



Artículos

Estándares Internacionales de derechos humanos en materia de identidad de género de NNA. Su influencia a nivel nacional y correlativa aplicación a raíz de un caso hipotético.

Gabriel Galperín¹

Introducción

En la post modernidad la institución familiar ha sido presentada como aquella formada por madre, padre, hijos e hijas, familia nuclear heterosexual que representa el ideal cultural clásico en los imaginarios colectivos, que si bien forzosamente el statu quo se empeña en sostener, hoy no se corresponde con la realidad social.

Las clasificaciones binarias del sexo y género son omnipresentes en nuestra sociedad y determinan la forma en que entendemos y organizamos el mundo a nuestro alrededor. La clasificación de la humanidad cerrada en dos categorías –Femenino y Masculino- expone a todos aquellos que no enmarcan en ellas produciendo quiebres a sus derechos humanos básicos y fundamentales. Entre dichos perfiles, las personas LGBTI son especialmente vulnerables.

Previo a hacer foco en la trama de este ensayo, hay que reconocer que todo nuestro pensamiento se ha estructurado en torno a series complejas de dualismos o pares opuestos que dividen el mundo en esferas contrastantes. Dualismos claramente sexualizados, donde una mitad se considera masculina y la otra mitad, femenina. Dualismos los cuales, a su vez, están jerarquizados, en cada par el termino identificado como masculino es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado negativo, corrupto o inferior; identificándose el derecho con el lado masculino².

Los sistemas binarios de sexo y género han sido entendidos como modelos sociales dominantes en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan sólo dos categorías rígidas, a saber, los

¹ Abogado UBA.

² Frances Olsen, *El sexo del derecho, en Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pág. 138.

sistemas binarios de masculino/hombre y femenino/mujer, excluyen a aquellas personas que pueden no identificarse dentro de estas dos categorías, como por ejemplo, algunas personas trans o algunas personas intersex.

Enfrentando la verdadera complejidad de la diferenciación sexual y las identidades sexuales, la clasificación binaria solo puede ser vista como un sistema arbitrario que disciplina el cuerpo, naturalizando las nociones de masculino y femenino en formas que desafían la lógica, la compasión y la misma ciencia médica³. A pesar de ello, ésta última persiste en someter aquellos cuerpos revoltosos, en un esfuerzo por negar el pluralismo de identidades sexuales que verdaderamente existe, perpetuando los mitos sobre la innata diferencia sexual; los tribunales y la administración, a su vez, suelen ser cómplices⁴.

En diciembre de 2014 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) publicó los resultados de su Registro de Violencia contra personas LGBTI en América, herramienta utilizada para conocer y dar visibilidad a los alarmantes altos niveles de violencia que enfrenta el colectivo en América. Ésta observo durante un periodo de quince meses (entre enero de 2013 y marzo de 2014), que se cometieron al menos 770 actos de violencia contra personas LGBT, incluyendo 594 muertes; actos particularmente crueles y que se caracterizan por niveles de sevicia superior a la presentada en otros crímenes de odio⁵.

Dicha crónica fue utilizada como base por la CIDH para publicar en 2015, en conjunto con otras fuentes de información, un informe de aun mayor envergadura titulado "Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América". En este informe la CIDH resalta la prevalencia de la violencia en el continente americano contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, en todas las esferas de la vida pública y privada, e inclusive en países con significativos avances en leyes y políticas públicas en favor de los derechos de personas LGBTI, como se considera al nuestro luego de la sanción de las leyes de: Protección integral de los derechos de las NNA –Ley 26.061-; Derechos del Paciente – Ley 26.529-; Identidad de género –Ley 26.743-; Creación del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes –Ley 26.743-; Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida –Ley 26.862-. Concluyendo que el contexto generalizado de discriminación social e intolerancia respecto de esta diversidad, aunado a la ausencia de investigaciones efectivas, y la falta de un abordaje diferenciado para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes cometidos contra personas LGBTI, son elementos que conducen a que se condone y se tolere esta violencia, lo que resulta en impunidad y repetición; y recomendando a los Estados Miembros de la OEA adopten diversos tipos de medidas a fines de proteger y garantizar el derecho de las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, a una vida libre de violencia en los países del continente americano⁶.

El presente ensayo, a través de la visibilización de la plusmodelación⁷ familiar, persigue evidenciar como el funcionamiento de las normas genera relaciones a menudo tensas entre la voluntad del legislador, los jueces como encargados de dicho funcionamiento y los pluriversos familiares, mediante el contraste

³ Cruz, David B. *Disestablishing Sex and Gender*, 90 Cal. L. Rev. 997, disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol90/iss4/1> (compulsado el 15 de agosto de 2018)

⁴ Ezie, Chinyere, *Deconstructing the Body: Transgender and Intersex Identities & Sex Discrimination – The Need for a Strict Scrutiny Approach*, Columbia Journal of Gender and Law, Forthcoming, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1589519> (compulsado el 15 de agosto de 2018)

⁵ CIDH, *Una mirada a la violencia contra personas LGBTI: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014*, Anexo al comunicado de prensa Nro. 153.

⁶ CIDH, *Violencia contra personas LGBTI*, párr. 184.

⁷ Ciuro Caldani, Miguel Á., "Aportes de la Filosofía del Derecho al Derecho de Familia", p. 16 y ss. disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org/lyD/lyD48/lyD484.pdf> (compulsado el 26 de agosto de 2018)

cosmopolita y pormenorizado de una multiplicidad de normativa y decisiones jurisdiccionales. La familia actual tiene y necesita una importante diversificación conceptual. Conceptos inmemoriales han de adaptarse al nuevo tiempo. No parece debidamente fundado que en nombre de los conceptos familiares enquistados se pretenda bloquear a las nuevas posibilidades de conformaciones familiares.

Blindaje Jurídico Internacional contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género

La obligación jurídica de los Estados de salvaguardar los derechos humanos de las personas LGBTI está ampliamente establecida en las normas internacionales de derechos humanos, con fundamento en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Tratados Internacionales de derechos humanos concertados posteriormente. Todas las personas, cualquiera sea su sexo, orientación sexual e identidad de género, tienen derecho a disfrutar de la protección establecida en las normas internacionales de derechos humanos, incluido el respeto al derecho a la vida, seguridad de la persona e intimidad; el derecho a estar libre de tortura, arresto y detención arbitrarios, a estar libre de discriminación y a la libertad de expresión, de asociación y reunión pacífica.⁸ Al principio general enunciado precedentemente debe agregársele "cualquiera sea su edad" en tanto los NNA también se encuentran encuadrados por dicha protección, sin que sea sobreabundante aclararlo para los fines del presente ensayo.

La protección de las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género no exige la creación de nuevos derechos ni que se concedan derechos especiales a las personas LGBTI. En realidad, solo es necesario que se cumpla la garantía aplicable universalmente de no discriminación en el goce de todos los derechos. La prohibición contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género no se limita a las normas internacionales de derechos humanos. Los tribunales de muchos países han decidido que ese tipo de discriminación infringe no solo el derecho internacional sino también sus normas constitucionales internas. La cuestión ha sido abordada asimismo por los sistemas regionales de derechos humanos, mas notablemente por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)⁹.

El derecho a estar libre de discriminación, incluso la basada en la orientación sexual y la identidad de género, está protegido por las siguientes normas propias del sistema internacional de protección de derechos humanos: Art. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Art. 2 de la Convención sobre los derechos del niño; Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho internacional define la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferenciado que se base, directa o indirectamente, en un fundamento prohibido de discriminación y que tenga la intención de causar o anular o afectar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos garantizados por el derecho internacional¹⁰. La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluyen en sus garantías sobre la no discriminación listas de fundamentos prohibidos. Esas listas no mencionan explícitamente la orientación

⁸ Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, *Nacidos Libre e Iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, pág. 8.

⁹ Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, op. cit., pág. 9.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación general nro. 18, párr. 7.

sexual ni la identidad de género, pero concluyen con las expresiones “cualquier otra condición” o “cualquier otra condición social”. El uso de esas expresiones demuestra que la intención era que esas listas fueran abiertas e ilustrativas. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa: “El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en ‘otra condición social’ exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el art. 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”¹¹. El Comité expresamente afirmó que “los transgénero o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”¹².

Pueden destacarse otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en conjunto con las interpretaciones que llevan a cabo sus organismos, que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual, identidad de género y la edad. Entre ellos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en su art. 1 enuncia “por cualquier razón basada en cualquier discriminación”; aclarando su Comité que la obligación de los Estados partes se extiende más allá de las características personales, entre ellas la orientación sexual y la identidad de género¹³. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer explica que “la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género (...) los estados parte deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas”¹⁴.

Igualmente, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que el derecho a la no discriminación del art. 2 de la Convención sobre Derechos del Niño incluye la orientación sexual¹⁵ y la identidad de género¹⁶. En ese sentido, preocupa especialmente al Comité la discriminación basada en el sexo unida a los tabúes o las actitudes negativas o críticas respecto de la actividad sexual, lo que a menudo limita su acceso a medidas preventivas y otros servicios¹⁷. Asimismo, el Comité recalca que los Estados partes deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar a todos los niños el derecho a la protección contra todas las formas de violencia sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Ello incluye la discriminación basada en prejuicios hacia los niños explotados sexualmente con fines comerciales, los niños de la calle o los niños en conflicto con la ley, o en la forma de vestir y el comportamiento. Remarcando especialmente como niños en situación de vulnerabilidad potencial –entre muchos otros- a aquellos que son lesbianas, gays, transgénero o transexuales¹⁸.

¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nro. 20 párr. 27.

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, op. cit., párr. 32.

¹³ Comité contra la Tortura, Observación General nro. 2

¹⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General nro. 28, párr. 18.

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 4, párr. 6;

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 13 72 punto g).

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 3, párr. 8.

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 13 párr. 60 y 72 punto g).

En el ámbito general de la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos ha manifestado su “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género”¹⁹. Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló en el año 2011 que “en todas las regiones, hay personas que sufren violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género” y que “la sola percepción de la homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo”²⁰.

Vale subrayar que las personas LGBTI sufren aludadamente de discriminación oficial, en “la forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial, en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud”²¹. Todavía existen varios Estados de la región en los que se criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado²², lo cual ha sido considerado por diversos órganos de protección del derecho internacional de los derechos humanos como contrario al derecho internacional de los derechos humanos por violar los derechos a la igualdad y no discriminación así como el derecho a la privacidad²³. Aunado a ello, este tipo de normas repercuten negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios, y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas de las personas LGBTI. Además, en las jurisdicciones en las que se penaliza su comportamiento sexual, es mucho más probable que se supriman medidas preventivas que debieran ser ajustadas específicamente a estas comunidades. De la misma manera, el temor de ser juzgados y castigados puede disuadir a quienes practican un comportamiento homosexual de acceder a los servicios de salud. Estos problemas se agravan en el caso de las personas que viven con el VIH/SIDA²⁴. Asimismo, el Alto Comisionado ha encontrado que como consecuencia de este tipo de normas, es frecuente que las víctimas se muestren reacias a denunciar los actos de violencia perpetrados por un familiar por temor a las consecuencias penales que acarrearía la revelación de su orientación sexual²⁵.

Profundizando más sobre la serie de impedimentos en el ejercicio del derecho a la salud a los que comúnmente se ven enfrentadas las personas LGBTI, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación manifestó: “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a

¹⁹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, resolución 17/19, párr. 82.

²⁰ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, párr. 1

²¹ Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, *Nacidos Libre e Iguales*, óp. cit., pág. 39.

²² Se mencionan las siguientes normas: [Antigua y Barbuda] Ley de Delitos Sexuales de 1995 (Ley No. 9), Sección 12 (Sodomía); [Barbados] Ley de Delitos Sexuales, Capítulo 154, Sección 9 (Sodomía); [Belice] el Código Penal de Belice lo establece en su Capítulo 101, Sección 53 (relaciones carnales contra el orden natural) y Sección 45 (ataque indecente agravado); [Dominica] Ley de Delitos Sexuales 1998, Sección 15 (Sodomía), Sección 16 (intento de sodomía); [Granada] Código Penal, Sección 431 (“conexión no-natural”); [Guyana] Ley de Derecho Penal, Capítulo 8:01, sección 353 (Tentativa de cometer “delitos antinaturales”), Sección 354 (Sodomía); [Jamaica] Ley de Delitos contra la Persona, Sección 76 (“Crimen Antinatural”), Sección 77 (tentativa); [San Cristóbal y Nieves] Ley de Delitos contra las Personas, Sección 5684 (Sodomía); [Santa Lucía] Código Penal, Sub Parte C, Subsección 133 (Sodomía); [San Vicente y las Granadinas] Código Penal, Sección 146 (sodomía); [Trinidad y Tobago] Ley de Delitos Sexuales Capítulo 11:28, Sección 13 (Sodomía). En Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, párr. 61 y ss.

²³ Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr.123; Comité de Derechos Humanos. *Toonen Vs. Australia*. Párrs. 8.1 y ss.

²⁴ Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, op. cit., párr. 50.

²⁵ Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, op. cit., párr. 66; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas*, op. cit., párr. 76 y ss.

controlar la salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud²⁶, sumado a que el Pacto “prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de orientación sexual”²⁷.

Imposible obviar las conclusiones a las que arriba el Comité de los Derechos del Niño en referencia a la realización del derecho a la salud, sopesando que al tratarse de NNA existe un doble grado de vulneración –triple si de niñas se trata-, el cual con meridiana claridad expresa: “el derecho del niño a la salud no solo es importante en sí mismo; la realización del derecho a la salud es indispensable para el disfrute de todos los demás derechos contemplados en la Convención”²⁸; “a fin de lograr la plena realización del derecho de todos los niños a la salud, los Estados partes tienen la obligación de asegurar que la salud del niño no quede minada por la discriminación, importante factor que contribuye a la vulnerabilidad. En el art. 2 de la Convención figuran diversos motivos con respecto a los cuales está prohibido discriminar (...) al respecto cabe mencionar también la orientación sexual, la identidad de género”²⁹; “los servicios de atención de la salud y servicios conexos, los equipos y los suministros deben estar al alcance de todos los niños, embarazadas y madres, en la ley y en la práctica, sin discriminación de ningún tipo”³⁰.

Situado el análisis dentro del contexto jurisdiccional internacional, respecto a la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género como categorías de discriminación que están prohibidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual y la identidad de género se pueden entender como incluidas dentro de la categoría “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual prohíbe tratos discriminatorios³¹. El Tribunal Europeo ha precisado que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo³². Asimismo, reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de las que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona³³; puntualizando que las diferencias en el trato de las poblaciones heterosexual y homosexual sobre la base de la edad del consentimiento para tener relaciones sexuales carecían de justificación objetiva y razonable y eran, por ende, discriminatorias³⁴.

Por otra parte, la Corte IDH ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine en el goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran

²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nro. 14, párr. 8.

²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nro. 14, párr. 18.

²⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 15, párr. 7.

²⁹ Comité de los Derechos del Niño, op. Cit., párr. 8.

³⁰ Comité de los Derechos del Niño, op. Cit., párr. 114 a).

³¹ TEDH, Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, párr. 28

³² TEDH, Caso Salgueiro da Silva Mouta, op. cit.

³³ TEDH, Caso Clift Vs. Reino Unido, párr. 57.

³⁴ TEDH, Caso S.L. Vs. Austria, No. 45330/99, Sentencia de 19 de enero de 2003, párr. 44 a 46

incursos en tal situación³⁵. La Corte ha establecido que es obligación de los Estados Parte respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos sin discriminación alguna. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en dicho instrumento es, per se, incompatible con el mismo³⁶. El incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación³⁷.

Es correlativamente opinión de la Corte IDH que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias³⁸. De acuerdo con lo anterior, la Corte IDH ha determinado 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 o en la identidad de género de las personas³⁹; recordando que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁴⁰. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del art. 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio pro homine⁴¹.

Muy recientemente la Corte IDH estableció que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género 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, su identidad de género y/o su expresión de género⁴².

Finiquitando el acápite, los organismos internacionales de Derechos Humanos disponen de una serie de principios que hacen a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, denominados: "Principios de Yogyakarta"⁴³. Estos están contemplados en un documento elaborado a petición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por varios expertos, académicos y activistas del derecho internacional de los

³⁵Corte IDH, Caso Átala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79.

³⁶ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 268; CIDH Caso Átala Riffo, op. cit., párr. 78.

³⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, párr. 85.

³⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, párr. 104.

³⁹ Corte IDH, Caso Átala Riffo, op. cit., párr. 91.

⁴⁰ Corte IDH, Caso Átala Riffo, op. cit., párr. 83.

⁴¹ Corte IDH, Caso Átala Riffo, op. cit., párr. 84.

⁴² Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24/17, párr. 78.

⁴³ Disponible en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf (compulsado el 15 de agosto de 2018)

derechos humanos. El documento propone una serie de directrices relativas a la orientación sexual e identidad de género que tienen la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos para proteger a las personas LGBTI. El documento final fue publicado en marzo de 2007. Posteriormente, el 10 de noviembre de 2017, se adoptaron los "Principios de Yogyakarta plus 10"⁴⁴.

Estos principios establecen que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, siendo la orientación sexual y la identidad de género esencial para la dignidad y la humanidad de toda persona, no debiendo ser motivo de discriminación o abuso⁴⁵; las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género siendo iguales ante la ley y gozando de igual protección por parte de ésta, delimitando que la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye a 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 el 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 fundamentales⁴⁶; la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género 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 económica⁴⁷; todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o ilegales en la misma, esto incluye el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género, así como las decisiones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas⁴⁸.

Centrándose en la futura función interpretativa a favor de los NNA, los principios de Yogyakarta dejan en claro que una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será su interés superior, y que cuando estén en condiciones de formarse un juicio propio tendrán el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez⁴⁹. De igual modo, imperiosamente recomiendan a los estados que no se someta a NNA a ninguna forma de trato discriminatorio en el sistema de seguridad social o en la prestación de beneficios sociales o de bienestar social por su orientación sexual o identidad de género, o la de cualquier integrante de su familia⁵⁰, debiendo éstos establecer programas sociales, incluyendo programas de apoyo, a fin de hacer frente a los factores relacionados con la orientación sexual y la identidad de género que incrementan la vulnerabilidad -especialmente de niñas, niños y jóvenes- a la carencia de hogar⁵¹. Finalmente, los insta a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a NNA que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del

⁴⁴ Disponible en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf (compulsado el 15 de agosto de 2018)

⁴⁵ Principios de Yogyakarta, Introducción.

⁴⁶ Principios de Yogyakarta, Principio 2.

⁴⁷ Principios de Yogyakarta, Introducción.

⁴⁸ Principios de Yogyakarta, Principio 6.

⁴⁹ Principios de Yogyakarta, Preámbulo.

⁵⁰ Principios de Yogyakarta, Principio 13, recomendación b).

⁵¹ Principios de Yogyakarta, Principio 15, recomendación d).

niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior⁵².

Estándares Internacionales: su recepción a nivel nacional.

Delineado el andamiaje de derechos humanos en materia de identidad de género de NNA que ha sido armado por los diversos instrumentos de Derechos Humanos, tales como Tratados, Declaraciones, Observaciones Generales, Principios y jurisprudencia dictada por los respectivos órganos, cabe analizar si el mismo se encuentran replicado en nuestra legislación nacional.

De forma cronológica se analizara la normativa nacional comenzando por la Ley nro. 26.061 dictada en 2005; haciendo escala en la Ley nro. 26.743 del 2012; finalizando con la más reciente Ley nro. 26.994, más comúnmente conocida como el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde agosto de 2015.

Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061:

Cabe señalar que la misma en su artículo 2º establece que “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”, de ello se desprende que, mediante dicha disposición no sólo se recepta el principio del interés superior del niño, sino que también se hace eco de los preceptos establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27º expresa que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

El artículo 3º de la citada norma, define al “interés superior” del NNA como la “...máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...”; y agrega que deberá respetarse: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de los NNA y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida...”, concluyendo que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los NNA a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Sin lugar a dudas, esta norma era de avanzada al momento de ser sancionada; hoy el interés superior del niño abarca tres dimensiones⁵³ y el art. Observado ha quedado vetusto. Vale advertir que tanto en fallos, doctrina o bien académicamente se debate sobre lo difícil de su conceptualización, debido al carácter flexible y de apreciación puntual para cada caso concreto, lid verdaderamente saldado al hacer una lectura reflexiva de los estándares internacionales de los Derechos Humanos. El Comité de los derechos del Niño subraya que el interés superior es un concepto triple: un derecho sustantivo; un principio jurídico interpretativo fundamental; y una norma de procedimiento. La definición que hace la 26.061 adolece de esta última esfera, pieza fundamental en tanto especifica que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño. No

⁵² Principios de Yogyakarta, Principio 24, Recomendación c).

⁵³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 14, párr. 6.

es casualidad que el Comité haya incluido una norma procedimental en su definición del interés superior, atento que bajo la excusa de su difícil conceptualización, se le da empleo de forma indiscriminada justificándose en sí mismo de forma continua ya sea por parte de las Administraciones como del Poder Judicial.

Hecha la aclaración y más puntualmente, el artículo 28 de la Ley 26.061 recoge el respeto por el derecho a la igualdad y no discriminación al señalar que "Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos los NNA, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales", adecuándose de esa manera al criterio primario examinado ampliamente en el título anterior del presente ensayo, en tanto "cualquier otra condición" abre las puertas a la interpretación progresiva y flexible, incluyentes de los factores orientación sexual e identidad de género, en concordancia con por lo proscripto por la Convención y su Comité⁵⁴. Es dable recordar, que la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluyen en sus garantías sobre la no discriminación listas de fundamentos prohibidos. Esas listas no mencionan explícitamente la orientación sexual ni la identidad de género, pero concluyen igualmente con las expresiones "cualquier otra condición" o "cualquier otra condición social".

El derecho a la no discriminación se encuentra plasmado a lo largo de todo el desarrollo normativo, trayéndose de forma general pero debiéndose darle el alcance interpretativo ya nombrado.

El art. 9, hace referencia al derecho a la dignidad y a la integridad personal, estableciendo que "Los NNA tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante", agregando que "los NNA tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral", aspectos íntimamente relacionados con la identidad de género.

El art. 17 recepta la prohibición de discriminar, al estipular "prohíbese a las instituciones educativas públicas y privadas imponer por causa de embarazo, maternidad o paternidad, medidas correctivas o sanciones disciplinarias a los NNA". Este art. En particular lastimosamente puede ser observado, atento discrimina en su propia letra al hacer referencia a los supuestos de maternidad y paternidad, hoy posiblemente la técnica legislativa más propiamente hablaría de progenitores, haciendo el mayor esfuerzo por no caer dentro de los binarismos de género.

El art. 22 reza: "los NNA tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen..."; y en el texto del art. 66, al referirse a la labor de las organizaciones no gubernamentales, en tanto estipula que "...deben cumplir con los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, Tratados Internacionales sobre los de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, y observar los siguientes principios y obligaciones...", entre ellos hace mención a "....Respetar y preservar la identidad de los NNA y ofrecerles un ambiente de respeto, dignidad y no-discriminación...".

Otro extremo de relevancia que ha sido plasmado en la Ley 26.061 refiere a la obligación de los organismos del Estado de garantizar el derecho a la salud de los NNA. El artículo 14º señala que "Los NNA tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información,

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 13 párr. 72 punto g); Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 3, párr. 8; Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 13 párr. 60 y 72 punto g).

protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud". Esta previsión evidentemente es el resultado de la lectura por parte del legislador de las opiniones vertidas por el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones generales nro. 3 y nro. 4, ambas publicadas con anterioridad a la sanción de la ley contemplada, en las cuales se enfatiza sobre como la discriminación hace que se deniegue a los niños el acceso a la información, la educación, los servicios de salud y atención social, aumentando especialmente la vulnerabilidad de los niños con HIV⁵⁵, corriendo su salud y desarrollo grandes peligros⁵⁶.

Ley de Identidad de Género N° 26.743:

Da inicio su articulado determinando que: "toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada". Haciendo referencia expresa a lo anterior, la CIDH ha establecido que "la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad. No se trata de un agente que tenga por finalidad la homologación de la persona humana, sino por el contrario es un factor de distinción. Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca. Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad auto-percibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y que si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su identidad. En tal circunstancia también se ve menoscabado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la identidad de género"⁵⁷.

Define la identidad de género en su art. 2 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 modales".

En su art. 4 consigna los requisitos que debe cumplir toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en rigor: "1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley, 2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original, y 3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse"; aclarando expresamente que: "En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico". En este sentido, la identidad de género crea espacio para la auto-identificación, es decir, a la vivencia que una persona tiene de su propio género, en algunos casos, podrá eventualmente involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra

⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 3, párr. 7.

⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 4, párr. 6.

⁵⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24/17, párr. 111.

índole. Sin embargo, resulta importante subrayar que la identidad de género, no es un concepto que deba ser asociado sistemáticamente con las transformaciones físicas del cuerpo. Lo anterior debe entenderse aún en las situaciones en las cuales la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que le fue asignada al momento de su nacimiento, o que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Esto se debe al hecho que las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas⁵⁸.

En concordancia, el procedimiento de solicitud de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal. En efecto, someter el reconocimiento de la identidad de género de una persona trans a una operación quirúrgica o a un tratamiento de esterilización que no desea, implicaría condicionar el pleno ejercicio de varios derechos, entre ellos, a la vida privada, a escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, y conllevaría a la renuncia del goce pleno y efectivo de su derecho a la integridad personal. Imponer requisitos abusivos, como la reasignación de sexo mediante una intervención quirúrgica, la esterilización u otros procedimientos médicos forzados o involuntarios constituye una vulneración al principio de igualdad y no discriminación puesto que las personas cisgénero no se verían enfrentadas a la necesidad de someterse a ese tipo de obstáculos y de menoscabo a su integridad personal para hacer efectivo su derecho a la identidad⁵⁹.

En igual sentido se ha expedido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al delimitar que "las leyes y las políticas que perpetúan indirectamente las prácticas médicas coercitivas, como las políticas de contracepción basadas en incentivos o cuotas y la terapia hormonal, así como los requisitos de cirugía o esterilización para el reconocimiento legal de la identidad de género, constituyen violaciones adicionales de la obligación de respetar"⁶⁰. Del mismo modo, el Comité sobre Derechos del Niño condena la "imposición de tratamientos mediante los que se pretende cambiar la orientación sexual de una persona, y que los adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados. Insta a los Estados a que erradiquen esas prácticas, deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en razón de su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos"⁶¹. En esa misma línea, los principios de Yogyakarta estipulan que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo esterilización, cirugía de reasignación de sexo y terapia hormonal como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género⁶².

Otra adecuación a los estándares de derechos humanos en materia de identidad de género que podemos observar en la normativa en análisis, surge de lo previsto en su art. 5. Allí, se establece que "Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061". Aclara que

⁵⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24/17, párr. 145

⁵⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24/17, párr. 146.

⁶⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 22, párr. 58.

⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 20, párr. 34.

⁶² Principios de Yogyakarta, Principio 3.

“cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Avanzando, el art. 6 indica que se “prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadora y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma”. Resulta evidente que esta disposición protege la confidencialidad y se condice con los principios internacionales en la materia, puntualizando que “el carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentran en armonía con lo dispuesto por los principios de Yogyakarta cuando estos estipulan que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o ilegales en la misma, esto incluye el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género, así como las decisiones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas”⁶³.

Esta “confidencialidad” se manifiesta paralelamente en art. 9 en tanto “Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada”, y que “No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos”, agregando que “Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la Ley 18.248”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la rectificación del sexo y el nombre de pila, la norma señala en su artículo 7º que los mismos “...serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s...”, como así también que “La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción”. Por ende, los procedimientos de reconocimiento de identidad de género, no deberán nunca implicar la alteración de la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados; agregando que todos aquellos actos que hubiesen sido realizados por una persona con identidad de género auto-percibida, los cuales traían aparejados efectos jurídicos, siguen produciéndolos y le son exigibles, salvo en los casos en que la propia legislación determine la extinción o modificación de los mismo⁶⁴.

Retomaremos el análisis específico de esta directriz al adentrarnos con el art. 26 del Código Civil y Comercial –en adelante CCyC-, debido a que ya no es posible razonarlas en forma separada, ambas se han entrecruzado, conformando un verdadero engranaje jurídico.

Código Civil y Comercial Ley nro. 26.994:

A lo largo del presente ensayo se ha afirmado la indudable obligación de los Estados de garantizar y proteger los derechos humanos de las personas, identificándose el amplio plexo normativo internacional que la contiene (Declaraciones, Convenciones, Protocolos, etc.), resulta en esta instancia oportuno,

⁶³ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, párr. 138

⁶⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, párr. 120

evaluar si éstos estándares de protección mencionados (más precisamente aquellos referidos a la identidad de género) han sido receptados puntualmente por el Código Civil y Comercial.

Así, en el título preliminar del CCyC, encontramos una clara acogida de la normativa de carácter internacional, y concretamente, en lo que aquí interesa, de los Tratados de Derechos Humanos. Dicha conclusión se desprende de la lectura del artículo 1º y 2º del citado cuerpo legal. El primero de ellos, nos remite a las fuentes del derecho y su aplicación a los “tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”, expresando que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. En idéntica sintonía, el artículo 2º, establece que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

La doctrina ha señalado que “estos textos, conjugados, dan curso a un nuevo modelo en la decisión judicial muy trabajado por la doctrina nacional y extranjera, que constituye un enorme avance en el derecho argentino”⁶⁵, agregando que “la igualdad se manifiesta también en el desmontaje de las distinciones que resultan discriminatorias, incluyendo categorizaciones, palabras y textos. Por ello se han incluido reglas generales de interpretación no discriminatoria, como el artículo 402, que dispone que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”⁶⁶.

Avanzando, es dable traer a colación las previsiones del artículo 26 del CCyC, las que establecen, en cuanto al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad que ésta “...ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

En lo que aquí interesa, resultan relevantes las conclusiones a las que ha arribado la doctrina, al poner de manifiesto que dicho art. 26 debe ser interpretado armónicamente con el art. 11 de la ley 26.743, ya que “instaura un régimen específico respecto de los adolescentes de entre 13 y 16 años de edad, a quienes se les reconoce capacidad progresiva de otorgar su consentimiento informado para, por ejemplo seguir un tratamiento hormonal o cualquier otro tratamiento médico que no comprometa su salud”, agregando que “el reconocimiento del art. 26 del CCyC de la capacidad de los adolescente para tomar decisiones sobre cuestiones de tanta trascendencia permite inferir que el ordenamiento jurídico

⁶⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Palabras Preliminares” *Código Civil y Comercial de la Nación*, Editorial Errepar S.A., 1ª ed. 2014, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, págs. 3 y ss.

⁶⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis, op. cit.

reconoce que dichx joven pueda adoptar una decisión libre e informada sobre el cambio de género en sus documentos de identidad sin intervención de los padres, jueces o médicos. Esto es muy importante ya que se estaría eliminado la intervención judicial sumarisima (...) cuando exista negación o imposibilidad de obtener el consentimiento de alguno/a de los representantes legales del menor de edad (...) cabe argüir que el art. 26 agrega una categoría de menores de edad cuyas decisiones no pueden ser obstruidas ni siquiera por sus propios padres o representantes, entre ellas aquellas referidas a la adecuación del género en los documentos registrales y de identidad⁶⁷.

Por otra parte, cabe destacar los señalamientos contenidos en el artículo 51 y 52 del CCyC, referidos a la inviolabilidad de la persona humana y afectaciones a la dignidad. Al respecto, expresan respectivamente que: "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad", "lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufrido". Los mismos implican una clara acogida de los instrumentos internacionales de derechos humanos que, según se ha afirmado "...contienen alusiones explícitas a la idea de dignidad humana, a saber, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para"⁶⁸.

En consonancia con este respeto y valoración de las disposiciones que surgen de los Tratados de Derechos Humanos, encontramos el artículo 69 del CCyC. Su texto señala respecto del cambio de nombre que éste "...sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a: a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b) la raigambre cultural, étnica o religiosa; c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada". Continúa instituyendo que "se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad".

Cabe advertir nuevamente la vinculación de esta previsión con aquella contenida en la normativa nacional antecesora, es decir la Ley N° 26.743 del año 2012, así se ha dicho que "de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1°, inc. c de la ley 26.743, uno de los derechos que conlleva la identidad de género consiste en "ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada". En razón de este derecho, el art. 3° de la mencionada ley admite que "Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida" correspondiéndole -conforme el art. 6° de dicha ley- entre otros requisitos, a quien solicite la rectificación registral expresar el nuevo nombre de pila elegido...", concluyendo que "...con esta solución se refuerza la innecesariedad de cualquier trámite judicial ya sentada por la ley 26.743...", puntualizando que "...a partir de la concepción del nombre como un derecho humano, que ha incorporado al análisis de las cuestiones que al mismo se refieran, las pautas hermenéuticas propias de este tipo de derechos, las mismas habrán de evaluarse a la luz del principio pro homine que rige la materia". Admitida esta perspectiva, el principio de inmutabilidad del nombre que muchos han considerado irrefutable, no solo no será absoluto, sino que

⁶⁷ Saldivia Menajovsky, Laura, *Tomándose la despatologización en serio: el derecho a la identidad de género de niñas y adolescentes*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 82, Noviembre 2017, Editorial Abeledo Perrot.

⁶⁸ Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier, *las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf> (compulsado el 17 de agosto de 2018)

ha de ser reinterpretado de acuerdo al mencionado principio. Ello, y la elasticidad en el nuevo régimen, hacen presumir que la apreciación judicial se efectuará con un criterio amplio en vez del restrictivo que prevalecía hasta ahora...⁶⁹.

La citada ley 26.743 "irrumpe en un modelo que jerarquiza la voluntad de la persona al establecer que su propia determinación del género es el único indicador de éste"⁷⁰, resaltando que "esto implica la exclusión de la autoridad de jueces, autoridades administrativas, pericias médicas como parámetro determinante del género de una persona. Para acceder a la adecuación de género en partidas de nacimiento y documentos de identidad, como así también adecuar el cuerpo, solo bastará con que el interesado invoque su voluntad en tal sentido"⁷¹.

En esa inteligencia, el artículo 70 del CCyC refuerza esta visión de desburocratización y celeridad en esta clase de procesos, aclarando que "todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local (...) Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios".

Finalmente, y si bien vinculado al ámbito de la Responsabilidad Civil, también hallamos recepción en el cuerpo legal de análisis, de aquellos estándares de derechos humanos que protegen el derecho a la intimidad, identidad y vida privada. A título ilustrativo recordamos que el artículo 1740 del CCyC (Sección 4ª "Daño resarcible") prescribe en cuanto a la reparación plena de los daños, que la misma "...consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso..."; y que "en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable...". A mayor abundamiento el artículo 1770 (Sección 9ª "Supuestos especiales de responsabilidad") determina en cuanto a la "protección de la vida privada" que "el que arbitrariamente se entromete en la vida ajena (...) mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación".

Volcando lo desarrollado a la resolución de un caso hipotético (a primeras vistas paradigmático).

Presentado un encuadre fáctico en el cual, "Mercedes"⁷², una adolescente de 15 años, hija de padres divorciados, decida abandonar su hogar para mudarse con "Luciana", una joven trans 8 años mayor, a una casa usurpada y ocupada por varios grupos familiares; sumando la negativa por parte de su progenitora a transferirle a una cuenta bancaria a nombre de su pareja el dinero que recibe en carácter de cuota alimentaria bajo el argumento de la displacia que le genera el hecho de que este conviviendo con un "travesti", en tanto la cuota alimentaria que recibe del padre no es para gastos personales sino

⁶⁹ Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián y Herrera, Marisa: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ra. ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 161/162, disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20(arts.%201%20a%20400).pdf) (compulsado el 16 de agosto de 2018)

⁷⁰ Saldivia Menajovsky, Laura, op. cit.

⁷¹ Saldivia Menajovsky, Laura, op. cit.

⁷² Se usan nombres propios elegidos de forma ficticia a fines de facilitar la lectura y exposición del caso modelo.

para garantizar su educación y desarrollo personal en el lugar en el estos decidan que ha de vivir hasta su mayoría de edad.

Dicha realidad, adornada al hecho de que pasados varios meses de no tener contacto, la madre de Mercedes toma conocimiento que su hija dio a luz una niña, fruto de su relación con Luciana. La primera, indignada, decide denunciarla penalmente por abuso sexual de una menor de edad, requiriendo la intervención del servicio local de protección de derechos a los efectos de que se adopte una medida de protección para la recién nacida, habida cuenta la condición de travesti de Luciana, la falta de madurez de Mercedes para ejercer una maternidad responsable y el hecho de que ninguno de los dos cuenta con medios económicos para garantizar el cuidado de la recién nacida.

En el caso de que la justicia argentina tomara la decisión de otorgarle el cuidado de la recién nacida a la mamá de Mercedes y agotadas las instancias internas, ¿sería viable la hipótesis de reclamar la existencia de un litigio ante un organismo internacional? ¿Cuáles serían los principales argumentos, basados en el Derecho Internacional de los DDHH?

Primeramente y en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, “el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana⁷³.

El caso claramente devendría en responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Mercedes, Luciana y su hija debido a su orientación sexual; como resultado de la evidente violación de los derechos humanos contenidos en el Pacto San José de Costa Rica, a saber: art. 1 (Obligación de respetar los derechos.); art. 11 (Derecho a la honra y dignidad); art. 17 (Protección a la Familia); art. 19 (Derecho de niño); art. 24 (Igualdad ante la ley); art. 25 (Protección Judicial); Artículo 8 (Garantías Judiciales).

Retornando al eventual escenario en el que la justicia argentina tomara la decisión de otorgarle el cuidado de la recién nacida a la mamá de Mercedes, habiéndose agotado las instancias internas, claramente podría formularse el correspondiente reclamo, presentado la denuncia ante el Sistema de Protección de los Derechos Humanos.

Al respecto, es posible acceder como medida de protección de los derechos humanos enunciados, tanto al “Sistema Universal ONU” o en su defecto al “Sistema Americano”. Resulta atendible inclinarse por éste último; la CIDH tiene atribuida, junto con la Corte IDH, la competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención Americana sobre derechos Humanos; contando con un Organismo Específico de Control, vinculado puntualmente a la temática de análisis, la “Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays y las Personas Trans, Bisexuales e Intersex”, creado “con el objeto de brindar atención a ciertos grupos,

⁷³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 párr. 65 y 66

comunidades y pueblos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto⁷⁴.

Cabe advertir también que la jurisprudencia de la CIDH denota una clara línea ascendente en pos de la dismistificación del sistema binario del género, definiéndolo como el modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que género y el sexo abarcan dos, y solo dos, categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías⁷⁵. En correspondencia, condena toda argumentación o discurso jurídico que utilice expresiones discursivas cuya carga valorativa, moral y/o política, denote la aceptación y reproducción de estereotipos, incluyentes de prejuicios sociales y culturales; sin desprenderse de hechos probados en el proceso⁷⁶, examinando los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que las decisiones se producen a fin de establecer si una diferencia de trato se fundamentó, o no, en una categoría sospechosa constituyente de discriminación⁷⁷. Consecuentemente, los jueces que comparten estereotipos de género – y de identidad de género concretamente- pueden provocar que sus decisiones no se fundamenten en evidencia apropiada, incluso imponiendo castigos más severos que a aquellos que por sus conductas se someten al sistema binario⁷⁸.

Hipotetizando, en el presente caso los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la decisión, cerrando otras líneas de desenlace, obviando que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, la CIDH ha considerado que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad⁷⁹. Constatando que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio⁸⁰.

Igualmente, la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. La sola

⁷⁴ En noviembre de 2011, en el marco del 143º período de sesiones, la CIDH creó una unidad especializada en esta materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva, la cual se hizo completamente operativa desde el 15 de febrero de 2014. La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) entró en funciones el día 1º de Febrero de 2014, dando continuidad a las principales líneas de trabajo de la Unidad LGBTI ocupándose de temas de orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal. La significativa decisión de establecer esta relatoría refleja el compromiso de la CIDH por fortalecer y reforzar su labor en la protección, promoción y monitoreo de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en la región. Disponible en:

<http://www.derechoshumanos.net/proteccion/CIDH/ComisionInteramericana.htm> (compulsado el 18 de agosto de 2018);
<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/> (compulsado el 18 de agosto de 2018)

⁷⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, párr. 32.

⁷⁶ Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, párr. 223.

⁷⁷ Corte IDH, Caso Norín Catrimán, op. cit., párr. 226.

⁷⁸ Corte IDH Caso Espinoza González Vs. Perú, párr. 29.

⁷⁹ Corte IDH, Caso Átala Riffo, op. cit., párr. 139.

⁸⁰ Corte IDH, Caso Átala Riffo, op. cit., párr. 142.

referencia al interés superior del niño, sin probar -en concreto- los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger su interés superior. Nunca serán admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños⁸¹.

De igual forma a como un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos donde constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior de los NNA implicados⁸². En toda decisión judicial cuyo objeto de debate se base en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de los NNA, debe definirse de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de los progenitores y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales, como en este caso, necesariamente tendrán dificultades para definir roles de género o sexuales⁸³.

Por lo anterior, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, como son en este asunto el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades⁸⁴.

El mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorezca la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volverse perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos⁸⁵, sin importar su orientación sexual. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en una situación jurídica donde los NNA y su familia sean centrales, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en el tiempo lo breve posible⁸⁶.

Del mismo modo, la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

⁸¹ Corte IDH, Caso Átala Riffo, op. cit., párr. 109, 110 y 111.

⁸² Corte IDH, Caso Átala Riffo, op. cit. párr. 121.

⁸³ Corte IDH, Caso Átala Riffo, op. cit., párr. 125.

⁸⁴ Corte IDH, Asunto L.M. respecto Paraguay, párr. 16.

⁸⁵ Corte IDH, Caso Fornerón, op. cit., párr. 50 y 52

⁸⁶ Corte IDH, Caso Fornerón, op. cit., párr. 75.

Los NNA deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia; y en todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal⁸⁷. Los NNA tienen derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño y está expresamente reconocido por diversos instrumentos internacionales⁸⁸.

Reflexiones Finales.

Tanto la Administración como la Justicia deben evitar convertir a la figura del hijo de padres no heterosexuales en un espacio para la catexis de las ansiedades sociales y miedos políticos, porque aun cuando no se reconozcan ciertas relaciones humanas como parte de lo humanamente reconocible, en realidad ya han sido reconocidas, y lo que se busca es negar lo que, de una manera u otra, ya se ha comprendido. Por otra parte, perseguir la legitimación estatal con el fin de reparar las heridas propias de la falta de reconocimiento trae consigo una gran cantidad de nuevos problemas y nuevos sufrimientos. No lograr el reconocimiento estatal de los propios acuerdos íntimos puede experimentarse como una forma de desrealización cuando los términos de la legitimación del Estado son los que mantienen un control hegemónico sobre las normas de reconocimiento. El Estado debe atender a la previa exclusión de lo posible, que tiene lugar cuando, desde la urgencia para validar una reclamación política, se naturalizan las opciones que aparecen como las más legibles desde el campo sexual, únicamente una política que incorpore una comprensión crítica puede seguir siendo auto reflexiva y no dogmática⁸⁹.

Los derechos humanos, por más fundamentales que sean, son derechos históricos, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre; nacen cuando deben o pueden nacer; cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder⁹⁰.

Ciertas exigencias nacen solo cuando nacen ciertas necesidades. Nuevas necesidades nacen en relación al cambio de las condiciones sociales, y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlas. Hablar de derechos naturales o fundamentales, o inalienables, o inviolables es usar fórmulas del lenguaje persuasivo que pueden tener una función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la exigencia, pero que no tienen valor teórico alguno⁹¹.

El problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no es fundamentarlos, sino protegerlos. El problema no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuantos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, sino cual es

⁸⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02, op. cit. párr. 73.

⁸⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02, op. cit. párr. 71.

⁸⁹ Butler, Judith, *Des hacer el género, Capítulo V, ¿el parentesco es siempre heterosexual de antemano?*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006, pág. 164 y ss.

⁹⁰ Norberto Bobbio, *El tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pág. 17.

⁹¹ Norberto Bobbio, op. cit., pág. 18.

el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados⁹².

Motivo por el cual, antes de finalizar el ensayo, se invita al lector a llevar a cabo dos ejercicios, uno propuesto por Judith Butler y el otro por Norberto Bobbio. El primero consiste en volverse crítico, pensar cómo se constituye el campo político, indagar sobre las condiciones que se dan por sentadas, considerando que la exigencia de reconocimiento puede conducir a nuevas e ingratas formas de jerarquía social, a una obstrucción precipitada del campo sexual y a nuevas formas de apoyar y extender el poder del Estado si no se duda sobre las propias normas de reconocimiento proporcionadas por éste⁹³. Por último, ya leído todo el primer punto sobre Estándares Internacionales de Derechos Humanos en materia de identidad de género, mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluminadas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer todavía es largo⁹⁴.

La real existencia de un caso delineado con las características expuestas, trágicamente sería titulado por las distintas publicaciones jurídicas nacionales como "el caso Átala Riffo argentino"; o bien "Fornerón no fue suficiente, la Corte IDH nuevamente ordena capacitar a los jueces argentinos". La afinidad entre los tres se hace evidente y nos llama a reflexionar sobre el continuo avance de las familias "no tradicionales" y del como desafían al paradigma ortodoxo del derecho de familia, ya no tan contemporáneo, pero del cual aún quedan resabios por doquier. Hoy se puede afirmar que dicha tesis basada en la familia nuclear biparental heterosexual se ha desmonopolizado. Valga la redundancia, aun cuando diferentes tipos de formaciones familiares emergen cotidianamente, los jueces continúan constreñidos por el arquetipo binario, esforzándose sus decisiones en ajustar los nuevos modelos de familia dentro de viejos moldes.

⁹² Norberto Bobbio, op. cit., pág. 63.

⁹³ Butler, Judith, óp. cit.

⁹⁴ Norberto Bobbio, óp. cit., pág. 83.