

## La construcción jurisprudencial del “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

### The jurisprudential construction of the “right to sexual orientation and gender identity” in the Inter-American Human Rights System

José MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO\*

**RESUMEN:** Los textos internacionales sobre derechos humanos no establecen derechos específicos para las personas LGBTIQ. Sin embargo, su situación como colectivo es muy especial, pues están sometidos a actos de violencia, exclusión y discriminación. Por eso, los tribunales internacionales -el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos- han realizado una labor de construcción a través de su doctrina jurisprudencial de un derecho específico para las personas LGBTIQ: el derecho a la orientación sexual y la identidad de género.

**PALABRAS CLAVE:** derechos personas LGBTIQ; orientación sexual; identidad de género; libre determinación del género; Principios de Yogyakarta.

**ABSTRACT:** International human rights texts do not establish rights for LGBTIQ people. However, their situation as a group is very special, as they are subject to acts of violence, exclusion and discrimination. For this reason, the international courts

---

\* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de La Rioja (España).  
Contacto: <jose.mezdepison@unirioja.es>. Código ORCID: 0000-0002-07727-3058. Fecha de recepción: 01/04/2022. Fecha de aprobación: 12/08/2022.

-the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights- have carried out a task of building, through their jurisprudential doctrine, a specific right for LGBTIQ people: the right to sexual orientation and gender identity.

KEYWORDS: LGBTIQ people rights; sexual orientation; gender identity; gender self-determination.

## I. INTRODUCCIÓN

**N**i el art. 1 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos (DUDH, 1948), ni el articulado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), ni del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) recogen un derecho o derechos específicos para el colectivo de personas LGBTIQ más allá de la regulación de los derechos y libertades fundamentales de cualquier ciudadano perteneciente a un país miembro de Naciones Unidas<sup>1</sup>. Puede, pues afirmarse que, realmente, el sistema de derechos y libertades fundamentales de Naciones Unidas está pensado para hacer referencia general y abstracta a todos los ciudadanos del planeta con independencia del lugar, su condición, sus circunstancias sociales y económicas o la época de su nacimiento.

Como afirma el artículo 1 de la DUH, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, en una frase que tiene claras connotaciones rousseauianas. En consecuencia, el listado de derechos contenidos en la DUDH, así como en el PIDP y en el PIDESC, son atribuidos a todas las personas sin excepción y sin consideración del tiempo o lugar en el que habitan. Sólo así pueden ser definidos como universales.

---

<sup>1</sup> Utilizo el acrónimo LGBTIQ (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales y *queer*) dado que es el empleado por la *Estrategia* europea en torno a este colectivo. Me refiero a la *Union of Equality. LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025* <[https://ec.europa.eu/info/files/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025\\_en](https://ec.europa.eu/info/files/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_en)>. Según este documento, las personas LGBTIQ son aquellas personas que sienten atracción hacia otras de su propio género (lesbianas, gays) o de ambos (bisexual); aquellas cuya identidad y/o expresión de género no corresponde al sexo asignado en el momento del nacimiento (trans, no-binarios); aquellas que han nacido con características que no se ajustan a la definición típica de hombre o mujer (intersex); y aquellas cuya identidad no se ajusta a la clasificación binaria de la sexualidad y/o género (*queer*).

No obstante, más allá de la retórica y de las declaraciones grandilocuentes, lo cierto es que esta universalización puede ser discutible en relación con las personas LGBTIQ. Las ONGs y activistas de sus derechos están constantemente denunciando la violación de estos derechos sin que la situación general mejore sustancialmente<sup>2</sup>. A pesar de todo, un espectro amplio de defensores de los derechos considera que basta y sobra con estos textos internacionales sobre derechos humanos para que esté garantizado su reconocimiento integral y para que deba lucharse realmente por su materialización o, en su caso, protección.

Este artículo tiene por objeto mostrar que, en el caso de las personas LGBTIQ, esta pretensión parece una quimera y que, por el contrario, a pesar de los pronunciamientos de los organismos internacionales, resulta necesario plantearse un derecho o un haz de derechos que los proteja de las numerosas amenazas a su vida y situación personal y que les garantice el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad. De hecho, como veremos, puede afirmarse que, desde principios del siglo XXI, se han producido una serie de confluencias que permiten afirmar la

---

<sup>2</sup> Todos los años desde 2007 ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*) publica, tras un trabajo muy minucioso sobre cada país, su informe *Homofobia de Estado*, que es un referente en el ámbito internacional sobre la situación de las personas LGBTIQ, citado no sólo por los organismos vinculados a Naciones Unidas, sino también por los tribunales internacionales. Para el que suscribe este informe es clarificador en relación a la situación global del colectivo. Según el informe de diciembre de 2020, último existente hasta la fecha, de los 193 Estados estudiados pertenecientes al sistema de Naciones Unidas 70 penalizan *de facto* o *de iure* los actos sexuales consentidos entre personas adultas del mismo sexo. De ellos, 6 castigan estas relaciones con la pena de muerte. 5 más, potencialmente pueden imponer dicho castigo. Ver Informe ILGA de *Homofobia de Estado 2020*, p. 27. Consultado en: <[https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Mundo\\_Homofobia\\_de\\_Estado\\_Actualizacion\\_Panorama\\_global\\_Legislacion\\_diciembre\\_2020.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Mundo_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2020.pdf), última vez consultado el 11 de marzo de 2022>.

existencia, más o menos asentada, de un “derecho a la orientación sexual y la identidad de género”, ya sea por reivindicación solidaria o por construcción jurisprudencial.

Soy consciente de que esta afirmación no es una cuestión pacífica y que muchos activistas defensores de los derechos de las personas LGBTIQ no quieren ni hablar de un derecho de este tipo. Como ejemplo de esta actitud nada mejor que transcribir la opinión del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos (ACNUDH), en su texto *Nacidos Libres e Iguales*: “la protección de las personas LGBT contra la violencia y la intimidación no exige la creación de una nueva serie de derechos específicos para ellas ni el establecimiento de nuevos estándares internacionales de derechos humanos”<sup>3</sup>.

Esta posición es, desde luego, muy encomiable, pero la realidad es muy tozuda: no hay más que acudir a informes de expertos internacionales para constatar la cruda realidad de las personas LGBTIQ en muchos lugares del planeta y que, en consecuencia, la mejora de su situación requiere un mayor compromiso, nuevas estrategias y, por qué no, la configuración de nuevos derechos.

Creo que hay mimbres para construir este cesto. En primer lugar, porque en la época de la especificación de los derechos, tal y como definieron al actual momento histórico N. Bobbio y G. Peces-Barba, no tiene que resultar extraño la reivindicación de unos derechos para un colectivo tan vulnerable<sup>4</sup>. En segundo lugar,

---

<sup>3</sup> ACNUDH, *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, New York/Ginebra, Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p. 9. Consultado en: <[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf)>, última consulta el 9 de marzo de 2022>.

<sup>4</sup> Hace ya unas décadas, N. BOBBIO en Italia y G. PECES-BARBA en España defendieron el carácter histórico de los derechos humanos lo que implicaba que su desarrollo y consolidación se produjo en una serie de etapas: positivación, universalización, generalización, y especificación. En esta fase, se tiende a considerar a las personas en su situación concreta y así es posible atribuirles

porque existen textos y declaraciones internacionales que avalan la construcción de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género, como lo avalan los *Principios de Yogyakarta*, acreditados como un referente por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2007. En tercer lugar, porque tribunales o cortes internacionales han hecho y hacen una labor muy meritoria de reconocimiento y construcción de estos derechos, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, porque los legisladores nacionales han cogido el testigo y están elaborando una legislación interna que garantice la integridad física y psíquica de las personas LGBTIQ, el ejercicio de sus derechos, el respeto de su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Como colectivo especialmente vulnerable, ello implica la prohibición del ejercicio de la violencia, las terapias de conversión, la discriminación, etc., y, por el contrario, el derecho al reconocimiento de su identidad, el acceso a la educación o al sistema público de salud, unas condiciones óptimas en el mercado laboral, etc.

En lo que sigue voy a desarrollar estas cuestiones tratando, en primer lugar, los pormenores de la importante declaración de los *Principios de Yogyakarta*. A continuación, describiré y valoraré la meritoria labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Empezaré por una breve explicación sobre la labor de la Comisión Interamericana para luego pasar a referirme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, realizaré una prospectiva sobre el futuro de los derechos de las personas LGBTIQ y, en especial, sobre el papel de las legislaciones nacionales.

---

determinados derechos. De esta manera, se justifican los derechos del niño, de los consumidores, de las mujeres, de la tercera edad, etc. Ver BOBBIO, Norberto *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, p. 98; PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, EUDEMA, 1991, pp. 234-173, y MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Zaragoza, Egido Editorial, 1997, pp. 27 y 57-58.

## II. LOS *PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA*

Desde principios del siglo XXI, diferentes movimientos pro derechos LGBTIQ e, incluso, países del sistema de Naciones Unidas han formalizado iniciativas para establecer y acordar alguna declaración internacional sobre los derechos de estas personas. Así, en el seno de la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sita en Ginebra, se sucedieron diferentes iniciativas de algunos países como Brasil (2003, 2004 y 2005). Asimismo, se produjeron otras propuestas importantes como la Declaración de Nueva Zelanda de 2005, la de Montreal de 2006, etc. En ellas se hace referencia a la orientación sexual y a la identidad de género. No obstante, de todas las iniciativas y documentos, sin duda, el más importante es la que dio como resultado a los *Principios de Yogyakarta*.

Los *Principios de Yogyakarta* llevan como subtítulo una frase ilustrativa de las intenciones de sus promotores y, a la postre, motivo del éxito que le ha acompañado desde entonces: *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. El resultado fue sorprendente, pues, buscando materializar la tesis de que no hace falta un derecho específico para las personas LGBTIQ dado que para eso están los textos internacionales sobre derechos humanos, han conseguido fundamentar un “derecho a la orientación sexual y a la identidad de género”.<sup>5</sup>

Los *Principios de Yogyakarta* son el resultado del estudio y reflexión de 29 expertos en derechos humanos reunidos en la Uni-

---

<sup>5</sup> El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas hizo suyos los *Principios de Yogyakarta* en 2007. De esta manera, como afirma C. Monereo Atienza, “estos principios supusieron un gran avance en la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”. MONEREO ATIENZA, Cristina, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Dykinson/Instituto Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 62.

versidad de Gadjah Mada (Yogyakarta, Indonesia) los días 6 a 9 de noviembre de 2006, convocados por la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para Derechos Humanos. Como indica su introducción, el objetivo era redactar, desarrollar, discutir y refinar esos “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. Los 29 expertos de 25 nacionalidades establecieron 29 principios de actuación, así como recomendaciones para los Estados<sup>6</sup>.

La primera gran aportación de los *Principios de Yogyakarta* y de los expertos se sitúa en el ámbito de la definición de “orientación sexual” e “identidad de género”. Desde entonces, es reiterada en todos los textos, especialmente, en los legales. A efectos de las declaraciones internaciones de derechos humanos:

La orientación sexual se refiere a la vivencia de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

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

---

<sup>6</sup> Cfr. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Consultado en: <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>>.

A estas definiciones le siguen un total de 29 principios, así como recomendaciones para los Estados y otras instrucciones adicionales para otros actores como los mismos organismos de Naciones Unidas, instituciones nacionales vinculadas a los derechos humanos, medios de comunicación, ONGs o agencias financiadoras. Uno de los elementos más importantes reside en la declaración de los expertos de que estos principios establecen además “la obligación que conlleva a los Estados en cuanto a la implantación de los derechos humanos”.

El primer principio reitera la idea central de la Declaración Universal de Derechos Humanos: que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Y añade que “los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen el derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”. A partir de esta importante declaración, el documento hace referencia a estos derechos humanos y a su proyección en las personas LGBTIQ: el derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (Principio 2); el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Principio 3); el derecho a la vida (Principio 4); el derecho a la seguridad personal (Principio 5); el derecho a la privacidad (Principio 6); el derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente (Principio 7); el derecho a un juicio justo (Principio 8); el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente (Principio 9); el derecho de toda persona a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Principio 10); el derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas (Principio 11); el derecho al trabajo (Principio 12); el derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social (Principio 13); el derecho a un nivel de vida adecuado (Principio 14); el derecho a una vivienda adecuada (Principio 15); el derecho a la educación (Principio 16); el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Principio 17); protección contra abusos médicos (Principio 18); el derecho a la libertad de opinión y de expresión (Principio 19);

el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas (Principio 20); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Principio 21); el derecho a la libertad de movimiento (Principio 22); el derecho a procurar asilo (Principio 23); el derecho a formar una familia (Principio 24); el derecho a participar en la vida pública (Principio 25); el derecho a participar en la vida cultural (Principio 26); el derecho a promover los derechos humanos (Principio 27); el derecho a recursos y resarcimientos efectivos (Principio 28). Los *Principios de Yogyakarta* concluyen con una exigencia de responsabilidad de los funcionarios públicos que cometan violaciones contra la orientación sexual y la identidad de género (Principio 29). Además, conviene no olvidar que cada principio o derecho va acompañado con las oportunas recomendaciones y específicas obligaciones para los Estados.

Igualmente, conviene recordar que, inicialmente, los *Principios de Yogyakarta* por sí mismos no conllevaban obligaciones jurídicas y compromisos políticos para los Estados al estilo de la DUDH o el PIDCP y al PIDESC al no haber sido tramitado por el procedimiento propio de los tratados internacionales. Quedó, pues, en el ámbito de las declaraciones, aunque sustentados en el importante apoyo de los textos internacionales de derechos humanos. No obstante, como ya se adelantó, ha sido tal su prestigio que los *Principios de Yogyakarta* suponen un hito en el reconocimiento del derecho a la orientación sexual y la identidad de género y de sus manifestaciones.

Con todo, el proceso de configuración de un texto de referencia sobre los derechos de las personas LGBTIQ no quedó en esta iniciativa<sup>7</sup>. Hubo más cuya referencia en este texto excede del

---

<sup>7</sup> Sobre el desarrollo y conformación del derecho a la orientación sexual y la identidad de género puede consultarse mis dos artículos MARTÍNEZ DE PISÓN, José, “Los derechos de las personas LGBTI: ¿Hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 2020, pp. 209-239 y “Sexo, género y derechos: del ‘derecho a

objetivo propuesto. No obstante, sí que interesa añadir algo más de información sobre los *Principios de Yogyakarta*.

Aunque inicialmente los *Principios de Yogyakarta* supusieron un paso importante en el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ, lo cierto es que hubo colectivos que sintieron excluida su realidad personal de esta declaración. Esta situación afectó sobre todo a sectores del mundo *trans*<sup>8</sup> -particularmente, aquellos que no creen pertinente modificar su cuerpo a través de la cirugía para el reconocimiento de su identidad de género-, igualmente, las personas intersexuales, *queer*, bisexuales, cuir, no binarias, etc. Como afirma Peña Díaz, estas personas, particularmente, los intersexuales, “correrían el riesgo de ser ignoradas al deberse su vulnerabilidad a priori ni a su orientación sexual ni a su identidad de género, sino a presentar características sexuales diversas”<sup>9</sup>.

---

la orientación sexual y la identidad de género’ al ‘derecho a la libre determinación del género”, *Derechos y Libertades*, 46, II, 2022, pp. 23-64.

<sup>8</sup> El mundo trans es sumamente complejo y reducir a las personas a meros estereotipos no hace justicia de su realidad. Pero, para que nos aclaremos, merece la pena traer a colación las siguientes definiciones de COLL-PLANAS. Según este activista pro derechos, el término *trans* es la voz el término genérico con el que se hace referencia a todo el colectivo. Los *transexuales* son aquellos *trans* favorables a la reasignación del sexo mediante hormonación y cirugía; los *transgénero* hace referencia a aquellas personas *trans* que rechazan el uso de medios médicos y quirúrgicos y quieren vivir su género deseado de otra forma, pues cuestionan algo más básico como es la necesidad de elegir entre lo masculino y lo femenino; finalmente, el término *travesti* usado en Latinoamérica para referirse a los *transexuales* y hace décadas, igualmente, muy empleado en España. Ver COLL-PLANAS, Gerard, *La voluntad y el deseo. La construcción social del género y la sexualidad: el caso de las lesbianas, gays y trans*, 2ª ed., Barcelona, Egales, 2011, p. 26.

<sup>9</sup> PEÑA DÍAZ, Francisco de Asís, *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, Valencia, tirant lo Blanch, 2018, p. 41.

Para suplir esta carencia, volvieron a reunirse en 2017 en la misma ciudad una comisión de expertos que elaboraron los *Principios de Yogyakarta+10*. Como se especifica en el subtítulo, estos diez principios/derechos complementan el texto anterior aplicando el derecho internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales<sup>10</sup>.

También en esta ocasión se hizo una fina labor de perfilar los conceptos importantes. Así, en el Preámbulo, se define:

La expresión de género como “la presentación de cada persona de su género a través de la apariencia física -incluyendo la vestimenta, el peinado, los accesorios y el maquillaje- y los modales, el modo de hablar, los patrones de conducta, los nombres y las referencias personales”.

Y las características sexuales como “los rasgos físicos de cada persona, relacionados con el sexo, incluyendo los genitales y otros rasgos anatómicos sexuales y reproductivos, los cromosomas, las hormonas y las características físicas secundarias que se manifiestan en la pubertad”.

Como en el caso de los primeros *Principios de Yogyakarta*, en el texto de 2017 se incluyen 10 derechos apoyados en las oportunas recomendaciones y especificaciones sobre las obligaciones derivadas para los Estados. El Principio 30 especifica el derecho a la protección estatal frente a la violencia, la discriminación y otros daños en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales. El Principio 31 amplía el derecho al reconocimiento legal de las personas sin referencia al sexo o al género. El Principio 32 recoge el derecho a la integridad física y mental, en el que el nuevo texto se incluye también el derecho a la autonomía, el derecho a la autodeterminación personal en relación a la orientación sexual, la identidad de

---

<sup>10</sup> *Principios Yogyakarta+10*. Consultado en: <[http://yogyakartaprin-cipios.org/wp-content/uploads/2017/11/A5\\_yogyakartaWEB-2.pdf](http://yogyakartaprin-cipios.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf)> (13 de marzo de 2022).

género, la expresión de género o las características sexuales. Esta última referencia resulta clave pues señala el camino a seguir en la configuración de los derechos de las personas LGBTIQ: el derecho a la libre determinación del género. Además, este Principio incluye también la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos, crueles y degradantes, y el uso de tratamientos médicos invasivos o irreversibles sin previo consentimiento e informado salvo que sea necesario para evitar daños serios e irreparables. Con ello, se recoge la prohibición de las terapias de conversión y las reivindicaciones del colectivo intersexual.

Otros derechos reconocidos son: el de estar libres de criminalización de sanción (Principio 33), el derecho de protección de la pobreza y exclusión social (Principio 34), derecho a la salud (Principio 35), el derecho a los derechos humanos en relación con las tecnologías de la información y comunicación (Principio 36), el derecho a la verdad (Principio 37) y el derecho a practicar, proteger, preservar y revivir la diversidad cultural (Principio 38).

En fin, en relación con el valor de los *Principios de Yogyakarta* y *Principios de Yogyakarta+10*, puede afirmarse con razón: “Los 38 Principios de los YPs y YP+10 brindan una exposición autorizada y experta de la Legislación Internacional de Derechos Humanos tal como se aplica actualmente a las cuestiones de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. Su peso legal y normativo proviene directamente del conjunto comprendido en esa legislación, y los Estados deben regirse por estos Principios del mismo modo en el que deben regirse por la Declaración Universal de Derechos Humanos”<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> CABRAL GRINSPAN, Mauro y EHRT, J., “Introducción a los Principios de Yogyakarta+10” en *Informe ILGA 2019, op. cit.*, p. 43.

### III. EL DERECHO A LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), auspiciado por la Organización de Estados Americanos (OEA), evidencia en los últimos años un especial interés por la realidad y los derechos de las personas LGBTIQ<sup>12</sup>. Tanto la Comisión Interamericana<sup>13</sup> como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada uno en su ámbito competencial, han promovido, justificado y desarrollado un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Todo ello, por cierto, en el marco de numerosas e impor-

---

<sup>12</sup> Un interesante comentario al Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos y su posición sobre el derecho a la identidad de género en LITARDO, Emiliano, “La identidad de género en América: Aproximaciones para una teoría democrática del género”, *Sistemas judiciales*, 22, 2019, pp. 51-56. Consultado en: <<https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2019/05/SJ22-5-Litardo-2.pdf>> (31 de marzo de 2022).

<sup>13</sup> En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado y aprobado tres trabajados y brillantes informes sobre la situación y sobre los derechos de las personas LGBTIQ: un informe sobre la *Violencia contra las personas LGBTI* (2015), otro titulado *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de derechos de personas LGBTI en las Américas* (2018) y, finalmente, el informe de la Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales* (2020). Estos informes pueden verse en <<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/informes/tematicos.asp>> (consultado en marzo de 2022). A su vez, la Asamblea de la OEA ha aprobado diferentes resoluciones sobre la situación y la promoción de los derechos de las personas LGBTIQ. Desde la pionera Resolución AG/RES, 2435 (XXXVIII-O/08) *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, aprobada el 3 de junio de 2008, se han sucedido similar posicionamiento prácticamente en todas las sesiones plenarias hasta 2017.

tantes iniciativas nacionales por proteger y mejorar la situación de este colectivo que, como han mostrado los informes, son objeto de violencia y de discriminación y están inmersos en los círculos de exclusión y pobreza.

Desde el punto de vista jurídico, el panorama del derecho a la orientación sexual y la identidad de género es similar al que puede encontrarse en los textos internacionales de derechos humanos vinculados a Naciones Unidas e igualmente al de otros ámbitos geográficos como el ligado al Consejo de Europa o la Unión Europea. Es decir, la existencia de un texto general sobre derechos humanos que no regula un derecho específico para el colectivo de personas LGBTIQ. Como consecuencia, las reclamaciones por violación de derechos se articulan a través de recursos fundados en derechos atribuidos a todas las personas con carácter general y universal<sup>14</sup>. No obstante, puede destacarse una particularidad: que, como veremos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia de su homólogo europeo, el TEDH, ha considerado desde un principio que la situación de las personas LGBTIQ y la protección de sus derechos encajaba en el principio de no discriminación. Mientras que el TEDH ha hecho girar su argu-

---

<sup>14</sup> Como vimos, en el caso europeo las referencias son, sobre todo, el art. 8 del CEDH, en el que se regula el derecho a la vida privada, y el art. 14, en el que se reconoce el principio de no discriminación. En el caso del espacio americano, las referencias son el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se reconoce la protección de la honra y de la dignidad y, sobre todo, el 24 en el que se recoge el principio de igualdad en relación con el 1.1 en que se encuentra el principio de no discriminación. Este último ha sido determinante en la argumentación del CIDH. Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social”.

mentación y su doctrina jurisprudencia en torno al derecho a la vida privada, el CIDH lo ha hecho a partir del principio de no discriminación, aunque ambos tribunales, por supuesto, no han ignorado la relevancia de uno y otro derecho.

En todo caso, el denominador común en ambos sistemas de derechos es la construcción del derecho a la orientación sexual y la identidad de género a partir de la labor jurisdiccional, a partir de la interpretación y de la argumentación del CIDH y del TEDH.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como el TEDH, ha realizado una destacada labor en la gestación y consolidación del derecho a la orientación sexual y la identidad de género. En favor de la orientación sexual, lo hizo a partir de la pionera sentencia del *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012. Además, ha hecho también un importante pronunciamiento a favor del derecho a la identidad de género en la opinión consultiva *OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017*, solicitada por la República de Costa Rica.

En relación a la orientación sexual, sin duda, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el referente en la construcción jurídica de un derecho para las personas LGBTIQ es la sentencia del *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012. Junto a este texto judicial, cabe mencionar también la sentencia del *caso Duque vs. Colombia*, de 23 de febrero de 2016, la del *caso Flor Freire vs. Ecuador*, de 31 de agosto de 2016, y, finalmente, la de *caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, de 12 de marzo de 2020.

Lo cierto es que en el *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, se encuentran las pautas que el CIDH desarrollará en las sentencias posteriores. En primer lugar, como ya se ha adelantado, la Corte ha centrado la construcción jurídica del derecho a la orientación sexual alrededor del art. 1.1. de la Convención en el que se obliga a los Estados firmantes a reconocer y proteger el principio de no discriminación por motivo de sexo "...o cualquier condición social". En segundo lugar, el CIDH ha considerado, como su homólogo europeo, que la Convención no es un texto petrifica-

do, sino que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva...”<sup>15</sup>. Por ello, “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”<sup>16</sup>. En este caso, además, en consonancia con las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en particular, con la *AG/RES 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, aprobada el 3 de junio de 2008. La Corte concluye afirmando que “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”<sup>17</sup>. En el caso de la señora Atala, la discriminación por orientación sexual se produjo entre las diferentes materias objeto del pleito, la tuición o custodia de las hijas.

Además, la CIDH vinculó la no discriminación por razón de la orientación sexual con el derecho a la vida privada, esto es, en este caso, con el derecho a organizar su vida y su intimidad de acuerdo a su plan o a sus proyectos personales. Esto es, la lectura que realiza de la no discriminación no se reduce a la consideración o no del papel de la orientación sexual, sino que considera

---

<sup>15</sup> *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, párr. 83. Consultado en: <[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)> (22 de marzo de 2022).

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 85.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párr. 93.

que también incluye “su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas” que no tiene por qué coincidir con el rol atribuido a las mujeres en la concepción tradicional de la familia<sup>18</sup>. En este sentido, el Tribunal infiere también que la discriminación por razón de la orientación sexual supuso además una intolerable intromisión en la vida privada de la señora Atala<sup>19</sup>. Las mismas consideraciones y argumentación del *caso Atala Riffó y niñas vs. Chile* realizó en la CIDH en los casos mencionados más arriba sacando en alguno de ellos relevantes conclusiones. Por ejemplo, en el *caso Duque vs Colombia*, de 26 de febrero de 2016, extiende la interpretación del principio de no discriminación a la identidad de género con lo que se puede afirmar que da un paso adelante en la configuración jurisprudencia del derecho a la orientación sexual y la identidad de género. En concreto, afirma<sup>20</sup>:

104. La Corte Interamericana ya ha 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

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, párr. 133 y 140.

<sup>19</sup> Como afirma: “El Tribunal constata que, durante el proceso de tuitión, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad” (párr. 167).

<sup>20</sup> *Caso Duque vs. Colombia*, de 26 de febrero de 2016. Consultado en: <[chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec\\_310\\_esp.pdf&clen=858824&chunk=true](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec_310_esp.pdf&clen=858824&chunk=true), consultado el 25 de marzo de 2022>.

estatales o particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. 105. En este sentido, el instrumento interamericano proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

En este sentido, lo relevante es que, en ésta y en las otras sentencias, la CIDH considera violación del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género cualquier injerencia en la vida privada, la restricción en la organización de las relaciones personales, la negativa en la concesión de pensión que cualquier otro ciudadano hubiera disfrutado, etc.

En la misma línea de ir perfilando el contenido del derecho a la orientación sexual y la identidad de género, en la sentencia por la que resuelve el caso *Flor Freire vs Ecuador*, de 31 de agosto de 2016<sup>21</sup>, la CIDH realiza otra afirmación que, al tiempo que sustenta su concepción de la orientación sexual, amplía también sus contornos conceptuales, pues vincula este derecho con la noción de “la libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”. Lógicamente, este argumento no sólo es válido para las decisiones personales sobre la orientación sexual y la identidad de género, sino también para la expresión de género, las circunstancias sexuales, la realidad intersexual y no binaria, el mundo *queer*, etc.

---

<sup>21</sup> *Caso Flor Freire vs. Colombia*, de 31 de agosto de 2016, párr. 103. Consultado en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec\_315\_esp.pdf&clen=1001349&chunk=true> (25 de marzo de 2022).

Todo lo que tenga que ver con la personalísima identidad sexual y de género.

En fin, con el objeto de dar por consolidada esta argumentación y la configuración del derecho a la orientación sexual y la identidad de género, merece la pena mencionar también la sentencia del *caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, de 12 de marzo de 2020, en la que, además, extiende el principio de no discriminación del artículo 1.1. de la Convención a todas las personas LGBTI con lo que, realmente, la CIDH acaba por construir un derecho para todo el colectivo<sup>22</sup>.

En las sentencias de estos casos, la CIDH tuvo la oportunidad de esbozar la configuración jurisprudencial de los derechos de las personas LGBTIQ. Sin embargo, su labor no quedaría en estas ideas y argumentos. La solicitud por parte de Costa Rica de una opinión consultiva fue un excelente motivo para continuar la tarea constructiva en torno a los derechos de este colectivo. La opi-

---

<sup>22</sup> En efecto, aun reiterando alguna de las ideas ya vistas, la CIDH afirma: “La Corte Interamericana ha reconocido que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. En este sentido, ya ha establecido que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención. En consecuencia, el Estado no puede actuar en contra de una persona por motivo de orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género” (párr. 90). Consultado en: <[chrome-extension://efaidnbmninnbpcapjcgclclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec\\_402\\_esp.pdf&clen=814210&chunk=true](chrome-extension://efaidnbmninnbpcapjcgclclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec_402_esp.pdf&clen=814210&chunk=true), consultado el 25 de marzo de 2022>. Esta sentencia tiene una importante trascendencia pues no se trata solo del reconocimiento de la identidad sexual de una persona, sino que juzga la detención, los insultos y la violencia que tuvo que soportar la señora Azul Rojas en las dependencias policiales.

nión de la Corte se concretó en la opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017<sup>23</sup>.

La OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, viene a rellenar un importante hueco de una cuestión que, en las sentencias de la Corte, quedaba un tanto deslavazado, en el ámbito únicamente de las declaraciones e intenciones: el de la identidad de género. La República de Costa Rica elevó 5 cuestiones que van desde el reconocimiento y protección de la identidad de género, sus consecuencias patrimoniales en caso de unión de dos personas, hasta la compatibilidad de la legislación interna con la Convención, así como la idoneidad o no de las vías jurisdiccionales como garantía del derecho. En la OC-24/17, la CIDH pudo explayarse sobre el reconocimiento y protección de la identidad de género al amparo del artículo 1.1, 11.2 y 24 de la Convención Americana.

En efecto, ahora más explícitamente en relación con la identidad de género, la Corte reitera argumentos e ideas que, en principio, había desarrollado para la orientación sexual en las sentencias ya relatadas. A partir de la concepción de la Convención como un “instrumento vivo, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, esto es, que debe ir acompañado de una “interpretación evolutiva”<sup>24</sup>, la CIDH va a desgranar conceptual y jurídicamente el derecho a la identidad de género, lo que, además, vale también para la orientación sexual.

---

<sup>23</sup> OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, que lleva un subtítulo esclarecedor: “Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo”. Consultado en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fopiniones%2Fseriea\_24\_esp.pdf&cldn=1247226&chunk=true, consultada 26 de marzo de 2022>.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párr. 69.

Creo relevante entresacar algunas ideas de la opinión consultiva. Dejemos hablar al propio Tribunal que resume magníficamente su argumentación en uno de los párrafos:

101. De conformidad con lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

a) Se desprende (de la Convención) el derecho a la identidad del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada (*supra* párrs. 88 y 89);

b) El derecho a la identidad ha sido reconocido por este Tribunal como un derecho protegido por la Convención Americana (*supra* párr. 90).

c) El derecho a la identidad comprende, a su vez, otros derechos, de acuerdo con las personas y las circunstancias de cada caso, aunque se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana (*supra* párr. 90)).

d) El reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2 (*supra* párr. 98).

e) La identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones (*supra* párr. 93).

f) La identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (*supra* párr. 94).

g) El sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan

siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada (*supra* párr. 95).

h) El derecho a la identidad posee también un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos (*supra* párr. 99).

i) El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas *trans*, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (*supra* párr. 98).

j) El Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas (*supra* párr. 100).

Sobra reafirmar la importancia de estas declaraciones para los derechos de las personas LGBTIQ: desde su fundamento último en la dignidad humana, la autonomía personal, la libertad y la vida privada hasta el derecho a autodeterminarse y a escoger la opción sexual y de género. Esta última afirmación supone un paso enorme que trasciende el derecho a la orientación sexual y la identidad de género para, como veremos, fundamentar los cambios e innovaciones legislativas en favor de un derecho a la autodeterminación del género. También esta declaración resulta muy relevante para confirmar las derivaciones del derecho de las personas LGBTIQ: la protección contra la violencia, los tratos inhumanos y degradantes, la tortura o el acceso al sistema público de salud, a la educación, un empleo digno, vivienda, etc.

En el caso de las personas de las personas *trans*, la OC-24/17 aclara, además, dos cuestiones relevantes: el derecho al reconocimiento de la identidad de género auto-percibida y el procedimiento idóneo para el cambio del nombre y género en los docu-

mentos y registros oficiales y el derecho a formalizar un vínculo afectivo con otra persona.

En relación al primero de los asuntos, la Corte es muy explícita al afirmar que: “El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que sean acordes a la identidad auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (el derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines”<sup>25</sup>. El fundamento de estas conclusiones se encuen-

---

<sup>25</sup> La argumentación que sustenta esta conclusión de la Corte se encuentra en los párrafos 102 a 116 de la *OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, ibidem*. En relación con el procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans, la CIDH establece en los párrafos 117 a 161 importantes instrucciones: deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; deben estar basados en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que puedan exigirse certificados médicos y/o psicológicos que puedan resultar irrazonables o patologizantes; deben ser confidenciales; deben ser expeditos y tender a la gratuidad; finalmente, no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonables. Estas indicaciones aparecen también reiteradas en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de derechos de personas LGBTI. Ibidem* párr. 109. Nótese que la opinión consultiva y el informe mencionado son contemporáneos al movimiento *Stop Pathologization* que logró que la OMS eliminase a la transexualidad como enfermedad mental (disforia de género) del CIE. Esta despatologización de la transexualidad entró en vigor en 2018.

tra, según la CIDH, en la categoría misma de la personalidad jurídica, cuyo reconocimiento a todas las personas es el fundamento del resto de derechos y, especialmente, de su capacidad de obrar: “la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos por el Estado o por los particulares”.

Finalmente, en la cuestión sobre el matrimonio/unión de personas del mismo sexo y de los derechos patrimoniales derivados, la Corte es también muy clara: “La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo...”<sup>26</sup>.

De nuevo, la posición de la Corte es muy ilustrativa. En su argumentación, constata, por un lado, que no hay unanimidad en torno al concepto de “familia” que no debe restringirse a la noción tradicional y, por otro lado, que del vínculo familiar se derivan no sólo derechos patrimoniales sino otros igualmente relevantes otros derechos, beneficios y responsabilidades -desde materia fiscal y hereditaria hasta cuestiones relativas a la salud, custodia de hijos, etc.-. “Todo ello, a juicio del Tribunal, debe ser asegurado sin discriminación alguna a las familias conformadas por parejas del mismo sexo”<sup>27</sup>.

En definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con estos instrumentos jurídicos ha dado sentido y forma jurídica al derecho a la orientación sexual y la identidad de género en las Américas, entrando a detallar aspectos y derivaciones muy rele-

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 199.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párr. 197.

vantes desde la perspectiva de la vida de las personas LGBTIQ al dar así fundamento y contenido a una parte de sus derechos.

#### IV. UN DERECHO LEGISLADO: HACIA EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE GÉNERO.

Sin embargo, como ya se ha podido entrever especialmente al relatar las cuestiones conceptuales y vitales en los apartados anteriores, el derecho a la orientación sexual y la identidad de género no colma todas las circunstancias, ni aspiraciones de las personas LGBTIQ, y así lo han puesto de manifiesto activistas transgénero y defensores de otras formas de entender la identidad sexual y de género. Conviene recordar que la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos reunió diez años después de los *Principios de Yogyakarta* a un conjunto de expertos con el objetivo de ampliar el espectro conceptual de los derechos de las personas LGBTIQ e incluir la “expresión de género” y las “circunstancias sexuales” entre los derechos vinculados a este colectivo. De esta inclusión se deriva, en mi opinión, un “derecho a la autodeterminación de género”<sup>28</sup>.

Ahora bien, la CIDH y el TEDH, que tan importante papel han tenido en la construcción jurídica del derecho a la orientación sexual y la identidad de género, tienen, no obstante, un escaso rol en la configuración del derecho a la autodeterminación del género. El motivo es fácil de comprender y es que, salvo que, como en el caso de la CIDH, se solicite una opinión consultiva, en este ámbito es extraño que se presenten reclamaciones contra los Estados.

En este punto, con todo, entra en escena la participación de un nuevo autor que va a cubrir las lagunas en la articulación del

---

<sup>28</sup> Para un desarrollo más amplio del origen, fundamentación y desarrollo del “derecho a la autodeterminación de género” remito a mi artículo “Sexo, género y derechos: del ‘derecho a la orientación sexual y la identidad de género’ al ‘derecho a la libre determinación del género’”, *Derechos y Libertades*, op. cit.

haz de derechos que vertebran la posición jurídica de las personas LGBTIQ. Me refiero a los legisladores nacionales. Conviene recordar que los textos nacionales e internacionales sobre derechos humanos –la DUDH, la CEDH, la DIDH; etc.– no incluyen ningún derecho específico relativo a este colectivo. La ausencia es, pues, notoria.

En efecto, este hueco ha sido colmado tanto en las Américas como en Europa por los Estados miembros, por un lado, de la OEA y, por otro, del Consejo de Europa, aunque no por todos. En el caso de Europa, once países no exigen diagnóstico médico para el reconocimiento legal del género: Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Portugal y Suiza, y en Austria, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Italia, Polonia, Reino Unido y República Checa se exige diagnóstico y/o tratamiento hormonal. En este ámbito geográfico, Malta fue el país pionero en el reconocimiento legal de un derecho a la autodeterminación de género. Lo hizo con la *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, de 14 de abril de 2015. Su artículo 3 reconoce a sus ciudadanos un haz de derechos en torno al derecho a la libre determinación de género: el reconocimiento a la identidad de género, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a ser identificado en los documentos oficiales de acuerdo al género deseado y el derecho a la integridad corporal y la autonomía física<sup>29</sup>. Con estas especificaciones, parece que se recogen muchas de las reclamaciones de las personas transgénero e intersexuales.

Igualmente, la ley portuguesa es pionera en el reconocimiento del derecho a la libre determinación del género. El artículo 1 de la ley nº 38/2018, de 7 de agosto, sobre *Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e a protecção das características sexuais de cada pessoa* establece este derecho en consonancia con las directrices de los *Principios de Yogyakarta*

---

<sup>29</sup> La ley de Malta, de 14 de abril de 2015, puede consultarse en <[https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta\\_GIGESC\\_trans\\_law\\_2015.pdf](https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf)> (5 de febrero de 2021).

10+. En el texto legal se reconoce el derecho a mantener las características sexuales primarias y secundarias, la prohibición de las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos farmacológicos a los menores intersexuales salvo riesgo para la salud (art. 4), la prohibición de discriminación, el derecho al cambio de nombre y género y una serie de medidas de protección de estas personas en el ámbito de la salud, educación y en el ámbito laboral.

En el ámbito de las Américas, el informe *Avance y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2018, reconoce la obligación de los Estados “de adoptar leyes que reconozcan el derecho a la identidad de las personas trans -las denominadas leyes de identidad de género”<sup>30</sup>. Sin embargo, la amplitud de medidas que incluye entre las obligaciones de los Estados para lograr la no discriminación y el empoderamiento de las personas LGBTIQ trasciende el mero reconocimiento al derecho al cambio de nombre y de género en los documentos y registros oficiales para constituir un derecho más amplio y más integrador de la realidad de las personas LGBTIQ. Lo que, por otra parte, va en la línea por lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017.

Precisamente, en el ámbito de las Américas, ha tenido lugar alguna de las experiencias normativas más positivas para el colectivo LGBTIQ, esto es, existe un interés cierto por parte de los legisladores por establecer una legislación que reconozca sus derechos, evite la discriminación y proteja a las personas frente a la exclusión y la violencia. Esta legislación específica ha sido apro-

---

<sup>30</sup> CIDH, *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI*, *Ibidem*, párr. 95.

bada en Argentina, Bolivia<sup>31</sup>, Chile, Colombia<sup>32</sup> y Uruguay<sup>33</sup>. En otros Estados como Canadá, Cuba, Ecuador, EEUU, Guatemala, Panamá, República Dominicana y Venezuela también han tomado medidas de protección y se favorece el reconocimiento de la identidad de género en países como México<sup>34</sup>. Ya sea a través de la acción del legislador o a través de decisiones judiciales la situación de las personas LGBTIQ está cambiando en todo el continente<sup>35</sup>.

En este contexto, la iniciativa de Argentina en la protección y reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ es digna

---

<sup>31</sup> La Ley n° 807, de identidad de género, de 21 de mayo de 2016.

<sup>32</sup> Decreto n° 12227, de 4 de junio de 2015, por el que se corrige “el componente sexo en el Registro del Estado Civil”.

<sup>33</sup> Ley n° 18.620, sobre el derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios, de 7 de noviembre de 2009.

<sup>34</sup> Sobre la situación jurídica del derecho a la identidad de género en México puede ver el interesante artículo de LEÓN ORTIZ, Miguel Ángel, “Avances en el reconocimiento del derecho humano a la identidad de género auto-percibida en México”, *Ciencia Jurídica*, n° 16, 2019, pp. 119-138. Resulta muy interesante el engarce del derecho a la identidad de género auto-percibida con la reforma constitucional del art. 4° de la Constitución federal en el que se recoge el derecho a la identidad personal, y los desarrollos legislativos que han tenido lugar en la Constitución Política de la Ciudad de México, modificada de forma favorable para la población *trans* el 5 de febrero de 2017. Consultado en: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/316>> (31 de marzo de 2022).

<sup>35</sup> CIDH, *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*, op. cit., párr. 82-103. Sobre la legislación en torno al derecho a la identidad de género puede verse LITARDO, Emiliano, “La identidad de género en América: Aproximaciones para una teoría democrática del género”, op. cit., pp. 57-64. Aunque ya tiene unos años puede verse sobre la situación legislativa, VERGÉS, Alfonso Hernán y otros, “Legislación comparada sobre identidad de género en América Latina”, IX Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, Buenos Aires, 2017. Consultado en: <<https://www.academica.org/000-067/646>> (30 de marzo de 2022).

de mención, pues es pionera en las Américas y en el ámbito global. Así ha sido reconocido por la Comisión Interamericana en los diferentes informes, así como por expertos internacionales. En efecto, la Ley No. 26743, de 23 de mayo de 2012, es un referente a nivel regional y mundial de una legislación inclusiva y protectora<sup>36</sup>. Esta ley reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad que incluye el respeto a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género. Garantiza un procedimiento para el cambio del nombre y del género en los registros y documentos oficiales además del acceso al sistema público de salud para poder llevar a cabo tratamientos hormonales o de reasignación de sexo siempre que haya consentimiento informado. Asimismo, presta una especial atención a la situación de los menores *trans*, asegura el principio de no discriminación y es un buen punto de partida para la reclamación de las personas transgénero, intersexuales, *queers*, no binarios, etc.

En esta misma línea de reconocimiento de la identidad de género, se inspira la legislación en países como Uruguay, Bolivia o Chile. En estos casos, también se garantiza a las personas *trans* el

---

<sup>36</sup> Ley 26743, de identidad de género, de 23 de mayo de 2012. Consultado en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/195000-199999/197860/norma.htm>>. (30 de marzo de 2022). Sobre el papel y la aplicación de la Ley 26743, así como la situación de las personas trans en Argentina puede verse LITARDO, Emiliano, “El derecho a la identidad de género. Interpretación y desafío de la Ley 26743”, *Revista de actualidad. Derecho de familia*, vol. 7, 2018, pp. 19-63. Consultado en: <<https://www.aacademica.org/emiliano.litardo/2>> (31 de marzo de 2022). Sobre los problemas de acceso al sistema de salud de las personas trans al amparo de la Ley 26743 puede verse BOY, Martín y RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup> Florencia, “La implementación de la Ley de Identidad de Género en tiempos aún cis heteronormados. Dinámicas de (des) atención a travestis y trans en el ámbito de la salud en el Conurbano Bonaerense”, *Revista Colombiana de Sociología*, 45(1), 2022, pp. 461-478. Consultado en: <<https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/85708/82562>>. (31 de marzo de 2022).

derecho a la autodeterminación de género tomando como fundamento el respeto a la dignidad humana. En suma, pretende asegurar y garantizar al colectivo la identidad de género auto-percibida.

Cada país, en líneas generales, ha ido tomando nota y desarrollando una legislación de acuerdo a las circunstancias concretas y experiencia particular. Por eso, como puede haber diferencias entre unos y otros, me parece oportuno recordar los parámetros que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido para el reconocimiento de la identidad de género: consentimiento informado, confidencialidad, ausencia de certificados de vivencia trans, procedimientos expeditos y de carácter administrativo, modificación del nombre, sexo y género acorde con la identidad auto-percibida, no exigencia de intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales, protección y garantía de que los niños/as y adolescentes puedan acceder a los cambios requeridos, etc.<sup>37</sup>.

Queda mucho por hacer en el reconocimiento pleno de los derechos de las personas LGBTIQ en su conjunto. Un reconocimiento que, al mismo tiempo, recoja la complejidad y variedad de todo el colectivo. Queda mucho por hacer para que su realidad diaria no esté marcada por actos de violencia, por la exclusión y a discriminación. Lo que se ha señalado en las páginas anteriores no es nada más que un paso, quizás no muy grande, pero un paso al fin en la dirección, quiero pensar con sinceridad, de mejorar la situación de todo el colectivo siendo consciente de que quedan circunstancias y lagunas que colmar.

---

<sup>37</sup> CIDH, *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*, *op. cit.*, párr. 109.

