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género. Producto de dicha labor, surgieron los Principios de Yogyakarta que se aprobaron en dicha ciudad en noviembre de 2006 y cuya denominación técnica es: *“Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género”*¹⁸. Es un documento que contiene un preámbulo y veintinueve principios legales que afirman la obligación primordial que cabe a los estados miembros de la ONU de realizar todos los esfuerzos posibles a fin de respetar la diversidad sexual. Es destacable, el Principio 3 referido a *“El Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”* que expresamente establece que: *“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***

¹⁷ <http://www.un.org/es/documents/udhr/translations.shtm>

¹⁸ http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf

género”. El mismo artículo impone seguidamente a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier otra índole a fin de garantizar los procedimientos necesarios para que tal reconocimiento pueda hacerse efectivo. Los principios se complementan con “Recomendaciones Adicionales” dirigidas a los distintos órganos que conforman la organización para que explícitamente adhieran a los mismos.

A nivel regional, en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el año 2008, la Asamblea General adoptó una resolución dedicada a los **derechos humanos** y su vinculación con la **orientación sexual e identidad de género**.¹⁹ En dicho documento los Estados miembros manifestaron su preocupación por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación e identidad de género. Se condena la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, como así también todo acto de violencia que implique la violación de los derechos de los individuos a profesar libremente su elección. Asimismo se insta a los Estados para que aseguren una protección adecuada adoptando las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación a través de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno. A fin de completar el panorama interamericano, es necesario destacar la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José Costa Rica, como institución judicial autónoma de la OEA y cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados protectores. En este contexto la CIDH se ocupó específicamente de los derechos de las personas LGTB y, en noviembre de 2011, creó una unidad especializada en esta materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva a fin de asistir técnicamente a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

En el seno de la Unión Europea (UE) se realizan esfuerzos permanentes para luchar contra la discriminación de las personas LGBT, sobre todo trazando directivas para los países cuyas legislaciones todavía no sancionan expresamente las conductas discriminatorias en función de la identidad sexual de las personas. El artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE le permite adoptar legislación contra la discriminación por motivos de orientación sexual. Por su parte, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁰, le impone la obligación de luchar contra toda discriminación mediante la definición y ejecución de sus políticas y acciones. En cumplimiento de tal mandato la Comisión emitió en el año 2008 la comunicación “No discriminación e igualdad de oportunidades: un

¹⁹ “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” se puede consultar en [AG/RES. 2435 \(XXXVIII-O/08\)](#)

²⁰ Versión Consolidada Del Tratado De Funcionamiento De La Unión Europea 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47. Artículo 10 En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Artículo 19(antiguo artículo 13 TCE)1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1.

compromiso renovado”²¹, que le proporciona el marco para llevar a cabo actividades diversas contra la discriminación por distintos motivos, entre ellos la orientación sexual. Además de tales instrumentos, es necesario recordar la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que en su art.21 prohíbe expresamente la discriminación por motivos de orientación sexual. Reforzando el compromiso antidiscriminatorio, en mayo del año pasado el Parlamento Europeo dictó la Resolución 2012/2657(RSP)²², sobre la lucha contra la homofobia en Europa, mediante la cual condena enérgicamente toda discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. En materia migratoria también ha dado ya algunos pasos concretos y positivos,tales como el reconocimiento de la orientación sexual como causa de la persecución en el artículo 10 de la Directiva de de Asilo de la UE.

Desde el origen del espacio de integración MERCOSUR, sus autoridades manifestaron su preocupación por garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, en consonancia con las actividades desarrolladas por la OEA y la ONU en la materia. En tal contexto, el órgano máximo de la estructura institucional, esto es el Consejo Mercado Común creó, mediante Decisión N° 40/04, la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos (RAADDHH) , en el ámbito del Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), órgano auxiliar del Consejo del Mercado Común. En la IX RAADDHH se aprobó la creación, en este ámbito, de un subgrupo que abordara las cuestiones de género y diversidad sexual, y que con el nombre de “Subgrupo sobre Diversidad Sexual, Identidad y Género” tuvo su primera reunión en el año 2007. Allí se decidió la elaboración de una publicación conjunta referida a la legislación vigente en los Estados Miembros, en materia de la identidad de género, y orientación sexual; el intercambio de información sobre los avances en la campaña de combate al preconceito originado en la orientación sexual e identidad de género; y el seguimiento de la propuesta del Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA para América Latina (UNAIDS).

Al celebrarse la XLII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, en diciembre del 2011, las autoridades mercosureñas reafirmaron la prioridad que confieren al respeto y promoción de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, independientemente de su condición migratoria, nacionalidad, origen étnico, **género**, edad o cualquier otra consideración discriminatoria, y reiteraron la importancia de articular posiciones conjuntas sobre cuestiones migratorias en los foros internacionales. Destacaron la promoción y el respeto irrestricto de los Derechos Humanos como eje central del proceso de integración. En ese marco, aprobaron el primer presupuesto del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR. Al año siguiente, en diciembre de 2012, el Consejo de Mercado Común aprobó mediante Decisión N° 44/12 el Proyecto “Construyendo una Infraestructura para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos en el Mercosur (IPPDH)”. El referido proyecto, presentado al Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM) busca fortalecer la institucionalidad pública y social del Mercosur, apoyando el trabajo de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH) y del IPPDH, como vía para incrementar el alcance y la coordinación de políticas públicas en la materia²³.

VI. Legislación Argentina

²¹ Su texto se puede consultar en: http://europa.eu/legislation_summaries **COM(2008) 420**

²² <http://www.europarl.europa.eu> Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP))

²³ www.mercosur.int

En mayo del año 2012, el parlamento argentino aprobó la ley nro. 26.743²⁴ que consagra una amplia protección al derecho a la identidad sexual de todos los ciudadanos, cumpliendo de este modo con los compromisos asumidos en los instrumentos convencionales referidos a la protección de los derechos humanos y al rechazo a toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual del individuo.

La norma ha sido considerada como un instrumento pionero en la región conjuntamente con la legislación uruguaya aprobada en 2009, ya que confiere amplia libertad para que toda persona pueda desarrollar su personalidad, en base a su identidad de género.

En su articulado que consta de quince disposiciones, se abandona parcialmente el criterio biológico para determinar la identidad sexual. Se lo sustituye por el criterio de la autopercepción, lo que importa una concepción dinámica de la sexualidad, renunciando a la aplicación de la norma sexual dicotómica.²⁵ Subsiste una presunción “iuris tantum”, a favor del criterio biológico, pasible de ser modificada por la voluntad de la persona que solicita el cambio si se autopercebe conforme al otro sexo.

A través de su normativa se advierte un seguimiento de los Principios de Yogyakarta, ya que no exige una operación de adecuación sexual para solicitar el cambio registral del sexo y del nombre del peticionante. Se descarta asimismo la necesidad de intervención judicial o patrocinio letrado para realizar el trámite cuando es la primera vez que se solicita el cambio, ya que una segunda modificación exige autorización judicial. En el caso de los menores, se autoriza a sus representantes legales a formalizar la solicitud correspondiente debiendo acreditarse de un modo fehaciente la conformidad del menor, en tal caso será necesaria la intervención del abogado del niño en los términos establecidos en la ley 26.061. Ante la negativa o imposibilidad del consentimiento de los representantes, se autoriza la vía judicial a través de un procedimiento sumarísimo. Asimismo pone a cargo del servicio de salud pública y privada la obligación de realizar sin costo las operaciones de adecuación sexual y las terapias hormonales que fueren peticionadas por quienes quieran modificar su género.

Luego de ser aprobada la ley, en el mes de julio del mismo año, se dictó el decreto nro.1007/2012²⁶ que la complementa. El mismo les ordena a las Direcciones Generales, Provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas aprobar un formulario tipo utilizar para la solicitud de rectificación registral de sexo y el cambio de nombre a fin de unificar criterios en todo el territorio nacional y de ese modo evitar dilaciones innecesarias y que pueden contrariar el espíritu de la ley. Para el caso de ciudadanos extranjeros, con residencia en nuestro país que presenten solicitudes en los términos legales, el decreto establece la imposibilidad fáctica de proceder al cambio registral en el instrumento emitido en el país de origen. Si la partida original ha sido modificada por las autoridades del país que la expidió, entonces las autoridades del Registro Civil de la República Argentina, deberán proceder a la modificación de cualquier documento que se hubiera extendido en el país, a solicitud del interesado, de modo tal que exista una concordancia plena en todos los documentos identificatorios de la persona. Lo que el decreto no resuelve y especifica que será necesario contemplar un procedimiento

²⁴ . <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>

²⁵ Se define a la norma sexual dicotómica como el empeño por registrar a todas las personas como hombres o mujeres. “Educación sexual integral en la escuela secundaria. Introducción a los conceptos de sexualidad y educación sexual”(2011) Ministerio de Educación, Presidencia de la Nación Argentina, Educar, Buenos Aires.

²⁶ <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>

especial, es la situación del extranjero residente solicitante de la modificación registral que no ha obtenido la misma en su país de origen. En tal caso, creemos que cada autoridad local deberá desarrollar su ingenio a fin de otorgar la protección que le ley exige, frente al caso concreto.

Destacamos la trascendencia de la ley sancionada pues importa reconocer que el concepto de salud implica el libre desenvolvimiento de la dimensión física, la dimensión psíquica y la dimensión sexual del individuo. Se receptan de un modo contundente los aportes de la ciencia médica, que consideran el término salud, como un concepto positivo y no como la mera ausencia de enfermedad, es mucho más complejo ya que implica distintos grados de vitalidad y funcionamiento adaptativo²⁷. Al sancionar la ley que comentamos el Estado argentino, siguiendo los principios constitucionales vigentes, asume que el derecho a la salud reviste un carácter de derecho fundamental. Ello, en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos, el cumplimiento de tales obligaciones es lo que permitirá la estructuración de este derecho dentro del marco constitucional²⁸.

VII. Conclusiones

Para todo ser humano, la noción del vivir, no es exclusivamente biológica, sino una realidad compleja: biológica, psicológica y espiritual. Por tanto, seguir viviendo, no es sólo poder mantener la vida biológica, poder reproducirse, y un cierto grado de bienestar suficiente para estos fines. Es, y de modo igual o más importante, poder actuar con su inteligencia y voluntad, persiguiendo los fines que libremente elige.

El sistema jurídico debe asegurar la posibilidad del desarrollo pleno de los derechos de los ciudadanos que han optado por una identidad sexual diferente a la otorgada en el momento de su nacimiento, evitando todo tipo de discriminaciones en tal sentido. Afortunadamente y gracias a la incansable labor de las agrupaciones de LGBT, existe una reacción mundial a favor de la protección normativa a nivel interno y convencional. La ley argentina es un claro ejemplo de dicha tendencia y es esperable que al momento de su aplicación no se contraríen los principios que la misma consagra.

La comunidad internacional ha de incrementar los esfuerzos a fin de que el respeto al derecho fundamental a la identidad sexual, se multiplique y llegue a las naciones donde aún se justifica su violación. Creemos que tal labor es indispensable para garantizar la convivencia pacífica ya que una persona, mermada en su identidad, desarrolla sentimientos y conductas incompatibles con un modelo social armónico.

²⁷ Oblitas, L. A., & Guadalupe, L. A. O. (2006). *Psicología de la salud y calidad de vida*. Cengage Learning Latin America, p.3.

²⁸ Damsky, I. A. (2006). La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. In *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico* (pp. 161-206). Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico D.F.

VIII. Bibliografía Consultada

- BECERRA FERNANDEZ, A.
 - Grupo De Trabajo Sobre Trastorno De Identidad De Genero de La Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición, del Hospital Ramón y Cajal de Madrid, *EndocrinolNutr*, 2003,50(1) pp.19-33.
 - Transexualidad. La Búsqueda de una Identidad*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A., 2003
- BOLETIN OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, www.boletinoficial.gob.ar
- CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, F.J. *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Ganada, Comares, 10ma.edición, 2009.
- CAMPOS, A.. “La transexualidad y el derecho a la identidad sexual” (2001) disponible en <http://mail.felgt.org/files/docs/726450faec76.pdf>
- CHECA S.(Comp.) *Genero., Sexualidad y Derechos reproductivos en la adolescencia*. Buenos Aires, Paidós-Tramas Sociales, 2005.
- CIDH “Orientación Sexual, Identidad De Género Y Expresión De Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes”, www.cidh.oas.org
- DAMSKY, I. A. La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos., *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico* (pp. 161-206), Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico D.F. 2006.
- ESPLUGUES MOTA C y IGLESIAS BUHIGUES J. *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- ESPÍN, M. "Aproximación A La Transexualidad Como Noción Científica" http://www.cenesex.sld.cu/webs/aproximacion_a_la_transexualidad.htm
- FAUR, L. “¿Escrito en el cuerpo? Genero y Derechos Humanos en la Adolescencia” en MARCUELLO C. , EISEGUI, A. “Sexo, género, identidad sexual y sus patologías”. *Cuadernos de Bioética*, 1999/3 pp. 459-477, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Madrid,1999.
- FERNANDEZ ROZAS, J.C y SANCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor,Civitas, 5ta edición, 2010.
- FERRAJOLI, L.. “Sobre los derechos fundamentales”. Cuestiones constitucionales 015 (2009), Revista Mexicana de Derecho Constitucional, versión disponible en <http://132.247.146.34/index.php/cuc/article/view/2172> consultada el 2 de marzo de 2013.
- FOUCAULT, M. *Historia de la Sexualidad: el uso de los placeres*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina s.a., 2002.
- GODSCHMIDT, W. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, Buenos Aires, Depalma, Sexta edición, 1988.
- HOFFE O. *Derecho Intercultural*, Barcelona, Editora Gedisa S.A., 2000.
- JUENGER, F. *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, Mexico, Ed. Porrúa, 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI A.”El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI”. *Revista de Derecho Comparado* Nro.10, p.7, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.

- MEDINA G. “Las uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro.4, p.87, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001.
- MILLOT, C. *Exsexo, ensayo sobre el transexualismo*, Mexico, Paradiso, 1984
- OBLITAS, L. A., & GUADALUPE, L. A. O. *Psicología de la salud y calidad de vida*. Cengage Learning Latin America, 2006.
- PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA
http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf
- TOURAINE A. (2005). *Un nuevo paradigma. Para comprender el mundo de hoy*, Barcelona, 2005, Ediciones Paidós Iberica S.A., pp.45 y ss.