

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE NICARAGUA

UNAN – LEÓN



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE LICENCIADOS EN DERECHO
“PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGÉNERO Y SU POSIBILIDAD
DE APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE.”

Autores:

- Br. Díaz Gómez Efraín Antonio.
- Bra. Meléndez Balmaceda Ivette Mariana.
- Bra. Malta Romero Isamar del Socorro.

Tutor:

Phd. Denis Iván Rojas Lanuza.

León 03 de agosto del año 2016.

“A La Libertad Por La Universidad”

LISTADO DE SIGLAS.

- **CEDH:** Consejo Europeo de Derechos Humanos.
- **DDHH:** Derechos Humanos.
- **DIDH:** Derecho Internacional De Los Derechos Humanos.
- **DUDH:** Declaración Universal De Derechos Humanos.
- **ILGA:** International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex Association.
- **LGBT:** Lesbianas, Gays, Bisexuales Y Transgénero.
- **NUDH:** Consejo De Derechos Humanos De Las Naciones Unidas.
- **OEA:** Organización De Estado Americanos.
- **ONU:** Organización de Naciones Unidas
- **SIDA:** Síndrome De Inmunodeficiencia Adquirida.
- **VIH:** Virus De Inmunodeficiencia Humana.

DEDICATORIAS

➤ **Br. Efraín Antonio Díaz Gómez.**

Nullius in verba.

A Dios: Porque con su ayuda su fe en mí y mi fe en el he logrado tantos sueños imposibles.

A mis Padres: Johanna del Socorro Gómez Pavón y Efrain Martin Diaz Herrera, por sus consejos durante mi vida.

Mi abuela: Anita Pavón por su enseñanza y su humildad la mujer más sabia que conozco.

A mi hermana: Johanna Mayerly Díaz Gómez.

A mi tutor: El maestro Denis Iván Rojas Lanuza por su enseñanza y aceptar el reto de mi investigación la cual fue de su agrado.

Mis amigos y amigas: A todos esos grandes amigos que perduran e hicieron historia con mi persona los cuales me enseñaron a ser mejor cada día. En especial, a mis amigos Manuel Antonio Rivera Duron, Roxana Alexandra Chévez Salinas, Mara Gisselle Castro Rodríguez, Samuel Alfredo Castillo Urbina, Ana Raquel Madríz Salgado, Juan Carlos Roque, Mayra López y Jacinto Javier Ortiz Herrera.

➤ **Bra. Ivette Mariana Meléndez Balmaceda.**

A Dios: a él poder el honor y la gloria de este triunfo tan importante de mi vida.

A mis Padres: José Luis Meléndez rojas y gloria maría Balmaceda por su apoyo y amor incondicional.

A mis hijos: el mejor regalo de dios José Alejandro y paula Cecilia

A mis hermanas: Ana Carolina y María José Meléndez que han sido mi ejemplo a seguir.

A mi tutor: El maestro Denis Iván Rojas Lanuza por su enseñanza y el tiempo que nos dedicó para realizar nuestro trabajo monográfico.

Mis amigos y amigas: A todos esos grandes seres queridos que me ayudaron. En especial a mi gran amigo Efraín Antonio Díaz Gómez que me dio la oportunidad de ser su compañera de tesis, a Pablo Cecilio Silba que me brindó su apoyo incondicional en todo momento.

Bra. Isamar del Socorro Malta Romero.

A Dios por darme vida, por guiarme por el camino correcto.

A mis padres, a quienes les debo todo en la vida, por su cariño, comprensión, paciencia, por el gran sacrificio que han hecho para poder estar donde hoy en día estoy y ser personas de bien en la vida y sobre todo por cultivar e inculcar el sabio don de la responsabilidad.

A esta prestigiosa Universidad porque sé que han preparado a grandes profesionales que han marcado el cambio en la humanidad y también a cada uno de los docentes que compartieron de sus enseñanzas.

A nuestro Tutor, por guiarnos en el camino de este último paso para la culminación de nuestra carrera, por la comprensión, apoyo y consejos brindados en este camino.

AGRADECIMIENTOS

➤ Br. Efraín Antonio Díaz Gómez.

Primeramente, a Dios porque me acompañó en todo momento de mi carrera.

A mi tutor el maestro Denis Iván Rojas Lanuza, por su enseñanza, esfuerzo y dedicación quien, con su concomimiento, su experiencia, su paciencia y motivación logro en nosotros una inspiración para culminar nuestro trabajo de investigación. También agradezco a todos los maestros de la facultad que durante mi carrera me aportaron sus conocimientos de la ciencia del Derecho para mi formación académica.

A la Lic. Samira Montiel procuradora especial para la diversidad sexual, la cual con su ayuda y su aporte en la práctica fue fuente primordial para el cumplimiento de nuestra investigación.

Para todos ellos eterna gratitud.

Bra. Ivette Mariana Meléndez Balmaceda.

Agradezco primeramente a Dios, ser maravilloso que me dio fuerza y fe para creer en lo que me parecía imposible terminar. A mis padres por ayudarme a realizarme como profesional a mis hijos por ser el motor principal para lograr culminar esta etapa de mi vida y por último y no menos importante a mis maestros y compañeros que cada día me enseñaron algo nuevo que me servirá en mi vida diaria.

Bra. Isamar del Socorro Malta Romero.

Primeramente, le doy gracias a Dios por permitir llegar a este momento de mi vida, donde he logrado culminar la carrera, por los triunfos, experiencias y momentos difíciles que permitieron crecer y aprender cada día más.

A mis padres por creer siempre en mi persona por estar ahí siempre que los necesito y por su amor imprescindible.

A mi esposo por su amor, su dedicación, sus consejos, su apoyo y por no dejarme caer en situaciones difíciles.

A mis Abuelos, Hermanas, mis Tías, primas por apoyarme incondicionalmente y darme ese aliento para seguir adelante.

Culminando con una frase que me ha motivado como persona y que se quedará plasmada como tinta indeleble en la mente de todos los que la lean.

EL ÉXITO ES CONSECUENCIA DE UN TRABAJO BIEN LOGRADO.

INDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	.1
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE IDENTIDAD SEXUAL	.8
1.1. Antecedentes..	.8
1.1.1. Identidad humana..	.9
1.1.2. El nombre y el sexo como elementos del Derecho a la identidad.	12
1.1.3. Identidad sexual.	13
1.1.4. Criterios para la determinación de la identidad sexual.	15
1.1.5. Criterios biológicos o esencialista para la determinación de la identidad sexual	17
1.1.6. Criterio socio-psicológico o constructivista para la determinación de la identidad sexual.	19
1.2. Aproximación al fenómeno de la transexualidad y transgénero	22
1.2.1. Otras orientaciones sexuales.	24
1.2.2. El género como elemento de la identidad sexual.	25
1.2.3. El género y la construcción de la identidad.	26
1.2.4. Derecho a la identidad personal y sexual.	28
1.2.5. Identidad de Género.	28
1.2.6. Expresión de Género.	29

CAPÍTULO II: ANALISIS DEL ESTADO ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LAS PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS TRANSGENERO Y TRANSEXUALES EN EL MARCO INTERNACIONAL. 30

- 2.1. Situación actual de la regulación de derechos humanos a personas LGTBI en especial de los transgénero y transexuales en el marco internacional. 30
 - 2.1.1. Reconocimiento de la aplicación de Derechos humanos a personas LGBTI (Transgénero y Transexuales). 32
 - 2.1.2. Reconocimiento por el Sistema Universal de los Derechos Humanos. 32
 - 2.1.3. Reconocimiento por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. 37
 - 2.1.4. Reconocimiento por el Sistema Europeo. 44
 - 2.1.5. Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (26 de marzo de 2007). 47
- 2.2. Análisis jurisprudencial sobre la identidad sexual de las personas transgénero y transexual en los Derecho Humanos. 48
- 2.3. Configuración del Derecho a la identidad sexual de las personas transgénero y transexuales en el Derecho de los países centroamericanos y Argentina como país pionero en Latinoamérica. 55
- 2.4. Análisis aplicado por el grupo de investigación sobre el estado actual de los Derechos Humanos de las personas transgénero y transexuales. 58

CAPÍTULO III: BASE PARA LA ELABORACION DE UNA POSIBLE LEGISLACION NACIONAL PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSGENERO Y TRANSEXUALES EN NICARAGUA. 60

3.1.	Vacíos en el reconocimiento de la aplicación de los Derechos Humanos por razones de orientación sexual e identidad de género.	61
3.2.	Desconocimiento de la cláusula abierta del principio de no discriminación.	62
3.3.	Interpretación de la cláusula abierta del Principio de no discriminación.	63
3.4.	El género mal entendido.	63
3.5.	Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.	64
3.6.	Debate entre Universalismo y Relativismo Cultural.	65
3.7.	Justificación de la propuesta: Protección de los derechos de las personas transgénero y transexuales.	68
3.8.	Obligaciones internacionales de los Estados.	68
3.9.	El derecho a la igualdad.	69
3.10.	Discriminación por orientación sexual y/o identidad de género.	69
3.11.	Declaración y Programa de Acción de Viena.	70
3.12.	Protección de los Derechos Humanos.	71
3.13.	Confusión de los términos masculino y femenino.	72
3.14.	Los Principios de Yogyakarta.	73
3.15.	Análisis de los criterios a tomar en cuenta para la posible aplicación de la norma legislativa de protección de los derechos de las personas transgénero y transexuales.	75

CONCLUSIONES	.	.	.	.	.	.	.	89
RECOMENDACIONES	.	.	.	.	.	.	.	93
FUENTES DE CONOCIMIENTOS			.	.	.	.	.	95



INTRODUCCIÓN

Estudiar la problemática de la transexualidad y transgénero no es sencillo, pues conlleva a una toma de posición desde diversos ámbitos del tema por ello es necesario que se adopte desde el punto de vista jurídico-positivo y debe descansar en todas las respuestas que la medicina, la psiquiatría y la sociología aporten, es decir, es menester de un estudio interdisciplinario. El sexo constituye un elemento clasificador o mejor dicho diferenciador entre los seres humanos desde siempre, tradicionalmente el determinar el punto de si un ser humano era hombre o mujer no implicaba dificultades al tomarse como base el fenotipo, actualmente ante el fenómeno de la transexualidad, y con el afán de dar una solución a las personas que se hayan en esa situación la concepción de la palabra sexo parece cambiar. La transexualidad y lo transgénero es un fenómeno conocido desde inicio de la civilización humana, pero es en la actualidad cuando está adquiriendo especial importancia en nuestra sociedad “pasando de ser algo oculto y mal conocido a ser un fenómeno que plantea problemas tanto en el ámbito social como legal”.

Es visible que una aproximación al núcleo del problema que se da en los fenómenos de la transexualidad, los cuales giran en torno a la determinación de la noción del sexo, por tanto, desde la perspectiva médica como jurídica, la cuestión se centra en el llamado “cambio de sexo”. La concepción jurídica de sexo puede circunscribirse en términos generales a la capacidad permanente de base biológica o natural que impacta en la personalidad jurídica y forma parte de la identidad de una persona. El sexo de la persona física se determina



legalmente en el nacimiento en virtud de la inscripción en el Registro del Estado Civil de las personas¹. El médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido al parto y que asienta el sexo del nacido en el certificado de nacimiento que debe suscribir, lo hace fundándose en una apreciación morfológica, basada en conocimientos naturales que distinguen el sexo femenino del masculino. Y será esta calificación natural a que va a determinar, inicialmente, el llamado sexo legal o jurídico, sin que exista específicamente en nuestro ordenamiento una reseña sobre lo que jurídicamente se comprende por sexo femenino o sexo masculino. Las personas transgénero y transexuales se enfrentan a la discriminación en la obtención de acceso a la educación superior y la obtención de empleo. También son objeto de discriminación durante el curso del empleo. En particular, los individuos transgénero reportan enfrentarse a dificultades debido a que son incapaces de cambiar su nombre y género en sus documentos nacionales de identidad, los cuales no coinciden con su apariencia física. Muchas instituciones educativas y empleadores requieren que modifiquen su aspecto para que coincida con su documento de identidad o los someten a un rechazo abierto sobre esta base. Así mismo, muchos empleadores del sector privado requieren ilegalmente de pruebas de VIH como requisito para el empleo o para la continuidad del empleo en casos no requeridos. Si bien existe una normativa jurídico y organismo para proteger a los individuos de la discriminación en el sector público, no existen leyes para proteger los derechos de las personas transgénero y transexuales en el sector privado. La Procuraduría especial para la diversidad sexual de la República de Nicaragua, tiene la capacidad de presentar denuncias por

¹ CÓDIGO DE FAMILIA, Ley No. 870, Capítulo III Derecho a la identidad, art. 196 De la inscripción de nacimiento. Aprobada el 24 de junio de 2014 Publicada en La Gaceta No. 190 del 8 de octubre de 2014.



discriminación laboral contra empleadores del sector privado, pero nunca ha presentado una acción en nombre de las personas transgénero y transexuales.

A partir de lo anterior, la presente investigación sobre el tema “El transgénero y El transexual en el Derecho de Identidad”, se hará un estudio de diferentes tópicos sobre el cambio de identidad de las personas que se hayan cambiado de sexo, entre ellos los entes gubernamentales encargados de su protección, ya que siendo legalmente dichos entes gubernamentales garantes del derecho a la identidad que tienen las personas, están en la obligación de hacer todo lo necesario para darle eficacia. La investigación se tratará también de determinar la gravedad del problema de personas que quieran cambiarse de identidad, desde la óptica de los organismos internacionales que velan por el Derecho de identidad de las personas. Así mismo, conocer si es elevado o no el número de demandas y solicitudes sobre problemas de identidad de que conocen los organismos competentes, comparativamente con otro tipo de casos.

Aunado al aspecto anterior, se hará un análisis crítico sobre la manera en que los organismos competentes brindan sus servicios de una manera eficiente en la solución de los problemas que enfrentan las personas que tienen dificultades en cuanto al cambio de identidad y los derechos de las personas transgénero y transexuales; y se indaga sobre otros aspectos específicos concernientes al tema de investigación, los cuales generan una serie de preguntas como las siguientes ¿Cuán grave es, desde la óptica de los organismos internacionales que velan por la protección del derecho humanos de las personas, el problema del cambio de identidad de una persona transgénero? ¿Brindan los organismos competentes un servicio eficiente, en la solución de los problemas que enfrentan las personas que tienen dificultades en cuanto a los derechos de las personas transgénero y transexuales por el hecho de haber cambiado de sexo? ¿Existen obstáculos que



se interponen para que los entes gubernamentales encargados de la protección de la identidad de las personas que hayan cambiado su sexo? ¿Tendrá derecho a una nueva identidad una persona transgénero y sobre qué base jurídica? ¿Qué consecuencias enfrentaría una persona que cambia de sexo al momento de querer hacer el cambio de su identidad?

La investigación que se desarrolla en torno a los transgénero y transexuales en el Derecho de identidad y los Derechos Humanos, es de mucha importancia, así como también la relevancia social y se justifica porque en nuestro país se ha tratado muy poco o nada sobre ello, porque puede ser utilizado por Investigadores, Magistrados y litigantes que necesiten indagar sobre el tema. Desde que se nace se tiene el Derecho a una identidad como característica que identifique a cada individuo dentro de una sociedad como también permitirle saber su origen, por ello el derecho en mención da pie para una identificación y los derechos humanos que esta conlleva, ya sea que esta se cambien o se haga una modificación en ella como sería el caso de una persona que se somete a tratamiento hormonal o a operación de cambio de sexo es decir una persona transexual o transgénero por lo tanto la sociedad nicaragüense necesita un cambio en la legislación ya que esta población transgénero y transexual altamente marginada por la cultura tan retrograda; merece un cambio para darle un espacio a este grupo porque la Constitución Política de la República de Nicaragua, como norma jerárquicamente superior, garantiza derechos fundamentales para la persona humana sin hacer ningún tipo de distinción sumándole a esto, todos los Convenios, Tratados que ha ratificado Nicaragua en materia de Derechos Humanos.



Enfocándonos en los Derechos Humanos y fundamentales se resolvería la problemática que tienen estas personas que se cambia de sexo para poderles hacer más fácil el cambio de identidad como se hace en algunos países europeos sin tanta burocracia como en nuestro país; violentando así toda la esfera jurídica de las personas que desean hacer el cambio de identidad para estar acorde con los rasgos faciales físicos que la persona exterioriza. Además con este aporte lograr que la comunidad transgénero, transexual y la sociedad en general conozcan acerca de las garantías constitucionales inherente y que el estado debe garantizar a estas personas; igualmente creemos que puede servir como fuente de inspiración a los estudiantes interesados en el estudio de los transgénero y transexual en el Derecho de identidad y los Derechos Humanos, así dándole a conocer a más personas y con ello se tenga un conocimiento mayor, aportando de esta manera conocimientos para la interpretación de los derechos fundamentales inherentes de las personas transgénero y transexual para los futuros investigadores sobre el tema. Consideramos que existe un cierto grado de factibilidad de realizar nuestro estudio ya que hay doctrina que trata del tema referido.

Debido a su naturaleza jurídica, nuestra investigación es de Derecho Público, que trastoca los DDHH, particularmente el derecho a no ser discriminado y el derecho a una identidad.

Es por ello que sea propuesto como objetivo general analizar la Protección internacional de los Derechos Humanos de las personas transexuales y transgénero para su posibilidad de aplicación en la legislación nicaragüense; auxiliándonos de los siguientes objetivos específicos como desarrollar aspectos generales que conlleven a la definición, criterios, principios que desarrollan la identidad sexual; identificar los Derechos humanos de las personas transexuales



y transgénero en el Derecho Internacional; y desarrollar una propuesta de normativa en base a la identificación de criterios que se deben de tomar en cuenta para una posible aplicación y protección de los Derechos Humanos de las personas transexuales y transgénero en Nicaragua.

Se utiliza una metodología teórica documental y de campo, ya que se utilizó un método de investigación teórico (análisis descriptivo y comparativo), usando fuentes documentales, principalmente legislación, doctrina, el uso de sitios Web y entrevistas con autoridades expertas en el tema.

Es de tipo descriptivo, porque se recolectan los datos en un sólo momento con el propósito de describir los procesos desarrollados y analizados. Este enfoque explicativo-descriptivo que adquiere nuestro trabajo permite inquirir y explicar los principales lineamientos de la protección de los Derechos Humanos en el marco internacional desde la perspectiva de las personas transexuales y transgénero.

Para hacer efectiva nuestra investigación, nos basaremos en las fuentes formales de conocimiento tales como la Constitución Política de la República de Nicaragua, ley de promoción, protección y defensa de los derechos humanos ante el VIH y sida, para su prevención y atención, Código de Familia, Declaración de los Derechos Humanos; como fuentes secundarias tenemos los criterios doctrinarios expresados en los libros: Sexualidad y Discriminación por Ximena Marchetti, Homofobia una Historia por Byrne Fone, La Comunidad LGBTI en Colombia: un estudio socio jurídico sobre la realidad del matrimonio por Vivian Romero; entre otros libros y como fuentes terciarias documentos electrónicos y páginas web.



Nuestro trabajo se divide en tres capítulos conforme a nuestros objetivos específicos; el capítulo primero desarrolla los aspectos generales para definir la identidad sexual, desde el punto de vista del fenómeno de la transexualidad y transgénero, también se aborda lo concerniente al género a su manifestación a la expresión de este y a la identificación de elementos para la construcción de la identidad como lo es el nombre y el sexo. El capítulo segundo trata la noción del derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico internacional, ofrece una visión del derecho a la identidad en la legislación y jurisprudencia internacional de algunos tribunales internacionales y Estados. Finalmente, el capítulo tercero parte con una revisión crítica del derecho internacional sobre la materia, se plantea una base a tomar para una iniciativa legislativa que reconozcan el derecho a la identidad de las personas transexuales y transgénero que permitan contar con una identificación legal que armonice con el ejercicio de este derecho fundamental de los nicaragüenses transgénero y transexuales, para concluir exponiendo propuestas de solución tanto de *lege lata* como de *lege ferenda* al conflicto de identidad investigado. Terminando con una serie de conclusiones y recomendaciones que conllevan a los resultados de nuestra investigación cerrando con nuestras fuentes de investigaciones y anexos.



CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE IDENTIDAD SEXUAL.

En el presente capítulo se aborda diferentes criterios para la determinación de la identidad sexual en base a diferente teoría de estudio psicológicos además se explica de manera clara los diferentes aspectos que influye en la persona a la hora de determinar su identidad sexual y de género adema se explica que se entiende por transgénero y transexual.

1.1. Antecedentes.

Existen infinidad de documentos o relatos míticos o históricos, o alusiones de todo tipo, que hacen referencia y sugieren la existencia de transexuales y transgénero en la historia de la humanidad. En unas sociedades se les ha idolatrado, en otras se les ha marginado y rechazado. En la Roma antigua, existían unas personas nacidas con cuerpo de varón, que decidían su género y auto castraban sus genitales masculinos. Eran las sacerdotisas Gallae².

El filósofo judío Philo de Alejandría (20 a.C.-50 d.C.) describió ciudadanos romanos varones que invertían grandes sumas de dinero para cambiar su naturaleza masculina en femenina. Ovideo, poeta de la antigua Roma, contempla todos los cambios de cuerpo posibles en su poema “Las Metamorfosis” sugiriendo de forma bastante clara el deseo de algunas personas de su época de cambiar de sexo. El emperador romano Heliogábalo (218-222 d. C.) afirmaba sentirse mujer. Este llegó a pedir a sus médicos que le practicasen una cirugía para cambiarse de sexo.

² Un Gallus (pl. Galli) era un eunuco sacerdote de la frigia diosa Cibeles y su consorte Atis, cuyo culto fue incorporado en las prácticas religiosas del estado de la antigua Roma.



En la Edad Media tenemos incluso referencias de transexualidad dentro de la misma Iglesia Católica. Por ejemplo, a Santa Wilfrida, cuya leyenda dice que pidió a Dios el poder convertirse en hombre y le fue concedido. Asimismo, San Onofre pidió a Dios que le hiciera varón, y su cuerpo se masculinizó. Del Papa Juan VIII (sucesor de León IV) siempre han corrido rumores de que biológicamente había nacido mujer, aunque se hizo pasar toda su vida por varón, historia que fue censurada varias veces por la Inquisición. También podemos mencionar casos bastante evidentes como el de Juana de Arco (1412-1431) que fue ejecutada por la Inquisición además de por brujería, por llevar constantemente ropas de hombre y comportarse como varón en todo momento. A lo largo de los siglos ha habido transexuales y transgénero en todos los países, por lo tanto, la transexualidad y transgénero en ningún caso puede tratarse ni de una cuestión cultural, ni de una moda menos de una enfermedad³.

En Nicaragua no se tiene fecha exacta desde cuando existen el fenómeno transgénero y transexual se puede decir que ha estado presente siempre en la historia como tema tabú, esto se debe que la sociedad nicaragüense es altamente religiosa y moralista hasta ahora que se ha visto abierta a tratar estos temas, aunque todavía el Estado no actúa con un criterio neutral sino influenciado por las iglesias cristianas.

1.1.1. Identidad humana.

El derecho sólo puede empezar a regular si ha sido capaz de diferenciar a cada uno de nosotros como organismos “individuales”, si ha podido definir a esos individuos como destinatarios o sujetos de sus normas, y si ha podido establecer

³ Recuperado de <https://transexualidad.wordpress.com/la-transexualidad-en-la-historia/> (consultado:11/03/2016)



los rasgos que los hacen «personas» desde el punto de vista jurídico. Esta triple operación de identificación es condición necesaria para el funcionamiento del derecho porque se trata, ni más ni menos de una de las formas que tiene el orden jurídico de establecer los destinatarios de sus normas: a quién se confieren derechos, se imponen deberes u obligaciones, se atribuyen responsabilidades, es decir, quién es sujeto de derecho es a un proceso creciente de atribución de propiedades jurídicas estratégicamente a partir de un punto de partida muy básico, que es el momento de la pura “individuación” física. El orden jurídico procede a crear paulatinamente y unas sobre otras lo que se pueden llamar capas de yoidad⁴, estratos de identidad jurídica, tomando decisiones normativas sobre la adscripción de estatus, derechos y deberes a partir de datos que el orden jurídico extrae de la realidad o de la moralidad. Ese todo de capas superpuestas es lo que configura a un individuo como sujeto de derecho y le da su identidad desde el punto de vista jurídico⁵. El primer momento de la identidad personal se da desde el nacimiento de la persona y su inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas Libro segundo de la Filiación capítulo III Derecho a la identidad ley 870⁶ y la individuación se perfecciona jurídicamente cuando se adscribe a ese organismo nacido vivo un nombre, o, más precisamente, un nombre propio.

Ser persona es tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es esas obligaciones y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa

⁴ OLIVÉ León y SALMERÓN Fernando (eds.), «La identidad personal y la colectiva». Cuadernos de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed. México. 1994. p. 23.

⁵ LAPORTA, Francisco. Identidad y Derecho: Una Introducción Temática disponible en <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/17/laporta.pdf>. (consultado 23/03/2016)

⁶ Código De Familia Ley No. 870, Aprobada el 24 de junio de 2014, Publicada en La Gaceta No. 190 del 8 de octubre de 2014.



unidad⁷. La posición de Kelsen es lo que puede aportar como descripción del mecanismo que los órdenes jurídicos emplean para conferir identidad jurídica a quienes lo hagan y en el grado en que lo hagan. Hasta ahora podemos «reconstruir» idealmente la secuencia que el orden jurídico recorre para establecer esa identidad personal de este modo: en un primer momento, un proceso de individuación en el que nos es dado conocer con qué criterio se determinará qué entidades (humanas o no) puedan ser pensadas como titulares de derechos subjetivos⁸. Esas entidades son las que funcionarán como criterio de unificación de ese haz de derechos y deberes, y pueden ser especificadas de múltiples modos, aunque se presta particular atención a la identificación de un cuerpo humano mediante la adscripción de un nombre por ser la más expresiva de la técnica jurídica común de conferir identidad personal individual⁹.

La identidad personal en el derecho es la personificación verbal del contenido de poderes, derechos y deberes que dibujan las normas jurídicas y que se pueden imputar unitariamente a ese individuo designado por un nombre propio, y para referirse al cual se usa el concepto “sujeto de derecho”. En eso consisten, desde el punto de vista del derecho, aquellas “*capas de yoidad*” con las que se constituye y llena el concepto de identidad personal. Estos dos momentos son cruciales en esta argumentación porque nos muestran a quién selecciona el derecho para reconocerle como persona y conferirle una identidad jurídica, y cómo procede a hacerlo¹⁰.

La experiencia histórica y la realidad de los diferentes órdenes jurídicos muestran que mediante normas jurídicas se ha conferido, pero también se ha

⁷ Kelsen, Hans. Teoría pura del Derecho. (trad. Roberto Vernengo). Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. pp. 182-183.

⁸ VERNENGO, R. J., Curso de teoría general del derecho. Depalma. Buenos Aires. 1985. p. 267.

⁹ LAPORTA, Francisco. Ob. Cit.p.30.

¹⁰ Ídem.



regateado, detraído, limitado o negado, esa identidad personal por las razones más peregrinas (credos religiosos, supersticiones, prejuicios, creencias falsas, etc.). La esclavitud y la marginación de la mujer, seguramente las dos injusticias más grandes y continuadas de la historia del género humano, se han basado en criterios de identidad personal erróneos o arbitrarios. Lo que en realidad han hecho con frecuencia los legisladores es ir a buscar en las convenciones sociales compartidas, o en las concepciones del mundo vigentes, aquellos rasgos que se consideraban dignos de ser reconocidos como rasgos de la personalidad en el orden jurídico. Y de esa forma las normas jurídicas han acabado siempre por reflejar las convicciones colectivas en vigor, por estúpidas o injustas que fueran. El método, como vemos, era sencillo y directo: albergar como contenido de las normas jurídicas correspondientes las concepciones de la persona que habitaban en la sociedad. Por injusto o equivocado que fuera el contenido de esas concepciones, se incorporaba al derecho para dibujar la identidad jurídica de quienes se había seleccionado en el proceso de individuación¹¹.

1.1.2. El nombre y el sexo como elementos del Derecho a la identidad.

Define el diccionario de la Real Academia Española la palabra “identidad”, en dos de sus acepciones, como el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás, así como la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás¹². La identidad sexual es una derivación lógica de la identidad genérica y como tal, se configura en un derecho básico de los derechos de la personalidad. La capacidad real de

¹¹ Por eso, la inscripción registral del sexo del nacido no es sólo un dato sino una condición de tratamientos jurídicos diferenciados, un importante atributo jurídico.

¹² Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=KtmKMfe> (consultado el 24/03/ 2016).



autodeterminación en todas sus facetas y esferas pasa por un respeto y aura de realización de la identidad sexual de las personas. Todas aquellas prácticas tendientes a disminuir la capacidad de desarrollo pleno de la identidad sexual son, a todas luces, discriminatorias y contrarias al principio de igualdad formal, pero también impiden la consecución de la igualdad material.

Históricamente conocemos el Derecho a la identidad por los diferentes reconocimientos jurídicos de ésta, principalmente en los Derechos de los niños¹³, expresando que toda persona desde el momento de su nacimiento tiene Derecho a obtener una identidad, la cual incluye nombre, apellido, fecha de nacimiento, sexo y nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo¹⁴. En Nicaragua, encontramos dentro del Código de familia un apartado sobre el Derecho de Identidad¹⁵ expresando que toda niña, niño y adolescente tiene Derecho a un nombre propio y sus apellidos; esto es una clasificación cultural binaria de las personas de acuerdo a criterios genéticos, biológicos, físicos y fisiológicos, y de ahí el encasillamiento social, la denominación conocida de los hombres y las mujeres, atribuyendo pronombres que muchas veces son también utilizados de manera discriminatoria y ofensiva.

1.1.3. Identidad sexual.

“La sexualidad es entendida como una expresión del ser humano total, como un proceso bio-fisiológico, emocional y experiencial de la función erótica y

¹³ De hecho, el Derecho a la identidad es un fenómeno jurídico que adquirió mayor fuerza legal a partir de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989.

¹⁴ HUMANIUM ONG Internacional. Disponible en <http://www.humanium.rg/es/derecho-identidad/> (consultado el 24/03/2016).

¹⁵ Código de Familia, Ley No. 870, Capítulo III Derecho a la identidad, art. 196-199 De la inscripción de nacimiento.



genital, es decir, el conjunto de lo que sentimos, creemos, pensamos y vivenciamos acerca de nuestra genitalidad y erotismo”¹⁶. La sexualidad es un elemento de la cultura susceptiblemente ligada a la personalidad, no solamente en sus aspectos reproductivos y placenteros sino en la identidad de género como autoconciencia del sujeto y sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo. Nacemos seres sexuados con un sexo biológico determinado y nos hacemos sexuales con una identidad de género específica. La sexualidad involucra mucho más que el sexo de un ser humano, ello es así pues esta sexualidad incluye el género de una persona y su orientación sexual, pero también lo erótico, el amor, las formas de reproducción, las formas de manifestar el deseo sexual y muchos otros aspectos que son a la vez contenido y proyección de la condición humana de ser sexuado. Todos estos aspectos toman distintas formas y se expresan de diversos modos en cada ser humano, sea a través de palabras, gestos, sentimientos, valores, fantasías o creencias, las que vamos construyendo a lo largo de la vida y condicionan las relaciones con los demás puestos que forman una esencial faceta de nuestra personal identidad: la identidad sexual. Hay un componente biológico que es lo que refiere al sexo propiamente y que sin duda es particular en cada ser humano, ciertamente todo lo que emana de ese sexo, partiendo por la idea de género y otras construcciones son en verdad mayormente categorías sociales, en las que juegan factores de todo tipo a la hora de su definición en uno u otro sentido. Factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, culturales, políticos, religiosos, éticos¹⁷.

Se trata en efecto de dimensiones que el individuo adquiere en función del medio en que le toca nacer, criarse, desarrollarse y vivir y también, según

¹⁶ LONDOÑO, María. Derecho Sexuales y Reproductivos. 2 Ed. Calí. Colombia. 1995. p. 16.

¹⁷ MARCHETTI, Ximena. Sexualidad y Discriminación. 1. Ed. Universidad Autónoma de Madrid. España. 2011. p.62.



entiendo, conforme las relaciones y encuentros que ese medio desarrolla con otros y que van generando influencias recíprocas. La sexualidad es un constructo en que tiene especial importancia el proceso que los expertos denominan de socialización, para referir las maneras en que la sociedad transmite al individuo sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento¹⁸. Dicho en otras palabras, “la socialización consiste en el proceso de internalización de valores, creencias y formas de percibir el mundo, que son compartidas por un grupo”¹⁹.

Mientras que el sexo y el género implican el empleo de un lenguaje relacionado con lo masculino y lo femenino, para lo sexual y lo erótico se emplea un lenguaje del deseo: la heterosexualidad, la homosexualidad, el sadomasoquismo y otros términos. Este otro lenguaje está más relacionado con las actividades y parejas sexuales. Lo erótico tiene también un sustrato biológico, como, por ejemplo, el orgasmo y los cambios fisiológicos que se experimentan durante el proceso de excitación, pero la mayor parte de lo que hace a la sexualidad humana diferente procede de su carga simbólica y social. A menudo la identidad de género (“soy un hombre o una mujer”) se emplea como base fundamental de lo erótico (“por lo tanto soy un heterosexual al que le gustan las mujeres o hombres”)²⁰.

1.1.4. Criterios para la determinación de la identidad sexual²¹.

La identidad personal que es en realidad un sentido de identidad humana, comprende la búsqueda de una serie compleja de identidad dentro de las cuales

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ibíd.* p. 89.

²⁰ MARCHETTI. *Op. Cit.* p.92.

²¹ BECERRA, María y MELO Olga. Identidad sexual y desarrollo de la personalidad. Disponible en <http://www.waece.org/biblioteca/pdfs/d006.pdf> (consultado el 02/04/2016).



es tal vez la identidad sexual. La mayor repercusión en el proceso de toma de conciencia, de la persona como tal y la que causa un efecto más determinante en el desarrollo de la personalidad. La sexualidad, la identidad sexual y la personalidad instauran un sistema de regulación que permanentemente hace parte del proceso de desarrollo.

- a. Unidad de lo cognitivo y lo afectivo, de la autoconciencia y el sentido de la pertenencia a un género. En este proceso tiene fuerte incidencia la labor de los padres y de la familia en general, pero también la del entorno de los amigos, los educadores y los medios de comunicación - y los cambios que producen los avances tecnológicos al momento de revisar cómo se comparte información entre grupos e individuos - y por cierto el resultado jamás es equivalente en cada individuo, aún dentro de una misma sociedad²².
- b. Reflejo de la individualidad irrepetible de la personalidad y su esfera sexual.
- c. Estabilidad y consistencia, ya que una vez conformada como parte inherente de lo que somos, mantiene su significación existencial a lo largo de todas las edades.
- d. Orienta la actividad en correspondencia con la conciencia y el sentido de ser y formar parte de un género.

De este modo, su función en la dinámica de la personalidad radica en que:

- Induce, estimula y sostiene la actuación.
- Participa directa e indirectamente en la regulación del comportamiento.

²² MARCHETTI. *Op. Cit.* p.72.



- Matiza todas las conductas y manifestaciones de la sexualidad en sus dimensiones individual, de pareja, familiar.

El proceso de convertirse en hombre o en mujer y de sentirse hombre o mujer, de aceptarse como hombre o como mujer, es un proceso lento y complicado que involucra factores genéticos, psicológicos, sociales y culturales.

1.1.5. Criterios biológicos o esencialista para la determinación de la identidad sexual²³.

Genéticamente el sexo está determinado por la formula cromosómica xy y xx. La diferenciación sexual que hace que un embrión xy se convierta en un niño declarado como varón en el registro civil, o una niña declarada como tal. Atraviesa etapas sucesivas involucrando una serie de acontecimientos que conducen a dicha diferenciación, de acuerdo con los estudios embriológicos realizados en todos los mamíferos, el embrión tiende espontáneamente a dar origen a una hembra somática; para que se lleva a cabo la formación del macho es preciso que las Gónadas que los testículos embrionarios secreten hormonas hacia la 5 semana de gestación para que llegue a ser un macho.

Entonces el primer sexo que puede considerar es el *sexo genético o cromosomático*: sexo que corresponde fundamentalmente a la fórmula xy en el macho y xx en la hembra, denominando el carácter sexual primario. Luego se da el paso al sexo gonádico o fenotípico; que se da de acuerdo con las características que corresponden a la descripción de las características sexuales secundarias.

²³ BECERRA, María y MELO Olga. *Op. Cit.* pp.2-3.



Secuencialmente aparece el *sexo hormonal* que depende de la función de las gónadas con la presencia de estrógeno en las hembras y andrógenos en el macho. El llamado *sexo corporal* está determinado a su vez por tres sexos: el sexo gonojórico que corresponde a los órganos genitales de carácter interno; el sexo genital externo que depende de los órganos sexuales externos y el sexo somático que está determinado por los caracteres sexuales corporales y por los genitales externos.

Con el sexo de asignación y crianza: determinado fundamentalmente por el aspecto genital del recién nacido se da paso a los factores sociales y psicológicos que tienen fundamental trascendencia en la identidad sexual de una persona. De acuerdo con el sexo de Asignación esa persona niño o niña va a tener un nombre y un sexo legal inscrito en el Registro del Estado Civil, el sexo de asignación y crianza atribuido al nacer es de enorme importancia ya que con esta determinación la persona inicia su relación con el mundo, su identidad como Hombre o como Mujer ante la sociedad y el Estado.

Con el sexo de asignación y crianza comienza el proceso de identificación sexual, ese proceso psicológico que repercute en la totalidad de la persona y que consiste en hacer propios los pensamientos y la conducta de quienes nos rodean. Proceso que desemboca en la identidad sexual, considerada como una serie de sentimientos, percepciones, actitudes a nivel profundo por las que el hombre se siente y acepta plenamente como hombre y la mujer se siente y acepta como mujer.

La identidad sexual o sexo psicológico llamada también *identidad de género*, comienza con la percepción de pertenencia a uno u otro sexo, desemboca en el llamado núcleo de identidad de género que se refiere a la convicción de que el sexo asignado es el correcto. Soy hombre y soy mujer es una afirmación que se



impone antes de los dos años de edad y se mantiene por lo general a lo largo de toda la vida.

1.1.6. Criterio socio-psicológico o constructivista para la determinación de la identidad sexual²⁴.

Se encuentran varias teorías que explican cómo los niños y niñas adquieren su identidad sexual, conciencia de que son hombres o mujeres, como la teoría del Psicoanálisis, la teoría del Aprendizaje Social y la teoría Cognoscitiva.

a) Teoría del psicoanálisis.

La explicación de Freud del desarrollo de la identidad sexual destaca la importancia de la identificación. El niño o la niña se identifican con el progenitor del mismo sexo como el resultado del conflicto de Edipo²⁵ o Electra²⁶. Adoptando así comportamientos típicos sexuales y actitudes de ese progenitor. El súper Yo (fabricado del yo ideal y de la conciencia) se desarrolla cuando el complejo de Edipo o el de Electra está resuelto.

b) Teoría del aprendizaje social.

Sostiene que los niños y niñas adquieren su identidad de género identificándose con modelos. La identificación es la adopción de las características, creencias,

²⁴ *Ídem.* p.4.

²⁵ Complejo de Edipo: Concepto psicoanalítico. Inclination erótica del niño hacia la madre, acompañada de hostilidad y celos hacia el padre. Su presencia es fundamental para la aparición de inclinaciones eróticas hacia el sexo opuesto, pero es preciso superarlo para conseguir una sexualidad y personalidad normal. El complejo de Edipo se desarrolla entre los tres y los cinco años, llega a su punto culminante en la fase fálica y declina en el período de latencia con la aparición del superyó.

²⁶ Complejo de Electra: Concepto psicoanalítico. Amor de la niña hacia su padre acompañado de hostilidad y celos hacia la madre. Versión femenina del complejo de Edipo. Esta expresión la utilizó Jung; Freud, sin embargo, prefirió hablar del "complejo de Edipo femenino". El complejo de Electra tiene su origen, según Freud, en la inevitable experiencia que toda niña sufre de la llamada "envidia del pene", y es preciso que se supere para que, en la etapa genital y ya adulta, la mujer pueda dirigir adecuadamente su libido hacia los varones.



actitudes, valores y conductas de otra persona o grupo. Esto en términos de Freud: El niño se identifica con el padre del mismo sexo al resolver el complejo de Edipo o de Electra. De acuerdo con la teoría del Aprendizaje social: la identificación ocurre cuando el niño o niña observa e imita uno o más modelos personales, en los primeros años de vida, los modelos a observar e imitar son ante todo los padres.

Además, los padres y madres tratan en forma distinta a los niños y niñas desde el momento que saben su sexo, a esta actitud se le llama socialización diferencial, que repercute tanto en la identidad como en el rol de género.

c. Teoría cognoscitiva evolutiva.

El desarrollo de género es paralelo al desarrollo intelectual, las niñas y los niños menores de 3 años tienen una visión simplificada del género. Ellos pueden creer que basta con ponerse una falda y peluca, para que un hombre se transforme en mujer. El niño o niña aprende primero el rótulo de niño-niña de la misma manera como aprende los rótulos para silla, juguetes, etc.

Posteriormente, aprende otras características que le dirán cuándo una persona es hombre o mujer, aparentemente no utilizan las diferencias genitales hasta los 5 o 6 años (cuando han llegado a cierto nivel cognoscitivo) comprende que el género es una característica permanente, y sólo en este momento estará en condiciones de configurar una sólida identidad de género donde el niño o niña comprende, mediante la observación y la imitación que hay determinadas conductas que convienen mejor para uno u otro sexo. A diferencia de la teoría del aprendizaje esta teoría sostiene que el niño copia el comportamiento de los adultos, no para obtener recompensa, sino para lograr su propia identidad.



d. La teoría del esquema del sexo.

Una variación de la teoría del desarrollo cognoscitivo que se aproxima a los aspectos del aprendizaje social sostiene: los niños y niñas se ajustan a su auto concepto del esquema del sexo por su cultura, o patrón de conducta organizado socialmente para hombres y mujeres, lo cual determina que el esquema del sexo de una cultura o un individuo puede cambiar. El conocimiento que tiene el niño de su cuerpo y de su sexo cambia con la edad, así:

- A los 3 años, ellos y ellas distinguen perfectamente entre niño y niña.
- A los 4 años emplean correctamente los rótulos de niño-niña en sentido general, para clasificar a otras personas y a ellos (as) mismos (as). Usan los pronombres correspondientes (él, ella, ellos, ellas, mío, tuya), muestran preferencia por juguetes y actividades asociadas a su propio sexo.
- A los 5 ó 6 años comprenden que el género es permanente. Ejemplo: si es niña no puede ser niño, simultáneamente comprende las diferencias entre genitales e identidad sexual.
- Los niños y niñas al ingresar al colegio tienen un claro conocimiento de su sexo y de los estereotipos del hombre y de la mujer y de sus características. es más frecuente que los niños y niñas adopten comportamientos que vayan con su identidad sexual e imitan a los adultos de su mismo sexo que a los del sexo opuesto (estas afirmaciones son más válidas para los niños, porque ellos manifiestan mayor preferencia por los juguetes y actividades asociadas con la masculinidad, mientras que en las niñas es más débil.



La identidad del papel sexual adoptada en esta primera infancia persiste hasta la edad adulta (a excepción cuando se someten a cirugías para cambio de sexo.

1.2. Aproximación al fenómeno de la transexualidad y transgénero.

Antes de definir la transexualidad y transgénero es importante aclarar que no existe un acuerdo unánime que sea aceptado como concepto único, por lo que las definiciones deben entenderse desde una perspectiva abierta y dinámica.

a. Transexualidad.

Gustavo A. Bossert: Define la transexualidad y en lo específico al transexual, como aquel individuo que: Nace con genitales internos y externos de un sexo, pero se identifica sexualmente con el otro y padece la constante tortura de sentirse “encerrado en un cuerpo que no le pertenece”, un cuerpo cuyos órganos sexuales no se corresponden con su sexo profundo, su psiquis, sus hábitos, sus gustos y su definida y auténtica inclinación amorosa y erótica²⁷.

Carlos Manavella: Define la transexualidad como “una contradicción entre la identidad de género (sexo psíquico) y el sexo biológico, o sea, la persona que, teniendo un sexo biológico determinado, tiene sin embargo la convicción íntima y el deseo de pertenecer al sexo opuesto”²⁸.

Ana Virginia Pérez Li: Define al transexual como “aquel individuo que está en desarmonía con sus caracteres sexuales totales, hasta el punto de detestar la pertenencia al propio sexo y los propios órganos genitales que constituyen para él una auténtica deformidad”²⁹.

²⁷ BOSSERT, Gustavo, A. Unión extraconyugal y matrimonio homosexual. Buenos Aires. Editorial Astrea.2011. p.389.

²⁸ MANAVELLA, Carlos. Derecho a la identidad sexual, transexualidad y cuestiones fáctico-registrales del cambio de sexo.2006. p.49.

²⁹ PÉREZ Li, A. V. El Derecho a la Transexualidad, Propuesta para Legislar los Procesos de una Cirugía de Cambio de Sexo. (Tesis de Licenciatura en Derecho, inédita). San José. Universidad de Costa Rica. 2001. p.15.



b. Transgénero.

El transgenerismo (personas trans) es un término utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe un cierto consenso para referirse o autoreferirse a las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que por lo tanto puede ser heterosexual, homosexual o bisexual³⁰.

El término transgénero describe a las personas cuya identidad de género y/o expresión de género difiere del sexo biológico que les fue asignado al nacer³¹. Transgénero es una identidad de género, no una orientación sexual y una persona transgénero puede ser heterosexual, gay, lesbiana o bisexual³². Las personas transgénero visten o actúan de forma que a menudo es diferente a lo

³⁰ La definición es extraída del Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012 disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf (consultado el 25/04/2016).

³¹ El término puede incluir, pero no es limitado a, los transexuales (un término más antiguo que se originó en las comunidades de la medicina y la psicología), travestidos y otras personas de género variante. Véase, además, APA, "Respuestas a sus preguntas sobre las personas transexuales, identidad de género y expresión de género", disponible en inglés en: <http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.aspx>. (consultado el 25/04/2016).

³² Véase también RRT Caso No. 0903346, [2010] RRTA 41, Australia, Tribunal de Revisión de los Refugiados, 5 de febrero de 2010, (en lo sucesivo "RRT Caso No. 0903346") disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b8e783f2.html>, que concierne a un solicitante transexual que temía ser perseguido a causa de su identidad de género.



que la sociedad espera en general basado en su sexo asignado al nacer. Además, puede que no aparezcan o actúen de esta manera en todo momento. Por ejemplo, las personas pueden elegir expresar su género elegido sólo en determinados momentos en los entornos donde se sienten seguros. Al no ajustarse dentro de las percepciones binarias aceptadas de lo que es ser hombre o mujer, pueden ser percibidos como una amenaza para las normas y los valores sociales.

Para Eva Giberti: Las personas transgénero son aquellas que sienten que nacieron con el sexo físico equivocado, ya sean preoperados (as), post-operados (as); crossdresseros (as) (anteriormente llamados travestis o travestidos/as), los que usan ropa del sexo opuesto con el fin de expresar mejor una identidad interior de crossgénero; personas intersexuales anteriormente llamados hermafroditas³³.

1.2.1. Otras orientaciones sexuales.

a. Lesbiana.

Una lesbiana es una mujer que es atraída física, romántica y/o emocionalmente de manera perdurable por otras mujeres.

b. Gay/Homosexual.

Gay/Homosexual se utiliza a menudo para describir a un hombre que es atraído física, romántica y/o emocionalmente de manera perdurable por otros hombres, aunque el término gay también se puede utilizar para describir tanto a hombres homosexual como mujeres (lesbianas).

³³ GIBERTI, Eva. La familia a pesar de todo. 1ed. Bueno Aires. Argentina. Centro de Publicaciones Educativas y Materiales Didácticos. 2007. p.41.



c. Bisexual.

Bisexual describe a una persona que es física, romántica y/o emocionalmente atraída tanto por hombres como mujeres.

d. Intersexual.

El término intersexual o “trastornos del desarrollo sexual” se refiere a una condición en la que un individuo nace con una anatomía reproductiva o sexual y/o patrones de cromosomas que no parecen ajustarse con las típicas nociones biológicas de hombre o mujer. Estas condiciones pueden ser evidentes al nacer, pueden aparecer en la pubertad, o puede que sólo se descubran durante un examen médico. Anteriormente las personas con estas condiciones se denominaban “hermafroditas”, sin embargo, este término se considera obsoleto y no debe utilizarse al menos que el solicitante lo utilice. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o mujer, mientras que su orientación sexual puede ser lesbiana, gay, bisexual o heterosexual.

1.2.2. El género como elemento de la identidad sexual.

El concepto de género surgió al interior del debate teórico feminista con el objetivo de demostrar la incapacidad de la explicación biologista de la subordinación de la mujer y fundamentarla más bien en la construcción social y cultural de esta diferencia, este puede definirse como el elemento constitutivo de relaciones sociales en base a las diferencias que distinguen los sexos así como una forma primaria de relaciones significantes de poder, como el aparato mediante el cual tiene lugar la producción y la normalización de lo masculino y lo femenino, por lo que implica la concepción y construcción del poder. O como el grupo de atributos y funciones construidos social y culturalmente que se



adjudican a los sexos para fundamentar las diferencias y relaciones de poder entre ellos³⁴.

En otras palabras, los lineamientos de la sociedad reflejan la lógica que estructura el género y expresan los valores e ideas contruidos a partir de la oposición masculino/femenino que estereotipa conductas y sentimientos, que establece la heterosexualidad como algo natural, excluye la homosexualidad de una valoración aceptable y la sitúa fuera de la ley y en conflicto con la sociedad.

1.2.3. El género y la construcción de la identidad.

La construcción de la identidad en base a la diferencia sexual era un hecho que se daba por sentado y sobre el cual la sociedad no tenía nada que analizar; aunque esto significara el reconocimiento/negación de casos emblemáticos de homosexualidad o lesbianismos³⁵. Es más, se impulsaban relaciones homosexuales con la finalidad de desarrollar la identidad de los hombres jóvenes, puesto que éstos a nivel universal deben pasar por pruebas para probar su masculinidad, la misma que no está determinada por la naturaleza.

En este sentido, la investigación antropológica, médica y psiquiátrica ofreció evidencias para demostrar que varios de los indicadores usados para identificar lo masculino y femenino en una determinada cultura no eran útiles para otra al ser otras las características de género.

En los años treinta se iniciaron estudios y debates sobre la atracción sexual hacia una persona del mismo sexo y las desviaciones de la apariencia y natural forma

³⁴ Concepto de género de Organización Mundial de la Salud. disponible en <http://www.who.int/topics/gender/es/> (consultado el 20/05/2016).

³⁵ Para ver algunos ejemplos visitar las páginas: www.gayheroes.com o www.historiahomosexualidad.org. En ellas se señalan ejemplos como los de Sófocles y Alejandro Magno de quienes decían eran bisexuales; Adriano y Leonardo Da Vinci arrestados por sodomía; Miguel Ángel y Piotr Ilich Tchaikovsky, homosexuales; y mujeres con orientaciones lésbicas como Andrómeda, Simone de Beauvoir, Sor Juan Inés de la Cruz, entre otras.



de ser que deberían tener hombres y mujeres; Simone de Beauvoir fue una de las pioneras en estos estudios. En su libro “El segundo sexo” dejó establecido que la identidad no es algo inmutable sino una reacción ante una situación determinada, que todo ser humano debe ser singularmente situado y definirse, que la identidad es un proceso complejo no estático ni producido sólo por la determinación sexual; y que la identidad “masculina” y “femenina” no son cuestiones de nacimiento.³⁶ Pese a que no es un estudio de género sino una obra literaria y filosófica sobre la construcción de la subjetividad femenina; tiene como aporte iniciar la curiosidad académica a interrogantes como: ¿por qué el hecho de nacer con un determinado sexo no implica que el individuo tenga que asumir la identidad que socialmente se construye sobre el mismo?, ¿las mujeres pueden asumir una identidad distinta a la femenina y los hombres una distinta a la masculina? Y ¿cómo y por qué se comienza a afirmar que es la sociedad la que predetermina la identidad de los individuos? Da inicio a los estudios sobre la identidad en base a las condiciones sociales y culturales que impone la sociedad sobre el sexo, y ya no en base al sexo mismo; determinándose que la identidad a raíz de las diferencias sexuales son la base y el sustento de las nociones de feminidad y masculinidad y de los discursos asociados a ellas.³⁷ Nociones que se adquieren a través de un proceso individual que exige interiorizar e identificar roles, normas y mandatos que las representaciones de género proponen. Son un proceso de identificación y modelación de nuestra identidad, lugar desde donde miramos al mundo y a nosotros mismos.

³⁶ Simone de Beauvoir El segundo sexo (Le Deuxième Sexe) 1949. Disponible en <http://users.dsic.upv.es/~pperis/El%20segundo%20sexo.pdf> (consultado el 20-5-2016).

³⁷ RUIZ BRAVO, Patricia. Una aproximación al concepto de genero ensayo. Disponible en https://www.academia.edu/10520654/Una_aproximaci%C3%B3n_al_concepto_de_G%C3%A9nero_Patricia_Ru%C3%ADz_Bravo.p.4. (consultado el 20/05/2016).



La identidad entonces, se adquiere conforme uno se identifica con otros, se asume distinto a otros y va comprendiendo el papel que juega ante los otros. En resumen, no existe uno sin haber otros, las relaciones que se establecen desde la infancia van formando la autoimagen, el yo se construye a partir de imaginarios que nos dicen cómo debemos ser.

La sociedad una vez más se encarga de predeterminedar lo que se considera “natural”; identidades masculinas y femeninas son asumidas como legítimas por la sociedad sin tener en cuenta las zonas grises que pueden producirse entre estas o en su intersección.

1.2.4. Derecho a la identidad personal y sexual.

Es un derecho humano fundamental e individual mediante el cual las personas naturales, con el solo acto de inscripción en el registro del estado civil de las personas, adquieren legalmente el reconocimiento de su existencia convirtiéndose en sujeto de derechos y obligaciones³⁸. A lo cual este derecho viene acompañado de su derecho de identidad de género y la expresión de este.

1.2.5. Identidad de Género.

Vivencia interna e individual del género como cada uno la siente y que podría o no corresponder con el sexo asignado al momento del nacimiento; incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que puede involucrar modificación de la apariencia o función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que sea libremente escogida) y otras expresiones de género como la vestimenta, modo de hablar y modales.

³⁸ GARCÍA ORTIZ, Jeannette. El Derecho a la identidad de la persona física. (Tesis de Licenciatura en Derecho, inédita). Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua UNAN-León. Nicaragua. 1999. p.25.



1.2.6 Expresión de Género.

Manifestación externa de rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado.



CAPÍTULO II: ANALISIS DEL ESTADO ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LAS PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS TRANSGENERO Y TRANSEXUALES EN EL MARCO INTERNACIONAL.

El presente capítulo exterioriza la situación actual de dicha comunidad tanto en lo que refiere a su reconocimiento, negación, aceptación, exclusión y hasta prohibición, como en lo que refiere a la regulación de los derechos humanos en base a razones de orientación sexual e identidad de género y a los casos de afectación a sus derechos humanos.

El planteamiento de esta información nos servirá de base para justificar o negar la necesidad de proponer una norma particular con carácter vinculante que regule la orientación sexual y la identidad de género como condiciones por las cuales todo derecho humano debe ser respetado, protegido y asegurarse su disfrute. Finalmente, en caso esta justificación sea positiva, la información brindada en este capítulo ayudará a proponer a suerte de estrategias, algunos lineamientos para el cumplimiento efectivo de esta norma por parte de estados disidentes, principalmente por razones culturales.

2.1. Situación actual de la regulación de derechos humanos a personas LGTBI en especial de los transgénero y transexuales en el marco internacional.

En el capítulo anterior se ha señalado que nos encontramos ante un proceso de cristalización debido al reconocimiento de la regulación de los derechos humanos en razón de la orientación sexual e identidad de género.



Para sustentar la existencia de este proceso llevado a cabo principalmente en los sistemas de protección internacional se puede señalar que la falla principal del positivismo legal es que se corre el riesgo de reducir los DDHH a la mera existencia de derechos legales. Lo que implicaría que sólo existan donde existen leyes, acuerdos reales o instituciones que alegan su existencia; yendo en contra de la idea central del movimiento que argumenta que su existencia depende de considerarlos exigencias morales que deben ser traducidos a contextos legales e institucionales para su protección y vigilancia.

Por ello es necesario examinar si este reconocimiento es efectivo en la práctica, o, por el contrario, ineficiente para permitir gozar a las personas LGTBI de sus derechos humanos. Para ello, se sistematizará la información ya recogida por la International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA) sobre esta comunidad y su situación en la actualidad.

La información se presenta en cuadros sistematizados consolidando la investigación por continente, cruzándola con otros ejes como la legalidad del homosexualismo y lesbianismo, la existencia de normas que sancionen estas conductas; que prohíban la discriminación por razones de orientación sexual y/o identidad de género; y la aceptación o rechazo de los Principios de Yogyakarta a través de cualquier acción realizada por agentes particulares o estatales.

Antes de empezar, debemos aclarar algunos puntos. No se ha sistematizado toda información recogida para conocer otros temas que en la presente tesis no han sido incorporados básicamente porque se optó por incluir los lineamientos básicos para dar a conocer al lector de una manera clara y concisa los problemas que afectan a tan sólo una parte de la comunidad LGTBI (Transgénero y



Transexuales), razón por lo cual es de esperarse que los demás integrantes pasen al menos por una situación similar.

2.1.1. Reconocimiento de la aplicación de Derechos humanos a personas LGBTI (Transgénero y Transexuales).

A continuación, se presentan los casos de reconocimiento de la aplicación de los derechos humanos ya regulados en razón de la orientación sexual y la identidad de género. Lo que da sustento al llamado proceso de cristalización dentro de los marcos de actuación de los sistemas internacionales de protección del individuo.

2.1.2. Reconocimiento por el Sistema Universal de los Derechos Humanos.

En sentido estricto, dentro de este sistema no existe regulación vinculante por razones de orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Lo que no implica que, a través de otros documentos, como Resoluciones y Declaraciones de la Asamblea General, Informes del NUDH (Naciones Unidas Derechos Humanos), Observaciones Generales de los órganos de protección y promoción de derechos humanos, entre otros, sí se haya reconocido la aplicación de estos derechos a personas LGTBI.

Por ello, a continuación, se presentan únicamente los documentos emitidos por los diversos órganos del sistema que han tratado de manera expresa el tema de la orientación sexual y la identidad de género.



a. Carta dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de Argentina, Brasil, Croacia, Francia, Gabón, Japón, Noruega y los Países Bajos (18 de diciembre de 2008)³⁹.

Si bien no tiene carácter vinculante y por ende no es obligatoria de aplicación por los Estados miembros de las Naciones Unidas, cuenta hasta el momento con el apoyo de sesenta y ocho países firmantes.

Sus principales aportes consisten en reafirmar los principios de universalidad y no discriminación en la aplicación de los derechos humanos; condenar la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio por razones de orientación sexual o identidad de género. Además, exhorta a los Estados y mecanismos internacionales a comprometerse con la promoción y protección de los derechos humanos, independientemente de la orientación sexual e identidad de género; y urge a los Estados a tomar todas las medidas necesarias para asegurar que la orientación sexual o la identidad de género no sean base de sanciones penales; a investigar violaciones de derechos humanos por estas razones y perseguir y sancionar a los responsables; y a asegurar una protección adecuada a los defensores de DDHH en estos temas.

³⁹ Carta dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de Argentina, Brasil, Croacia, Francia, Gabón, Japón, Noruega y los Países Bajos (18 de diciembre de 2008). Disponible en www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf (consultado el 28/05/2016)



b. Resolución 17/19 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género del Consejo de Derechos Humanos (14 de julio de 2011)⁴⁰.

En su Preámbulo recuerda la universalidad, interdependencia e interrelación de los DDHH, así como el principio de no discriminación y expresa su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género.

Pide a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la elaboración de un estudio que documente las leyes y prácticas discriminatorias, los actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse para poner fin a dichos actos de violencia.

c. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (17 de noviembre de 2011)⁴¹.

El Informe lleva por nombre “Leyes y Prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” y se presenta como respuesta al requerimiento de la Resolución anterior.

Señala en su Introducción que en todas las regiones del mundo hay personas que sufren violencia y discriminación (asesinatos, violaciones, agresiones

⁴⁰Resolución 17/19 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género del Consejo de Derechos Humanos (14 de julio de 2011) disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf (consultado el 01/06/2016)

⁴¹Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (17 de noviembre de 2011) disponible en :http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-21-Add3_sp.pdf (consultado el 01/06/2016)



físicas, torturas, detenciones arbitrarias, entre otras) debido a su orientación sexual o identidad de género. Que tanto los mecanismos de las Naciones Unidas como los órganos de tratados y procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos han documentado estas vulneraciones y a la par integrado las cuestiones de la orientación sexual e identidad de género en sus labores; y que este Informe si bien no trata de manera exhaustiva todas las vulneraciones mencionadas anteriormente, sí destaca problemas actuales de derechos humanos de vital importancia, que los Estados tienen la obligación de abordar.

d. Declaración Ministerial sobre el fin de la violencia y la discriminación contra las personas por su orientación sexual y la identidad de género (26 de septiembre de 2013)⁴².

Aprobada en el marco de la Primera Reunión Ministerial sobre el papel de las Naciones Unidas para la eliminación de la violencia y la discriminación contra lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT), llevada a cabo en la ciudad de Nueva York, y dentro del marco de la 68 sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Dicho documento representa básicamente el compromiso de Argentina, Brasil, Croacia, El Salvador, Francia, Israel, Japón, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Estados Unidos y el Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de eliminar la violencia y discriminación contra los individuos en base a su orientación sexual e identidad

⁴² Declaración Ministerial sobre el fin de la violencia y la discriminación contra las personas por su orientación sexual y la identidad de género. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Joint_LGBTI_Statement_ES.PDF (consultado el 10/06/2016).



de género. Reafirma su convicción de que los derechos humanos son inherentes a los individuos, y que las personas LGBT gozan de los mismos derechos que los demás individuos. Señala además su beneplácito por las acciones positivas que se han tomado para proteger a los individuos LGBT de acciones que violan sus derechos humanos, como la aprobación de los documentos anteriormente señalados y como la eliminación de la homosexualidad como causal de sanción penal en muchos países. Sin embargo, hace notar su preocupación por que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos haya en el Informe anteriormente señalado determinado la existencia de un patrón de violación de los derechos humanos en razón de la orientación sexual y la identidad de género.

e. Reconocimiento a cargo de los Comités.

Reconocimiento a cargo de los Órganos de los Tratados en el marco del Sistema Universal, puede observarse cómo se ha interpretado que, básicamente, en las disposiciones de los tratados acerca de la no discriminación se ha incorporado como motivo prohibido la orientación sexual.

Además de que se ha señalado que la identidad de género también está protegida por el derecho a la no discriminación, y estas disposiciones deben aplicarse y respetarse en relación con cualquiera de los derechos recogidos en los tratados internacionales.

Se reconoce, además, en el marco del Comité de Derechos del Niño, que aquellos niños/as lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexo se encuentran bajo condiciones de vulnerabilidad potencial, por lo que requieren de protección específica.



2.1.3. Reconocimiento por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

Por otro lado, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han sido partícipes activos en el reconocimiento de la aplicación de los derechos humanos en razón de la orientación sexual y la identidad de género.

A continuación, se presenta a manera de resumen los principales avances hasta el momento en la materia. Ya sea a través de Resoluciones, Sentencias, Reportes de Admisibilidad, Estudios, entre otros.

a. Resolución AG/RES 2435 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género⁴³ (3 de junio de 2008).

Reafirma los Principios de Universalidad y No Discriminación, de acuerdo a como los recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos; señala que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prevé el derecho a la vida, libertad y seguridad personal de todos los seres humanos. En base a estos postulados manifiesta su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos en razón de la orientación sexual e identidad de género; encarga a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su agenda el tema “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” y solicita al Consejo Permanente que informe a la Asamblea General sobre el cumplimiento de la presente resolución.

⁴³Resolución AG/RES 2504 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf (consultado el 11/06/2016).



b. Resolución AG/RES 2600 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (8 de junio de 2010)⁴⁴.

En esta Resolución, a diferencia de las anteriores, la Asamblea General resuelve alentar a los Estados miembros a considerar medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género; solicitar a la Comisión Interamericana a seguir prestando adecuada atención al tema y a considerar la posibilidad de realizar un estudio temático a nivel hemisférico sobre el mismo.

c. Resolución AG/RES 2653 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (7 de junio de 2011)⁴⁵.

En esta oportunidad, la Asamblea General, en base a lo establecido en las Resoluciones anteriores, añade la disposición “dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento jurídico” a todas las acciones a tomar en este tema. De forma que parece insertar una limitación que antes no existía; lo que puede interpretarse como si el Estado no tuviera la obligación de modificar su ordenamiento interno para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en las Resoluciones. Al respecto, dentro de este límite se debe instar a los Estados a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación; alentar a los Estados Miembros a que consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género; solicitar a la Comisión Interamericana a prestar particular atención a su plan de trabajo “Derechos de

⁴⁴ Resolución AG/RES 2600 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf (consultado el 12/06/2016).

⁴⁵ Resolución AG/RES 2653 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf (consultado el 12/06/2016).



las personas LGBTI” y a preparar el informe hemisférico en la materia de conformidad con la práctica establecida; solicitar a la Comisión y al Comité Jurídico Interamericano estudios sobre las implicaciones jurídicas y desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género; y encomendar a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su agenda la consideración del resultado de los estudios solicitados.

d. Resolución AG/RES 2721 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (4 de junio de 2012)⁴⁶.

Se diferencia de las Resoluciones anteriores en que toma nota de la creación de la Unidad para los Derechos de las Lesbianas, Gays y las Personas Bisexuales, Trans e Intersexo (LGBTI) por la Comisión Interamericana y de su plan de trabajo, que incluye la preparación de un informe hemisférico sobre la materia y el Segundo Informe de la Comisión sobre la situación de los defensores y defensoras de los Derechos Humanos en el continente, conforme al cual las organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos de las personas LGBTI desempeñan un rol fundamental en la región.

En base a estas especificaciones y a lo señalado anteriormente, resuelve condenar la discriminación de personas LGBTI, particularmente en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada; solicitar a la Comisión un estudio sobre leyes y disposiciones vigentes en los Estados miembros que limiten los derechos

⁴⁶ Resolución AG/RES 2721 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf (consultado el 20/06/2016).



humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y luego elabore una guía para estimular la despenalización de la homosexualidad.

e. Resolución AG/RES 2807 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género (6 de junio de 2013)⁴⁷.

Además de tomar en cuenta el contenido de las Resoluciones anteriores, se basa en el Segundo Informe de la Comisión sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos en las Américas, que señala que los defensores de los derechos de la comunidad LGTBI hacen frente a una situación especial de riesgo; y en el Informe del Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, en el cual se señala que los niños que nacen con atributos sexuales atípicos suelen ser objeto de intervenciones quirúrgicas irreversibles de reasignación de sexo, esterilizaciones involuntarias o cirugía reconstructiva involuntaria, practicadas sin su consentimiento informado previo ni de sus padres, como un intento de fijar su sexo, lo que les provoca infertilidad permanente e irreversible y un gran sufrimiento psíquico. Por último, considera el estudio sobre terminología “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes”, importante precisamente por definir de manera clara y concisa términos básicos y relevantes para el conocimiento de la comunidad LGTBI.

⁴⁷ Resolución AG/RES 2807 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/AG-RES-2807XLIII-O-13.pdf> (consultado el 20/06/2016)



Por todo ello agrega como acciones el instar a los Estados a producir datos sobre violencia homofóbica y transfóbica, con el objetivo de promover políticas públicas que protejan los derechos humanos de las personas LGBTI; a asegurar una protección adecuada a las personas intersex y a implementar políticas y procedimientos que aseguren la conformidad de prácticas médicas con estándares reconocidos en materia de derechos humanos. Sin embargo, en la presente Resolución existieron varias disposiciones de Estados que fijaban limitaciones.

f. Orientación sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes (23 de abril de 2013)⁴⁸.

Entre los alcances y límites del estudio, señala que, al articular los conceptos de orientación sexual, identidad y/o expresión de género evocan perspectivas sociales, legales y médicas. Al respecto, en el marco de las Naciones Unidas estos debates sociales se han subsumido dentro de la expresión “minorías sexuales”. El estudio también señala que la denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y expresión de género, como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad.

En el mismo sentido, el estudio señala que las categorías mencionadas no son características estáticas sino por el contrario dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma. En el marco de las decisiones íntimas y personales las personas pueden pasar por un proceso de desarrollo

⁴⁸ Orientación sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes. Disponible en: <http://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2013/06/Derechos-humanos-orientacion-sexual-identidad-y-expresion-de-genero.pdf> (consultado el 20/06/2016).



constante y fluctuante, lo que no implica que puedan ser modificadas por terceras personas, so pena de vulnerar la dignidad de los interesados.

g. Relatoría sobre los Derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (LGTBI)⁴⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en noviembre de 2013, muestra su preocupación por la violencia y discriminación contra personas LGTBI en el contexto de la educación y temas familiares. El 08 de noviembre decide crear la Relatoría sobre los Derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (LGTBI) para darles atención personalizada y cumplir con su función de promoción y protección de los derechos humanos.

Dicha Relatoría comenzó a funcionar el 01 de febrero del presente año. Entre sus funciones tiene el procesamiento de peticiones y casos; asesoramiento a la Corte respecto a la solicitud de medidas cautelares y presentación de solicitudes de medidas provisionales relacionadas con la orientación sexual, identidad de género y expresión de género; la prestación de asistencia técnica a los Estados Miembros y órganos políticos; preparar informes con recomendaciones hacia los Estados de la OEA en áreas de legislación, políticas públicas e interpretación judicial sobre derechos humanos de estas personas; y la supervisión de violaciones de los derechos humanos y la promoción de su visibilidad.

Precisamente su importancia radica en ser en primer lugar en su creación derivada de un órgano del sistema de protección por lo que ha de suponerse que la intención del Sistema mismo es brindar una protección efectiva a las personas

⁴⁹ Relatoría sobre los Derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/> (consultado el 23/06/2016).



LGTBI a través precisamente de otorgarles un mecanismo de acceso directo al sistema.

h. Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (5 de junio de 2013)⁵⁰.

Esta Convención consta como el primer instrumento internacional que recoge de manera expresa la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación. Entre sus principales aportes radica el ser el primer instrumento internacional con carácter vinculante, es decir, obligatorio para los Estados partes que reconoce en su Preámbulo la obligación de adoptar medidas en el ámbito nacional y regional para fomentar y estimular el respeto y la observancia de los derechos humanos de todos los individuos y grupos sin distinción, entre otras razones, por la orientación sexual; que las minorías sexuales son víctimas de discriminación en intolerancia en las Américas, y que los individuos pueden ser discriminados por su orientación sexual.

Además de ello, define lo que es discriminación y sus clases, así como intolerancia. Y amplía la lista de motivos prohibidos de discriminación, hasta el momento incorporados en otros instrumentos internacionales, y entre ellos de manera expresa la orientación sexual.

⁵⁰ Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp (consultado 25/06/2016).



2.1.4. Reconocimiento por el Sistema Europeo.

Este sistema por medio de la interpretación, reconoce en el artículo 14 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos⁵¹ la prohibición de discriminación también por motivos de orientación sexual; diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconocen derechos igualitarios; y la entrada a la Unión Europea está condicionada entre otras cosas por la abolición de leyes de sodomía y la implementación de políticas de no discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género.

A continuación, una breve presentación de los documentos más resaltantes emitidos por los órganos del sistema que han trabajado, también de manera expresa en la materia

a. Manual para promover y proteger el disfrute de todos los Derechos Humanos por parte de las personas LGBT (octubre del 2010)⁵².

Este manual fue elaborado por la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, únicamente con carácter informativo y con el objetivo de proporcionar al personal de las sedes de la Unión Europea, capitales de los Estados miembros, Delegaciones, Representaciones y Embajadas de la UE, dentro del marco de su acción exterior, un manual operativo con el fin de promover y proteger los derechos humanos de las personas LGBT.

Reconoce que las personas LGBT tienen los mismos derechos que cualquier persona, lo que incluye el derecho a la no discriminación en el disfrute de los mismos.

⁵¹Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (consultado 26/06/2016).

⁵²Secretaría General del Consejo Europeo. Manual para promover y proteger el disfrute de todos los DDHH por parte de las personas LGBT. Disponible en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/ES_LGBT.pdf (consultado 27/ 7/2016).



Para el cumplimiento de su objetivo establece ámbitos de acción prioritarios, como despenalizar las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo; alentar a promover la igualdad y la no discriminación; y establecer la necesidad de dar apoyo y protección a los defensores de derechos humanos.

Finalmente, establece los lineamientos, directrices y acciones que deben llevar a cabo los países socios y los que se deben llevar a cabo en los foros multilaterales. Entre sus Anexos el manual recoge los instrumentos jurídicos internacionales que incorporan disposiciones relativas al tema y establece una lista de elementos de análisis/control de acciones en relación con los derechos de personas LGBT.

b. Resolución del Parlamento Europeo sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género en las Naciones Unidas (28 de septiembre de 2011)⁵³.

El Parlamento Europeo reconoce la importancia de la aprobación de las Resoluciones y Declaraciones aprobadas en el marco de actuación de las Naciones Unidas, y en base a los artículos 2, 3.5, 18, 21 y 27 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, entre otras cosas:

Reitera su preocupación por las violaciones de los derechos humanos y la discriminación generalizada por motivos de orientación sexual e identidad de género; reconoce y apoya la labor de los diversos órganos de las Naciones Unidas para garantizar la plena vigencia de las normas internacionales de derechos humanos, con independencia de la orientación sexual y la identidad

⁵³ Resolución del Parlamento Europeo sobre DDHH, Orientación Sexual e Identidad de Género en las Naciones Unidas el 07 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20110427+0+DOC+XML+V0//ES> (consultado el 29/07/2016)



de género. Reitera que los derechos humanos son universales e indivisibles y se aplican a todos por igual, con independencia de la orientación sexual y la identidad de género; recuerda que una de las prioridades es la despenalización de la homosexualidad en todo el mundo; recuerda a los Estados miembros la obligación de proteger o conceder asilo a los nacionales de terceros países que huyan o corran el riesgo de ser perseguidos en sus países de origen debido a su orientación sexual; entre otras acciones.

c. Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGTBI) (24 de junio de 2013)⁵⁴.

Aprobadas por el Consejo de la Unión Europea, recalca que sus motivos para actuar radican en que los derechos de las personas LGTBI están protegidos en la legislación internacional sobre derechos humanos en vigor y lo que hace es precisar medidas concretas para garantizar que disfruten plenamente de sus DDHH.

Señala además que la UE está comprometida con el principio de universalidad de los derechos humanos y recalca que no puede apelarse a valores culturales, tradicionales o religiosos para justificar la discriminación contra personas LGTBI. Las mismas que son un grupo vulnerable, víctimas de persecución, discriminación, acoso y maltrato, entre otras acciones.

En base a lo cual establecen cuatro ámbitos de acción prioritarios para promover y proteger de manera eficaz los DDHH de las personas LGTBI.

⁵⁴ Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGTBI). Disponible en: http://eeas.europa.eu/delegations/uruguay/documents/news/20130624_es.pdf (consultado 29/07/2016).



Despenalizar y hacer frente a legislaciones y políticas discriminatorias; promover la igualdad y la no discriminación; luchar contra la violencia LGBTI; y apoyar y proteger a los defensores de DDHH.

2.1.5. Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (26 de marzo de 2007).

Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (Principios de Yogyakarta), es un documento que se encarga de elaborar un recuento de derechos humanos que se aplican específicamente por razones de orientación sexual e identidad de género.

Si bien este texto no ha sido aprobado en el marco del sistema de protección universal, ni tiene carácter vinculante, ha tenido en los últimos años una amplia aplicación en las decisiones de los Órganos de Tratados Internacionales (Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité contra la Tortura, entre otros); en los Procedimientos Especiales (Representantes, Relatores y Expertos Independientes sobre temas como situación de los defensores de derechos humanos, formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia; ejecuciones extrajudiciales y disfrute del más alto nivel posible de salud entre otros); en los Informes (Revisión Periódica Universal) y en las intervenciones de Estados ante el Consejo de Derechos Humanos.

Según la Guía del Activista para usar los Principios de Yogyakarta, éstos son un conjunto de principios que versan sobre las leyes internacionales de derechos humanos y su aplicación a las personas de diversas orientaciones sexuales e



identidades de género. Es un documento que no crea ningún derecho nuevo, sino que enuncia los ya existentes, basados en las leyes internacionales de derechos humanos, donde se presentan las obligaciones que los Estados deben asumir para garantizar que las personas LGTBI puedan gozar de sus derechos

Este texto tiene como principal aporte ser la mayor compilación de Principios que recogen con acuciosidad los DDHH de personas LGTBI, además de establecer una delimitación conceptual de orientación sexual e identidad de género (ambas categorías básicas para saber cuándo y a quiénes nos referimos cuando hablamos de personas o comunidad LGTBI) (ARC, 2010: 11) y recoger los DDHH, actualmente regulados en el DIDH (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) y reconocer su aplicación por medio de la interpretación a las razones de orientación sexual e identidad de género.

2.2. Análisis jurisprudencial sobre la identidad sexual de las personas transgénero y transexual en los Derecho humanos.

Dentro de la aplicación de los derechos humanos desde la perspectiva de las personas transgénero y transexuales encontramos diferentes posturas en relación al tema de la identidad sexual de las personas transgénero y transexual, así como de la comunidad LGTBI en general. Muchos de estos países aún no cuentan con marcos normativos de dicho Derecho fundamental, como lo es el caso de Nicaragua; es por ello que en este apartado nos basamos en la jurisprudencia, sabiendo que la misma es la ciencia de lo justo y lo injusto (según Justiniano), es decir, es la interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce; la práctica



judicial constante, o la enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales⁵⁵.

a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁶.

En nuestro continente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, ha producido en el año 2012, el estudio llamado Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes.

Este estudio pone de manifiesto la importancia que ha tomado a nivel hemisférico el derecho a la identidad sexual, entendido este en su sentido amplio e inclusivo de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Así, pues, los mecanismos de derechos humanos americanos, al igual que sus pares europeos, han visto la imperiosa necesidad de asumir la responsabilidad que implica la tutela de este derecho humano para sus ciudadanos. Al tratar el tema de la orientación sexual, la identidad género y la expresión de género como derechos fundamentales para la autorrealización personal y el libre desarrollo de la personalidad, la Comisión explica que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie

⁵⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Undécima Edición. Editorial HELIASTA. Buenos Aires, Argentina. 1993. p. 178.

⁵⁶ Comisión Interamericana de DDHH. Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_actual_Orientacion_Sexual.pdf. (Consultado el 10/07/2016)



puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales, familiares y su hogar.

Las políticas discriminatorias en razón de la identidad sexual, así como los actos de violencia cometidos en contra de la población transexual y transgénero, han llevado a que los mecanismos de protección de los derechos humanos del continente tomen las medidas necesarias para garantizar el respeto y el amparo de los derechos fundamentales de estos grupos sociales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos entiende la discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.

Nuevamente se está en presencia del concepto y el principio de igualdad como elemento consustancial de la tutela del derecho a la identidad sexual en el tanto, independientemente de la orientación o identidad de género que se tenga, es ésta un elemento configurador primordial de la personalidad y la identidad personal, aspectos que deben ser tutelados desde una igualdad formal, así como material.

b. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es numerosa en relación con temas de orientación sexual, identidad sexual o identidad de género, es más, la única sentencia dictada en relación con estos



temas ha sido en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* del 24 de febrero de 2012⁵⁷; caso que trata sobre discriminación basada en orientación sexual; sin embargo, la Corte hace alusión a la identidad sexual o identidad de género en la redacción de la sentencia.

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁸, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

La Corte es sumamente clara en el tanto afirma que la identidad de género es una categoría de los individuos que es protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con ello se deriva que los estados americanos que

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/articulos/seriec_239_esp. (consultado el 15/05/2016).

⁵⁸ Convención Americana de los Derechos Humanos. Resolución B-32 de la Asamblea General. Organización de Estados Americanos (OEA). San José, Costa Rica. 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Nicaragua el 25 de septiembre de 1970. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. (consultado el 20/05/2016).



han suscrito la Convención, se encuentran obligados a tutelar y proteger dicha condición.

La Corte va más allá y afirma que las autoridades estatales o particulares no pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Aunque la Corte alude explícitamente sólo a la orientación sexual, no sería ilógico ni irresponsable interpretar que dicha prohibición se extiende también a la identidad de género. Este es el único caso hasta el momento en el que la Corte ha tenido que fallar una sentencia en temas relacionados con diversidad sexual; sin embargo, no puede menospreciarse la relevancia jurídica que tiene para los Estados las precisiones que hace la Corte sobre el acercamiento que deben tener ante la orientación sexual y la identidad de género.

c. Unión Europea.

La Corte Europea de Derechos Humanos, desde finales de la década de los años 80 del siglo pasado, ha venido sentando jurisprudencia en relación con el derecho a la identidad de género y, a su vez, contribuyendo a la evolución jurídica europea para la efectiva realización de este derecho.

A continuación, se detallarán algunos de los fallos más relevantes de este alto tribunal sobre la identidad de género, analizados con base en un documento preparado por la Unidad de Prensa de la Corte Europea de Derechos Humanos⁵⁹.

⁵⁹ Press Unit of the European Court of Human Rights. Disponible en http://www.echr.coe.int/Documents-/FS_Gender_identity_ENG-pdf. (consultado el 11/06/2016).



En la sentencia del Caso Dudgeon⁶⁰ contra Reino Unido de 1981, el Tribunal falla señalando que la sola existencia de una disposición legal que prohíba los actos sexuales consentidos entre personas del mismo sexo violaba el artículo 8 del Convenio sobre el derecho a la vida privada. Es precisamente esta sentencia junto al estrechamiento del margen de apreciación, lo que marca un inicio en el Sistema Europeo a favor del reconocimiento en pie de igualdad de las personas LGTBI.

Otra sentencia dictada a favor del derecho a la identidad de género es el caso *B. vs. Francia* 13343/87, en el cual la Corte falló en el sentido de que existía una violación del artículo 8 del Convenio Europeo al negársele el derecho a la demandante de enmendar el estatus de su sexo legal luego de su operación de cambio de sexo-orgánico, lo cual la ponía en una situación diaria que no era compatible con su vida privada.

En el caso de *Christine Goodwin vs. Reino Unido* del año 2002, la Corte tuvo por cierto que existía una violación de los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo y afirmó que existe una tendencia internacional, clara y continua, hacia la aceptación social de los transexuales y hacia el reconocimiento de la nueva identidad sexual de los transexuales post-operados. Ante esto, la Corte falló que no existían factores de peso para negarle a la demandante la obtención del reconocimiento legal de su reasignación de género.

Además, en un aspecto fundamental del derecho a la identidad sexual, la Corte dejó en responsabilidad de los Estados regular todo aquello concerniente a las

⁶⁰ El caso Dudgeon contra Reino Unido Sentencia de 22 de octubre de 1981. Fue un caso llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en que se estableció que la legislación aprobada en el siglo XIX que penalizaba las prácticas homosexuales masculinas en el Reino Unido, y que en 1980 seguía en vigor en Irlanda del Norte violaba la Convención Europea de Derechos Humanos.



formalidades y condiciones para el matrimonio de los transexuales, pero afirmaba enfáticamente que no encontraba justificación para la prohibición de los transexuales a gozar del derecho al matrimonio bajo ninguna circunstancia.

La sentencia del litigio de *Van Kück vs. Alemania* del año 2003 representa un parte-aguas en el reconocimiento del derecho a la identidad sexual o de género como condición innata de la identidad personal del ser humano; además, excluye la necesidad de probar medicamente la necesidad de operación de reasignación sexo-orgánica.

La Corte encontró una violación del artículo 8 del Convenio Europeo en el tanto la identidad de género es uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona, por lo que parece desproporcionado solicitarle al demandante pruebas médicas de la necesidad del tratamiento.

Estos cuatro casos son sumamente reveladores del reconocimiento que ha tenido por vía jurisprudencial el derecho a la identidad sexual o identidad de género en el continente europeo, y el papel preponderante que ha jugado la Corte Europea de Derechos Humanos en la viabilización y visibilización de este derecho en los Estados miembros de la Unión Europea.



2.3. Configuración del Derecho a la identidad sexual de las personas transgénero y transexuales en el Derecho de los países centroamericanos y Argentina como país pionero en Latinoamérica.

a. Argentina.

Argentina ha legislado en temas tan importantes como el matrimonio homosexual y la adopción por parte de homosexuales. Así mismo, ha establecido leyes antidiscriminación y sobre la identidad y expresión de género. Es sin duda la experiencia legislativa más interesante en la región en el reconocimiento de derechos de la comunidad LGTBI.

Para los fines del presente nos basamos en la Ley 26.743, ley que establece el derecho a la identidad de género de las personas. Esta Ley publicada en mayo de 2012, tiene elementos destacables como en su artículo 1 que reconoce que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género y al libre desarrollo de la personalidad de acuerdo a esta identidad. A partir de este reconocimiento se establece que existe un derecho a ser tratado de acuerdo a su identidad de género y que uno pueda ser identificado de ese modo en los instrumentos que acreditan la identidad respecto de nombres, imagen, sexo.

La norma también brinda una definición de identidad de género, que recoge el carácter abierto de esta categoría, es así que en el artículo 2 se señala que se entiende identidad de género como:

“La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.



Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales⁶¹”.

Como señalamos la norma establece una definición que cumple con los elementos fundamentales de la identidad de género. Primero que esta identidad puede diferenciarse del sexo asignado al momento de nacimiento, que puede incluir modificaciones al cuerpo realizadas de manera libre y que puede incluir otras expresiones de género que van más allá de la modificación del cuerpo de distinta índole.

b. Panamá

A través de la Ley 31⁶² de 2006 en su artículo 120 expresa que la Dirección Nacional del Registro Civil ordenará la corrección del sexo en las inscripciones de nacimientos, con base en la solicitud de parte interesada, la que será acompañada del certificado expedido por médico forense que determine el sexo que le corresponde al titular.

c. Costa Rica

En septiembre de 2009, después de una disputa administrativa, la mujer transexual cuyo nombre de nacimiento es Andrey Porras Araya, conocida

⁶¹ LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO: Ley N° 26.743. Promulgada y publicada en el Boletín Oficial el 24 de mayo de 2012. disponible en http://www.tgeu.org/sites/files/ley_26743. (consultado el 11/06/2016).

⁶² LEY QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTICULOS A LA LEY 31, SOBRE EL REGISTRO CIVIL: Ley N° 31. Promulgada y publicada en la Gaceta no. 25798 el 24 de mayo de 2007. disponible en <http://docs.panama.justia.com/federales/leyes/17-de-2007-may-24-2007.pdf> .(consultado el 14/06/2016).



como Natalia, logra que el Registro Civil le tome la fotografía de la cédula de identidad con su apariencia femenina así está contemplado en el reglamento de fotografías para la cédula de identidad⁶³ en su artículo 2- Toda persona tiene derecho a que se respete su imagen y su identidad de género al momento de tomarse la fotografía que se inserta en la cédula de identidad. Ese derecho debe conciliarse con el interés público de contar con un documento de identificación idóneo, seguro y confiable. Lo anterior hace necesario que, en la fotografía, se muestren los rasgos faciales, de forma tal que permitan la identificación de la persona portadora del documento de identidad.

d. Nicaragua

No cuenta con una ley que proteja los derechos de las personas transexuales y transgénero en el marco de su derecho a su identidad ni se ha sabido de caso de cambio de sexo y nombres en los Registro Públicos del Estado Civil de las Personas a nivel nacional, pero si hay que destacar que existe la ley 820⁶⁴ en su arto 4, en definiciones de la ley encontramos la comunidad LGBTI con ella a los transexuales y transgénero.

⁶³ REGLAMENTO DE FOTOGRAFÍAS PARA LA CÉDULA DE IDENTIDAD DECRETO N.º 08-2010. Publicado en La Gaceta n.º 127 de 1º de julio de 2010. Disponible en <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/fotografiascedulaidentidad.pdf>. (consultado el 14/06/2016).

⁶⁴ Ley No. 820 Ley de Promoción, Protección y Defensa de los Derechos humanos ante el VIH y Sida, para su Prevención y Atención. Aprobado el 27 de noviembre del 2012 Publicado en La Gaceta No 242 del 18 de diciembre del 2012.



2.4. Análisis aplicado por el grupo de investigación sobre el estado actual de los Derechos Humanos de las personas transgénero y transexuales.

No se debe perder de vista que el proceso de creación de normas internacionales sobre derechos humanos responde a un proceso dialéctico, es decir, primero por lo general existen casos de violación de derechos humanos y como consecuencia surge la necesidad de regular y ponerle fin a esta situación. Y el presente caso no es una excepción. Por ello, en una primera parte del capítulo se ha presentado la situación actual de la comunidad LGTBI a través de la sistematización de información sobre la regulación de los DDHH en razón de la orientación sexual y la identidad de género. Donde se ha podido observar contradicciones como, por ejemplo, la prohibición del homosexualismo más no del lesbianismo o la consideración legal de las conductas homosexuales o lésbicas, pero con existencia de una norma de castigo.

Y otros casos más donde incluso se sanciona con pena de muerte las conductas homosexuales. Situaciones que contrarían el pleno disfrute de todos los derechos humanos que todo ser humano debe gozar.

En la segunda parte presentamos la forma cómo se ha reconocido la aplicación de lo DDHH ya regulados en razón de la orientación sexual y la identidad de género. Lo que nos lleva a argumentar que, si bien no desconocemos la existencia de un proceso de cristalización, donde a través de la interpretación se protege a la comunidad LGTBI por normas internacionales ya vigentes; ningún sistema de protección les brinda hasta el momento protección a través de disposiciones contenidas en instrumentos internacionales con carácter



vinculante. Argumento que sirve de fundamento y justificación para la propuesta de esta tesis. Por ello a continuación se presentan los vacíos de este proceso de reconocimiento, la propuesta de una norma internacional con carácter vinculante que brinde protección a la comunidad LGTBI y estrategias para su cumplimiento.



CAPÍTULO III: BASE PARA LA ELABORACION DE UNA POSIBLE LEGISLACION NACIONAL PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSGENERO Y TRANSEXUALES EN NICARAGUA.

Hasta el momento se ha afirmado que los principios de universalidad y no discriminación que reconocen a todos los seres humanos todos los derechos humanos, los mismos que deben poder ejercer, disfrutar y gozar independientemente de cualquier condición particular que los caracterice (raza, sexo, edad, opinión política, entre otros).

A partir de estos principios generales del derecho y en el marco del reconocimiento de la aplicación de los DDHH por razones de orientación sexual y/o identidad de género, se ha afirmado por los sistemas de protección del individuo que éstas son condiciones también reconocidas bajo la cláusula abierta de no discriminación “cualquier otra condición”.

A través de la jurisprudencia, doctrina y algunos instrumentos internacionales aprobados en el marco de los sistemas de protección se ha ido otorgando reconocimiento y protección a la comunidad LGTBI. Sin embargo, como pudimos observar en la primera parte del capítulo anterior, existe a la par un no reconocimiento constante por parte de algunos países de la orientación sexual y la identidad de género como condiciones básicas para la dignidad y formación de la identidad de la persona.

Esta distancia entre el llamado proceso de cristalización y la práctica de los estados se convierte en el fundamento de la presente tesis y del presente capítulo



que abarca la presentación de los vacíos existentes en el reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como condiciones a las cuales se aplican los DDHH.

Contempla también una discusión somera entre el universalismo y el relativismo cultural, precisamente porque las razones por las cuales se alega que la orientación sexual e identidad de género no pueden incorporarse al ordenamiento interno e internacional son culturales o religiosas. Y para concluir, se presenta a manera de propuesta una norma internacional con carácter vinculante que proteja la aplicación de los derechos humanos en razón de éstas condiciones, y las estrategias que pueden usarse para el respeto y uso de instrumentos internacionales sobre orientación sexual e identidad de género.

3.1. Vacíos en el reconocimiento de la aplicación de los derechos humanos por razones de orientación sexual e identidad de género.

Pese al reconocimiento que se ha venido dando en los sistemas de protección internacional respecto a que los derechos humanos son aplicables a todo ser humano, razón por la cual no puede excluirse de ellos a las personas LGTBI, existen varios vacíos en el estado actual de los derechos humanos que se les reconocen y efectivamente se les aplican. A continuación, se analizarán tres de ellos, referentes por ejemplo a la incorrecta interpretación del Principio de no discriminación por aquellos países que niegan que la orientación sexual y la identidad de género puedan ser consideradas e insertadas en sus ordenamientos jurídicos; la confusión que se presenta al incorporar el término género en el Estatuto de Roma y la falta de ratificaciones de la Convención Interamericana contra forma de discriminación e intolerancia.



3.2. Desconocimiento de la cláusula abierta del principio de no discriminación.

En el capítulo III hemos hecho referencia al principio de no discriminación que sustenta el ordenamiento internacional y da sentido a los derechos humanos y sus características de inherencia y universalidad. Su regulación en los tratados de derechos humanos más relevantes implica que todo ser humano debe ser tratado sin distinción de ninguna clase y sus derechos respetados y garantizados también sin distinción alguna.

De esta forma podemos observar que cada instrumento internacional establece sus propios motivos prohibidos de discriminación. Sin embargo, todos coinciden en incluir una cláusula abierta referente a “cualquier otra condición”, “cualquier otra situación”, “cualquier otra condición social” u “otro status”; lo que permite incorporar nuevas causales por las cuales un ser humano no puede ser discriminado. Respetando con ello una de las características esenciales de los derechos humanos, que es su desarrollo evolutivo y su carácter no estático.

Se menciona también en el Capítulo III que el Principio de Igualdad es la otra cara de la moneda del Principio de no Discriminación, la cara positiva y la cara negativa, respectivamente. En este sentido, han sido diversos los órganos de los sistemas de protección internacional del individuo que han reconocido que esta cláusula abierta incluida en los motivos prohibidos del principio de no discriminación incluye la orientación sexual y la identidad de género. Lo anterior puede interpretarse en los Principios de Igualdad y No Discriminación por razones de Orientación Sexual e Identidad de Género, respecto de



instrumentos internacionales vinculantes para el Estado donde se hace un análisis sobre ambos principios y se reconoce la orientación sexual como causal incluida dentro de la cláusula abierta.

3.3. Interpretación de la cláusula abierta del Principio de no discriminación.

La inclusión de la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como motivos prohibidos de discriminación se ha dado a través de las interpretaciones de los órganos de protección de DDHH, en base a la prohibición de discriminación por razones de sexo y cualquier otra condición social. Así, la Comisión Interamericana ha definido la discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado, ya sea de jure o de facto, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías”.

3.4. El género mal entendido.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional⁶⁵, es tal vez, la primera norma internacional con carácter vinculante que introduce el término género como una causal de persecución en los delitos de lesa humanidad. Sin embargo, el numeral

⁶⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procèsverbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002 Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) . (consultado 10/7/2016).



3 del artículo 7 establece que género refiere a los sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad.

Y que dicho término no tendrá más acepción que la ya mencionada. Esta definición es limitante puesto que como habíamos mencionado en el capítulo I entre los extremos de masculino a femenino existen varias categorías grises entre las que podemos señalar a lesbianas, homosexuales, intersexuales, transgénero, transexuales, bisexuales.

Además, al dividirse la sociedad en género lleva al reconocimiento de la existencia de personas cuya anatomía no corresponde con el sexo asignado, lo que genera un problema en la manera en que la cultura acepta o rechaza esta no correspondencia entre sexo y género.

3.5. Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia⁶⁶.

Aprobada en el marco del Sistema Interamericano, aún no entra en vigencia al contar únicamente con la firma de 6 Estados (Argentina, Brasil, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay) como mencionamos en el capítulo anterior. De tal forma que sigue conformándose como un documento que carece de valor legal dentro del ordenamiento jurídico internacional.

Su entrada en vigencia es de suma importancia, en tanto como ya mencionamos en el capítulo anterior, es el primer instrumento internacional que tendría

⁶⁶ Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp (consultado 29/07/2016).



carácter vinculante y que recoge de manera expresa la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación e intolerancia.

Entre sus principales aportes radica en que reconoce en su Preámbulo la obligación de adoptar medidas en el ámbito nacional y regional para fomentar y estimular el respeto y la observancia de los derechos humanos de todos los individuos y grupos sin distinción, entre otras razones, por la orientación sexual. Y en ampliar la lista de motivos prohibidos de discriminación para incluir la orientación sexual de manera expresa.

3.6. Debate entre Universalismo y Relativismo Cultural.

De la lectura de los instrumentos internacionales más relevantes en materia de derechos humanos, se puede observar que todos reconocen la condición de inherencia y universalidad de los DDHH, lo que implica que todos sean reconocidos para todos los seres humanos. Esta característica de universalidad va unida al carácter erga omnes de los DDHH y a la obligación de todos los Estados de respetarlos y promoverlos.

En base a lo anterior, el universalismo de los DDHH se sustenta en su existencia como principios que deben ser institucionalizados en nuestro sistema político, a nivel interno e internacional,⁶⁷ condición que les otorga legitimidad política más allá de los límites de la autoridad política. Esto no implica perder de vista que es importante demostrar cómo los DDHH se vinculan con la cultura y la historia de una nación o de un pueblo, con la finalidad de lograr que estas

⁶⁷ NARIMAN, Fali. “Universalidad de los Derechos Humanos”. En: La Revista: Comisión Internacional de Juristas. Número especial: Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos. Viena, junio de 1993. Número 50, 1993. p8.



normas universales les resulten pertinentes y puedan concitar el apoyo necesario para obtener su aplicación local.

Por ello, el relativismo cultural considera que la ética o los valores morales son específicos de un medio social o de una cultura particular. A manera de ejemplo, podemos presentar la situación del Islam. Los musulmanes no contemplan una nación pluralista como la occidental, sino por el contrario se organizan a través de una religión subdividida en varias naciones. El fundamento religioso del Islam está contenido en El Corán, texto religioso y legislativo que combina y regula todos los aspectos de la vida del creyente, por lo que se debe acatar y cumplir El Corán y por extensión la Ley Sharia.

El ser humano para occidente tiene derechos inherentes, que en El Corán y la Ley Sharia no están presentes, ya que prevalece la sumisión del hombre a Dios, mediante el acatamiento y cumplimiento de las normas establecidas; es decir, el hombre existe socialmente en tanto acepte el Islam. La mujer está oprimida y se le niega el derecho a la igualdad respecto del hombre, porque la sexualidad de las mujeres representa una amenaza al orden social. Finalmente, la Ley Sharia, es el cuerpo de leyes y normas que regulan la vida del musulmán, inspirada en El Corán y con un margen normativo bastante amplio para su interpretación. Debido a esta flexibilidad para la interpretación se desprende teóricamente la factibilidad de compatibilizar en líneas generales esta ley con las normas internacionales de DDHH.

Entonces, el sentido de la universalidad de los DDHH humanos no tiene que ver con su historia ni con la realidad empírica global, sino con que éstos



derechos derivan de la creencia de sus defensores sobre que la sociabilidad humana debe estar articulada por el lenguaje de los derechos, que son las normas morales que juzgan y evalúan el comportamiento humano. Podemos entonces, hasta el momento señalar, que el derecho soberano de cada Estado a organizarse se ve limitado por los derechos de las personas que siempre deben respetarse, ya que el Estado está al servicio del hombre y de la moral universal.

De esta forma podemos observar que existen argumentos claros tanto a favor de la universalidad de los DDHH como a favor del relativismo cultural. Sin embargo, en base a estas últimas ideas: que el Estado está al servicio del hombre y que la Ley Sharia es interpretada con gran flexibilidad lo que permite interpretarla entonces también de acuerdo a las Convenciones en materia de DDHH.

Razón por la cual, en la materia específica de la presente tesis, las condiciones de orientación sexual e identidad de género deben reconocerse como inherentes a la dignidad de todo ser humano y a su identidad, en tanto son componentes claves para su formación. Además de ello, como se ha señalado, los principales instrumentos en materia de derechos humanos son claros en demostrar que éstos son aplicables a todo ser humano. Situación ante la que no se puede negar la incorporación de la orientación sexual y la identidad de género, precisamente porque no se las está reconociendo como DDHH en sí mismos, sino únicamente como condiciones en base a las cuales éstos son aplicables.

Lo que no implica perder de vista que más allá de la resonancia de la universalidad de los derechos humanos, ésta no debe ser confundida con su



eficacia política a nivel universal. Porque la existencia de una teoría sólida de DDHH no es suficiente para asegurar que todo ser humano tiene garantizado el disfrute de sus derechos. Esto debido a la existencia de barreras culturales, políticas o económicas que funcionan como ejercicios de poder que impiden el disfrute de los derechos de algunas personas para avanzar o proteger el poder o privilegio de otros.

3.7. Justificación de la propuesta: Protección de los derechos de las personas transgénero y transexuales.

De lo desarrollado en los capítulos anteriores, y básicamente en los puntos anteriores del presente capítulo, son varios los argumentos que pueden esgrimirse para justificar la necesidad de incorporar al género como causal de protección en la norma nacional, para justificar la elaboración y aprobación de un instrumento nacional con carácter vinculante, que prohíba la discriminación por razones de orientación sexual y/o identidad de género. Estos argumentos son elaborados a continuación:

3.8. Obligaciones internacionales de los Estados.

Todos los países tratados en el punto anterior, son Estados Miembros de por lo menos un sistema de protección internacional del individuo y Estado Parte de al menos el tratado constitutivo de dicho sistema, donde se reconocen y aplican derechos humanos.

De estas disposiciones es que devienen obligaciones para los Estados como: brindar protección especial a determinadas categorías de personas o contra ciertos tipos de violaciones de DDHH, por su gravedad o recurrencia; de respetar los DDHH, de donde deviene la necesidad de adecuar el ordenamiento



jurídico interno con la finalidad de asegurar el efectivo goce de los DDHH; de adoptar medidas para el restablecimiento del derecho violentado; de asegurar la adecuada reparación de los daños causados; de perseguir y sancionar a los culpables; y de garantizar de manera efectiva el respeto de los DDHH. De las mismas disposiciones también devienen para los Estados las obligaciones de garantizar el libre ejercicio de los DDHH a toda persona sujeta a su jurisdicción y la obligación de protección frente a violaciones de derechos humanos por parte de terceros.

3.9. El derecho a la igualdad.

Debe tomarse en cuenta, que la diferencia entre igualdad formal (igualdad ante la ley) e igualdad material (igualdad en la ley) responde, por un lado, al ideal de justicia social y distributiva, y por otro, al ideal de justicia como reconocimiento de la identidad. El principio de igualdad va de la mano con el Principio de no discriminación, que son por lo demás regulados en los instrumentos internacionales más relevantes de derechos humanos, que como se señaló en el punto anterior todos los países son Estados Partes de por los menos uno de ellos.

3.10. Discriminación por orientación sexual y/o identidad de género.

La discriminación de determinados grupos se basa en la noción de diferencia. Respecto al grupo de personas LGTBI, han señalado que “la diferencia fue visualizada para diseñar el “otro” como un ser inferior en dignidad y derechos, o, en situaciones extremas, un ser que está privado incluso de cualquier dignidad, un ser descartable, superfluo, objeto de compra y venta o campos de la muerte”.



Por su parte, la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI de la Comisión Interamericana define la discriminación basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia contra una persona por esta causa, que tiene el efecto o el propósito de jure o de facto de menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, teniendo en cuenta las características sociales y culturales que han sido asociados con esas categorías.”⁶⁸

Al ser la orientación sexual, identidad de género y expresión de género componentes fundamentales de la vida privada o de la intimidad de las personas, el derecho a la vida privada implica la no intromisión del Estado o de cualquier particular en la determinación de la identidad de cada uno, entre otras cosas.

3.11. Declaración y Programa de Acción de Viena⁶⁹.

Este documento señala en su párrafo 15 lo siguiente: “El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, xenofobia y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional. Los gobiernos deben adoptar medidas eficaces para prevenirlas y combatirlas. Los grupos, instituciones, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como los

⁶⁸ Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI de la Comisión Interamericana. Disponible en: <http://www.oas.org/en/iachr/lgtbi/mandate/concepts.asp>. (consultado el 18-07-2016).

⁶⁹ Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993, Viena (Austria) disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf. (consultado el 14/06/2016).



particulares, deben intensificar sus esfuerzos por cooperar entre sí y coordinar sus actividades contra esos males”.

El llamamiento de este documento es central debido a que se basa en el acuerdo producto de la Convención de Viena sobre los derechos humanos, donde la mayoría de los países estudiados en el punto anterior fueron países participantes (Convención de Viena 1993: 9-11). Estas disposiciones concuerdan además con las Resoluciones aprobadas por los sistemas internacionales de protección en materia de orientación sexual e identidad de género. De donde entonces deviene que los Estados están comprometidos en la eliminación de toda forma de discriminación, exclusión e intolerancia que menoscabe el disfrute de los derechos humanos de personas LGTBI.

3.12. Protección de los Derechos Humanos.

Los derechos humanos deben ser protegidos y garantizados por un orden jurídico, ya que sin derecho y sin sanción jurídica no puede haber una protección eficaz y verdadera de los mismos. Así, para el autor el reconocimiento y garantía internacional de estos derechos es uno de los casos de normas *jus cogens*.

El argumento citado anteriormente parece verse reflejado en la ya señalada contradicción que existe entre la jurisprudencia y algunos instrumentos internacionales que señalan que se reconoce la aplicación de los derechos humanos en razón de la orientación sexual y la identidad de género, y la práctica real de los estados donde se siguen presentando situaciones de discriminación



en razón de éstos motivos o donde por ejemplo se siguen penalizando las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo.

Por ello, es necesario incluir de manera expresa la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual y la identidad de género, además de establecer que todos y cada uno de los DDHH actualmente ya regulados deben ser reconocidos y aplicados con independencia de éstas condiciones.

3.13. Confusión de los términos masculino y femenino.

Hasta el momento, únicamente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional reconoce explícitamente al género como causal de protección. Aclarando que entiende por género al sexo masculino y femenino en el contexto de la sociedad, lo que lleva a una confusión puesto que el sexo ya no es una categoría cierta. “Asumir que el género siempre y exclusivamente significa la matriz de lo masculino y femenino es no darse cuenta del punto crítico de que la producción de ese binario coherente es contingente, tiene un costo y de que aquellas permutaciones del género que no se adaptan al binario son tan parte del binario como su instancia más normativa. Así, un discurso restrictivo acerca del género que insista en el binario hombre y mujer como la única forma de entender el campo del género lleva a cabo una operación regulatoria del poder que naturaliza la instancia hegemónica y excluye la posibilidad de pensar en alterarla”.

Entonces esta apuesta por aclarar el significado del género no hace más que continuar dando fundamento para que la perspectiva de género no pueda ser



incorporada ni en la norma ni en la perspectiva de los operadores del derecho, por lo que se hace imperiosa su aclaración.

3.14. Los Principios de Yogyakarta⁷⁰.

Las Naciones Unidas, junto con la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, establecieron un Panel Internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género en el 2006, a quienes se les encargó el estudio de la situación de la orientación sexual y la identidad de género en la sociedad. Este Panel de Expertos, en base al reconocimiento de que todo ser humano nace libre e igual en dignidad y derecho, así como por el hecho de que los derechos humanos son universales, complementarios e indivisibles e interdependientes; establecieron que la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona, por lo que no deben ser motivo de discriminación o abuso.

Por ello, a pesar de reconocer que los Estados han hecho serios esfuerzos por brindar la protección debida, violaciones a derechos humanos, reales o percibidas, basadas en la orientación sexual o la identidad de género de las personas constituyen un patrón global y arraigado que es materia de preocupación para la comunidad internacional.

Para ello, los principios de Yogyakarta, establecen que: orientación sexual e identidad de género deben ser categorías de análisis para la correcta aplicación

⁷⁰ 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 disponible en http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf (consultado 27/6/2016).



de los siguientes principios y/o derechos: disfrute universal, igualdad y no discriminación, reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida, a la seguridad personal, a la privacidad, a no ser detenido arbitrariamente, a un juicio justo; a no ser privada de su libertad, y en el caso de serlo, a ser tratada humanamente; y, derecho a no ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así como deben ser aplicables también a los derechos o principios con carácter de económicos, sociales y culturales.

Hasta este punto podemos inferir que, desde la construcción de la identidad como proceso social y cultural, que determina las vivencias de género, pasamos a un estadio donde la orientación sexual y la identidad de género son ahora los elementos y las categorías de análisis de la sociedad y del ordenamiento jurídico.

En este sentido, principios como los derechos humanos más básicos deben ser reinterpretados en base a la orientación sexual y la identidad de género.

Estos Principios de Yogyakarta pueden ser la base del establecimiento de un instrumento internacional, esta vez con carácter vinculante, que establezca la prohibición de discriminación en base a la orientación sexual y la identidad de género.



3.15. Análisis de los criterios a tomar en cuenta para la posible aplicación de la norma legislativa de protección de los derechos de las personas transgénero y transexuales.

Observamos y analizamos que existen vacíos en el reconocimiento que se ha hecho a la aplicación de DDHH por orientación sexual e identidad de género. Reflejo de la existencia de una distancia entre lo que propone este proceso de reconocimiento y la práctica estatal. Por lo que aún puede hablarse de una falta de consenso internacional en acabar con las violaciones de los derechos humanos de personas LGTBI. Esta situación nos ayuda a justificar la necesidad de establecer de manera expresa una norma de carácter vinculante que prohíba las violaciones de DDHH por razones de orientación sexual e identidad de género. Y que, además, reconozca deberes para los Estados, así como mecanismos de protección y seguimiento con la finalidad, principal, de brindar un instrumento internacional que pueda hacer efectiva la protección de la comunidad LGTBI.

Esta necesidad de positivizar se fundamenta en que el derecho tiene como función revalorizar el derecho como instrumento de integración social, lo que permite a la persona constituirse como sujeto de derechos y obtener mecanismos de exigibilidad y vigencia de sus derechos. Estableciendo reglas de convivencia social y legal. Al respecto, los criterios establecen sus propias definiciones; una lista no taxativa de derechos humanos que se aplican con independencia de la orientación sexual y la identidad de género; deberes para los Estados, quienes deben encargarse de brindar los mecanismos para hacer efectiva esta protección; y Mecanismos de protección y seguimiento.



En base a los anteriormente expuesto y a la entrevista a la procuradora especial para la diversidad sexual en Nicaragua Lic. Samira Montiel proponemos la siguiente iniciativa de ley.

A continuación, se presenta una propuesta de norma jurídica nacional que regule la protección de los DDHH en razón de la orientación sexual y la identidad de género de las personas transgénero y transexuales.

Para su elaboración nos hemos basado en los Principios de Yogyakarta y en la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Así como en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos como son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo entre otros.

En la redacción de la misma se incluye un Preámbulo y cinco capítulos que refieren a Definiciones, Derechos Protegidos, Deberes del Estado, Mecanismos de Protección y Seguimiento, y Disposiciones Finales. Estos dos últimos capítulos son básicamente los establecidos por la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, en principio tomados en cuenta por ser bastante similares con los establecidos por el resto de tratados o convenios en materia de DDHH.



ASAMBLEA NACIONAL

El Presidente de la República de Nicaragua

A sus habitantes, Sabed:

Que,

La Asamblea Nacional de la República de Nicaragua

Ha ordenado lo siguiente:

LA ASAMBLEA NACIONAL

DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA

Ha dictado la siguiente:

LEY N". XXX

LEY DE PROTECCION DE IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS
PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERO DE LA REPUBLICA
DE NICARAGUA.

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 1 Ámbito de aplicación.

La presente Ley, establece el régimen jurídico del derecho de identidad de género de las personas transgénero y transexuales en el Estado de Nicaragua. Comprende las relaciones jurídicas contempladas en la Constitución Política del Estado,



Art. 2 Principios rectores:

Son principios rectores de la presente ley.

- a) **Intimidad**• Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada, No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita.
- b) **Igualdad**• Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación de la presente ley.
- c) **La protección**• por parte de las Instituciones del Estado contra la violencia. Discriminación, abuso físico y sexual que se pudiera ejercer contra las personas transgéneras y transexuales.
- d) **Promover y proteger**• el derecho de identidad de género y sexual responsable.

Art. 3 Definición de términos.

- a) **Orientación sexual:** Se entiende por orientación sexual a la capacidad de sentir atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al propio, de su mismo género o de más de un género; así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

- b) **Identidad de género**

Se entiende por identidad de género la vivencia interna e individual del género como cada persona la siente, la misma que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo que puede involucrar la modificación de la apariencia o función corporal



a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que sea libremente escogida y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

c) Discriminación por orientación sexual o identidad de género.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o al menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica.

- d) **heterosexualidad**, cuando la atracción y capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales es respecto de personas de un género diferente al propio.
- e) **homosexualidad** cuando la referencia es hacia personas de igual género que el propio.
- f) **bisexualidad** cuando la atracción y relaciones íntimas y sexuales se refieren hacia personas de un género diferente y hacia personas del mismo género que el propio.
- g) **trans** como un término paraguas que describe las variantes de la identidad de género, cuyo denominador común es la no conformidad entre el sexo biológico y la identidad de género de una persona; mujer trans a la persona cuyo sexo biológico es de hombre y su identidad de género



femenina; y hombre trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género masculina.

- h) **intersexual** se define como una variedad de condiciones biológicas en donde la persona nace con estructuras reproductivas, sexuales o cromosómicas que no parecen encajar con las definiciones típicas de femenino o masculino.

Capítulo II

Derechos Protegidos

Artículo 4.- Derecho a la igualdad; Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos y a igual protección de la ley.

Artículo 5.- Derecho a la no discriminación; Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Artículo 6.- Derecho al reconocimiento de la personalidad; Todo ser humano, independiente de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y a disfrutar de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.



Artículo 7.- Derecho a la vida: Toda persona tiene derecho a la vida. Nadie será privado de ella arbitrariamente por ningún motivo, incluyendo la referencia a consideraciones acerca de su orientación sexual o identidad de género. A nadie se le impondrá la pena de muerte por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de la edad, a partir de la cual se considera válido el consentimiento, o por su orientación sexual o identidad de género.

Artículo 8.- Derecho a la seguridad; Toda persona, independiente de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado frente a todo acto de violencia.

Artículo 9.- Derecho a la privacidad; Toda persona, independiente de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales, inclusive en cuanto a su familia, su domicilio o su correspondencia, así como derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación.

Artículo 10.- Derecho a no ser detenido arbitrariamente; Ninguna persona deberá ser arrestada o detenida en forma arbitraria en base a su orientación sexual o identidad de género. Todas las personas que están bajo arresto, independiente de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a ser informadas de las razones de su arresto y notificadas de las acusaciones formuladas en su contra; asimismo, tienen el derecho a ser llevadas sin demora ante un funcionario o funcionaria a quien la ley habilite para ejercer funciones judiciales, como también a recurrir ante un tribunal a fin de que este decida sobre la legalidad de su detención, ya sea que se les haya acusado o no de ofensa alguna.



Artículo 11.- Derecho a ser oído; Toda persona tiene derecho a ser oída en audiencia pública por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra, sin prejuicios ni discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Artículo 12.- Derecho al trato humano; Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debida a la dignidad inherente al ser humano, respecto de la cual la orientación sexual y la identidad de género son fundamentales.

Artículo 13.- Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas crueles, inhumanos o degradantes; Toda persona tiene derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluso por razones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

Artículo 14.- Derecho a la protección contra la trata y toda forma de explotación; Toda persona tiene derecho a la protección contra la trata y toda forma de explotación, incluyendo la explotación sexual, pero sin limitarse a ella, por causa de su orientación sexual o identidad de género, real o percibida.

Artículo 15.- Derecho al trabajo; Toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Artículo 16.- Derecho a la seguridad social; Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.



Artículo 17.- Derecho a un nivel de vida adecuado; Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, así como a la mejora continua de sus condiciones de vida, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Artículo 18.- Derecho a vivienda; Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, lo que incluye la protección contra el desalojo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Artículo 19.- Derecho a la educación; Toda persona tiene derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia estas.

Artículo 20.- Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental, sexual y reproductiva, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Artículo 21.- Derecho a no ser sometido a tratamiento o procedimiento médico; La orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de salud. Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género.

Artículo 22.- Derecho a la libertad de opinión y expresión; Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Esto incluye la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de



nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso las concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin tener en cuenta las fronteras.

Artículo 23.- Derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica; Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión, manifestación y asociación pacífica, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Las personas pueden crear y reconocer, sin discriminación, asociaciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género, así como asociaciones que distribuyan información a, o sobre personas de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género, faciliten la comunicación entre estas personas y aboguen por sus derechos y hacer que dichas asociaciones les sean reconocidas.

Artículo 24.- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Estos derechos no pueden ser invocados por el Estado para justificar leyes, políticas o prácticas que nieguen el derecho a igual protección de la ley o que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Artículo 25.- Derecho al libre tránsito; Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. La orientación sexual y la identidad de género nunca podrán ser invocadas para limitar o impedir el ingreso de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo, incluyendo el Estado del cual la persona es ciudadana.



Artículo 26.- Derecho a formar una familia; Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

Artículo 27.- Derecho a la participación política; Todo ciudadano gozará del derecho a participar en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a postularse a cargos electivos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de funcionarias y funcionarios públicos y al empleo en funciones públicas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Artículo 28.- Derecho a la participar en la vida cultural; Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural y a expresar la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género a través de la participación en la vida cultural.

Capítulo III

Deberes del Estado

Deber de prevenir, eliminar, prohibir y sancionar la discriminación e intolerancia

Artículo 29.- El Estado se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia en



base a la orientación sexual y/o identidad de género conforme a la ley que regula esta materia.

Artículo 30.- Deber de adoptar políticas y acciones afirmativas; El Estado se compromete a adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos en razón de la orientación sexual e identidad de género, con el objetivo de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para estas personas o grupos. Tales medidas o políticas no serán consideradas discriminatorias ni compatibles con el objeto o intención de esta Convención, no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados ni perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado su objetivo.

Artículo 31.- Deber de formular y aplicar políticas de trato equitativo e igualdad de oportunidades; El Estado se comprometen a formular y aplicar políticas que tengan por objetivo el trato equitativo y la generación de igualdad de oportunidades para todas las personas, de conformidad con el alcance de esta Convención.

Artículo 32.- El Estado se compromete a adoptar la política que defina y prohíba claramente la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género, aplicable a todas las autoridades públicas, así como a todas las personas naturales o físicas, y jurídicas, tanto en el sector público como privado; y a derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a discriminación e intolerancia.

Artículo 33.- Deber de asegurar a las víctimas; El Estado se compromete a asegurar a las víctimas de discriminación e intolerancia un trato equitativo y no



discriminatorio, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces, y una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda.

Artículo 34.- Deber de promover la cooperación internacional: El Estados se compromete a promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias, así como a ejecutar programas destinados a cumplir los objetivos de la presente ley.

Artículo 35.- Deber de brindarle todos los medios técnicos médicos para sus cambios de sexo o tratamiento hormonal adecuado a los estándares internacional totalmente gratuitos.

Capítulo IV

Mecanismos de protección y seguimiento de la Ley.

Artículo 36.- Con el objetivo de dar seguimiento a la implementación de los compromisos adquiridos por el Estado en la presente ley se establecerá un Comité que será conformado por un experto nombrado por la procuraduría especial para la diversidad sexual, quien ejercerá sus funciones en forma independiente y cuyo cometido será monitorear los compromisos asumidos en esta ley.

Artículo 36.- Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida puede presentar al organismo encargado de denuncias o quejas de violación de la presente ley por una entidad pública o privada ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente ley.

Artículo 37.-El Estado podrá formular consultas al órgano competente en cuestiones relacionadas con la efectiva aplicación de la presente ley.



Supletoriedad y Vigencia

Capítulo Único

Artículo 38.-En todo lo que no estuviere expresamente regulado en la presente ley, se aplicará los tratados, convenio, protocolo o cualquier otro instrumento de derecho internacional que haya sido firmado y ratificado por la asamblea nacional de Nicaragua.

Artículo 39.-La presente ley será reglamentada de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República de Nicaragua.

Artículo 40.-vigencia y vacatio legis

La presente ley entrara en vigencia a partir de sesenta días después de la fecha de su publicación en la Gaceta, Diario Oficial.

Dada en la ciudad de Managua, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua a los once días del mes de agosto del año dos mil dieciséis. **PhD. Denis Iván Rojas Lanuza**, presidente de la Asamblea Nacional. **Msc. Isamar del Socorro Malta Romero**, secretaria de la Asamblea Nacional.

Por lo tanto. Téngase como Ley de la República. Publíquese y ejecútese. Managua, doce de agosto del año dos mil dieciséis. **Manuel Duron**, Presidente de la República de Nicaragua.



CONCLUSIONES.

Nuestro estudio se ha centrado en la elaboración de un diagnóstico de la situación actual de la comunidad LGTBI, a través de la sistematización de casos de afectación a sus derechos humanos, del análisis de la regulación en materia de orientación sexual e identidad de género; y en el análisis del proceso de reconocimiento de la aplicación de los derechos humanos ya regulados en la normativa internacional a las personas LGTBI en especial las personas transgénero y transexuales por razones de orientación sexual y/o identidad de género.

Precisamente, a través de los tratados de derechos humanos se ha regulado el reconocimiento de dichas prerrogativas a todos los seres humanos, así como se ha regulado de manera específica derechos aplicables a personas o grupos de personas, que, por características específicas, están sujetos a específicas violaciones o afrentas de las mismas a sus derechos.

En este marco, se introdujo el estudio de la comunidad LGTBI en especial las personas transgénero y transexuales, y para ello el término género, entendido como construcción social y cultural de la identidad, lo que supone la construcción de lo femenino y masculino. Es decir, a partir de la introducción de la perspectiva de género se entiende que no es la diferencia sexual la que establece la identidad de las personas como hombres o mujeres, de forma que ya no puede hablarse de la existencia de un binario masculino/femenino en la



sociedad, sino por el contrario, reconocer que entre los extremos de este binario existen otras identidades como transgénero, transexual, intersexual, bisexual, entre otros.

Todo ello, con la finalidad de cumplir con nuestro objetivo central, cual era analizar la Protección internacional de los Derechos humanos de las personas transexuales y transgénero para su posibilidad de aplicación en la legislación nicaragüense.

Lo que fue de gran relevancia puesto que a pesar de que no puede negarse la existencia de un proceso de cristalización por el cual se proteja la orientación sexual y la identidad de género, aún no se puede hablar de la existencia de una tendencia hacia el reconocimiento general de la regulación de los derechos humanos en razón de la orientación sexual e identidad de género.

Por el contrario, se encuentran vacíos y confusiones en la regulación. Como, por ejemplo, lo acaecido con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que establece la persecución por razones de género como una de las causales de comisión de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, establece que entiende el género como los dos sexos, masculino y femenino en el contexto de la sociedad; lo que estaría retornando a una concepción de la construcción de la identidad en base a la diferencia sexual y no en base a las construcciones sociales.

Esta situación de vacíos y contradicciones nos lleva a pensar que la razón por la cual la comunidad internacional aún sesga la protección de las minorías sexuales no es otra que una cuestión de poder. Al respecto, señalamos que el proceso social de las relaciones de género forma parte del significado del poder, donde cuestionar o alterar cualquiera de sus aspectos amenaza a la totalidad del sistema. Estas son, básicamente, las razones por las cuales se propone la



regulación de la protección de los derechos humanos en razón de la orientación sexual y la identidad de género, en un instrumento internacional con carácter vinculante.

De esta forma, se propone una norma jurídica nacional para la protección de derechos humanos en razón de la orientación sexual y la identidad de género, que recoge hasta el momento el avance obtenido en la materia, reconoce las características esenciales de los derechos humanos y del principio de no discriminación, que informan todo el ordenamiento jurídico internacional y nacional. Se alega además que la mayoría de países del mundo son Estados Partes de algún instrumento internacional que regula el principio de no discriminación con la inclusión de una cláusula abierta referida a “otra condición social”, lo que permite incluir situaciones que vayan apareciendo en el transcurso del tiempo, como la necesidad de protección de la comunidad LGTBI. Razón por la cual no pueden alegar que no pueden incluir o respetar la orientación sexual y la identidad de género por falta de consenso, por falta de definiciones o por temas culturales.

La norma jurídica nacional propuesta además incorpora un listado no taxativo de protección de los derechos humanos, así como una lista de deberes que el Estado debe cumplir en pro de la aplicación de esta normativa.

Finalmente, se brinda un listado de recomendaciones a través de las cuales se brinda posibles soluciones para la aplicación y reconocimiento de la orientación sexual y/o identidad de género. Como, por ejemplo, considerar que los DDHH de las personas LGTBI no deben ser vistos como derechos en sí mismos, sino que deben basarse en el principio de no discriminación; que para elaborar una política integral de DDHH se debe contar con promover los DDHH y con reconocer y difundir a nivel nacional e internacional la universalidad de los



mismos; requerir a todas las instituciones de los estados adoptar un enfoque de DDHH, entre otras acciones.

Precisamente, en la elaboración de esta propuesta de norma jurídica nacional que recoge lo trabajado hasta el momento en materia de orientación sexual e identidad de género por los sistemas de protección internacional del individuo, así como en la presentación de estas estrategias, es que consideramos que radica la importancia y la originalidad de los resultados de nuestra tesis.



RECOMENDACIONES.

El objetivo fundamental de esta última parte es brindar recomendaciones a manera de estrategias para el cumplimiento de la propuesta anteriormente presentada por países que no avalan la universalidad de los derechos humanos o que no consideran a la orientación sexual y la identidad de género como componentes esenciales de la identidad y la dignidad de todo ser humano. Así tendríamos entonces como principales estrategias:

1. Convenir que los derechos humanos de las personas LGTBI en especial de las personas transgénero y transexuales no deben ser vistos como una especie nueva de derechos humanos y que deben basarse en el principio de no discriminación.
2. Erradicar la discriminación directa, por lo que es necesario asegurar que ninguna disposición ni norma contenga rasgos discriminatorios.
3. Erradicar la discriminación indirecta, para esto es necesario dirigir la atención a grupos o individuos que sufren discriminación histórica o son víctimas de prejuicios persistentes.
4. No perder de vista que una política integral de derechos humanos debe contar con dos ejes importantes: promover las aportaciones de organismos internacionales y de la comunidad internacional para que impacten en las acciones cotidianas de las instituciones y con ello se propicie el cambio estructural que se requiere; y reconocer y difundir, en el ámbito internacional, el valor universal de los derechos humanos. Para ello, la política exterior debe tener como lineamientos la cooperación con mecanismos internacionales de protección, sometimiento a jurisdicciones internacionales, pertenencia a



instrumentos internacionales de protección; participación activa y propositiva en los foros multilaterales; armonización de la legislación interna con normas internacionales; creación de programas educativos sobre DDHH; defensa de derechos de nacionales en el extranjero; y fomento de la cultura democrática.

5. Tener en cuenta que las formas más importantes para promover la observancia de los DDHH y subsanar sus situaciones de violación se dan a través de la adopción de tratados y otros instrumentos internacionales; buenos oficios y mediación; observaciones in loco, Informes sobre su situación en un Estado o con respecto a un determinado derecho o situación; discusión por el órgano político de una organización internacional y la adopción de una consiguiente resolución; Informes periódicos; mecanismos de denuncias individuales, entre otros.

6. Asegurar que el estatus de una persona transgénero y transexual se fortalezca y que las instituciones que trabajan para su protección sean accesibles.

8. Aceptar que la elaboración de la norma propuesta se basa en la elaboración de una política pública, ya que éstas interpretan y procesan de manera explícita y participativa las demandas de la sociedad, incorporándolas en la esfera estatal y en la dinámica de la política, es decir, racionaliza la acción social. De esta manera, se convierte en un instrumento por excelencia para la aplicación de los enunciados jurídico y político institucional pactados por la sociedad. Y porque se considera que para lograr la equidad de género es necesario basarse en el impulso de políticas, acciones específicas y apoyar su transversalización.



FUENTES DE CONOCIMIENTOS.

FUENTES PRIMARIAS

a-Convenciones Internacionales.

-Convención Americana de los Derechos Humanos. Resolución B-32 de la Asamblea General. Organización de Estados Americanos (OEA). San José, Costa Rica. 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Nicaragua el 25 de septiembre de 1970.

-Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69).

-Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

-Declaración de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

-Declaración Ministerial sobre el fin de la violencia y la discriminación contra las personas por su orientación sexual y la identidad de género (26 de septiembre de 2013).

-Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993, Viena (Austria).

- Estatuto de la Corte Penal Internacional documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procèsverbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.



b. Sentencia de Tribunales Internacionales.

-Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92

-RRT Caso No. 0903346, [2010] RRTA 41, Australia, Tribunal de Revisión de los Refugiados, 5 de febrero de 2010, (en lo sucesivo "RRT Caso No. 0903346").

c. Resoluciones Internacionales.

-Resolución 17/19 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género del Consejo de Derechos Humanos (14 de julio de 2011) disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf (consultado el 12/07/2016)

-Resolución AG/RES 2435 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (3 de junio de 2008).

-Resolución AG/RES 2504 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (4 de junio de 2009).

-Resolución AG/RES 2600 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (8 de junio de 2010).

-Resolución AG/RES 2653 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (7 de junio de 2011).

-Resolución AG/RES 2721 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (4 de junio de 2012).

-Resolución AG/RES 2807 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género (6 de junio de 2013).



-Resolución del Parlamento Europeo sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género en las Naciones Unidas (28 de septiembre de 2011).

c. Legislación Internacional.

-Ley Que Modifica y Adiciona Artículos a la Ley 31, Sobre El Registro Civil: Ley N° 31. Promulgada y publicada en la Gaceta no. 25798 el 24 de mayo de 2007.

-Reglamento De Fotografías Para La Cédula De Identidad Decreto N.º 08-2010. Publicado en La Gaceta n. º127 de 1º de julio de 2010.

d-Legislación Nacional.

- Constitución Política de Nicaragua con sus reformas incorporadas, LEY N°. 854; Aprobada el 29 de enero de 2014 Publicada en la Gaceta No. 26, del 10 de febrero de 2014.

-Código de Familia, Ley No. 870. Aprobada el 24 de junio de 2014 Publicada en La Gaceta No. 190 del 8 de octubre de 2014.

-Código penal Ley No. 641 Publicada en La Gaceta Nos. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo del 2008.

FUENTES SECUNDARIAS

-BOSSERT, Gustavo, A. Unión extraconyugal y matrimonio homosexual. Buenos Aires. Editorial Astrea.2011.

-CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Undécima Edición. Editorial HELIASTA. Buenos Aires, Argentina. 1993.



- GARCÍA ORTIZ, Jeannette. El Derecho a la identidad de la persona física. (Tesis de Licenciatura en Derecho, inédita). Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua UNAN-León. Nicaragua. 1999.
- GIBERTI, Eva. La familia a pesar de todo. 1ed. Bueno Aires. Argentina. Centro de Publicaciones Educativas y Materiales Didácticos. 2007.
- KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. (trad. Roberto Vernengo). Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982.
- LONDOÑO, María. Derecho Sexuales y Reproductivos. 2 Ed. Calí. Colombia. 1995.
- MANAVELLA, Carlos. Derecho a la identidad sexual, transexualidad y cuestiones fáctico-registrales del cambio de sexo.2006.
- MARCHETTI, Ximena. Sexualidad y Discriminación. 1. Ed. Universidad Autónoma de Madrid. España. 2011.
- OLIVÉ León y SALMERÓN Fernando (eds.), «La identidad personal y la colectiva». Cuadernos de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed. México. 1994.
- PÉREZ Li, A. V. El Derecho a la Transexualidad, Propuesta para Legislar los Procesos de una Cirugía de Cambio de Sexo. (Tesis de Licenciatura en Derecho, inédita). San José. Universidad de Costa Rica. 2001.
- VERNENGO, R. J., Curso de teoría general del derecho. Depalma. Buenos Aires. 1985.
- Manual para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas LGBT (octubre del 2010).



FUENTES TERCARIAS

-APA, "Respuestas a sus preguntas sobre las personas transexuales, identidad de género y expresión de género". Disponible en inglés en: <http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.aspx>. (consultado el 13/04/2016).

-BECERRA, María y MELO Olga. Identidad sexual y desarrollo de la personalidad. Disponible en <http://www.waece.org/biblioteca/pdfs/d006.pdf> (consultado el 13/04/2016).

-Blog de Pavel Carlos Muñoz Ayona. Artículos de Derecho, Política, Ética, Actualidad Nacional y demás. "El Cambio de Nombre en la Legislación Peruana y la interminable espera del cambio de mentalidad en la sociedad". Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/pavelmunoz/2013/03/18/el-cambio-de-nombre-en-la-legislacion-peruana-y-la-interminable-espera-del-cambio-de-mentalidad-de-la-sociedad/>. (consultado el 01/ 05/2016).

-Diccionario de la Real Academia Española, Disponible en <http://dle.rae.es/?id=KtmKMfe> (consultado el 12/05/ 2016).

-Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGTBI). Disponible en: http://eeas.europa.eu/delegations/uruguay/documents/news/20130624_es.pdf (consultado 07/7/2016)

-Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "CIDH" en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de



2012. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf (consultado el 13/04/2016).

-HUMANIUM ONG Internacional, disponible en <http://www.humanium.rg/es/derecho-identidad/> (consultado el 12/05/2016).

-LAPORTA, Francisco. Identidad y Derecho: Una Introducción Temática. Disponible en <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/17/laporta.pdf>. (consultado 23/03/2016).

-Manual para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas LGBT. Disponible en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/ES_LGBT.pdf (consultado 07/07/2016)

-Press Unit of the European Court of Human Rights. Disponible en http://www.echr.coe.int/Documents-/FS_Gender_identity_ENG-pdf.

-Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI de la Comisión Interamericana. Disponible en: <http://www.oas.org/en/iachr/lgtbi/mandate/concepts.asp>. (consultado el 18/07/2016).

-Ruiz y Lamas una aproximación al concepto de genero ensayo 1949. Disponible en https://www.academia.edu/10520654/Una_aproximaci%C3%B3n_al_concepto_de_G%C3%A9nero._Patricia_Ru%C3%ADz_Bravo. (consultado el 20/05/2016).



-Simone de Beauvoir El segundo sexo (Le Deuxième Sexe) 1949. Disponible en <http://users.dsic.upv.es/~pperis/El%20segundo%20sexo.pdf> (consultado el 20/08/2016).

-Concepto de género de Organización Mundial de la Salud. Disponible en <http://www.who.int/topics/gender/es/> (consultado el 20/05/2016).

-Ejemplos de LGBTI en la historia www.gayheroes.com o www.historiahomosexualidad.org

-Carta dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de Argentina, Brasil, Croacia, Francia, Gabón, Japón, Noruega y los Países Bajos (18 de diciembre de 2008). Disponible en www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf (consultado el 06/07/2016).

-Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (17 de noviembre de 2011) disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-21-Add3_sp.pdf (consultado el 12/07/2016).