

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

“IDENTIDAD SEXO-GENÉRICA Y DERECHOS HUMANOS”

**TESIS QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO
DE MAESTRA EN DERECHO**

PRESENTA

PAOLA PATRICIA UGALDE ALMADA

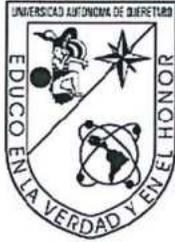
DIRIGIDO POR

M. EN A.P. RICARDO UGALDE RAMÍREZ

CENTRO UNIVERSITARIO

QUERÉTARO, QRO.

NOVIEMBRE DE 2018



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

“IDENTIDAD SEXO-GENÉRICA Y DERECHOS HUMANOS”

TESIS

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de Maestra en Derecho

Presenta:

Paola Patricia Ugalde Almada

Dirigido por:

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Presidente

Doctora Mariela Ponce Villa
Secretaria

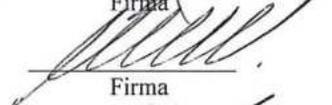
Doctor Eduardo Alcocer Luque
Vocal

Mtro. Everardo Pérez Pedraza
Suplente

Mtro. Francisco Javier Arellano Sánchez
Suplente


Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad


Firma

Firma

Firma

Firma

Firma


Dra. Ma. Guadalupe Flavia Loarca Piña
Director de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
A Noviembre de 2018

RESUMEN:

La presente constituye una investigación de tipo básico circunscrita a la teoría y dogmática de los derechos humanos, cuya finalidad radica en explicar cómo ciertos derechos humanos —en este caso el de la identidad sexo-genérica— que no están constituidos expresamente en las normas positivas, pueden ser construidos a partir de otros derechos de naturaleza fundamental. Así, encontramos que el derecho a la identidad sexo-genérica forma parte innegable de las prerrogativas que todos los seres humanos poseemos por el simple hecho de existir, pero que sólo una minoría suele estar interesada en hacerlo efectivo. A esta conclusión se arribó a partir del análisis sistemático del orden jurídico interno y también del internacional, buscando en ellos los insumos para la conformación de ese derecho. Concluyendo, a partir de ese ejercicio de construcción normativa, que es factible el alumbramiento de un derecho, si bien no nuevo, que no está señalado expresamente en ninguna norma fundante, causa esta última que igualmente sirvió para la elección de estudio de dicho vacío, reflejado ya como problemática social.

(Palabras clave: derechos humanos, construcción normativa, identidad sexo-genérica, insumos jurídicos, orden jurídico interno y externo).

SUMMARY:

This work consists in a basic type of research limited to the theory and dogma of human rights, the purpose of which is to explain how certain human rights - in this case those related to gender identity - which are not expressly constituted in positive norms, can be constructed from other rights of a fundamental nature. Thus, we find that the right to gender identity is an undeniable part of the prerogatives that all human beings possess for the only reason that they exist, but that only a minority is usually interested in making it effective. This conclusion was reached basing on a systematic analysis of the domestic legal order and also of the international legal order, seeking in them the inputs for the conformation of such right. We conclude, from that exercise of normative construction, that it is possible to give birth to a right, although not new, that is not expressly indicated in any founding norm, the latter causes that also served for the choice of study of such void, already reflected as a social problem.

(Key words: human rights, normative construction, gender identity, legal inputs, internal and external legal order).

Con profundo amor:

A David, mi frente dialéctico en las complejidades del derecho;
A Paloma y Penélope, nuestras hermosas hijas.

AGRADECIMIENTOS:

A mi Honorable casa de estudios, mi gran orgullo profesional.

A las autoridades de la facultad de derecho, incansables en la labor de alcanzar los mejores estándares educativos ¡Enhorabuena!

Al maestro Ricardo Ugalde Ramírez, pieza clave en mi formación jurídica y personal; facilitador asertivo y siempre amable de este trabajo.

Al respetable cuerpo de sinodales, por su disposición para dirigir este trabajo a pesar de sus ocupaciones personales y profesionales.

Al claustro docente de la facultad de derecho, siempre fieles a su vocación.

Al licenciado Raúl Manríquez Huerta, por sus inagotables gestos de amabilidad y solidaridad imprescindibles para impulsar el proceso de obtención de grado.

A Ma. Isabel Quijas Yépez, por su solidaria y siempre amable colaboración en la revisión de este texto.

ÍNDICE

“IDENTIDAD SEXO-GENÉRICA Y DERECHOS HUMANOS”

Resumen	iii
	...	
Summary	iv
	...	
Dedicatoria	v
	...	
Agradecimiento	vi
s		
Índice	vi
	...	i
Introducción	10
	...	

CAPÍTULO PRIMERO

Los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano

1.1 ¿Qué es un derecho humano?	12
1.2 El paradigma constitucional de los derechos humanos en México	17
1.3 El reconocimiento de los derechos humanos en México	20
1.4 La tutela constitucional de los derechos humanos	22

CAPITULO SEGUNDO

La ausencia de reconocimiento jurídico de la identidad sexo-genérica

2.1 Distinción entre sexo biológico u orgánico y sexo jurídico o legal	25
2.2 Identidad de género	26

2.3 Distinción entre identidad sexual, identidad de género, orientación sexual y preferencia sexual	28
2.4 La identidad sexo-genérica	30
2.4.1 Cisgeneridad		
2.4.2 Ausencia de identidad sexo-genérica		
2.4.3 Estadio Intersexual		
2.5 La identidad sexo-genérica como derecho humano	35
2.6 El vacío en la norma del derecho a la identidad sexo-genérica	37

CAPÍTULO TERCERO

El enfoque constructivista del derecho en la realidad social

3.1 La crisis del paradigma normativista	41
3.2 Constructivismo jurídico y el procesamiento de la realidad	44
3.3 El principio pro persona como propuesta de método	47

CAPÍTULO CUARTO

Los insumos jurídicos para la construcción del derecho a la identidad sexo-genérica

4.1 Derechos humanos en el orden jurídico interno	51
4.1.1 Dignidad humana y no discriminación.		
<i>4.1.1.1 La dignidad humana en el orden jurídico.</i>		
<i>4.1.1.2 La no discriminación en el orden jurídico.</i>		
<i>4.1.1.3 No discriminación por razón de identidad sexo-genérica.</i>		
4.1.2 El derecho al libre desarrollo de la personalidad.		
4.1.3 El derecho a la identidad personal		
4.1.4 Derechos a la individualidad, intimidad y vida privada		
4.1.5 Derecho a la salud		
4.1.6 La dignidad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, identidad personal, intimidad, vida privada, propia imagen y a la salud, de las personas transgénero.		

4.2 Derecho comparado	67
4.3 <i>Ius cogens</i> internacional	68
4.3.1 Instrumentos vinculantes		
4.3.1.1 <i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.</i>		
4.3.1.2 <i>Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).</i>		
4.3.2 No vinculantes		
4.3.2.1 <i>Declaración Universal de los Derechos Humanos.</i>		
4.3.2.2 <i>Principios de Yogyakarta.</i>		
4.3.2.3 <i>Discriminación e Intolerancia.</i>		
4.3.2.4 <i>Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.</i>		

CAPÍTULO QUINTO

La definición legal del sexo y su modificación por virtud del ejercicio del derecho a la identidad sexo-genérica

5.1 La relevancia de “el sexo”	80
5.2 La definición legal de sexo y su modificación a causa de un estado intersexual diagnosticado	81
5.3 Adecuación del estado civil del individuo a la identidad sexual asumida	82
5.4 La rectificación de registros civiles; su trascendencia, procedencia y problemáticas que presenta	83
5.5 La construcción de un derecho	89
5.6 El derecho a la identidad sexo-genérica, al amparo del derecho a la no discriminación por preferencia sexual y otras causas atentatorias de la dignidad humana	91
5.7 Antecedente de exigibilidad de protección al derecho a la no discriminación por razón de identidad sexo-genérica ante los tribunales mexicanos	94

Conclusiones	100
Bibliografía	102

INTRODUCCIÓN

La realidad social es un ente plástico, cambiante y a veces hasta impredecible. Por su parte, un estado democrático que no adecua sus normas a esa realidad social, está destinado a violar sistemáticamente los derechos más fundamentales de sus habitantes.

La progresión de los derechos ha ido develando una realidad invisibilizada hasta hace poco a causa de los prejuicios provenientes de la presunción del sexo binario: la ausencia de identidad sexo-genérica.

No obstante ello, el orden jurídico mexicano ha sido incapaz de reconocer de tajo la necesidad de proteger a la minoría que vive día a día lidiando con esa problemática, lidiando con su querer y no poder ser a plenitud lo que se siente.

Ante ello, el presente trabajo revela cuál es el estado actual del derecho humano a la identidad sexo-género, tanto en el orden jurídico interno como externo; sus particularidades exploradas brevemente desde la ventana de la ciencia; sus pilares axiomáticos y una propuesta para su construcción a partir de diversos derechos de las más alta categoría para, a partir de ello, establecer su existencia en el orden jurídico y el surgimiento de la obligación de las autoridades estatales de hacerlo efectivo.

Para tal efecto, se parte de que el derecho es un ente vivo y que para hacerse presente en nuestra realidad, cuenta con propiedades específicas que le permiten adaptarse en aras de permitir su interpretación más benéfica en favor de las personas.

La **hipótesis general** de este trabajo, parte de la afirmación de que el derecho humano a una identidad sexo-genérica, constituye una prerrogativa fundamental ejercible a pesar de que no se encuentra enunciado ni mucho menos regulado en nuestros ordenamientos jurídicos más fundamentales.

Asimismo, el **objetivo** de este documento de investigación es de naturaleza descriptiva y consiste fundamentalmente en desentrañar el contenido de diversos derechos fundamentales que se consideran afines a la existencia del derecho a la identidad sexo-genérica, en aras de, a partir de esos contenidos, dotarlo de sustancia jurídica. Con ello, se demostrará que el derecho humano a la identidad sexo-genérica se conforma a partir de diversos insumos jurídicos de gran entidad, obligatorios y no obligatorios, presentes en los sistemas jurídico-positivos tanto a nivel nacional como internacional.

Finalmente, la **metodología** del trabajo se centra en la aplicación e interpretación del derecho conforme a un método de interpretación sociológico, tomando en cuenta que los objetivos se perfilan a la comprobación de un derecho fundamental no previsto en la norma positiva. El método acogido es fundamentalmente el documental, debido a que el proceso de conformación del bagaje teórico y legal que surte de materia a esta investigación, se encuentra en su totalidad en material escrito.

De esta manera, resultará palpable a lo largo del trabajo la ejecución de un proceso metodológico consistente en acopiar, recuperar, organizar y analizar íntegra y minuciosamente el material escrito que recoja la base de las premisas que servirán para construir la conclusión buscada, la cual se elabora a partir de un ejercicio disciplinado de búsqueda de información en diversos documentos de naturaleza normo-positiva y de dogmática jurídica.

CAPÍTULO PRIMERO

Los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano

¿Qué es un derecho humano?

El derecho que nosotros conocemos no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, políticos o económicos, sino que incorpora valores morales que bien conocemos como derechos humanos, los cuales hoy en día se han consolidado como bienes sustantivos pertenecientes a todas las personas por el solo hecho de serlo. En este tenor, es la propia Constitución la entidad más reacia a negociarlos bajo criterios de bienestar general.

Al respecto, Ferrajoli escribió¹:

Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea, en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayoría.

En el mundo contemporáneo, se dice que cuando un observador pretende determinar el grado de modernidad alcanzado por una sociedad, debe centrar su atención en el nivel de protección efectiva que las autoridades ofrecen a los derechos fundamentales.

Es bien sabido que en una sociedad en la que los derechos son reconocidos normativamente, pero en los hechos son menospreciados y violados tanto por las autoridades como por los propios particulares, la realidad será muy distinta y tendrá matices de inequidad, injusticia y autoritarismo.

Por ello, sin mecanismos de garantía y protección de los derechos fundamentales, el constitucionalismo se queda únicamente en una buena intención.

En el caso de nuestro país, el reconocimiento a rango constitucional de los derechos

¹ Ferrajoli, L. (2002). Pasado y futuro del estado de derecho. En M. Carbonell, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina* (pág. 203). Ciudad de México: Siglo XXI.

humanos a través de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, fue un primer paso para definirse de una vez por todas a conducirse por el camino del constitucionalismo y no de las arbitrariedades ocasionadas por el irrespeto a los derechos fundamentales; y es el caso en que podemos decir que dicho paso fue dado con gran avance y firmeza.

Anteriormente a la reforma constitucional, era factible definir los derechos fundamentales desde una óptica puramente normativa, es decir, como aquellos derechos consagrados en la Constitución o en la Ley Suprema de cada país; en el caso de México, lo eran por ejemplo, la igualdad, el derecho a la libertad de expresión y de imprenta, la seguridad jurídica, el derecho de libre tránsito, el derecho propiedad, el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, a la vivienda, entre otros.

Esta definición de corte meramente positivista, es decir, que parte del supuesto en que si esos derechos están previstos en la norma fundante, por lo tanto, son derechos fundamentales y, a la inversa, no lo serán si no están previstos en ella, empero, este principio ya no es aplicable más en nuestro sistema jurídico, en virtud que ahora se rige no sólo por los derechos humanos —doctrinariamente refiriéndose a derechos fundamentales— previstos en la Constitución, sino a todos aquellos previstos en los tratados internacionales de los que México sea parte, además de que toda interpretación debe hacerse a la luz del principio *pro persona*.

Sin embargo, libre de esta concepción iuspositivista y, en una aproximación un tanto más a la sociología jurídica, se afirmar que un derecho fundamental encuentra su justificación en la medida en que se haya materializado en la realidad social.

Planteados los enfoques normativistas y sociológico-jurídicos de los derechos fundamentales, estimo oportuno rescatar el concepto de derecho fundamental propuesto por Luigi Ferrajoli, quien es uno de los autores contemporáneos más discutidos y reconocidos por su postura y teorización del tema.

Para el jurista italiano, los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que pertenecen a todos los derechos humanos, es decir, inherentes a ellos por cuanto a su estatus de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar ante la ley².

² Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta, p. 37

Sostiene que un derecho subjetivo es la expectativa positiva o negativa que tiene un sujeto ante una norma jurídica, es decir, una prestación o una “garantía” de no sufrir lesión.

A su vez, desmenuzando su definición, el autor nos habla de un “estatus”, ya sea de persona, ciudadano o de persona con capacidad de “obrar”, a lo que debemos entender como la condición de sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y autor de los actos que son en ejercicio de éstas.³

Lo que se suscribe, toda vez que en una ficción jurídica en la que estamos inmersos debido a nuestro sistema democrático, por definición, las personas debemos tener un estatus ante la ley, una situación de hecho que nos permita ubicarnos o no en un supuesto de reconocimiento de las expectativas que nuestras condiciones personales (edad, patrimonio, estado laboral, estado civil, etcétera) generan ante el aparato jurídico de una nación además, cambiante y heterogénea como la nuestra.

Organizado todo lo anterior en una idea global, el reconocido autor concretizó al afirmar que los derechos fundamentales son derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que atribuyen las normas jurídicas a todas las personas, ciudadanos o personas capaces de obrar ante la ley.

A su vez, es factible reconocer que estos derechos indispensables pueden tener un carácter negativo, como las disposiciones que prohíben actos de lesivos entre una figura de autoridad y una persona o bien entre dos personas físicas en el más puro sentido del derecho penal coactivo; o bien de carácter positivo, entre los cuales podemos destacar las obligaciones de un Estado de corte paternalista que sostiene entre sus principios la seguridad social, con miras a la consecución de un fin colectivo o saciar una necesidad de esa misma índole por parte de cualquiera de sus poderes públicos⁴.

De acuerdo a lo anterior, se puede afirmar que el autor en comento propone un concepto de derecho subjetivo basado en la dogmática jurídica, pues aunque les atribuye a los derechos fundamentales ciertas cualidades teóricas, no separa su concepción al hecho de que se encuentren previstos en una norma jurídica positiva.

³ *Ídem*

⁴ Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, p. 111

No obstante el reconocimiento a la postura del connotado autor italiano, resulta un tanto dogmática cuando define que los derechos fundamentales son exclusivamente los que están contenidos en un cuerpo normativo positivo.

De lo anterior se advierte que existe una contradicción en la dualidad propuesta por Ferrajoli, misma que se basa en que si los derechos fundamentales son universales, inherentes de todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar, cómo pueden ser por otro lado, exclusivamente los atribuidos por una ley positiva.

Una clara muestra de ello es el propio artículo 1º Constitucional, que si bien direcciona al respeto irrestricto de los derechos humanos previstos en ella así como en los tratados internacionales (otra norma positiva), abandona el criterio de “otorgar” los referidos derechos para dar paso a su “reconocimiento”, lo que implica que el catálogo de derechos humanos previstos en ella o aquellos, es puramente enunciativo.

Expuesta esta contradicción, considero que además de incorrecto, sería insostenible sujetar los derechos fundamentales a un dogmatismo tal, por lo que el perfil adoptado para la realización de este trabajo, rescata mucho del enfoque de Ferrajoli pero rechazando el modelo positivista explícito.

En ese tenor, este trabajo busca partir de que los derechos fundamentales, en efecto, son universales y, por ende, indispensables e inalienables; que le corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas o de personas con capacidad de obrar, cuya función es garantizar una vida digna y una convivencia armónica de la sociedad, pero también parte de que para asumirlo como tal, no es determinante, aunque al respecto se abundará más adelante.

Sin embargo, también busca acotar que no resulta determinante para dicha concepción, el que estén o no previstos en algún cuerpo normativo positivo, con la salvedad de los derechos políticos, que sólo corresponden a las personas en relación con el Estado del cual sean ciudadanos.

Por último, es oportuno pronunciarse en torno a la recurrente confusión de términos nominativos de estos conceptos. Así, Luigi Ferrajoli, distingue los derechos fundamentales de las garantías individuales, argumentando que éstas últimas no resultan ser estrictamente derechos, sino medios, pues como su nombre lo indica, garantizan algo o lo hacen eficaz

cuando ha dejado de ser respetado.

Adoptando esa distinción, las garantías —denominadas garantías individuales por nuestra Ley Fundamental— reparan las violaciones que se han cometido a los derechos fundamentales. Esto es, no constituyen derechos sustantivos, sino el instrumento constitucional para salvaguardar éstos.

Por su parte, los derechos humanos también se distinguen de los derechos fundamentales, pues partiendo de un modelo iuspositivista como el de Ferrajoli, estos últimos están reconocidos en los textos constitucionales y tratados internacionales, mientras que los derechos humanos muchas veces no están previstas por ninguna norma jurídica.

Los derechos humanos suelen entenderse como un conjunto de instituciones y un racimo de facultades que, no obstante el momento histórico, casi siempre se concretan a las exigencias del respeto a la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Estos derechos significan potestades y libertades reconocidas en las declaraciones y convenios internacionales, que generalmente abarcan las exigencias vinculadas a necesidades humanas.

En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y, que por razón su origen, suelen gozar de una tutela reforzada.

Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas, institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo⁵.

En resumen, la diferencia entre derecho humano y derecho fundamental, estriba en que los primeros representan una proclamación de lo que debe procurarse en la generalidad de los pueblos y los fundamentales son aquellos que se reconocen dentro del texto constitucional como parte fundamental para alcanzar los fines del Estado y justificar su existencia (Rascado Pérez, 2010).

⁵ Pérez Luño, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos

El paradigma constitucional de los derechos humanos en México

En un contexto social en el que, según datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval)⁶, cerca del 43.6% de la población total de nuestro país, carece de los recursos económicos que le permitan cubrir sus necesidades alimentarias básicas; y al que además sumamos una violenta crisis de seguridad que ha cobrado miles de vidas en los últimos sexenios; es que se aprobó la reforma más sustantiva a la Constitución Federal desde su promulgación.

Así, esta reforma constitucional en materia de derechos humanos, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y lo que logró fue mucho más que modificar el lenguaje normativo, pues introdujo múltiples adecuaciones al texto normativo que conlleva implicaciones que años después de su promulgación, parecen no vislumbrarse en su totalidad, pues cada párrafo tiene la capacidad de revolucionar nuestras relaciones jurídico-sociales.

No obstante la reforma constitucional modificó el contenido de once artículos para ampliar y dar certeza jurídica al respecto de los derechos humanos en nuestro país, en este trabajo se hará acotación respecto al artículo 1º Constitucional, en virtud que en éste se centra la materia de estudio.

Dicho numeral establece ahora que en México, todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, a la par que de las garantías para su protección, así como que en conjunto su ejercicio no puede restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que se fijan en el propio texto de la Ley Fundamental.

El segundo párrafo de ese artículo, afirma que las normas concernientes a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, siempre a favor de que a las personas se conceda la mayor protección.

⁶ Estimaciones del CONEVAL con base en los datos del Modelo Estadístico 2016 para la continuidad del Módulo de Condiciones Socioeconómicas de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (MEC 2016 del MCS-ENIGH) que realizó el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) entre agosto y noviembre de 2016, y que fueron publicadas el 28 de agosto de 2017.

El tercer párrafo ordena a todas las autoridades, acorde a sus competencias, a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que los informan, a la vez que les impone obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

De esta manera, estos tres párrafos proponen cambiar *de facto* nuestro orden jurídico. Incluso, el segundo párrafo del artículo primero constitucional introduce una norma con una característica importantísima: “conceder la mayor protección a las personas”, lo que instituye una norma guía y de apertura para interpretar todos los enunciados normativos que contiene nuestra Constitución y, en esa medida, bajo este enfoque, dicho principio *pro persona* es en sí la esencia de la reforma.

Ciertamente, conceder la mayor protección a las personas, o bien, en tratándose de normas restrictivas, aplicar la que menos lo sea, es el fin primordial de nuestro ordenamiento jurídico, o más, la esencia del Derecho.

Asimismo, esta nueva redacción trajo consigo el reconocimiento de un abundante cuerpo jurídico de origen en el *ius cogens* internacional, así como una forma novedosa de concebir la relación entre el Estado y las personas o grupos, orientada a ampliar su ámbito de respeto, protección, garantismo e incluso reparación de derechos.

Una de las novedades en esta materia, fue el cambio de denominación del capítulo I del título primero de la Constitución de “garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”.

Así, la expresión derechos humanos devino de una visión mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que suele utilizarse en el ámbito del derecho internacional.

En palabras simples, lo que implicó esta transformación en el modo de concebir a los derechos, desde un punto de vista extra jurídico, es que las personas no le deben sometimiento alguno al Estado a cambio de concedérseles tales derechos, sino que es el propio gobernado el que en uso de los mismos, se sirve de las instituciones estatales y del Derecho que las crea, organiza y norma, para que se les reconozcan.

Desde esa perspectiva, ese cambio de concepción contribuye al más ambicioso cambio cultural de compromiso democrático del estatismo mexicano hasta la fecha.

En cuanto a la distinción entre derechos humanos y sus garantías. A nivel teórico,

tradicionalmente y sobre todo en la práctica jurisdiccional, se asoció tan estrechamente a los primeros con sus garantías, que se instituyó como creencia generalizada que en ausencia de las segundas no se contaba con los primeros.

Se creía que un derecho existía hasta que en tanto lo hiciera una disposición tal que incorporara expresamente obligaciones atribuidas a sujetos determinados; es decir, sólo si las personas tenían a la mano dispositivos para exigir que se sancionara y reparara la inobservancia de las obligaciones aparejadas a sus derechos, podía hablarse de que eran titulares de los mismos.

Por décadas, las personas vieron mermada su capacidad de ejercer los mismos en virtud de las normas programáticas secundarias que regulaban las materias (verbigracia, salud, vivienda, trabajo-salario, etcétera) no los reconocían con la debida amplitud, ni establecían mecanismos idóneos para su protección; de ahí que los derechos de corte social únicamente constituyeran un valor simbólico pero legal y jurídicamente inexigible.

Hoy en día, el texto constitucional distingue expresamente entre derechos y garantías para su protección, por lo que a falta de las segundas, no pueden desconocerse los primeros.

Otro aspecto a destacar consiste en que tratándose de derechos humanos, nuestro texto constitucional se ha abierto para incluir con idéntica fuerza normativa disposiciones de fuente internacional sobre la materia.

Esta cláusula de apertura está dando pauta para que, de diversas corrientes existentes, se reafirme que en nuestro sistema jurídico se ha instituido un parámetro de regularidad constitucional extenso que impone más altos parámetros de validez; es decir, se dejan al mismo nivel los derechos reconocidos por la Constitución con los previstos en los tratados internacionales, abriendo al derecho constitucional mexicano, clara y contundentemente, al *ius cogens* del derecho internacional.

Sin embargo, en este trabajo no se hará comentario alguno respecto al tema de jerarquía entre las distintas fuentes que reconocen derechos humanos, dado que su discusión aún es tan divergente entre juristas y doctrinarios de nuestro país, que no resultaría productivo, ni de ello dependen las conclusiones a las que se arribará.

Entonces, como se ha visto, la reforma constitucional impulsó a emplear los términos de derechos fundamentales o el de derechos humanos; siendo que con el primero se

alude a aquellos derechos humanos que han sido reconocidos por un orden jurídico determinado, o de manera más específica, a aquellos derechos humanos que han sido constitucionalizados.

Por cuanto ve al segundo, la expresión "derechos humanos" tiene las siguientes: es la que ha recibido mayor difusión en todo el mundo y ha sido aceptada por la mayor cantidad de culturas y tradiciones jurídicas; en su propia formulación se comprende que los derechos humanos son aquellos cuyo único requisito o condición que se precisa para ser su titular es el simple hecho de pertenecer a la especie humana; finalmente, la expresión se coloca en sintonía con los instrumentos internacionales que el Estado mexicano ha ratificado.

De esta manera no habría mayor distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el mexicano por vía de los tratados internacionales, lo único que los distinguiría sería su fuente u origen.

En conclusión, derivado de los ya referidos cambios terminológicos de nuestra Constitución, ahora todas las normas de derechos humanos constituyen estándares de validez con igual valor, frente a los cuales deben medirse todas las actuaciones de autoridad, sean estatales o provengan incluso de particulares —*drittwirkung*—. Ello tratándose de las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, cualquiera que sea el tipo de tratado del que deriven.

El reconocimiento de los derechos humanos en México

A estas alturas, resulta evidente que a partir de la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, el reconocimiento de los derechos humanos se tornó progresista, ello mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas.

Con anterioridad a esa reforma, los derechos fundamentales no previstos en la constitución lograban ser incorporados a la protección legal de las personas, aunque no textualmente en nuestra Constitución, ello por medio de diversas fuentes del derecho, tales

como los tratados internacionales y la jurisprudencia⁷.

Entonces, fue gracias a esta reforma, la Constitución Política, aunque no amplió el catálogo de derechos fundamentales, sí lo hizo “nominalmente” con los derechos humanos; empero, dejó abierta la amplia posibilidad de interpretar a favor de las personas los tratados internacionales en los que México sea parte.

Incluso, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁸, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, determinó por mayoría de votos que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el *principio pro persona* obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.

Hay que recalcar que, aun partiendo del hecho en que los derechos fundamentales pueden ser insertados al sistema jurídico, ya sea partiendo de diversas fuentes del derecho o por la interpretación de los instrumentos internacionales bajo el principio *pro persona*, sigue siendo contradictorio que los derechos fundamentales sean distintos dependiendo de la fuente del derecho de la que derivan, dado que son universales.

Por ello, concluyo que para nuestro sistema jurídico los derechos fundamentales adquieren esta característica no por el hecho de estar contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino porque son universales e inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo y, además, provengan de la fuente jurídica que sea, estos no

⁷ Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. Ciudad de México: UNAM-CNDH, p. 52

⁸ Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, Libro 5, correspondiente al mes de abril de 2014, p. 204, de rubro: “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.”

tienen jerarquía, pues obedecen siempre a principios internos.

La tutela constitucional de los derechos humanos

Al respecto, el iusfilósofo Norberto Bobbio nos ofrece una visión en la que sobresale la importancia de garantizar los derechos fundamentales y, en cuanto a su trascendencia, argumenta:

*No es tanto la de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados*⁹.

En ese sentido, si el sistema de derechos fundamentales no ofrece a sus titulares las posibilidades de obtener sus satisfacciones frente a los particulares o ante los órganos del poder público, no hay un verdadero derecho.

En otras palabras, el ejercicio de los derechos fundamentales queda reducido a una proclamación formal, o sea, a la nada. Por esto, un derecho fundamental sólo es tal dentro de un ordenamiento jurídico, si es resistente frente a otros poderes.

Para el citado autor, esta característica de resistencia del derecho adquiere sentido a través de los diferentes institutos y mecanismos de protección de los derechos.

Asimismo, para el tratadista Humberto Nogueira: "*el aseguramiento constitucional de los derechos debe ir acompañado de las respectivas garantías, vale decir, de los medios que aseguren la observancia efectiva de los derechos fundamentales. En otras palabras, un conjunto coherente de instrumentos de defensa de los derechos*"¹⁰.

En nuestro actual sistema jurídico constitucional, las garantías constitucionales siguen representando aquellos mecanismos tendentes a materializar y hacer efectivo el ejercicio y goce real de los derechos fundamentales. La importancia de esta institución constitucional, radica en el hecho de que, si no se establecen mecanismos capaces de limitar el poder del Estado (garantías normativas) y proteger los derechos cuando existiera una

⁹ Bobbio, N. (1981). *Presente y provenir de los Derechos Humanos*. Madrid: Complutense, p. 10

¹⁰ Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 101

amenaza, restricción o supresión de los mismos, por medio de un órgano jurisdiccional (garantías jurisdiccionales), los derechos quedarán reducidos a la mínima expresión y la persona ya no sería un ser humano sino una cosa.

Hablar de garantías constitucionales, ya sea en cualquiera de sus dos tipos; garantías normativas o garantías jurisdiccionales, es referirse a la protección de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Por ello, hoy en día y con más fuerza que nunca, existen los medios de prevención y protección de nuestros derechos humanos, defensa contenida en *per se* en ellos mismos, reparando y tutelando los derechos ante las amenazas, restricciones o vulneraciones.¹¹

Asimismo, además de las garantías como mecanismos o remedios jurídicos que ofrece el ordenamiento constitucional e internacional, con el objeto de restituir o restablecer los derechos fundamentales vulnerados, restringidos o suprimidos de manera ilegal o indebida; hoy en día también tenemos a nuestro favor el ya referido principio *pro persona*.

Si a lo anterior agregamos que en nuestro sistema jurídico la concepción garantista es mucho más extensa, pues conforme a nuestro texto Constitucional, los derechos de los que gozamos los mexicanos, no se agotan en los previstos en su articulado, sino que deben completarse con los reconocidos en los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En otras palabras, tratándose de derechos humanos, nuestro texto constitucional se ha abierto para incluir disposiciones de fuente internacional. Entonces, es dable concluir con mucha satisfacción, que por lo menos en teoría, la materialización, efectivización y protección de los derechos fundamentales es más tangible que nunca.

Lo anterior máxime si tomamos en consideración que todas las normas de derechos humanos ahora reconocidos por la Constitución, están reforzadas con un cuarteto de obligaciones correlativas previstas en el párrafo tercero de su artículo 1º para su protección y que refieren a lo siguiente:

Respetar derechos, asegurando las condiciones mínimas para su disfrute efectivo, lo que no se contenta con no intervenir o no interferir; promover derechos, imponiendo incluso

¹¹ *Ídem.*

abstenerse de establecer políticas públicas regresivas; proteger derechos, lo que implica no desentenderse de su respeto y garantía por estar vinculadas a ámbitos privados, pues es de interés público combatirlas; y por último garantizar los derechos, haciendo exigibles e incluso justiciables sus obligaciones correlativas, así como satisfaciendo las necesidades que subyacen a ellos.

De esta manera, cuando se expresa que toda autoridad tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y que el Estado Mexicano deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones, implica que no se puede excusar del cumplimiento de todos esos deberes a raíz de que las propias autoridades hayan sido omisas en dotarse de una regulación adecuada que les facilite la observancia de sus obligaciones.

Por ello, a partir de la reforma constitucional, queda atrás esa mentalidad de que la Constitución carece de contenido y efectividad ante la inexistencia o deficiencia de la legislación secundaria, por lo que cada disposición que vincule a un derecho humano para su protección y acatamiento independientemente de la existencia o efectividad de una norma que lo reglamente.

CAPÍTULO SEGUNDO

La ausencia de reconocimiento jurídico de la identidad sexo-genérica

Distinción entre sexo biológico u orgánico y sexo jurídico o legal

Ahora bien, no obstante los derechos fundamentales adquieren esta característica no por el hecho de estar contenidos en el texto constitucional, sino porque son universales e inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo, debido a que su reconocimiento y protección derivan de principios metanormativos; lo cierto es que ello subsana el hecho de que en la realidad social suelen desconocerse ciertas prerrogativas por el simple hecho de no estar inscritas expresamente en los textos fundamentales y ello deriva de una reacia tradición normativista que aún permea con rigor las prácticas judiciales de nuestro país.

Claro ejemplo de ello es la renuencia a reconocer la existencia en el mundo jurídico del derecho humano a la identidad sexo-genérica, para cuya limitación y mejor comprensión se esgrimirán el siguiente apartado:

Teóricamente, se ha distinguido entre sexo biológico u orgánico y sexo jurídico o legal.

Conforme a la doctrina, el sexo biológico comprende dos aspectos: físico y psicosocial.

El primero de ellos a su vez, se clasifica de la siguiente manera:

- Sexo cromosómico o genético, que tiene que ver con los cromosomas sexuales de la persona;
- Sexo cromático o nuclear, que se refiere al material remanente de dos cromosomas X que están presentes en el sexo femenino y uno solo en el masculino;
- Sexo gonadal, que corresponde a la presencia de gónadas en la persona (ovarios o testículos); y
- Sexo morfológico, que representa la existencia de órganos genitales externos, con características genitales que diferencian ambos sexos.

En tanto que el aspecto psicosocial no se relaciona con las características físicas de la persona, sino más bien con el aprendizaje de un comportamiento sexual considerado como normal, para uno u otro sexo, en un contexto social.

Al respecto, existen dos enfoques importantes:

- Rol sexual o sexo social, que corresponde al encasillamiento que hacen las demás personas sobre la pertinencia de una persona a determinado sexo y
- Sexo psicológico o identidad sexual, que es el sentimiento interno de cada persona de ser parte de uno u otro sexo. Este último es el que nos habla de una “identidad sexual”, la cual, alude sólo al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo orgánico, excluida, por lo tanto, cualquier consideración atinente a la orientación sexual; es decir, a la práctica homo o heterosexual de la persona en cuestión.

En relación con el sexo legal o jurídico, observamos que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se atribuye el sexo a una persona de acuerdo con el sexo morfológico, esto es, a partir de la mera revisión de los genitales del recién nacido y que, generalmente, se toma como inmutable, por lo que jurídicamente es el dato que se asienta en las actas o partidas de nacimiento (masculino-femenino).

Esto conduce a que, cuando una persona, por su propia voluntad y libre decisión, decide modificar su sexo a través de tratamientos hormonales y/o quirúrgicos, a fin de adecuar su apariencia física a su vivir y sentir, el tema, desde el punto de vista jurídico resulte de suma complejidad, al confrontarse sexo legal y sexo biológico.

De ahí que se sustente por diversas disciplinas científicas que, tratándose de la identidad sexual, deben tenerse en cuenta no sólo los elementos morfológicos y anatómicos, sino, principalmente, los criterios de tipo psicosocial, pues son lo que en mayor medida definen la visión de la persona frente a sí misma y su proyección ante la sociedad.

En otras palabras, ante los factores objetivos y subjetivos que definen a una persona, tratándose de su identidad sexual, se presenta en la realidad una prelación o preeminencia del factor subjetivo (sentimientos, proyecciones, ideales), sobre su apariencia física (factor objetivo).

Identidad de género

Uno de los temas centrales que propone abordar este trabajo, es la trascendencia que tiene la identidad de género en todas las personas y su dinámica en el mundo jurídico, y es que la identidad de género es uno de los aspectos más fundamentales de la vida pues comúnmente, desde el nacimiento, se nos asigna un sexo determinado con base en los

genitales que son referidos clínicamente, convirtiéndose a partir de este momento en un hecho social y legal.

Sin embargo, un número relativamente pequeño de individuos tienen problemas con pertenecer al sexo registrado al nacer; igual situación puede ocurrir con personas intersexuales cuyos cuerpos y, en ocasiones su anatomía genital, incorporan ambos o ciertos aspectos tanto de la fisiología masculina como femenina, o bien, porque para otras personas, los problemas surgen porque su autopercepción innata no está en conformidad con el sexo que se les asignó al nacer. A estas personas se les hace referencia como personas “transgénero” o “transexuales”, con la diferenciación que se hará más adelante.

Es cierto, durante mucho tiempo y sobretodo en las sociedades occidentales, la presencia de esta situación en nuestros grupos sociales se ha venido ignorando, lo que ha provocado un total descuido por la situación de los derechos humanos de las personas *trans*, no obstante que los problemas que afrontan son graves y a menudo muy específicos para dicho grupo.

De esta forma, es notorio que las personas *trans* experimentan un alto grado de discriminación, intolerancia y violencia directa; sistemáticamente se violan sus derechos humanos básicos, incluyendo el derecho a la vida, su dignidad, la igualdad, pasando por su derecho a la integridad física y el derecho a la salud.

Así, aunque este colectivo en realidad corresponde a un número menor de personas en comparación con la población en general, es de destacar que es sumamente diversa en su interior: cuando se adentra en él, se encuentran las personas transexuales pre-operadas y post-operadas, pero también a personas que eligen no realizar, o bien, que simplemente no tienen acceso a las operaciones.

Por ello, es posible identificar a personas *trans* de mujer-a-hombre (MaH) o de hombre-a-mujer (HaM), o puede ser que no hayan realizado intervenciones quirúrgicas o terapia hormonal; igualmente, la comunidad también incluye a cross-dressers, travestis y a otras personas que no encajan en las estrechas categorías de “hombre” o “mujer”¹².

¹² Hammarberg, T. (2010). *Derechos Humanos e Identidad de Género*. Comisariado de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Berlín: TransInterQueer e.V. (TriIQ) & Transgender Europe (TGEU), p. 5

En ese tenor, claro es que el panorama de este colectivo dista mucho de estar resuelto en este país, pues aunque poco a poco nuestros marcos legales van abriéndose para que se reconozca su situación y necesidades específicas, lo cierto es que aun con ello los ordenamientos suelen hacer alusión únicamente a las personas transexuales, dejando totalmente atrás la posibilidad de diferenciar a todos los miembros de esa comunidad. Al tiempo.

Distinción entre identidad sexual, identidad de género, orientación sexual y preferencia sexual

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, también incluyó un novedoso criterio de protección al derecho a la preferencia sexual, sin embargo, dicho término, lejos de haber logrado definirse por la legislación nacional o internacional, ha causado confusión desde el propio proceso legislativo en el que el constituyente no pudo ponerse de acuerdo con respecto a sus alcances socio-jurídicos.

Con el fin de delinear un poco el sentido de dicha reforma y su relación con este trabajo, es preciso realizar un análisis breve con respecto a las distinciones teóricas entre los conceptos que nos interesan: preferencia sexual, identidad sexual e identidad de género.

La naturaleza humana resulta sumamente compleja, pues no obstante la biología reconoce al ser humano como ser sexuado bajo la polaridad macho-hembra y, en ciertos casos, los “estados intersexuales” por ser variantes que se encuentran en la naturaleza; sin embargo, lo cierto es que el ser humano vive su sexualidad bajo ópticas complejas.

Para explicar conceptos como identidad sexual e identidad de género, es complicado situarnos en lo naturalmente establecido, pues la sexualidad no se basa en lo preestablecido científicamente, sino en aspectos ya no solamente físicos, anatómicos o morfológicos, sino, preeminentemente psicosociales, relacionados con el desarrollo de cada individuo y su personal forma de verse y sentirse a sí mismo.

Por lo anterior, es inminente que el ser humano tenga a su vez el derecho de armonizar su *psique* con su cuerpo dadas, ciertas circunstancias fisiológicas que lo conducen a ello, de la misma forma en que hay individuos que por la misma causa modifican sus características fenotípicas originales mediante procedimientos —químicos y quirúrgicos— de reasignación sexual.

Ahora bien, se distingue entre identidad sexual e identidad de género, en que el primero de ellos es la consecuencia somática de la configuración cromosómica de una persona.

Por su parte, la identidad de género es la consideración del sexo “sentido y vivido” como producto de la actividad psicosocial y cultural de la persona; es el sentimiento psicológico de ser hombre o mujer y con ello la adhesión a ciertas normas culturales relacionadas con el comportamiento femenino o masculino.

Este concepto a su vez presupone otro, el de *género*, que se define como el conjunto de contenidos socioculturales que se dan a las características biológicas que diferencian a hombres y mujeres, estableciendo comportamientos, actitudes y sentimientos masculinos y femeninos. Cabe resaltar que el contenido atribuido al *género* varía según el momento histórico y la sociedad en la que se establezca.

Por lo anterior, identidad sexual y de género resultan conceptos distintos pero complementarios, pues existen casos en la naturaleza en que la segunda no obedece a la primera, ya que el complemento de ambos no obedece a factores estáticos como una configuración somática, sino también a una actitud psicológica, un sentimiento, una *opción personal*.

Ahora bien, la *orientación sexual* es, según la Asociación Americana de Psicología la atracción duradera hacia otra persona en el plano de lo emotivo, romántico, sexual o afectivo. El término hace, por tanto, referencia a los sentimientos de una persona y al objeto hacia el que están enfocados sus deseos. En función del sexo de la persona hacia la que se tienen tales sentimientos se distingue la orientación heterosexual, homosexual y bisexual.

Conviene hacer hincapié en que hay una diferencia importante en el mismo concepto de orientación sexual e identidad de género; así, las personas con una determinada orientación sexual no suelen tener problemas de identidad de género; ejemplo de ello lo es un hombre homosexual que se siente identificado con su sexo biológico, pero sus sentimientos afectivos y sexuales los encauza hacia personas de su mismo sexo.

Por su parte, según la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, publicado por la Organización Mundial de la Salud, el diverso concepto de preferencia sexual no ha sido debidamente definido por la legislación nacional ni la internacional, sin embargo podemos entenderla como un concepto más amplio

que la orientación sexual, ya que la incluye en sí, pero también abarca los desórdenes del comportamiento sexual tales como la parafilia, necrofilia, etcétera¹³.

Lo anterior pone en evidencia que el término de preferencia sexual no fue el más acertado que pudo emplear el Constituyente permanente para dar a entender que cualquiera que sea la decisión del ejercicio sexual de una persona, debe ser respetado por el Estado y por los individuos de la nación, por consistir uno de los elementos personalísimos del ser humano y por ello forma parte de su dignidad.

Sin embargo, no obstante dicho concepto abarca parafilias consideradas como enfermedades mentales por la propia Organización Mundial de la Salud, debe entenderse que el respeto absoluto al ejercicio de la sexualidad humana en nuestro país, está circunscrito a los derechos de terceros, lo que evidentemente crea un cerco para evitar transgresiones sexuales a grupos vulnerables.

Finalmente y, únicamente a manera de esbozo toda vez que nada tiene que ver con la identidad sexual y de género, pero que en las discusiones del proceso de reforma Constitucional se pugnó por emplear el término “orientación sexual” —y que fue rechazado— se dice que éste es un concepto menos amplio que la “preferencia sexual” y refiere al “objeto” de los deseos eróticos o amorosos de un sujeto determinado hacia personas de su mismo sexo o el distinto, abarca sus deseos, sentimientos y prácticas sexuales.

La identidad sexo-genérica

Como ya se adelantó, la identidad de género supone el sentimiento psicológico de ser hombre o mujer y con ello la adhesión a ciertas normas culturales relacionadas con el comportamiento femenino o masculino y, además, este concepto presupone al diverso de género, el cual se define como el conjunto de contenidos socioculturales que se dan a las características biológicas que diferencian a hombres y mujeres, estableciendo comportamientos, actitudes y sentimientos masculinos y femeninos.

Cisgeneridad.

¹³ Organización Mundial de la Salud. (1992). *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud*. Organización Panamericana de la Salud. Ginebra: OMS.

La cisgeneridad corresponde a un término social aplicado a aquellas personas que poseen determinada identidad de género concordante con los papeles sociales que son propios del género asignado, es decir, a la persona con alienación entre su identidad de género, género asignado y rol social. A *contrario sensu*, la persona cisgénero no se identifica con ninguna identidad transgénero. A su vez, el término *cisgénero* constituye un término general, mientras que el término *cissexualidad* se utiliza para describir a personas cuya identidad de género es concordante con su género biológico.

Ausencia de identidad sexo-genérica.

Ahora bien, hay personas que presentan una incongruencia entre el fenotipo físico y la identidad de género, es decir, anatómicamente se ve como hombre o como mujer, pero internamente siente que pertenece al sexo contrario; esto genera una condición clínica que se conoce como disforia de género y que se asocia a un origen en el desarrollo prenatal¹⁴. Como tal, a las personas que presentan esta condición, se les denomina transgénero (en amplio sentido).

De esta forma, un transexual nace hombre con los órganos sexuales y gametos sexuales XY, pero se percibe como una mujer (a esto se llama transexual H-M o TH-M) teniendo identidad de género femenino, aunque sus caracteres sexuales son de hombre y lo contrario ocurre en los transexuales mujer-hombre (transexual M-H o TM-H).

Así, según la Asociación Psiquiátrica Americana (APA)¹⁵, estas personas presentan:

- I. Una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y sus caracteres sexuales primarios o secundarios (o en los adolescentes jóvenes, los caracteres sexuales secundarios previstos). — a) Un fuerte deseo por desprenderse de los caracteres sexuales propios primarios o secundarios, a causa de una marcada incongruencia con el sexo que se siente o expresa (o en los adolescentes jóvenes, un deseo de impedir el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios previstos). — b) Un fuerte deseo por poseer los caracteres sexuales, tanto primarios como*

¹⁴ Orozco Calderón, G., Ostrosky Shejet, F., Salin Pascual, R., & Borja Jiménez, K. (01 de junio de 2011). Perfil neuropsicológico en transexuales: efecto del tratamiento de reasignación de sexo. (U. d. Frontera, Ed.) *Revista Chilena de Neuropsicología*, 35.

¹⁵ Asociación Psiquiátrica Americana (APA). (2014). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. *DSM-5*, 452. Madrid: Editorial Médica Panamericana, p. 452

secundarios, correspondientes al sexo opuesto. — c) Un fuerte deseo de ser del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna). — d) Un fuerte deseo de ser tratado como del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna). — e) Una fuerte convicción de que uno tiene los sentimientos y reacciones típicos del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna). — II. El problema va asociado a un malestar clínicamente significativo o a un deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento.

Dentro de este término, también se incluye a las personas que desean cambiar de sexo, ya sea a través de tratamiento hormonal o cirugía, para poner de acuerdo sus características físicas con su identidad de género, o cuando incluso ya llevaron a cabo esa adecuación.

A este proceso mediante el cual se rectifica el sexo asignado al nacer, por el que se considera acorde al que siente la persona, se le denomina *reasignación sexual*.

Para denominar a la persona en la que se ha llevado a cabo este proceso, se debe utilizar el género deseado y no el de origen, verbigracia, denominaríamos hombre transexual a aquella persona que su sexo de nacimiento fuera el de mujer y su identidad correspondiera a la de un hombre, o sea, de mujer a hombre; esto es, debe privilegiarse el género correspondiente a su sentir.

Hay ocasiones en que se ha confundido la transexualidad con el travestismo, sin embargo, no es lo mismo; travesti es una persona que viste con ropas del otro género, es decir, un hombre que se viste de mujer o una mujer que se viste de hombre, pero esto resulta ser una práctica o conducta sexual, incluso, la persona travesti (homosexual, heterosexual o bisexual) puede aceptar e identificarse con el sexo que le fue asignado en el momento de su nacimiento, a diferencia de la persona transexual.

Sin embargo, en ocasiones esta práctica se liga a las personas transexuales, en la medida que pueden llegar a emplearla para expresar su rol de género —opuesto al asignado— a través de su forma de vestir.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud califica a la transexualidad como un trastorno de identidad sexual, caracterizado por la incongruencia entre el sexo anatómico y la identidad sexual, entendiéndose por tal, la conciencia de pertenecer a un sexo determinado y viene definido como la disociación sexual centrada en la creencia fija de que los caracteres

sexuales externos no son los que corresponden a la persona, de tal modo que la conducta resultante del sujeto se dirige, bien hacia el cambio de los órganos sexuales por medio de operación quirúrgica, bien hacia el ocultamiento completo del sexo operante adaptando el vestido y los modales del sexo opuesto.

Desde el año 1980 el término transexualismo fue reemplazado por “Síndrome de Disforia de Género” y apareció por primera vez en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) de la Organización Mundial de la Salud, concretamente en el apartado DSM-III,24, en donde la Disforia de Género designaba el malestar resultante del conflicto de la identidad de género y el sexo asignado.

Desde 1994 el diagnóstico de transexualismo y disforia de género son reemplazados por “Trastorno de Identidad de Género” o “GID” (siglas en inglés de *gender identity disorder*), definición utilizada actualmente y se encuentra en el DSM-IV [categoría 302.85] y que corresponde a las personas que “muestran una fuerte identificación con el género contrario e insatisfacción constante con su sexo anatómico”¹⁶.

Dicho lo anterior, es claro que la transexualidad es una condición humana que debe ser abordada con una visión totalizadora, ya que lleva ínsita una amplia gama de factores físicos, psíquicos, sociales, religiosos, morales, científicos y, como lo veremos con mayor profundidad más adelante, desde luego jurídico-constitucionales.

Ahora bien, conviene volver a hacer hincapié en la diferencia que existe entre el concepto de concepto de orientación sexual e identidad de género, ya que las personas con una determinada orientación sexual no suelen tener problemas de identidad de género.

Así, como se sostuvo en líneas anteriores, un hombre homosexual se siente identificado con su sexo biológico, sin embargo sus sentimientos afectivos y sexuales los encauza hacia personas de su mismo sexo. Al mismo tiempo, una persona transexual que ha nacido con una determinado sexo, femenino por ejemplo, y que se identifica con el sexo contrario, puede tener a su vez diferentes orientaciones sexuales (por ejemplo, un hombre transexual puede ser homosexual).

Por último, es importante destacar la distinción entre los términos transexual y

¹⁶ *Ibidem*, p. 551

transgénero, siendo que el primero corresponde a la persona que modifica de manera permanente su identidad, expresión de género, así como también su cuerpo a través del uso de hormonas y métodos quirúrgicos, aunque no forzosamente practicados en sus genitales; mientras que el segundo corresponde a quien modifica de manera permanente su identidad y expresión de género.

Este último término debe emplearse como uno genérico que abarca a su vez el de transexualidad, toda vez que a partir de la adopción permanente del sexo opuesto al registrado, la persona transgénero puede optar por emplear diversos métodos para adecuar su cuerpo al género sentido.

Estadio intersexual.

Como ya se dijo, cuando durante el desarrollo de una persona, su sentir psicológico tiende al sexo distinto del biológico, se le denomina transgeneridad; sin embargo, cuando la discordancia entre identidad de género, género asignado y rol social, proviene de una anomalía en la composición cromosómica o anatómico-genital, se identifica como estado intersexual.

Entonces, la distinción radica en que la persona en estado intersexual, presenta una condición cromosómica y anatómico-genital que lo lleva a que, ya sea desde el nacimiento o durante su desarrollo, adquiera características de ambos sexos, que le demanden decidirse por uno de ellos.¹⁷

Los estados intersexuales se presentan de las siguientes maneras:

- Una inicial ambigüedad anatómica que hace difícil la asignación al recién nacido de uno de los dos sexos, masculino-femenino; y
- El individuo no presenta al nacer ambigüedad y es por ello que se le asigna un determinado sexo, pero posteriormente evoluciona anatómico-genitalmente hacia el otro sexo.

Asimismo, los estados intersexuales están clasificados en dos:

- Hermafroditismo, que refiere a la persona con tejido testicular y ovárico y generalmente genitales ambiguos; y

¹⁷ *Ídem*

- Seudohermafroditismo, denominados “*seudos*” porque, a diferencia de los hermafroditas verdaderos, las personas en este estado poseen tejido gonadal sólo de un sexo; la característica principal es que cada sexo cromosómico (hombre-mujer), los genitales externos son ambiguos o bien, corresponden al sexo contrario¹⁸.

Este último se clasifica, a su vez, en masculino (persona que tiene tejido testicular y apariencia de mujer) y femenino (persona que tiene tejido ovárico y apariencia de varón).

Al respecto, cabe aclarar que dentro de la terminología de las ciencias de la salud, el término hermafrodita y sus derivaciones actualmente se encuentra en desuso, debido principalmente a que dada la multiplicidad de casos y variables, sus referencias resultan al final de cuentas ambiguas, a la par de que, por virtud del desconocimiento de la sociedad respecto de su contenido, era empleado como una etiqueta estigmatizadora en perjuicio de la persona.

La identidad sexo-genérica como derecho humano

Entonces, vinculado con los derechos al a los que nos hemos referido, se encuentra el derecho a la identidad sexo-genérica, el cual se conforma en la medida en que la proyección de los elementos personalísimos adquiridos por los individuos concebidos en sí mismos, se proyectan frente a la sociedad, lo que desde luego también comprende su perspectiva sexual, misma que no sólo se refiere a la orientación sexual o preferencia sexual, sino esencialmente a cómo se percibe el individuo conforme a su psique, emociones y sentimientos.

Así, la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento; sin embargo, esto conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y la forma de desenvolverse con los demás.

De hecho, con respecto a esta identidad de género y sexual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, reiteró que la misma se encuentra ligada al concepto de libertad y a

¹⁸ Thompson, M. W., Roderick R., M., & Huntington F., W. (1996). *Genética Médica* (4ta. ed.). (M. Contreras Razo, Trad.) Barcelona: Masson, p. 230

la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada¹⁹.

En ese tenor, resulta claro que el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad²⁰.

Incluso, igualmente se reconoció que la vida afectiva con el cónyuge o compañero permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad, en el que también influye la orientación sexual de la persona, la cual dependerá de cómo ésta se auto-identifique.

En ese tenor, es claro que la identidad sexo-género obedece no sólo al aspecto morfológico de la persona, sino también a sus sentimientos y convicciones profundas de pertenencia al sexo que legalmente le fue asignado al nacer.

Se precisa esto, pues como ya se vio, en algunos casos existe un desajuste en el sujeto respecto del sexo legalmente asignado y el sexo al que obedecen sus genotipos, lo que repercute necesariamente en su proyecto de vida y su propia conciencia.

Lo anterior resulta así porque naturalmente la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, de ahí que forme parte de su esfera más íntima, por lo que la autodeterminación sexual trasciende como parte esencial de la dignidad del ser humano y su pleno desarrollo, y por ende, se constituya como esencial su protección a nivel constitucional.

Entonces, el derecho a la identidad sexo-genérica, como expresión del más amplio derecho a la identidad personal, debe engrosar la lista de derechos de la personalidad, en estrecha conexión con otros derechos de la misma naturaleza, como son el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la tutela de la salud, el respeto a la intimidad y a la

¹⁹ *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 85 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012), p 141.

²⁰ *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev2, párr.16 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 12 de Noviembre de 2015).

protección de su integridad física y moral.

Además, como sabemos, la identidad personal tiene raíces en la práctica judicial y la doctrina, que han ido generando hasta la actualidad la necesidad de crear instituciones y figuras jurídicas a efecto de regular problemáticas concretas en el ejercicio de la libre manifestación de la personalidad, ello porque la identidad es la proyección social de una “verdad personal”, de una manera individual de ser humano, lo que desde luego es digno de tutela jurídica.

Así, el derecho a la identidad sexo-genérica, considerada como una de las formas que puede adoptar la identidad personal, tiene por sustento el concepto jurídico de persona, el cual es un centro de imputación de los derechos y obligaciones.

En el caso del derecho a la identidad sexual aplicada a la identidad sexo-genérica, no parece haber duda de que estamos ante un nuevo derecho de la personalidad, puesto que ésta resulta plenamente afectada por el orden jurídico, por ello, que el derecho a la identidad sexual o sexo-genérica, debe enmarcarse dentro de los llamados derechos de la personalidad.

El vacío en la norma del derecho a la identidad sexo-genérica

La problemática que nos ocupa, es decir, la protección al derecho fundamental a la identidad sexo-genérica, repercute indefectiblemente en el Derecho y, por ello se ha hecho necesaria la armonización en el ámbito jurídico de la identidad de género y la identidad sexual. Máxime si los avances tecnológicos, permiten desde hace ya tiempo la adaptación del cuerpo humano al sexo con el que mentalmente se identifica un individuo.

Esta disociación entre el sexo psicológico y el biológico, inicia desde la infancia y alcanza su punto culminante en la adolescencia, cuando comúnmente se intensifica el deseo de reasignar su sexualidad a través de tratamientos médicos (hormonales, quirúrgicos o ambos).

La problemática central del presente trabajo, es un claro ejemplo de cómo algunos derechos fundamentales quedaron excluidos del texto constitucional de nuestro país por décadas y por lo mismo fueron por mucho tiempo una tendencia pujante en conjunto con otras prerrogativas, con el fin de ser reconocidos por nuestra Ley Suprema.

Lo anterior era un inconveniente al momento de exigir su respeto y sus garantías,

como lo es el libre desarrollo de la personalidad, que a su vez implica la no discriminación por preferencia sexual, dado que la mayoría de los autores contemporáneos de la filosofía del derecho, e incluso la postura Constitucionalista previa a la reforma, consideraban derechos fundamentales únicamente a aquellos que están previstos en una norma positiva.

Hoy en día, el artículo 1° Constitucional establece el derecho a la no discriminación por preferencia sexual, lo que implica el respeto y protección absoluta al ejercicio de la sexualidad humana, sin realizar exclusiones ni restricciones fuera del marco de la ley y obviamente circunscrito a los derechos de terceros, especialmente de grupos vulnerables.

La postura de este trabajo, es que un derecho fundamental no requiere estar reconocido en una ley para ser considerado como tal, sino que la razón de considerarse fundamental es porque este tipo de prerrogativas son inherentes ser humano por el simple hecho de serlo.

Esto no fue el único inconveniente, además, por mucho tiempo en nuestro país, tanto las legislaciones secundarias como la propia Constitución, se vieron rebasadas en su capacidad de regulación y protección de las personas que, por razones fisiológicas, el sexo al que se acogían difería de su sexo legal. Por esos casos complejos, la sexualidad humana desde el punto de vista legal, requería de un nuevo enfoque en cuanto a los alcances constitucionales para su protección.

Sentencias más recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como sus predecesoras en el derecho comparado, fueron permitiendo poco a poco a los órganos de justicia y de control, interpretar las normas constitucionales con el fin de allegar a dichos grupo minoritarios el acceso a la protección y garantía de sus derechos de identidad personal, identidad sexual, identidad de género, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen, a la salud y sobre todo a la no discriminación por razón de preferencia sexual.

Hoy en día es aún más promisorio el futuro de este tipo de controversias, toda vez que nuestra Constitución ya reconoce expresamente el derecho humano de no discriminación por preferencia sexual y, además, el principio *pro persona* también ha sido incluido en nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, en los procesos jurídicos y administrativos que se dan en el país, suelen desconocerse ciertas prerrogativas por el simple hecho de no estar inscritas expresamente en

los textos fundamentales y ello deriva de una reacia tradición normativista que aún permea con rigor las prácticas judiciales de nuestro país.

De esta manera, la profunda incompreensión con la realidad social a la que se enfrentan las personas transgénero, trae como consecuencia la existencia y reiteración de violaciones a sus derechos fundamentales nucleares, por poner ejemplos, la falta de reconocimiento jurídico de su personalidad, de acceso a servicios de salud integrales y a condiciones de empleo dignas.

Identificado este panorama, la materia de este trabajo se centrará en destacar el vacío en la norma respecto del reconocimiento expreso del derecho a la identidad sexo-genérica, como un ejemplo claro de la problemática que representa el seguimiento estricto del paradigma normativista.

Así, este derecho podemos ubicarlo dentro del marco de los derechos de la personalidad, debido a que como núcleo constituyen el soporte jurídico donde se reafirma y refleja la dignidad de la persona y se tutelan sus derechos más fundamentales.

En el caso del derecho a la identidad sexo-genérica, no parece haber duda de que estamos ante un nuevo derecho de la personalidad, puesto que ésta resulta plenamente afectada por él tanto como la dignidad de la persona considerada como dignidad humana.

Al respecto, es esencial traer a glosa los argumentos de Javier López-Galiacho Perona:

El derecho a la identidad sexual, como expresión del más amplio derecho a la identidad personal, debe engrosar la lista de derechos de la personalidad, en estrecha conexión con otros derechos de la misma naturaleza, como son el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la tutela de la salud, el respeto a la intimidad, y a la protección de su integridad física y moral²¹.

Al respecto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional e internacional, se encuentra una amplia clasificación de los derechos de la personalidad; sin embargo para efectos de este trabajo, nos centraremos en aquellos más importantes que en su conjunto lo

²¹ López Galiacho Perona, J. (1998). *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid: McGraw-Hill, p. 11

incluyen, tales como el derecho a la libertad, a la intimidad, derecho a la salud, a la imagen y el derecho a la identidad sexual.

Lo anterior porque se debe partir de que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad le asiste desde luego a la persona transexual o transgénero, para efectos de reconocimiento de su personalidad con la debida calidad jurídica.

La naturaleza de este derecho es sumamente variada, ya que, por una parte, puede ser invocado a título de derecho fundamental en el orden del derecho público atendiendo a diversos órdenes de carácter constitucional de algunos Estados y, por otro, puede tener un aspecto de naturaleza privada, principalmente en el ámbito del derecho civil por cuanto ve, por ejemplo, al derecho a la intimidad.

CAPÍTULO TERCERO

El enfoque constructivista del derecho en la realidad social

La crisis del paradigma normativista

La postura de este trabajo se finca en que el derecho es una creación de la sociedad, es decir, hasta que el ser humano estuvo en aptitud de organizarse y crear sus propias estructuras, fue que el derecho pudo ver la luz.

Bajo esta premisa, es incuestionable que la ciencia jurídica no tiene como presupuesto la previsión en la norma positiva respecto de un hecho, pues sería un absurdo considerar que en la generación en la que nos encontramos, en cuanto al desarrollo y evolución del derecho, la norma positiva se constituyera como fuente única de resolución de conflictos.

Por el contrario, si bien es cierto que el derecho ha evolucionado, esto no quiere decirse que actualmente guarde un estadio definitivo, sino que día con día las relaciones humanas se transforman y ello da lugar a que las propias sociedades tengan que encontrar nuevas formas de regularse.

Así, el lapso en el que transcurre la transformación y el acogimiento de las nuevas reglas en los ordenamientos, es un proceso trascendental para la justificación del derecho como aspecto valiosísimo en la evolución de los grupos sociales.

Esta realidad nos afronta con una problemática evidente y que consiste en que la norma positiva no soluciona muchos de los problemas sociales, ni de ayer ni los actuales y, esto es así, ya que la solución de un problema práctico no depende de la aplicación de las leyes, sino de las concepciones teóricas de quienes están encargados de juzgarlos.

A partir de esta realidad, es menester que dejemos de analizar las violaciones a derechos humanos conforme a los postulados básicos del modelo positivista referido, porque de ser así, cualquier análisis con respecto a la determinación de su existencia, tendría que partir de que exista un enunciado normativo explícito de carácter prohibitivo, que tuviera como sujeto a una persona determinada.

Entonces, aunque la consolidación de la teoría positivista de carácter dominante ha demostrado ser útil para afrontar muchos problemas, naturalmente y por virtud de la evolución constante que tenemos como sociedad, tarde o temprano nos resultará insuficiente;

de hecho ya lo es, pues vivimos tiempos de creación y transformación social.

Este nuevo entendimiento de los alcances, utilidad y la razón de ser de la ciencia jurídica, debe llevarnos a redefinir a nuestras instituciones judiciales como constructoras de derechos, asumiendo tareas de interpretación de las normas explícitas del derecho positivo, de manera que sean suficientes para hacer funcionales tanto el derecho como la protección en sí de los derechos; asimismo, de romper con la idea de que la única forma de proteger es a partir de la existencia de normas de castigo.

También, a fortalecer el razonamiento deductivo para afrontar casos difíciles y, por último, reflexionar y reivindicar esa idea limitativa de que, para considerar existente una violación a los derechos humanos, ésta debe implicar una violación a la norma positiva.

Obviamente, para esta transformación se requiere un funcionamiento reactivo y proactivo dentro de un papel dinámico en la construcción de los derechos humanos y no limitado a la mera supervisión del cumplimiento de los enunciados explícitos establecidos en alguna ley.

Entonces, una buena estrategia para explorar la transición del modelo positivista explícito, consiste en revisar críticamente las razones por las cuales se le debe conservar o sustituir por otro.

Así, analizándolo desde una perspectiva de utilidad práctica, podemos fácilmente llegar a la conclusión de que dicho modelo normativista es insuficiente y, muestra de ello, es que constantemente repararemos en que esta forma de apreciar el derecho es inservible al momento del ejercicio de la abogacía.

Otro argumento es de naturaleza descriptiva, el cual consiste en mostrar que es falso que el mundo se comporte conforme a los postulados de la teoría positiva.

A la par estas refutaciones, encontramos otra de poderosa envergadura y estriba en que los operadores jurídicos orientan su conducta e interpretan la realidad social, a partir de los significados que les atribuyen a los textos jurídicos y no estrictamente a partir de sus enunciados.

Esto, porque el especialista genera en su mente representaciones mediante las reglas de procesamiento de información aprendidas a lo largo de su formación profesional, las cuales están enriquecidas tanto por conocimiento teórico, como por su experiencia práctica

y vivencias personales. Entonces, es esa representación y no el contenido de la norma jurídica la que genera una impresión en la mente del operador jurídico.

Ante ello, es claro que los enunciados de contenido jurídico, legislativo o jurisprudencial, se reducen a meros insumos destinados al procesamiento cognitivo por parte del jurista, dejando de lado la trascendencia en primera línea que en determinado momento de la evolución de nuestro sistema jurídico, se le dio a la norma jurídica positiva.

Además de lo anterior, tampoco podemos perder de vista que los enunciados positivos, de estar deficientemente contruidos, pueden llegar a ser ambiguos y vagos y generar el riesgo de que las proposiciones normativas se malinterpreten, adoptando enunciados y definiciones maliciosas y ajenas a la intención de la propia norma.

Retomando entonces las consideraciones realizadas hasta este punto, es posible afirmar que el modelo positivista explícito se torna inconsistente desde el punto de vista pragmático, ya que casi en todos los casos los operadores jurídicos requieren echar mano de elementos extra normativos para aplicar la norma positiva, como lo son las reglas de interpretación y que evidentemente forman parte de la construcción mental que cada juzgador tenga y no necesariamente de un trabajo legislativo.

Asimismo, es insostenible porque desde el punto de vista descriptivo, los operadores jurídicos tampoco pueden limitarse a aplicar enunciados normativos brutos, sino que lo que utilizan en el ejercicio de su profesión, son reflexiones normativas que resultan del procesamiento de esos enunciados, pero conforme a sus estructuras lógicas y, que con frecuencia, están alimentadas por otros elementos que provienen del discurso teórico y jurisprudencial e incluso las máximas de la experiencia²².

Ante la falibilidad de la teoría expuesta, debemos ir en busca de una nueva metodología con un sentido práctico, partiendo de una regla muy clara: ante dos teorías jurídicas igualmente consistentes y aceptables, con puntos de vista descriptivos y pragmáticos, debemos elegir aquella que en la práctica traiga las consecuencias sociales más favorables y un ejemplo de ello es el modelo teórico denominado constructivista o constructivismo jurídico.

²² Cáceres Nieto, E. (2005). *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p. 64

De ahí que estime que efectivamente, si queremos lograr una mayor protección de los derechos humanos, necesariamente debemos migrar de ese sistema, a un modelo constructivista jurídico, que permita a los operadores jurídicos arribar a un criterio de enjuiciamiento o crítica inherente a su función, entre lo justo y lo injusto, y no dejarlos únicamente con un criterio formal de lo legal o ilegal, mediante la aplicación “bruta” de los enunciados legales o jurisprudenciales.

Lo anterior, bajo una perspectiva teleológica, en donde no podemos soslayar que el fin último del derecho es llegar a la verdad e impartir justicia debidamente; lo que desde luego no se puede alcanzar bajo un modelo positivista que se reduce a la aplicación de las leyes, en automático, a un caso concreto.

En ese sentido, queda claro que para que los operadores jurídicos puedan orientar su conducta a desentrañar realmente la realidad social, es necesario y conveniente que partan de la construcción del significado que le puedan atribuir a la norma jurídica, a partir no solo de los enunciados de los textos de derecho positivo, sino del procesamiento cognitivo resultante de tomar en consideración también textos de carácter teórico, como la dogmática, la teoría general del derecho y los principios jurídicos; que de suyo les permita resolver casos difíciles, como por ejemplo, antinomias y colisión de derechos, entre otros.

Constructivismo jurídico y el procesamiento de la realidad

A diferencia del modelo positivista, el enfoque teórico del constructivismo jurídico no se basa exclusivamente en las normas jurídicas, sino que sus premisas lo son todas aquellas que se encuentran en los textos legislativos, jurisprudenciales y además en los esquemas mentales de los operadores jurídicos, pero que son igualmente comunicables lingüísticamente y producto del procesamiento de dichos enunciados mediante reglas de razonamiento jurídico.

Visto de esta forma, tenemos que la norma positiva se convierte simple y sencillamente en uno de muchos de los insumos que pueden ser procesados por los operadores del derecho, al momento de realizar una construcción normativa y que, junto a ella, encuentran el mismo valor que los textos de carácter teórico incluso los principios jurídicos.

Esto equivale a afirmar que existen más derechos, obligaciones y más modalidades

de violación de derechos, que las que pueden derivarse de la interpretación de los textos normativos.

Esta postura lleva de la mano la potestad de que los operadores jurídicos vayan más allá y deriven otras normas, otros derechos y otras obligaciones complementarias del sistema explícito y, a partir de ello, ampliar el ámbito de protección de los derechos humanos.

Ahora bien, el constructivismo jurídico no puede implicar adoptar una postura en la que cualquiera pudiera inventar las normas que mayormente le sean convenientes a sus intereses, sino que el proceso de construcción de una norma debe ser controlable en conjunto con el resto de los miembros de la comunidad jurídica, quienes, por definición; igualmente poseen y conocen las reglas de razonamiento jurídico que son propias de su profesión y que se conocen como racionalidad jurídica.

De esta forma el modelo constructivista se convierte en una propuesta aceptable, ya que genera explicaciones plausibles acerca de cómo acontecen las prácticas jurídicas, pues por ejemplo, explica por qué es válido que los operadores jurídicos generen normas y no se limiten a la aplicación bruta de los enunciados legales.

También desde un punto de vista teleológico el constructivismo resulta aceptable, ya que se orienta a la obtención y explicación de las consecuencias sociales deseables, ampliando considerablemente la cobertura de la protección de los derechos humanos, volviéndolos el centro de atención.

Pero sobre todo, desde una perspectiva pragmática, el constructivismo es aceptable y además idóneo y acorde con nuestra realidad social, pues gracias a éste, los textos legales y jurisprudenciales se tornan funcionales abriendo las puertas a elementos extra normativos que necesariamente son requeridos para el procesamiento de los enunciados de la norma positiva tales como la dogmática, la teoría general del derecho o sus principios y mediante las reglas del razonamiento jurídico.

Consecuentemente, el constructivismo jurídico amplía la esfera de protección de los derechos humanos, permitiendo solucionar problemas vinculados con la aplicación de dichos derechos y que no encontrarían solución desde el modelo positivista explícito.

Entonces, el postulado central del constructivismo jurídico, consiste en afirmar que los enunciados o definiciones normativas, no se circunscriben a declaraciones retóricas o declarativas, de forma tal, que la simple mención de un derecho en una norma positiva

satisfaga las condiciones necesarias y suficientes para que ese derecho exista; siendo innecesario condicionarlo a que sus reglas de operatividad se encuentren explícitamente en el ordenamiento.

Ahora bien, en el caso de los derechos humanos, se recomienda construir definiciones teóricas a partir de cada uno de ellos, determinando uno o varios bienes jurídicos protegidos que, a su vez, puedan servir de base para inferir reglas que resulten obligatorias para que dichos bienes no sean vulnerados.

Conforme a este esquema, el principio de legalidad desde el modelo constructivista, resulta más amplio, debido a que en él, la palabra derecho no significa el conjunto de enunciados explícitos, sino todas aquellas proposiciones que pueden derivarse de las reglas de razonamiento jurídico; esto significa la existencia de más derechos, más obligaciones y más formas de violación de aquellos, que los que el modelo positivista explícito considera en cada uno de sus textos legislativos.

Como puede observarse el modelo de constructivismo jurídico resulta superior al positivista explícito, porque a partir de él se incrementan las posibilidades de ejercer una función, tanto correctiva como restitutoria, dentro de los límites aún más extensos de las normas derivadas de los procesos legislativos; ya que, como se ha visto, los enunciados brutos son de suyo insuficientes para resolver los problemas prácticos y eso hace necesario recurrir a elementos extra normativos para lograrlo.

De esta forma, las restricciones que habían venido imponiéndose por el paradigma positivista al que por tanto tiempo estuvimos acostumbrados, impedían que pudiéramos percibir, identificar, explicar y comprender los procesos mediante los cuales el derecho termina incidiendo en la realidad social y viceversa, pues una ciencia que se ocupa estrictamente de los enunciados lingüísticos que pertenecen al mundo del deber ser, no es apta para explicar fenómenos sociales pertenecientes al mundo del ser²³.

Por lo que ahora, conforme a este enfoque constructivista se aterriza a la norma al plano de los procesos cognoscitivos que se llevan a cabo a nivel individual, transformándolas de simples ideales autónomos y abstractos a insumos relevantes para la resolución de

²³ Cáceres Nieto, E. (2000). *Psicología y Constructivismo Jurídico: Apuntes para una transición paradigmática e interdisciplinaria*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 18

problemas jurídicos más complejos.

Así, por ejemplo, estos enunciados de derecho positivo, de la mano de la dogmática jurídica, constituyen materia prima para la reconstrucción normativa empleada para la fundamentación de una decisión judicial, la cual se emite con base en las representaciones propias de los hechos y variables puestos a discusión, en un proceso diacrónico que resulte acorde con la realidad contingente.

De lo anterior, se concluye que la norma jurídica, entendida como proposición lingüística, debe ser tomada simplemente como un inicio, una condición necesaria, pero insuficiente para que las normas jurídicas en sí, logren un impacto en los procesos de construcción social de la realidad, porque es claro que en ese transitar entre la norma y la acción pueden concurrir determinados fenómenos psicosociales, como la exigencia del reconocimiento de derechos de la comunidad transgénero.

Y es que buena parte de la ineficacia del derecho para empatarse con la realidad social, proviene de las limitaciones propias del paradigma normativista, el cual impide percibir las variables que entran en juego en el proceso de la construcción de la realidad social; lo anterior, a la par de que es falso sostener que los jueces, al aplicar el derecho, tomen en consideración únicamente las normas reconocidas en el sistema jurídico, sino que sus sentencias se fundamentan en buena parte en el conjunto de percepciones y actitudes morales, legales y sociopolíticas que permean sus procesos cognoscitivos.

El principio pro persona como propuesta de método

El segundo párrafo del artículo primero constitucional exige que el sentido de los derechos humanos se interprete de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales, de forma tal que se favorezca de la manera más amplia a las personas; esto se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir de dos métodos interpretativos, a saber, el sistémico y el *pro persona*.

Esta técnica interpretativa comulga con las directrices internacionales en materia de derechos humanos, pues el citado principio, en la normativa internacional, está contenido el inciso b) del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; — b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; — c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y — d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El denominado principio *pro persona* puede ser entendido de dos maneras; en el primero, consiste en privilegiar la norma más favorable al ser humano, con independencia de su jerarquía o de si está contenida en una norma interna o internacional. En el segundo caso, el principio consiste en interpretar las restricciones de la norma de la manera más estricta.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

Si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce²⁴.

En efecto, el principio *pro persona* permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por el otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por aquella que protege en términos más amplios.

Esto implica que se requiere acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de

²⁴ La Colegiación Obligatoria de Periodistas [Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-5/85 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de noviembre de 1985), p. 52

la manera más extensiva y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que se pueden establecer a su ejercicio.

En esta tesitura, la aplicación del principio *pro persona* es un componente esencial que debe utilizarse de manera imperiosa en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr la adecuada protección de éstas y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia. Por tanto, representa el estándar mínimo a partir del cual deberán entenderse las obligaciones estatales en este rubro.

Ahora bien, el artículo 1° de la Constitución Federal, establece un listado de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.(Artículo 1)

Lo mismo acontece con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, en su artículo 1.1 establece un listado similar:

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Artículo 1)

Acerca de este último texto, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que dichos criterios no constituyen un listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo. De este modo, debe considerarse que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pero que tengan una

entidad asimilable²⁵.

En tal virtud, al momento de interpretar dicho término, ya sea eligiendo el derecho interno en la forma en la que está redactada la Constitución Federal, o bien el texto de la citada convención, lo correspondiente es escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio *pro persona*, y que a sugerencia de este trabajo, es la relativa a la construcción de un derecho *ad hoc* a partir de insumos jurídicos.

Es por ello que la redacción de tales artículos de estas normas fundamentales, dejan abierta la posibilidad de incluir criterios prohibitivos que no hubiesen sido expresamente indicados; de ahí que, las expresiones “o cualquier otra que atente contra la dignidad humana” y “cualquier otra condición social”, constituyen herramientas poderosísimas para hacer efectivos los derechos, pues pueden ser interpretadas por las autoridades de los Estados con la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho, con respecto a los cambios inacabables que atraviesan todos los grupos sociales.

²⁵ *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 85 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012), p 30.

CAPÍTULO CUARTO

Los insumos jurídicos para la construcción del derecho a la identidad sexo-genérica

Derechos humanos en el orden jurídico interno

Dignidad humana y no discriminación.

El ser humano siempre gozará del derecho a ser reconocido como tal y la dignidad humana se refiere precisamente a esa esencia.

Con la finalidad de profundizar en la comprensión del concepto de la dignidad humana, Kant refiere que las cosas tienen un valor puramente relativo, dado que pueden ser usadas como medios para la consecución de un sinnúmero de fines y por eso se llaman cosas; en cambio, las personas se distinguen en la naturaleza porque son un fin en sí y no como un instrumento para la consecución de otro. Por ello, el ser humano como ser, es decir, persona y no cosa, no tiene precio, sino dignidad.

Para Häberle, la idea de dignidad tiene una importante implicación. Para el autor, la democracia es: “la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre”²⁶, por lo que la dignidad es la premisa cultural antropológica del Estado Constitucional²⁷.

La dignidad acoge particulares acepciones desde el punto de vista neoliberal, como lo hace ver Ferrajoli, quien sostiene que los derechos de libertad, específicamente de la libertad personal, singularmente hoy más que nunca, se encuentran amenazados. Asimismo, el tratadista distingue dos clases de libertades: la libertad *de* y la libertad *para*.

La primera de ellas refiere a la libertad personal, las distintas formas del *habeas corpus*, el derecho a la privacidad, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas; en general, todos los derechos de libertad consistentes únicamente en la inmunidad de interferencias o de violaciones de terceros.

Entre las segundas se encuentran todos los derechos de libertad consistentes, además de inmunidad de interferencias o impedimentos, también en facultades *agendi*, como la libertad de reunión, asociación, manifestación de pensamiento, de prensa, etcétera.²⁸

²⁶ Häberle, P. (enero-junio de 2000). El Estado Constitucional Europeo. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, p. 93.

²⁷ *Ibidem*, p. 59

²⁸ *Ídem*

En lo particular, interesa la primera distinción que contempla la figura del *habeas corpus*, cuyo rasgo característico es el nexo con el cuerpo del individuo.²⁹

De dicha concepción se advierte que la dignidad existiría con un sólo ser humano, pues éste en su solitaria y precaria existencia, no podría juzgar sus condiciones naturales, fisiológica y neurológicamente adquiridas —no sociales—; por ello, la dignidad humana y su libertad, no podrían estar sujetas al escrutinio de los grupos sociales, sino al acontecer espontáneo de la naturaleza misma del ser humano.

Así, de este derecho fundamental se desprenden diversos derechos sustantivos que son necesarios para el desarrollo integral de la personalidad del hombre como ser humano y como ser social. De estos, el derecho a la intimidad, que justifica algunos aspectos el derecho a la información, a las preferencias sexuales y a las decisiones sobre la disposición de la vida, como la eutanasia, representa un ejemplo de las cuestiones que están directamente relacionadas con la protección jurídica de la dignidad.

En contraste con lo anterior, la dimensión negativa del respeto a la dignidad humana es la discriminación, la cual se concreta cuando se realizan distinciones o exclusiones que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El derecho fundamental de igualdad y su complemento, el derecho a la no discriminación, son consecuencia directa de que la naturaleza del género humano conlleva indefectiblemente su dignidad por el simple hecho de serlo. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de esa idea de unidad entre dignidad y persona, es perfectamente válido concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí, de la dignidad humana.

La dignidad humana en el orden jurídico.

Para nuestro sistema jurídico, la dignidad es universal e inherente al ser humano por el simple hecho de serlo y, por ello, es un derecho fundamental, es además, el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos³⁰.

²⁹ *Ibidem*, p. 113

³⁰ Tesis I.5o.C. J/30. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro I, correspondiente al mes de octubre de 2011, p. 1529.

Como derecho fundamental, se encuentra reconocido por el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como calidad única y excepcional a todo ser humano, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna³¹ y hoy más que nunca en virtud del esquema de respeto, protección e incluso reparación de derechos que adoptó nuestra Carta Magna.

Esta postura de corte utilitarista reconoce que la dignidad humana es el fundamento de los derechos sustantivos reconocidos en nuestra Constitución Federal. De ella deviene, verbigracia, la necesidad de justicia, el derecho a la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica.

Partiendo de que estos derechos fundamentales se encuentran unidos por un valor fundamental, la dignidad humana, es necesario que diversos derechos no enunciados expresamente por la Constitución Federal, como a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al libre desarrollo de la personalidad, o bien, la identidad sexo-genérica, no estén sujetos a la existencia o reconocimiento de una ley, pues deben respetarse irrestrictamente en virtud que sin ellos no podría hablarse de un ser humano en toda su dignidad.

Es por ello que, a través de la evolución jurídico-social de nuestro sistema constitucional mexicano, los valores fundamentales que sustentan nuestra norma suprema, no constituyen axiomas cerrados y estáticos, sino que se trasladan, contraponen y transforman a nuevas aristas determinadas en el día a día de nuestra evolución como sociedad.

Por lo anterior, es necesario asumir que el individuo, en razón del principio de su dignidad, tiene un derecho no sólo a su protección física, sino a la protección de aquellos actos, hechos o situaciones que le produzcan un perjuicio moral, o que afecten sus convicciones religiosas, o creencias íntimas.

Esta seguridad implica el continuo respeto al hombre por parte de los demás, así como del Estado, con la finalidad de garantizar el desenvolvimiento en forma libre, pacífica y tranquila de su existir.

³¹ Tesis I.5o.C. J/31. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro I, correspondiente al mes de octubre de 2011, p. 1530.

Nuestra Constitución Federal establece que todo individuo gozará de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Como se aprecia, del principio de la dignidad humana, presente en nuestra Constitución y pilar fundamental de los derechos humanos, se desprende el principio de igualdad, el cual a su vez se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico y, por ende, debe servir de criterio base para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación.

En lo conducente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, protege igualmente al derecho humano a la dignidad como uno de los valores más fundamentales de la persona entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad.

De hecho, para la jurisprudencia interamericana contenida en el Caso Gelman Vs. Uruguay³², este valor es consustancial a los atributos de la persona, y es, en consecuencia, un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, debe entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana.

La no discriminación en el orden jurídico.

Entonces, los principios de igualdad y no discriminación son principios que se han recogido en la mayoría de las declaraciones, pactos, convenios y otras disposiciones de carácter internacional y nacional en defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de la persona.

Sin embargo, el concepto de no discriminación es un concepto abstracto cuyos

³² *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.*, Serie C No. 221, párr. 123 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).

perfiles no se han establecido nítidamente en dichos textos, aunque sí se han ido señalando diversas causas que determinan una diferenciación injusta.

A modo de ejemplo se puede citar, en el ámbito internacional y por su trascendencia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la cual proclama: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. (Artículo 1º)

Asimismo, en su contenido se proclama el principio de no discriminación, al disponer respectivamente: *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*. (Artículo 2.1)

Así como lo siguiente:

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”(Artículo 7)

En el ámbito interno, el derecho a la no discriminación está consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y profundizado en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, como norma reglamentaria, las cuales proscriben cualquier distinción, exclusión o restricción motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Sin pasar por alto que tanto autoridades como particulares, nos encontramos obligados a acatar el mandato de respeto absoluto y salvaguarda de la dignidad de las personas, evitando a toda costa someterlas a un trato desigual sin razón legalmente justificada.

Ahora bien, toda vez que los marcos jurídicos tanto nacional como internacional, hacen referencia a la par de los conceptos de igualdad ante la ley y no discriminación, conviene precisar que si bien estos conceptos están estrechamente vinculados, lo cierto es

que no son idénticos, aunque sí complementarios.

La idea de que la ley no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas con base en las categorías previstas —discriminación—, es una consecuencia de la idea reconocida de que todas las personas son iguales; es decir, como las personas son libres, deben ser iguales ante la ley y ésta no debe permitir discriminación alguna.

Por ello, el término “discriminación” debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas³³.

Por su parte, con respecto al principio fundamental de igualdad y no discriminación, la jurisprudencia interamericana conforme al Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, ha resuelto que ambos han ingresado en el dominio del *ius cogens*, de modo tal que, sobre de ellos descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico³⁴.

Si bien es cierto, ni la Constitución Federal, la citada convención e incluso el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contienen una definición concreta respecto del concepto de “discriminación”, éste debe entender a éste como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”³⁵.

Lo anterior conduce a reflexionar en que, el incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato

³³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1989). *Observación General #18*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: UN.

³⁴ *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 79 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).

³⁵ *Op. Cit.* párr. 81

diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas (por estar injustificado o bien, porque resulte desproporcionado), le genera a éste una responsabilidad, debido a que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación³⁶.

De este modo, tal responsabilidad acarrea al Estado la obligación de adoptar medidas positivas por medio de las cuales contrarreste, revierte o cambie las situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, sea cual sea el grupo de personas que estén siendo afectadas.

Ahora bien, la existencia de actos discriminatorios tiene una doble esencia. Por una parte, es dable considerar que ciertos criterios diferenciadores no son necesariamente discriminatorios, aunque ello dependerá de su objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y legitimidad; sin embargo, la parte rígida de dicha prohibición radica en que de advertirse que los tratos discriminatorios aluden a rasgos permanentes de las personas respecto de los cuáles éstas no pueden prescindir sin perder su identidad, será innegable el indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.

No discriminación por razón de identidad sexo-genérica.

Como innovación a nuestro orden jurídico, a partir de la reforma de inclusión de los tratados y convenciones internacionales, se prohíbe cualquier tipo de discriminación en razón de la preferencia sexual.

Esto porque no obstante la variedad de causas que dan lugar a esa discriminación, en las disposiciones de los organismos internacionales y en las legislaciones nacionales, no aparecía alguna referencia a la discriminación por razón de orientación sexual ni de identidad de género.

Es cierto, no pasa desapercibido que “el sexo” y sus elementos personalísimos son ahora reconocidos como características que innegablemente distinguen a una persona, y a su individualidad, y que es tomado junto con otros aspectos del ser humano (raza, origen, religión, etcétera) como un límite negativo hacia las autoridades para que se abstengan de incurrir en actos transgresores.

³⁶ *Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 93 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Febrero de 2016).

En esa virtud, aunque el concepto de discriminación tiene naturaleza evolutiva, siempre se han exigido dos requisitos para que un motivo de diferenciación sea causa de discriminación: en primer lugar, la existencia de una condición inherente o innata al individuo que sea la causante de un trato desigualitario y, en segundo lugar, que dicho trato perjudique a un colectivo de la sociedad al negárseles derechos que se les atribuye a otros sujetos, situándose dicho colectivo en una situación de inferioridad.

En este sentido, el colectivo de personas *trans* había venido considerado que en algunos ámbitos, eran objeto de actitudes discriminatorias al excluirlos de determinados derechos establecidos en los respectivos ordenamientos.

De manera que, en la actualidad, debido fundamentalmente a dichos reclamos, se logró incorporar de manera expresa la no discriminación por razón de la preferencia sexual en algunas de las disposiciones tanto de carácter internacional como en el caso del Estado Mexicano.

Sin embargo, este no constituye un éxito consumado, pues en ninguna de estas disposiciones se incluye de modo explícito el derecho a la identidad de género (que permea la transexualidad y transgeneridad) y aunque dicho concepto pareciera inherente al de discriminación por razón de preferencia sexual, lo cierto es que no es del todo correcto.

Así, no obstante que la discriminación por identidad de género ha sido considerada como una forma de discriminación por motivos de sexo; incluso, así se señaló explícitamente en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de las Comunidades Europeas, de 05 de julio de 2006, que modificó la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (2006)³⁷.

Sin embargo, también se dijo expresamente que no cabe subsumir totalmente la discriminación por razón de identidad de género, en discriminación por razón de sexo, en cuanto una y otra afectan a sujetos distintos y presentan problemáticas diferentes.

Esto es así, porque la discriminación por razón de sexo hace referencia

³⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2006). *Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea.

habitualmente a la discriminación existente entre hombre y mujer, debido a la desigualdad de trato que se produce en las situaciones de uno y otra; mientras que la discriminación por razón de identidad de género, se refiere a la propia determinación del género de la persona, lo que motiva situaciones de desigualdad tanto respecto a los demás hombres como a las demás mujeres.

Aunque es loable la anterior aportación, debe apuntarse también que la discriminación de éstos colectivos no sólo se produce en el ámbito laboral, sino también se manifiesta en el ámbito civil y penal.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La esencia del libre desarrollo de la personalidad, como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás³⁸.

El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo, fijadas autónomamente por él de acuerdo con su temperamento y su carácter, valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera, con la limitación de los derechos de terceros y del orden público.

El libre desarrollo de la personalidad se armoniza con las libertades de pensamiento y de expresión, por cuanto es la decisión de cada individuo de expresar una determinación de su modo de ser en la convivencia humana; mientras tal determinación sea libre, culmen de un proceso voluntario en una decisión y no atente contra el derecho ajeno, tiene que ser respetado y protegido por el orden jurídico establecido.

Por tanto, dicha libertad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.

³⁸ Derecho al libre desarrollo de la personalidad, Sentencia T-594-93 (T-22442) (Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia 15 de diciembre de 1993).

En nuestro país fue hasta estos últimos años, que existió pronunciamiento por parte de los tribunales constitucionales respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad como parte de la dignidad de las personas, haciéndolo bajo la premisa de que el individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida y la manera en que logrará los objetivos que para él resultan relevantes³⁹.

Por ende, el libre desarrollo de la personalidad es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como individuo autónomo.

El derecho a la identidad personal.

Otro derecho personalísimo que interesa es el que tiene cada individuo a su identidad personal, es decir, el conjunto y resultado de todas aquellas características que permiten individualizar a una persona en la sociedad —caracteres físicos e internos y sus acciones—. Así, la identidad personal es todo aquello que hace ser “uno mismo” y no “otro” y se proyecta hacia el exterior, permitiendo a los demás conocer a esa persona e identificarla.

Tocante al problema que nos ocupa, el derecho a la identidad personal se define como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros, es decir, a proyectarse en la sociedad, mismo que se encuentra relacionado estrechamente con el libre desarrollo de la personalidad.

Es así que el derecho a la identidad personal engloba muchos otros, en virtud que supone un conjunto de atributos y calidades de carácter biológico y de la personalidad que permiten individualizar a un sujeto en sociedad. Este derecho de determinarse individualmente se encuentra íntimamente ligado con la dignidad y, por ello, implica un derecho de libertad.

En ese tenor, el derecho a la identidad personal es el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, además por ser, como ya se dijo, un derecho de libertad, presupone una obligación de respeto por parte de autoridades y gobernados a la proyección individual del ser humano.

Derechos a la individualidad, intimidad y vida privada.

Como se ha señalado, la dignidad humana engloba —además de otros derechos—

³⁹ Silva Meza, J., & Valls Hernández, S. A. (2011). *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo* (1a. ed.). Ciudad de México: Porrúa, p.29

los derechos fundamentales a la individualidad, intimidad y a la vida privada.

La individualidad es la trascendencia distintiva del individuo frente a los demás; jurídicamente, se expresa como la facultad del individuo de proclamar su singularidad, de hecho, su existencia está sujeta a la necesidad que tiene el individuo de ser reconocido como ente distinto y distinguible y, por lo tanto, de que exista respeto a su individualidad, tanto del Estado como de la sociedad civil, es decir, a ser tratado de acuerdo con sus notas distintivas de carácter, sin más límites que los derechos de los demás, el orden público y el bien común.

Así, la individualidad supone la exteriorización de la singularidad distinta del individuo y, desde el punto de vista jurídico, incluye el derecho al reconocimiento de su particularidad y la exigencia de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás.

Por ello, es indudable que el derecho a la expresión de la individualidad es un bien inherente al ser humano y se proyecta como parte integral del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la determinación que de aquélla haga cada individuo, ante la sociedad y ante el Estado, requiere de su conformidad con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones.

De esta forma, la autonomía de la persona parte siempre del reconocimiento de su individualidad, de manera que quien es dueño de sí, lo es en virtud de la dirección propia que libremente fija para su existencia. Es, en definitiva, la dimensión de la única existencia, importante en cada vivencia y, dada su calidad esencial, debe ser reconocida como derecho inalienable por el Estado⁴⁰.

De hecho, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual; de ahí que, el derecho a la individualidad, a la identidad y, por tanto, el derecho a la identidad sexual y de género, tiene entre sus implicaciones y alcances más relevantes, el de constituirse como un derecho con carácter autónomo que alimenta su contenido tanto de las normas del derecho interno como del *ius cogens* internacional, concurriendo así a la formación de un ente único, singular e identificable.

⁴⁰ Derecho al libre desarrollo de la personalidad, Sentencia T-594-93 (T-22442) (Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia 15 de diciembre de 1993).

Por su parte, el derecho a la intimidad refiere a la decisión individual de no ser conocidos por otras personas en ciertos aspectos de nuestra vida y que, por tanto, cada sujeto puede decidir revelar. Este derecho conlleva el resguardo de ciertos aspectos personalísimos de nuestro entorno individual hacia los demás, ya sean personas físicas, morales o cualquier ente gubernamental, por lo que resulta esencial garantizar el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a la persona o familia, pensamientos o sentimientos.

Así, este ámbito de la vida privada de las personas se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública; de hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al pronunciarse en el Caso *I.V. Vs. Bolivia*, ha establecido en su jurisprudencia, que el derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales⁴¹.

En ese tenor, el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.

De este modo, la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona, comprendiendo desde luego la forma en que la persona se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, lo que constituye un presupuesto indispensable para desarrollarse libremente como persona.

Asimismo, en el aspecto sexual de una persona o de su identidad sexual y de género, innegablemente se tratan de aspectos inherentes al ser humano y a su vida privada; por ende, forman parte de ese ámbito propio y reservado de lo que es íntimo, esa parte de la vida que en la generalidad se desea mantener fuera del alcance de terceros o del conocimiento público.

Sin embargo, el derecho a la intimidad, como todo derecho fundamental, tiene sus

⁴¹ *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 152 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Noviembre de 2016).

límites en los derechos de terceros, así como en el orden público y en el interés social, los cuales a su vez encuentran un equilibrio cuando ambas líneas están en conflicto, ya que por una parte resulta innegable que para lesionar la intimidad, debe haber un riesgo razonable para proteger aquellos y permitir por lo tanto la invasión de la esfera privada de una persona, pues no es sostenible el sacrificio del derecho a la intimidad y a la vida privada, por el simple hecho de salvaguardar derechos de terceros o el orden público, aunado a que no puede exigirse al individuo que soporte, sin más, la publicidad de ciertos datos de su vida privada.

La anterior circunstancia de preferencia se acrecienta cuando en particular el derecho a la intimidad se encuentra vinculado con otros como la no discriminación y la libre elección de un proyecto de vida, pues existen ciertos grupos sociales minoritarios que por su condición sufren discriminación o marginación, lo que hace exigible fijar una postura un tanto más proteccionista desde la óptica de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

Así, el ataque a la vida privada de una persona, es un acto que puede ocasionar daños irreparables para la vida y el desarrollo de la personalidad, ya que queda a su voluntad la posibilidad de resolver qué aspectos de su vida admite exponer al conocimiento de otros, para salvaguardar su dignidad humana, sin que ello implique que se está “ocultando” información.

Tal es el caso de nuestro país, en el que el derecho al libre desarrollo de la personalidad está reconocido en el último párrafo, del artículo 1º, de la Constitución Federal:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El derecho a la intimidad a que nos referimos, se refiere a la decisión individual de no ser conocidos por otras personas en ciertos aspectos de nuestra vida y que, por tanto, cada sujeto puede decidir revelar; pero en la parte en que confluye con el diverso a la identidad sexo-genérica, se considera necesario traer a colación lo relativo a las gestiones en el sentido de permitir la rectificación del sexo y nombre de un acta de nacimiento, así como impedir en los registros públicos la publicación de dicha rectificación; lo cual desde luego obedece a la necesidad de proteger la intimidad de aquellas personas que hubieran rectificado el sexo.

Este nuevo panorama legislativo ha traído consigo una división doctrinaria en cuanto a la posibilidad de la admisión del cambio de sexo, e incluso a su posterior matrimonio, ello en virtud que para un sector, no cabe un derecho del transexual a contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo biológico, pero diferente al que el transexual ostenta legalmente en el registro civil, fundamentando su postura en la inmutabilidad del sexo cromosómico, pues la ciencia lo único que puede cambiar es el aspecto fenotípico; por lo que el derecho a la identidad sexual, como manifestación de la libertad civil, debe quedar constreñido al ámbito del derecho privado de la persona, es decir, tutelado por el derecho a la intimidad.

Dentro de esta posición, a su vez, se distingue otra postura también de corte conservador en el sentido de proteger el derecho a la intimidad de la persona, y, por tanto, conceder la rectificación registral, pero con limitación de derechos y con exclusión del derecho al matrimonio y a la adopción.

En otra arista, también se ha sostenido que ni siquiera cabe considerar esta rectificación, pues la realidad y biología deben coincidir en virtud del principio de seguridad jurídica.

Frente a esto, hay posturas que sostienen que existe un derecho a la identidad sexual con base en los principios de respeto a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad, ambas en lo atinente a la adecuación a la realidad social del estatus jurídico de los gobernados y, de manera paralela, al respecto irrestricto al derecho a la intimidad de las personas; de conformidad con el contenido del artículo 1º de la Constitución Federal, así como en los derechos y libertades fundamentales que también recoge nuestra más alta norma jurídica.

Derecho a la salud.

El derecho a la vida implica no sólo un derecho a la simple supervivencia o conservación física de la persona, sino también el derecho a una vida digna en condiciones de sanidad física, psíquica y moral adecuada a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad.

Por ello, el derecho de toda persona a la salud, que reconoce la Constitución Federal en su artículo 4º y además que está contenido en diversos instrumentos internacionales, no sólo se constriñe a no padecer, o bien a prevenir y tratar una enfermedad en el aspecto

fisiológico, también obedece a aspectos internos y externos, como el buen estado mental y emocional del individuo.

Es obvio que los poderes públicos no pueden garantizar la vida y la salud de una persona, pero, en virtud de este precepto, están obligados a suministrar los medios necesarios para protegerlos.

Conforme a lo anterior, el derecho a la salud implica la obtención de un determinado bienestar general, el cual se integra por el estado físico, mental, emocional y social del sujeto. Por ello podemos decir que el derecho a la salud implica más bien un derecho a la integridad física-psicológica.

Ahora bien, el derecho a la identidad sexo-genérica acude al derecho a la salud para sostener la obligación del Estado de solventar, por conducto de la seguridad social, el tratamiento de reasignación integral sexo-genérica en personas transexuales y transgénero; siendo éste un argumento que se ha hecho valer en innumerables ocasiones ante tribunales de diversos Estados.

Sin embargo, es importante mencionar que existen dos posturas con relación a la construcción jurídica de este derecho, tasadas por el concepto de transexualidad y transgeneridad que las ciencias de la salud aportan al conocimiento científico.

La primera postura podría definirse como una postura patologizante, la cual considera que la transexualidad es un padecimiento que merece tratamiento, previo diagnóstico del paciente.

Técnicamente para la Organización Mundial de la Salud, esta corriente la considera como un trastorno de identidad de género⁴², traducido en una condición patológica o clínica en la que la persona presenta una discordancia entre su sexo anatómico y su identidad de género (o sexual), teniendo un carácter psíquico y social, susceptible de ser tratada mediante los procedimientos correspondientes y necesarios, dentro del marco de un equipo multidisciplinario integrados por psiquiatras o psicólogos clínicos, endocrinólogos, ginecólogos y cirujanos plásticos (clasificación CIE-10, categoría F64.0).

⁴² Organización Mundial de la Salud. (1992). *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud*. Organización Panamericana de la Salud. Ginebra: OMS.

La segunda postura, que es en la que se finca este trabajo, puede definirse como más apegada al humanismo, pues se considera a la transexualidad y a la transgeneridad como una condición humana y no una patología, puesto que, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), el concepto de salud no necesariamente implica la ausencia de enfermedad, sino que se extiende al bienestar físico, mental y social, de modo que incluye a la persona transgénero y transexual y justifica la necesidad de apoyo por parte de profesionistas especializados que le acompañan en la construcción de su identidad sexo-genérica, en ejercicio de su derecho a la salud, apegados a protocolos internacionales.

Con independencia de lo anterior, es importante señalar que ambas reivindican el derecho a la salud de las personas transgéneras y transexuales en el marco del derecho a la identidad sexo-genérica, a efecto de obtener por parte del Estado el reconocimiento jurídico de su identidad y el acceso a los servicios de salud por conducto de la seguridad social.

La dignidad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, identidad personal, intimidad, vida privada, propia imagen y a la salud, de las personas transgénero.

Es a partir de este elenco de los derechos que han sido analizados, que puede arribarse manifiestamente a la conclusión de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, necesariamente incluye al derecho a la identidad sexo-genérica, pues es a partir de tales prerrogativas que los individuos pueden ser quienes realmente sienten en su interior que son frente a su núcleo y a la sociedad entera.

Entonces, la decisión de reasignar el sexo propio, la cual no necesariamente implica una adecuación quirúrgica del estado psicosocial al físico, constituye una decisión que importa al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, debido que es a través de ella que el individuo logrará su identificación plena ante la sociedad en un ejercicio pleno de la expresión de su individualidad con respecto a su percepción sexual, en el marco de su proyecto de vida y de sus relaciones sociales.

De ahí que, es inconcuso, que cualquier decisión jurídica o administrativa que impidiese el despliegue de ese derecho, propiciando la perpetuación del desarrollo de una persona conforme a un sexo que no siente como propio, constituirá claramente una violación a la prerrogativa fundamental de identificarse y desenvolverse acorde con su preferencia sexo-género.

Pues es claro que sólo tutelando esa identidad válidamente asumida, es que la persona podrá desarrollarse en integralmente en los diferentes ámbitos privados y sociales.

De igual forma, cabe destacar que aunque primordialmente el derecho a la salud se dirige a proteger cuestiones relacionadas con el bienestar físico de la persona, no debe olvidarse que la salud sexual y psicológica también forman parte del núcleo esencial de este derecho y que tales aspectos se encuentran en íntima conexión con el ejercicio integral de los derechos de las personas transgénero, quienes indudablemente son portadoras del derecho a un bienestar general que atraviesa, además de los procesos químicos o quirúrgicos de reasignación sexual, todas aquellas medidas que el Estado deba proveerle para asegurar la adecuación de su sexo legal con el sexo con el que se identifica, pues sólo así logrará un equilibrio armónico entre su cuerpo y su *psique*.

Derecho comparado

Este método de estudio del derecho, el cual se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados (dentro de una perspectiva funcionalista), permite observar que en diversas legislaciones alrededor del mundo, la construcción del derecho humano a la identidad sexo-genérica se ha venido planteando desde diversas aristas y con implicaciones distintas.

De esta forma, desde 1972 la legislación en Suecia aceptó el cambio jurídico de sexo; por su parte, lo mismo aconteció en Alemania alrededor de 1980. Más adelante, en el año 1982 en Italia, se estableció un procedimiento jurisdiccional "Rectificación de la atribución del sexo" y en Holanda el Código civil permitió a cualquier persona solicitarla modificación del nombre y género en el acta de nacimiento.

Entrado el siglo XX, en Reino Unido se promulgó la Ley de Reconocimiento de Género, para que unos años después, concretamente en 2007, en España se posibilitara la rectificación registral del nombre propio y el sexo.

Acerca de este último caso, la ley 3/2007 del 15 de marzo de 2007, estableció una regulación de los aspectos relacionados con la transexualidad, de forma tal que, en su artículo 4º, se autorizó la rectificación del acta de nacimiento, por cuanto hace a la mención registral del sexo, sin la exigencia de cirugía de reasignación sexual.

Aspecto que adquiere gran relevancia porque, al no ser este procedimiento quirúrgico un requisito *sine qua non* para la procedencia de la rectificación del acta de nacimiento, la cobertura de protección de dicha ley se extendió considerablemente hasta abarcar algunas modalidades que adoptan las personas transgénicas, pese a que las legislaciones, en general, sólo regulan la figura jurídica de la “transexualidad” mas no de “transgeneridad” como una entidad jurídica, salvo como estadio transitorio de la condición transexual⁴³.

Ius cogens internacional

Instrumentos vinculantes.

En principio, las herramientas internacionales de derechos humanos protegen a todo el mundo sin discriminación. Aunque —salvo contadas excepciones— ni la identidad de género, ni la orientación sexual suelen mencionarse explícitamente como razones de discriminación en los tratados internacionales, estos tratados son aplicables a todas las personas gracias a la amplitud de las cláusulas contra la discriminación.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Ambos pactos fueron suscritos el 16 de diciembre de 1966, como un refuerzo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; así, el primero de ellos reúne los derechos económicos, sociales y culturales, considerados como “obligaciones de deuda”, lo que implica que el Estado tiene que intervenir y tomar las medidas adecuadas para garantizar su aplicación.

Esta clase de derechos garantizan a todo ser humano un nivel de vida adecuado y promueven la mejora continua de las condiciones de vida, por lo que entre ellos se incluye los derechos a la salud, educación, trabajo y seguridad social.

Por cuanto ve a su contenido, éste recoge el principio de no discriminación por razón de sexo, al señalar lo siguiente:

⁴³ Flores Ramírez, V. H. (2008). *Transexualidad en la legislación mexicana a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales*. Ciudad de México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, p. 92

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. — 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Artículos 1° y 2°)

Asimismo, en cuanto a los parámetros de actuación del Estado y las garantías para el respeto del derecho a la igualdad entre sexos, el instrumento citado establece:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto. — “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. (Artículos 3° y 4°)

En cuanto a su contenido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, declaró que en la expresión “cualquier otra condición social” referida en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye tanto la orientación sexual, como la identidad de género, esta última en la que queda prohibido cualquier motivo de discriminación, como por ejemplo hacia las personas transgénero, transexuales o los intersexo, a quienes reconoció como víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo⁴⁴.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en esa

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2009). *Observación #20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales [Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional]*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.

misma fecha, consagra derechos humanos considerados también como “derechos de libertad” y que por su naturaleza implican una abstención de la intervención del Estado en la libertad de todo ser humano.

Históricamente, estos derechos permitieron el reconocimiento del ser humano y sus libertades, especialmente con los derechos a la ciudadanía y a la protección de la integridad física, además de contener el derecho a la libertad individual, la libertad de expresión y pensamiento, la prohibición de la tortura y la esclavitud, el derecho a votar.

Sin duda, todo lo anterior guarda una estrecha relación con los derechos de las personas transexuales y transgénero: en materia de seguridad social, a manera de que el Estado garantice a satisfacción la inclusión de los individuos de manera acorde con su proyección de vida.

Asimismo, en la esfera de las libertades individuales, a respetar su expresión de género, su desarrollo individual y la construcción de su proyecto de vida, acorde con ese sentir.

De igual forma, en materia laboral por cuanto ve al acceso al trabajo y de asistencia social, al acceso universal del derecho a la salud y a un alto nivel de salud física y mental, en el cual el Estado tiene la obligación de brindar a cualquier persona el servicio y atención necesarios.

Al respecto, dicha norma garantista puede incluso repercutir en el análisis de las peticiones al Estado de un tratamiento de reasignación integral sexo-genérica, al tenor de las disposiciones alcanzadas en la observación general número 14, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, es decir, a través de “la formulación de políticas públicas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”⁴⁵.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general #14. Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye el principal instrumento de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano fue aprobado el 21 de noviembre de 1969 por la Organización de Estados Americanos.

Este instrumento reconoce y desarrolla derechos de naturaleza civil y política, entre los que se observa, con relación al tema que ocupa, el reconocimiento a la personalidad jurídica en el artículo 3°, la integridad personal el artículo 5°, la protección de la honra y de la dignidad en el artículo 11, a la igualdad ante la ley en el artículo 24 y el derecho al nombre en el artículo 18, resultando de gran relevancia este último, toda vez que es el único instrumento internacional que lo menciona de manera expresa como derecho humano:

Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno (sic) de ellos. — La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. (Artículo 18)

Este sistema regional de protección está integrado por una Comisión creada para promover la observancia de los derechos humanos y como órgano consultivo y una Corte la cual es la instancia jurisdiccional para conocer casos contenciosos y opiniones consultivas relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y garantizar a las personas la reparación de una violación a un derecho consagrado en la misma.

Asimismo, su artículo 1.1 establece un listado de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar:

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Artículo 1)

Al respecto, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el aludido Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, ha establecido que dichos criterios no constituyen un

listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo. De este modo, debe considerarse que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pero que tengan una entidad asimilable⁴⁶.

No vinculantes.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este instrumento suscrito el 10 de diciembre de 1948, constituye en el plano internacional, el más importante en la significación y defensa de los derechos de las personas.

Sin embargo, no obstante la importancia histórica y política de dicho documento y de que sus principios han sido fuente de inspiración e incorporados a tratados universales y regionales para la protección de los derechos humanos, sus disposiciones no son vinculantes para el Estado Mexicano, al no constituir un tratado internacional celebrado por el Ejecutivo Federal y aprobado por el Senado de la República en términos de los artículos 89, fracción X y 76, fracción I, de la Constitución Federal.

Ahora bien, el artículo 1° de dicha Declaración establece: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

Más adelante, dentro de su contenido igualmente se incluye el principio de no discriminación, al disponer que: *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”* (Artículo 2°)

Así como que: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.* (Artículo 7°)

Principios de Yogyakarta.

En un esfuerzo internacional a gran escala para promocionar unos estándares

⁴⁶ *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 85 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).

internacionales respecto a orientación sexual e identidad de género, un grupo de veintinueve especialistas en derecho internacional y derechos humanos procedentes de veinticinco países y reunidos en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006, quienes adoptaron unánimemente 29 principios y 16 recomendaciones adicionales.

De esta manera, en el año 2007 fueron publicados “Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género.”

Bien, aunque estos principios no han sido adoptados oficialmente como un estándar internacional, tanto los cuerpos de la Organización de las Naciones Unidas, varias cortes nacionales y muchos gobiernos ya citan estos principios y los han convertido en una guía para definir sus políticas en la materia.

Estos principios abordan la aplicación de distintas normas de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género; asimismo, afirman la obligación primordial de los Estados de implementar mecanismos para su protección.

Este proyecto surgió precisamente de que, aun reconociendo que había habido avances en algunos países en relación al respeto a la dignidad y a los derechos de las personas con distinta orientación sexual e identidad de género, seguían existiendo violaciones de los derechos humanos por razón de ello.

Reconociendo esta situación, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos de todo el mundo, puso en marcha ese proyecto, según se señala en la introducción de estos principios⁴⁷:

Encaminado a desarrollar una serie de principios legales internacionales sobre la aplicación del derecho internacional humanitario a las violaciones de los derechos humanos por motivos de orientación sexual e identidad de género, a fin de inculcar una mayor claridad y coherencia a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

⁴⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.

Entre los firmantes se encuentran varios Relatores Especiales de la Organización de las Naciones Unidas (sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, sobre violencia contra las mujeres, sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y sobre derechos humanos y solidaridad internacional, entre otros), miembros del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Magistrados y activistas de movimientos lésbico, gay, transgénero y bisexual, entre otros.

En el preámbulo, se recuerda que: *“los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene derecho al disfrute de los derechos humanos, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*; asimismo, que históricamente las personas han sufrido violaciones de sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo, porque son transexuales, transgénero o intersexuados o se les percibe como tales.

También define qué se entiende por orientación sexual y por identidad de género. Señala que la legislación internacional de derechos humanos afirma que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al pleno disfrute de los derechos humanos, imponiendo una absoluta prohibición de la discriminación en lo concerniente a su pleno disfrute; finalmente, que la comunidad internacional ha reconocido el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente en asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin sufrir coerción, discriminación, ni violencia.

Si bien es cierto, los veintinueve principios que conforman la declaración recogen diversos derechos que nos brindan un panorama muy amplio en relación a todas las aristas que tiene el problema de la discriminación, es de particular relevancia para este trabajo el tercer principio de los de Yogyakarta:

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para

sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.

Igualmente, es pertinente hacer mención a otros más:

El Derecho al disfrute universal de los Derechos humanos, en el que se señala que:
[T]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene derecho al disfrute de los derechos humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (Preámbulo)

En cuanto al derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, de manera que la ley debe prohibir toda discriminación y garantizar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación; en esta declaración se señala que:

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 el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. 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 causas, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica. (Segundo principio)

El derecho a la privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia y el derecho a la protección contra ataques

ilegales a su honra o a su reputación; añadiendo que el derecho a la privacidad:

Normalmente incluye el derecho a optar por revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas. (Sexto principio)

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, señalando que la salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho, el cual también va de la mano con la protección contra abusos médicos, de manera que:

Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, en base a su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas. (Decimooctavo principio)

El derecho a la libertad de opinión y de expresión, lo que 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 la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin consideración a las fronteras. (Decimonoveno principio)

Por último, aun cuando en cada uno de estos principios se efectúan recomendaciones a los Estados para hacerlos efectivos, se realiza una serie de recomendaciones adicionales a todos los órganos de la Organización de las Naciones Unidas, a la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al Consejo de Derechos Humanos, a los Procedimientos Especiales, al ECOSOC, a la OMS y a ONUSIDA, a los órganos de Vigilancia de los Tratados, al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, a organizaciones intergubernamentales regionales y subregionales, a las organizaciones no gubernamentales, humanitarias, profesionales, comerciales, a las instituciones y tribunales de derechos humanos nacionales y regionales, incluso a los medios de comunicación y a las agencias financiadoras públicas y privadas, para que apoyen estos Principios, los asuman

como propios e incluyan en sus protocolos y prácticas y promuevan la tolerancia y aceptación de la diversidad de la orientación sexual y la identidad de género humanas.

Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Algunos documentos interamericanos que han sido adoptados recientemente, ya abordan temáticas de discriminación expresamente dirigidas a combatirla en rubros tales como la orientación sexual y a la identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación.

Así, la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada el 5 de junio de 2013, aunque no suscrita por el Estado Mexicano, establece:

[l]a discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra. (Artículo 1.1)

Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

En este marco de protección, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 22 de diciembre de 2008 la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, con la cual se consiguió reafirmar el principio de no discriminación que exige que los derechos humanos: “*se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género*”.

A su vez, el 22 de marzo de 2011 Colombia, como Estado Parte, presentó ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el marco del 16° periodo de sesiones, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”.

También, el 17 de junio de 2011 siguiente, ese mismo Consejo aprobó la resolución

17/19, A/66/53 sobre “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que expresó: “[la] grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. Inquietud que ha venido reiterando en diversas resoluciones posteriores y en años más recientes⁴⁸.

Finalmente, son de destacarse igualmente las acciones emprendidas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, quien también expresó su preocupación con respecto a las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual, la expresión y la identidad de género y, precisamente por ello, recomendó a los Estados tomar las medidas apropiadas para prohibir legalmente la discriminación basada en la orientación sexual, identidad y expresión de género, ello a través de la publicación de una compilación de resultados de diversos estudios en materia de igualdad en tales rubros denominada: “*Living Free and Equal: what states are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*”, publicada finalmente en su versión en idioma inglés el mes de octubre de 2016⁴⁹, con base en los cuales se señalan las medidas apropiadas que deben emprender para proteger a tales grupos, prevenir la discriminación, abolir leyes discriminatorias, respetar derechos y erradicar prácticas que los lesionen⁵⁰.

⁴⁸ Resoluciones 27/32 de 26 de septiembre de 2014 y 32/2 de 30 de junio de 2016, ambas del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

⁴⁹ Aún sin traducción al idioma español.

⁵⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2016). *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*. Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, p. 94.

CAPÍTULO QUINTO

La definición legal del sexo y su modificación por virtud del ejercicio del derecho a la identidad sexo-genérica

La relevancia de “el sexo”

El sexo, innegablemente, es un aspecto o característica que incide profundamente en las personas; es una característica natural, un elemento que desde siempre ha sido considerado para la identificación de los individuos ante la sociedad —lo masculino y lo femenino—.

A partir de dicha identificación —y que se da desde el nacimiento—, la persona desempeña se espera que desempeñe los roles que la propia sociedad ha asignado a uno u otro género y que se muestra en todos sus actos, sobre todo los de índole social.

El nacer hombre o mujer y ser clasificado conforme a esto, condiciona indefectiblemente nuestra existencia. Así, el sexo se erige como una cualidad inmanente de la persona que le asigna un papel definido en los roles sociales y en la reproducción humana; influye en la personalidad, determina los hábitos y usos sociales y muchos otros aspectos como lo son el lenguaje, vestido, educación, etcétera.

El sexo es uno de los datos más importantes en la vida de la persona y en la organización de los grupos humanos, conforme el primer dato de identificación en el contexto social, por lo que constituye uno de los elementos primarios de la identidad personal.

Este aspecto “clasificador” es lo que en especial interesa al mundo jurídico, ya que tiene una trascendencia legal al quedar registrados como hombre o mujer en nuestros documentos públicos, sean o no de identificación.

Este trabajo se centra en la problemática de esa trascendencia socio-jurídica cuando se habla de transexualidad y el reconocimiento jurídico de las personas transexuales, pues como se procederá a explicar a continuación, el concepto de sexo y de identidad sexual son elementos importantes que han sido objeto de debate en nuestro sistema jurídico, tratándose del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad de una persona con dichas características sexuales.

La definición legal de sexo y su modificación a causa de un estado intersexual

diagnosticado

El aspecto psicosocial del sexo no se relaciona con las características físicas de la persona, sino más bien con el aprendizaje de un comportamiento sexual considerado como normal o estereotipado, para uno u otro sexo, en un contexto social.

Al respecto, existen dos enfoques importantes:

1. Rol sexual o sexo social, que corresponde al encasillamiento que hacen las demás personas sobre la pertinencia de una persona a determinado sexo; y
2. Sexo psicológico o identidad sexual, que es el sentimiento interno de cada persona de ser parte de uno u otro sexo⁵¹.

Este último es el que nos habla de una “identidad sexual”, la cual alude sólo al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo orgánico, excluyendo cualquier consideración referente a la orientación sexual, es decir la práctica homosexual o heterosexual de una persona.

En relación con el sexo legal o jurídico, la mayoría de los ordenamientos jurídicos atribuyen el sexo a una persona de acuerdo con el sexo morfológico, esto es, a partir de la mera revisión de los genitales del recién nacido y que erróneamente y por lo general se tiene como inmutable, por lo que jurídicamente es el dato que se asienta en las actas o partidas de nacimiento (masculino o femenino).

Es decir, la actual ausencia de definición legal de sexo a pesar de los avances científicos, parece indicar que el legislador sigue apegado al concepto de sexo simplemente como “sexo orgánico”, cuya determinación pareciera que podría hacerse mediante la comprobación —desde una inspección ocular hasta un análisis genético—.

De esta forma, cuando una persona por su propia voluntad y libre decisión decide modificar su sexo a través de tratamientos hormonales o quirúrgicos, a fin de adecuar su apariencia física a su vivir y sentir, hace que el tema, desde el punto de vista jurídico, adquiera un aire de complejidad, al confrontarse el sexo legal y sexo biológico.

⁵¹ Peral Fernández, L. (2000). *Concepto de sexo y discriminación por razón de sexo en el derecho social comunitario europeo: la contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto grant respecto de su jurisprudencia en el asunto P/S*. (Vols. año 5, n. 8). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas, p. 397

De ahí que, tratándose de identidad sexo-genérica, debe tenerse en consideración no sólo los elementos anatómicos, sino como se ha dicho ya, los criterios psicosociales del individuo, pues son los que también definen la manera en que una persona se ve a sí misma y se proyecta ante la sociedad y en algunos casos tienen mayor ponderación sobre los primeros, razón por la cual, respecto de las denominadas personas transexuales, adquieren tal importancia al punto de hacerlos decidir transformar su cuerpo, a fin de adecuar su físico a su psique, pues nacen con un sexo determinado desde un aspecto anatómico, pero no se identifican con él y tienen un inminente deseo de cambiarlo por el sexo opuesto, con el que sí se sienten identificados.

Finalmente, con una fuerte convicción en la mayoría de los casos, buscan mediante los avances médicos adecuar su cuerpo a esa identidad psicológica y de ahí es que resulta inminente la rectificación de su sexo legal o jurídico.

Adecuación del estado civil del individuo a la identidad sexual asumida

A partir de lo reseñado, desde el punto de vista jurídico, la transexualidad se presenta cuando existe una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente y vive una persona como propio y el que anatómico y registralmente le corresponde por sus órganos, por lo que desea “corregir” su sexo anatómico, en algunos casos, mediante un tratamiento hormonal o quirúrgico o incluso ambos, para adquirir los caracteres fenotípicos y morfológicos de su sexo psicológico.

Sin embargo, en la actualidad las personas transgénero no pueden gozar plenamente de sus derechos fundamentales, no sólo por discriminación, sino también porque nuestro texto constitucional no prevé textualmente como derecho fundamental el relativo a la identidad de género, lo que por desgracia lleva que en la realidad observemos casos en que dichos individuos no logran adecuar su vida real al mundo jurídico, lo que les impide su goce pleno a diferencia de cualquier otra persona que no se enfrenta a tal discordancia.

En la vida real, la persona transexual o transgénero sólo adquiere una identidad sexual definitiva cuando adecua su sexo legal, esto es, cuando logra rectificar la mención registral de su nombre y sexo, dado que conforme a los principios constitucionales de la dignidad humana, no discriminación y derecho al libre desarrollo de la personalidad, deben ser tratados sin limitación y discriminación alguna por el derecho como persona perteneciente

al sexo que está descrito en el registro civil.

Lo anterior se justifica en mayor medida, si se considera que la reasignación sexual produce múltiples y complejos efectos, pues conlleva la adquisición de una identidad acorde a la realidad psíquica y física del individuo transgénero y, con ello, todos los derechos que se identifican particularmente con dicha identidad, los cuales deben estar respaldados por el asiento registral adecuado a su realidad social, al ser el documento que legalmente lo identifica e individualiza dentro de la sociedad y le permite el reconocimiento de su verdadera identidad personal.

Como es de esperarse, ante la complejidad y la falta de exploración de este problema socio-jurídico, la mayoría de las legislaciones civiles de nuestro país no están adaptadas para permitir esta clase de cambios en el registro del estado civil de las personas *trans*. Sin embargo, como se sostuvo en apartados que anteceden, la naturaleza de los derechos fundamentales no radica en que estén expresados en una norma positiva, sino que lo son porque son inherentes al ser humano y, por ello, no obstante no están previstos expresamente en la Constitución Federal, los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano o en los códigos sustantivos, debemos adecuar estos últimos con los derechos que sí existen en los ordenamientos que conforman nuestra Ley Suprema y, a partir de ahí, construir esa prerrogativa fundamental.

Por ello, el libre desarrollo de la identidad de género, se encuentran íntimamente relacionados con los derechos fundamentales de la dignidad humana, individualidad y la no discriminación; en razón de ello, es menester encontrar los medios legales y procesales necesarios para su protección cuando existe esa necesidad de adecuar el sexo legal al género sentido, tal como lo sería empezar con la adecuación de los textos legales, así como la debida interpretación acorde al espíritu garantista, en aras de resolver dicha problemática.

La rectificación de registros civiles; su trascendencia, procedencia y problemáticas que presenta

La integralidad del derecho a la identidad sexo-genérica trasciende los límites de la simple rectificación registral del acta de nacimiento originaria en cuanto a sexo y nombre, puesto que, por una parte, de ese documento primigenio se desprende la consecuente rectificación del acervo documental de identidad de la persona; por otro, el reconocimiento

legal del cambio registral de nombre y sexo implica la imposición de diferentes obligaciones, pero también genera nuevos derechos, como el acceso a los servicios públicos de salud, en este caso, para los procedimientos propios de la reasignación para la concordancia sexo-genérica.

Los primeros criterios emitidos por órganos jurisdiccionales en otros países, concretamente en España, sostenían que para que fuera posible la adecuación registral de sexo y nombre de una persona *trans* en sus documentos oficiales y, con ello, el pleno reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual, estaba limitado a aquellas personas que se hubieran sometido a la totalidad de las intervenciones y tratamientos necesarios para su transformación física al otro sexo.

Según dicha postura, si bien el dato cromosómico no era decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco podían considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hubieran sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión, no sólo de sus caracteres sexuales secundarios, sino también y fundamentalmente, para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio.

Afortunadamente, dicha postura actualmente ha quedado superada⁵², acortando su restricción conforme nuevos precedentes en los que incluso, en aras del respeto al derecho a la salud, ha contribuido a que dependencias públicas sanitarias provean a los solicitantes, aunque aún en pocos casos, tratamientos hormonales y los *pre* y *post* quirúrgicos.

Ejemplo de lo anterior es la ley de identidad género de Argentina que lleva el número 26.743, la cual permite que las personas *trans* sean inscritas en sus documentos personales con el nombre y el sexo de elección, además ordena que todos los tratamientos médicos de adecuación a la expresión de género sean incluidos en el programa médico obligatorio, lo que garantiza una cobertura de las prácticas en todo el sistema de salud, tanto público como

⁵² Sentencia 929/2007, 1506/2003 (Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil) 17 de Septiembre de 2007).

privado.

Asimismo, su artículo 9° establece que:

[S]ólo 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. [...] 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.

Por su parte, el artículo 6° de la referida ley, indica expresamente que: “[se] prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadas y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma”.

Tal innovadora legislación fue sancionada el 9 de mayo de 2012 y es la única ley de identidad de género del mundo que, conforme las tendencias en la materia, no trata como patología la condición *trans*.

Asimismo, el 05 de febrero de 2015, se publicó en la Gaceta Oficial de la actual Ciudad de México, una reforma al Código Civil de la entidad que, de manera innovadora y única en su tipo en el país, facilita a las personas transexuales cambiar su acta de nacimiento acorde a su género en un solo trámite ante el Registro Civil, eliminando el tedioso valladar de los procedimientos jurisdiccionales que, además de ser altamente costosos por los honorarios de los profesionistas del derecho, conllevaba gastos como la prueba pericial⁵³.

Dicha reforma beneficia también a las personas de otros estados que podrían venir a tramitar su nueva identidad a la capital y sería el Registro Civil quién ordenaría directamente la anotación en el acta originaria, aun cuando esté en otro Estado.

Además, el cambio de nombre y de género en su acta de nacimiento no elimina antecedentes penales ni la extinción o modificación de obligaciones establecidas en su anterior identidad, de tal manera que los derechos humanos de las personas *trans* quedarían protegidos, pero en ningún caso se desatenderían derechos de terceros.

De acuerdo a los últimos datos expedidos por la Consejería Jurídica y de Servicios Legales de Ciudad de México, se cuenta con un registro de 940 solicitudes de reasignación

⁵³ Consejería Jurídica de la Ciudad de México. (05 de febrero de 2015). *Órgano de Difusión del Gobierno de la Ciudad de México*. Obtenido de http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/7bb8a79364dfde1302011f559a62d207.pdf

del género masculino al femenino y de 560 solicitudes del femenino al masculino⁵⁴.

Sin soslayar que tales cambios acarrear nuevos planteamientos, pues la demanda de reconocimiento jurídico que permite la rectificación de acta de nacimiento y donde la persona puede o no transformar su cuerpo, acarrea una posible transformación del paradigma genital-género, en el que exista un el reconocimiento absoluto a la identidad de género subjetiva y eliminar los requisitos socialmente impuestos que generan una correspondencia con las definiciones sociales de hombre y mujer.

Esto quiere decir, que el Estado habría de reconocer a las mujeres con genitales masculinos y a los hombres con genitales femeninos y eliminar desde ya el requisito de genitalización del género en cualquier ámbito (jurisdiccional, registral, legal); valladar para personas transgénero que no desean realizarse la cirugía de reasignación de sexo. En pocas palabras, es menester respetar el deseo íntimo y completamente subjetivo de la transformación del cuerpo y del ser.

Asimismo, de la mano del contenido del artículo 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica; el reconocimiento del ese derecho determina la existencia efectiva de sus titulares ante la sociedad y el Estado, lo que le permite gozar de derechos, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana, pues no debe olvidarse que su naturaleza es eminentemente instrumental para la efectivización de otros de inmensa trascendencia.

En atención a ello, es menester que las autoridades respeten y procuren los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares, pues a falta de protección de ese derecho, se lesiona la dignidad humana, en la medida que se niega a la persona su condición de sujeto de derechos y la hace vulnerable a la no observancia de sus derechos.

Asimismo, por cuanto hace específicamente a las personas transgénero, es

⁵⁴ Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno de la Ciudad de México. (25 de septiembre de 2016). *Comunicación Social de la Ciudad de México*. Obtenido de "Ha realizado CDMX mil 500 trámites de cambio de identidad de género": <http://comunicacion.cdmx.gob.mx/noticias/nota/ha-realizado-cdmx-mil-500-tramites-de-cambio-de-identidad-de-genero>

imperativo que tal derecho se verifique en todo momento, en aras de que, independientemente de la diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género, puedan también disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida.

Vinculado a lo anterior, es de suma trascendencia que las autoridades, en aras de hacer efectivo el derecho a la identidad de las personas transgénero, garanticen que la persona sea inscrita con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido, de manera tal que los datos de los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero.

Asimismo, los principios de Yogyakarta, emitidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁵⁵, plantean la obligación a cargo de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias “*para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí*”, así como para que:

Existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí.

En virtud de lo anterior, las autoridades deben asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género auto-percibida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.

Asimismo, es menester que las dependencias verifiquen que las adecuaciones de estos documentos se basen en requisitos diversos al consentimiento libre e informado del

⁵⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.

solicitante, sin exigir certificaciones médicas, psicológicas u otros requerimientos que puedan resultar irrazonables o patologizantes⁵⁶.

De igual forma, es preferible que los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros sean confidenciales y los documentos de identidad no reflejen los cambios de la identidad de género; ello en aras de erradicar comportamientos discriminatorios en su contra que abunden en el ahondamiento de su vulnerabilidad ante crímenes de odio, o a la violencia transfóbica y psicológica guiadas por la voluntad y el deseo de castigar a las personas cuya apariencia y comportamiento desafían los estereotipos de género (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 04 de mayo de 2015)⁵⁷, o simplemente, de manera más cotidiana, en la denegación del derecho de acceso a la salud, discriminación, exclusión y bullying en contextos de educación, discriminación en el acceso al empleo o en el seno de la actividad profesional, vivienda y acceso a la seguridad social, etcétera.

También, que tales procedimientos sean expeditos y preferentemente gratuitos, en aras de no colocar a la comunidad *trans* en una situación de desventaja económica, con respecto al resto de la población cisgénero que prescinde de realizar trámites de dicha naturaleza.

Finalmente, que preferentemente se lleve mediante un trámite administrativo, ya sea en sede judicial o administrativa, en aras de no incurrir en retrasos connaturales a los procesos jurisdiccionales (aun voluntarios).

La construcción de un derecho

Hoy en día es una realidad la armonización en nuestro ámbito jurídico de la identidad de género y la identidad sexual en un mismo derecho a la identidad sexo-genérica. Esto distó mucho de ser una tarea fácil y ello obedeció a diversos factores que favorecieron

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2017). *Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo Sexo: Obligaciones Estatales*. Costa Rica: CoIDH, p. 58.

⁵⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (04 de mayo de 2015). *A/HRC/29/23 Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: UN.

se concretaran los primeros criterios de protección para las personas en conflictos de divergencia de su género legal con el sexo psico-socialmente asumido.

Entonces, la efectivización del derecho humano a la no discriminación por preferencia sexual, además de ya estar previsto expresamente por el texto constitucional, engloba una serie de derechos humanos que, aunque no son mencionados por éste, les rigen los mismos principios de tutela efectiva; pues por el hecho de ser precisamente “derechos humanos” no importa que no estén contenidos como tal en la norma, sino que su protección deviene de que éstos son inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo y, por ello, nuestra Constitución Federal los asume, los reconoce y se obliga a respetarlos, promoverlos, protegerlos y divulgarlos, concretando así un mecanismo cíclico perfectamente enlazado y cohesionado.

Es hasta este momento en que para beneficio de todos los mexicanos, nuestros derechos fundamentales logran su tutela efectiva con independencia de su inclusión expresa en el texto constitucional, pues lo cierto es que existen algunos de ellos que resultan tan específicos, que hacer un listado de cada uno de ellos, sería realmente una tarea sumamente compleja y hasta casi imposible, pues existen derechos tan diversos como lo son las conductas que desplegamos los seres humanos, como individuos, en cualquiera de nuestras facetas y ante la sociedad.

En lo particular, la de la voz celebra con entusiasmo este proceso de reconocimiento e inclusión; todo el proceso de reforma fue observado desde diversas ópticas, desde la génesis del tópico central, el proceso de recopilación doctrinaria y la cristalización de las ideas fundamentales, hasta el análisis y resolución de las controversias y resquicios existentes entre el anterior sistema y el actual.

Todo ello para abordar la conclusión de que, hoy en día, nuestra Constitución, aunque constantemente remendada, guarda mejor forma que nunca, pues ha adquirido una profunda congruencia con la importancia de asumir una postura de reconocimiento y protección de los derechos humanos; de ahí que únicamente resta la actuación de los operadores del derecho con voluntad, visión y capacidad bastantes para concretar el cambio de paradigma, así como de la sociedad civil y grupos de litigio estratégico, que tanto han aportado al mejoramiento de la calidad de vida de cada uno de los mexicanos.

En ese tenor, hoy en día, las personas en conflicto de divergencia de su género legal

con el sexo psico-socialmente asumido, pueden hacer valer sus argumentos como provenientes de un derecho legítimamente tutelable, pues devienen de la constitución jurídica de un nuevo derecho acorde y congruente con la realidad que viven, cuyos insumos son, nada más y nada menos, que sus derechos humanos a la igualdad (no discriminación por preferencia sexual), a la salud, individualidad, identidad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad.

De esta forma, partiendo de que los documentos legales que reconocen los derechos humanos, fungen como auténticos instrumentos vivos, su interpretación debe siempre y necesariamente acompañar la evolución temporal de la sociedad y de las condiciones en las que se desarrolla.

En ese tenor, dado que tanto el texto constitucional como el de la convención americana, contienen la plasticidad suficiente para llevar a cabo una interpretación evolutiva, pues mientras la primera abre su catálogo de prohibición de discriminar a: “*cualquier otro aspecto que atente contra la dignidad humana*”, por su parte, la segunda prevé algo similar en tanto deja abiertos los criterios con la inclusión del término “*otra condición social*” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pero que tengan una entidad asimilable. Ello deja visto que todos aquellos criterios de no discriminación, no constituyen un simple listado taxativo o limitativo, sino enunciativo.

En tal virtud, al momento de interpretar dicho término, ya sea eligiendo el derecho interno en la forma en la que está redactada la Constitución Federal, o bien el texto de la citada convención, lo correspondiente es escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio *pro persona*, y que a sugerencia de este trabajo, es la relativa a la construcción de un derecho *ad hoc* a partir de insumos jurídicos.

El derecho a la identidad sexo-genérica, al amparo del derecho a la no discriminación por preferencia sexual y otras causas atentatorias de la dignidad humana

Con el fin de fortalecer el derecho a la no discriminación y de ampliar su ámbito de protección, en la reforma constitucional se hicieron seis modificaciones específicas: se explicitó el principio de igualdad ante la ley; se amplió la lista de motivos por los que se prohíbe discriminar; se introdujo la figura de la discriminación indirecta; se fortalece el

principio de igualdad entre hombres y mujeres; se introduce una cláusula de igualdad material y se establece la obligación del Estado de establecer medidas especiales temporales.

En cuanto a la ampliación de las prohibiciones expresas de discriminación, la anterior reforma constitucional del 14 de agosto del 2001 introdujo en la Constitución una cláusula de no discriminación abierta en la que se enlistaban algunos de los motivos por los cuales se prohíbe discriminar entre las personas.

La necesidad de esta reforma se centró en garantizar constitucional y legalmente el derecho humano de todo individuo a ser identificado y tratado reconociendo su identidad o expresión de género, con independencia del sexo biológico o de asignación.

Lo anterior partiendo de que la sexualidad es una parte integral de la personalidad de los seres humanos y que su libre ejercicio resulta indispensable para el bienestar personal y social de los individuos.

Este enfoque mereció el reconocimiento y aceptación de las personas que se relacionan erótico-afectivamente de manera diversa al modelo tradicional cisgénero, lo mismo que la construcción de las identidades sexo-genéricas diversas al modelo dicotómico hombre/mujer.

Asimismo, existía ya una necesidad de reconocer en el texto constitucional el derecho a la libertad e identidad sexual como derechos fundamentales, para efecto de proteger a las minorías en diversidad sexual, evitar lagunas de interpretación en leyes secundarias y excluir formas de discriminación que violenten la integridad de las personas.

Es menester recordar que la discriminación de la cual actualmente son víctimas las personas transgénero, proviene de la llamada “construcción social del sexo” la cual históricamente ha justificado la limitación de los derechos tanto de las mujeres en tanto género, como la de aquellos hombres y mujeres que no se integraban al modelo androcéntrico de sujeto de los derechos fundamentales de primera generación, heterosexual por definición.

De esta forma, gracias a la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año dos mil diez, México entró a los estándares más altos de reconocimiento y protección de los derechos humanos; y a partir de ello, es innegable que el siguiente paso es que las legislaciones Federales y Estatales reconozcan a las personas transgéneros su derecho a gozar de una identidad genérica acorde a su convicción, lo que se traduce en el reconocimiento de su identidad jurídica a través de la rectificación de su acta de nacimiento y, con ello, al pleno

ejercicio de sus derechos.

Lo anterior es así porque no puede eludirse la realidad imperante de que actualmente cada vez más personas transgéneros reasignan su rol ante la sociedad, así como su sexo a través de procedimientos quirúrgicos y hormonales para adaptar su cuerpo a su sentido de pertenencia a determinado sexo.

De conformidad con todo lo anterior, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto a la igualdad y garantías de no discriminación, contenidas en diversos textos fundamentales del derecho interno y el derecho internacional, incluso no vinculantes, sino meramente orientadores, debe indefectiblemente concluirse que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas y, por ello, se encuentra proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en alguna de ellas.

De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada.

Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables (Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, pág. 16).

En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad.

De ahí que, 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 o su expresión de género.

Visto lo anterior, toda vez que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, entonces, es innegable que su reconocimiento por parte del Estado es de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2016).

Acerca de lo anterior, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció⁵⁸:

[el] reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana.

Por ello, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos, pues el derecho a la identidad posee verdaderamente un valor instrumental para el ejercicio de otros derechos de índole civil, político, social y cultural, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades; lo que propicia círculos virtuosos de inclusión y reconocimiento de la dignidad de las personas.

Esto es crucial, ya que es sabido que la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente

⁵⁸ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (03 de junio de 2008). *Programa Interamericano para el Registro Universal y "Derecho a la Identidad"*, Resolución AG/RES.2362 (XXXVIII-O/08). OEA.

al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica.

Antecedente de exigibilidad de protección al derecho a la no discriminación por razón de identidad sexo-genérica ante los tribunales mexicanos

Como se planteó en el tema anterior, en la realidad nos encontramos con una problemática cuya solución en la ley únicamente se encuentra en las raíces más profundas de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución y que poco a poco ha ido encontrando solución directa en los textos legales, en aras de ir propiciando la construcción jurídica del derecho a la no discriminación por razón de identidad sexo-genérica, a partir de insumos normativos y del *ius cogens* internacional, a pesar de no estar expresamente reconocido en la Constitución Federal.

A continuación, se pretende exponer cómo en un caso real acontecido en nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, buscó y encontró la solución al conflicto de una persona transexual al intentar adecuar su sexo legal a su sexo asumido, todo ello, de la mano siempre de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución, a fin de brindar una solución filosófica, jurídica —procesal— y social.

Como antecedentes de este asunto, se tiene que la persona descrita fue registrada bajo el sexo masculino, en virtud que al nacer presentó genitales de características masculinas, no obstante con su desarrollo sexual secundario al paso de los años, fue presentando características sexuales que se adecuaron a las de una mujer.

Su situación médica fue diagnosticada como pseudohermafroditismo femenino consecuencia de una deficiencia enzimática, de modo que tras haberse sometido a un tratamiento hormonal, psicológico y quirúrgico de reasignación sexual, por tener un aspecto físico y psicológico de mujer, se desarrolló en su vida social, familiar y laboral bajo un nombre femenino.

Esta persona consideró indispensable que en su acta de nacimiento no se reflejara un nombre y sexo que no correspondían a su realidad y apariencia actual, pues ello le generaba una serie de problemas discriminatorios y de inconsistencias legales para acreditar su personalidad ante los demás.

Por lo anterior, pidió ante las autoridades locales de su entidad, la rectificación de

su acta de nacimiento; dicha petición atendió a que para esta persona pseudohermafrodita, su situación resultaba similar a los casos de adopción en donde impera el principio de privacidad consagrado en nuestra constitución, protegiendo los derechos e intereses de los adoptados y, afirmó, que lo mismo debía suceder para su caso, a fin de que no se hiciera público que fue registrado como un varón y después decidió ser mujer, pues ello era una cuestión que prefería mantener en privado y lejos del conocimiento de los demás.

Por ende, dicha persona solicitó le fueran aplicados de manera análoga lo dispuesto en la legislación local civil del Distrito Federal y el reglamento del Registro Civil de dicha entidad, en el que disponía que atento al principio de privacidad, la publicación de la anotación correspondiente debe reservarse y levantarse otra acta como si fuera de nacimiento.

El Juez local siguió los trámites legales y dictó sentencia en la que ordenó al Registro Civil del Distrito Federal, que se levantara el acta de nacimiento en cuestión y que se asentara mediante una anotación registral, un nuevo nombre para el registrado y con el sexo femenino, pero por otra parte, consideró que era improcedente la petición de levantar una nueva acta y de no publicar ni expedir ninguna constancia que revelara la condición del solicitante, pues indicó que los alcances de la resolución, eran únicamente para ajustar su nombre y sexo con la identidad jurídica y social, sin ningún cambio en los derechos civiles.

La parte actora solicitó la aclaración de la sentencia en cuanto a sus alcances, pues afirmó que ésta incidía en los derechos civiles a ejercer de conformidad con su sexo, como lo es el matrimonio, no obstante, el juez de la causa sostuvo que no había lugar a tal aclaración, pues indicó que el cambio asentado en el acto, no implicaba ningún acto de filiación que lo dificultara para contraer nupcias, indicando además que la anotación correspondiente debía hacerse de manera que no se perdiera de vista que su sexo de origen era el masculino.

La superioridad confirmó la sentencia dictada por el juez de la causa, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante y únicamente modificó el auto aclaratorio de la sentencia, para afirmar que el cambio de sexo no implicaba una modificación en los derechos civiles del promovente, pues al ser mayor de edad, le permiten disponer libremente de sus bienes y de su persona, pero no podía aclarar la posibilidad de contraer matrimonio, pues ello constituía una cuestión ajena a la *litis*.

Contra estas determinaciones el inconforme promovió juicio de amparo directo en

el que planteó la inconstitucionalidad de los artículos estudiados en la legislación civil del Distrito Federal tocantes al método para la rectificación de un acta de registro civil de dicha entidad. Argumentó que ese método era violatorio de sus derechos fundamentales de igualdad, no discriminación, privacidad, salud y dignidad humana, ya que la nota marginal en el acta haría evidente ante todos que inicialmente fue registrado como un hombre pero con el paso de los años decidió ser mujer, por lo que en su caso debió aplicarse de manera análoga lo previsto para la adopción en la legislación local civil del Distrito Federal, en donde sí se privilegia el derecho a la privacidad.

El alto Tribunal atrajo ese asunto por considerar que revestía un gran interés, importancia y trascendencia, pues ameritaba revisar los principios de igualdad y no discriminación y, además, porque implicaba un análisis jurídico sobre la posible violación a los derechos de privacidad, dignidad y salud.

Este asunto lo radicó con el número de amparo directo 6/2008, respecto al cual se propuso un proyecto de resolución que fue ampliamente discutido por el Pleno en sesiones de veinticinco de noviembre de dos mil ocho, cinco y seis de enero de dos mil nueve.

En la resolución, se realizó un estudio profundo de lo que es la identidad sexual, la identidad de género, la transexualidad y los estados intersexuales, además, se fijaron los derechos fundamentales implicados en el tema los cuales tienen que ver con la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, la intimidad, la vida privada, la propia imagen, el libre desarrollo de la personalidad e incluso el derecho a la salud.

De acuerdo con aquella postura, el libre desarrollo de la personalidad implica reconocer el derecho a la identidad sexual y a la identidad de género y, por ello, la decisión de una persona de adecuar su vida a su identidad sexual, constituye un derecho a su libre desarrollo, ya que es una expresión de la individualidad de la persona respecto de su percepción de sí misma ante los demás, lo que además incide en su proyecto de vida y en sus relaciones sociales.

Asimismo, es contrario a las normas fundamentales pretender mantener a una persona por cuestiones legales en un sexo que no siente como propio y que lo había llevado a adaptar su sexo con su psique en sus hábitos, vestimenta e incluso recurriendo a los avances médicos, pues sólo respetando su identidad sexual, adecuando su sexo legal a su sexo psicosocial, es que podría realizar su propio proyecto de vida que en forma autónoma tiene

derecho a decidir.

Aunado a esto, una persona no encuentra su pleno desarrollo si no encuentra la armonía entre su cuerpo y su psique, si no puede también adecuar su sexo legal al sexo con el que se identifica y que no es el biológico con el que fue registrado inicialmente, máxime que el derecho de la salud comprende, no sólo la salud física del individuo, sino también la salud mental, psíquica y sexual.

En razón de lo anterior, la anotación marginal del cambio de sexo, en aquél caso sometido a análisis constitucional, constituía una salida contraria a la Norma Suprema, pues con la publicación de los datos, se materializaba una inminente trasgresión a la privacidad del solicitante, puesto que muchas actividades donde debe exhibir su acta de nacimiento tendría que exteriorizar su condición anterior y ello le generaría actos discriminatorios hacia su persona en los ámbitos laborales y sociales.

Mucho se dijo en relación a los alcances jurídicos del cambio registral para con terceras personas, es decir, partiendo de que una persona nace con determinadas características biológicas, es inscrita con un determinado nombre, vive durante un número determinado de años con éste y con una determinación de su sexo, femenino o masculino; luego, se somete a los tratamientos hormonales y hasta quirúrgicos para posteriormente lograr que se modifique su acta de nacimiento con el sexo adecuado, adquiriendo un nuevo nombre.

De esta forma, ¿sería factible que partiendo de esta nueva situación, pudieran darse las condiciones para defraudar acreedores?, esto es, si la persona en mención que hoy en día actúa y se ostenta como mujer, hubiere celebrado actos jurídicos como hombre, legalmente pudiera desentenderse de dichas obligaciones contraídas con su sexo primigenio.

La Suprema Corte propuso solucionar esa problemática sentando el antecedente registral, no en la nueva acta expedida con la adecuación del sexo y nombre, sino en la anterior en la que se especifique que el señor X pasó a tomar hoy en día la condición de mujer. De manera tal que, no obstante el cambio de nombre y sexo —mas no de apellidos— se hace patente la continuidad biológica entre una persona que tuvo por determinación biológica; por condición biológica y por determinación legal un sexo masculino y posteriormente tuvo un sexo femenino.

Igualmente, a partir de dicha acta igual podría celebrar actos jurídicos y contraer obligaciones en su condición de mujer, sin que resulte necesario hacer una anotación

marginal en su acta de nacimiento porque para sus acreedores y sus deudores, en ese momento, sabrían que esta persona es mujer y no requiere una anotación marginal porque sería innecesario saber su nueva condición.

De ahí que la solución a un problema de discriminación e intromisión a la vida privada, encontró solución a partir de que la anotación registral correspondiente, como antecedente, se ordenó inscribir en el acta original, pero no en la que contiene las adecuaciones, sin que pudiera dar lugar a un posible fraude con relación a sus acreedores, pues el que no exista una anotación marginal en la nueva acta, no significa que no haya continuidad jurídica y biológica de ese individuo y, por ende, que se hubieran extinguido sus obligaciones.

CONCLUSIONES

El derecho es un ente vivo. Por ello, aunque existen derechos no positivizados —tal es el caso del derecho humano a la identidad sexo-genérica—, ello no exime a las autoridades de este país para reconocer su existencia y maximizar su ejercicio en favor de todas las personas.

Como se expuso en el trabajo, una ruta viable para la exigibilidad del derecho humano en comento, es su construcción a partir de insumos jurídicos normativos del orden jurídico interno y externo, y paranormativos existentes en instrumentos no vinculantes que, pese a tal naturaleza, aportan elementos valiosos para su implementación en el ámbito jurídico nacional.

Además, pese a que en la actualidad es inexistente una real apertura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hacia la jerarquía de las normas internacionales en materia de derechos humanos con respecto a las limitantes constitucionales, ello no alcanza a impactar en la construcción normativa del derecho analizado, debido a que la norma constitucional prevé sus bases —aunque nominativamente de una forma no tan acertada— al establecer una prohibición expresa para discriminar por razón de preferencia sexual.

Bien, con la anterior observación no pretendo desconocer los avances en materia de reconocimiento de este derecho, existentes desde hace ya algunos años en la jurisprudencia mexicana; sin embargo, estoy convencida de que aún no existe un verdadero y completo entendimiento de la problemática que viven las personas transgénero y es precisamente en esas lagunas en las que se cultivan dudas, malentendidos y posturas jurídicas desacertadas o incongruentes con los fines pretendidos por los justiciables.

Por ello, creo firmemente que deberían existir más trabajos de divulgación y más accesibles, enfocados a facilitar el entendimiento del origen de las problemáticas que las personas transgénero afrontan; lo anterior para que, a partir de ello, los juzgadores y autoridades administrativas que en el devenir de sus encargos se encuentran con la oportunidad de dirimir situaciones que afectan su esfera jurídica, puedan hacerlo desde el conocimiento cierto y más completo de las causas de las peticiones.

Mientras tanto, me parece que la información acopiada y las premisas desarrolladas en este trabajo, son útiles cuando menos para formular dos exhortaciones fundamentales — y con las que daría por conseguido su objetivo—: primero, para quienes por motivo de nuestro

trabajo resolvemos peticiones ciudadanas, consistente en que debemos atrevernos a construir derechos ampliados a partir de los insumos normativos y paranormativos que tengamos a nuestro alcance, sin limitarnos a su enunciación en alguna norma positiva.

Y en segundo lugar, para quienes aún dudan de la existencia de realidades alternas a las poquísimas que alcanzamos a percibir, que se atrevan a documentarse, a echar una mirada a las realidades que afrontan las personas que las viven y a cómo el diseño normativo convencional impacta negativamente en el ejercicio de sus derechos más elementales.

Falta mucho trecho para que nos reconozcamos unos a otros como lo que somos, en toda su magnitud: personas dignas, libres y portadoras de amplísimos derechos. Como en muchos otros rubros, los prejuicios y dogmas discriminativos entorpecen el crecimiento de nuestras sociedades, haciendo aún más pesada la carga de aquellos que pugnan día tras día en los tribunales por relaciones más igualitarias.

En manos de pocos juristas, pero cada vez más receptivos y conscientes, está la tarea de construir rutas de interpretación normativa que abonen a la resolución ágil e informada de todas aquellas “nuevas” contradicciones que surjan en el mundo del derecho. Este trabajo se centró en trazar una de tantas que puedan facilitar ese camino.

BIBLIOGRAFÍA

- La Colegiación Obligatoria de Periodistas [Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-5/85 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de noviembre de 1985).
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad, Sentencia T-594-93 (T-22442) (Corte Constitucional de la República de Colombia 15 de diciembre de 1993).
- Sentencia 929/2007, 1506/2003 (Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil) 17 de Septiembre de 2007).
- Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Serie C No. 221, párr. 123 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).
- Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Jurisprudencia P.J. 21/2014 (10a.): "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA", contradicción de tesis 293/2011 (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 03 de septiembre de 2013).
- Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, OAS/Ser.L/V/II.rev2, párr.16 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 12 de Noviembre de 2015).
- Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas, párr. 93 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Febrero de 2016).
- Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 152 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Noviembre de 2016).
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (04 de mayo de 2015). *A/HRC/29/23 Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: UN.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (03 de junio de 2008). *Programa Interamericano para el Registro Universal y "Derecho a la Identidad", Resolución AG/RES.2362 (XXXVIII-O/08)*. OEA.

- Asociación Psiquiátrica Americana (APA). (2014). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. *DSM-5*, 452. Madrid: Editorial Médica Panamericana.
- Bobbio, N. (1981). *Presente y provenir de los Derechos Humanos*. Madrid: Complutense.
- Cáceres Nieto, E. (2000). *Psicología y Constructivismo Jurídico: Apuntes para una transición paradigmática e interdisciplinaria*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Cáceres Nieto, E. (2005). *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. Ciudad de México: UNAM-CNDH.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general #14. Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2009). *Observación #20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales [Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional]*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.
- Consejería Jurídica de la Ciudad de México. (05 de febrero de 2015). *Órgano de Difusión del Gobierno de la Ciudad de México*. Obtenido de http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/7bb8a79364dfde1302011f559a62d207.pdf
- Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno de la Ciudad de México. (25 de septiembre de 2016). *Comunicación Social de la Ciudad de México*. Obtenido de "Ha realizado CDMX mil 500 trámites de cambio de identidad de género": <http://comunicacion.cdmx.gob.mx/noticias/nota/ha-realizado-cdmx-mil-500-tramites-de-cambio-de-identidad-de-genero>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2017). *Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo Sexo: Obligaciones Estatales*. Costa Rica: CoIDH.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2002). Pasado y futuro del estado de derecho. En M. Carbonell, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina* (pág. 203). Ciudad de México: Siglo XXI.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Flores Ramírez, V. H. (2008). *Transexualidad en la legislación mexicana a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales*. Ciudad de México: Consejo Nacional para Prevenir la

Discriminación.

- Häberle, P. (enero-junio de 2000). El Estado Constitucional Europeo. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 93.
- Hammarberg, T. (2010). *Derechos Humanos e Identidad de Género*. Comisariado de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Berlín: TransInterQueer e.V. (TrIQ) & Transgender Europe (TGEU).
- López Galiacho Perona, J. (1998). *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid: McGraw-Hill.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2016). *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*. Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1989). *Observación General #18*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: UN.
- Organización Mundial de la Salud. (1992). *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud*. Organización Panamericana de la Salud. Ginebra: OMS.
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *International Classification Of Diseases and Related Health Problems*. Recuperado el 2012, de WHO: <http://www.who.int/classifications/icd/en/>
- Orozco Calderón, G., Ostrosky Shejet, F., Salin Pascual, R., & Borja Jiménez, K. (01 de junio de 2011). Perfil neuropsicológico en transexuales: efecto del tratamiento de reasignación de sexo. (U. d. Frontera, Ed.) *Revista Chilena de Neuropsicología*, 35.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2006). *Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea.
- Peral Fernández, L. (2000). *Concepto de sexo y discriminación por razón de sexo en el derecho social comunitario europeo: la contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto grant respecto de su jurisprudencia en el asunto P/S*. (Vols. año 5, n. 8). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas.
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Rascado Pérez, J. (2010). La interpretación de los derechos fundamentales. En R. Ugalde Ramírez, & J. Mijangos y González (Edits.), *Estado constitucional y derechos fundamentales* (pág.

340). Ciudad de México: Porrúa.

Silva Meza, J., & Valls Hernández, S. A. (2011). *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo* (1a. ed.). Ciudad de México: Porrúa.

Thompson, M. W., Roderick R., M., & Huntington F., W. (1996). *Genética Médica* (4ta. ed.). (M. Contreras Razo, Trad.) Barcelona: Masson.

BIBLIOGRAFÍA

- La Colegiación Obligatoria de Periodistas [Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-5/85 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de noviembre de 1985).
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad, Sentencia T-594-93 (T-22442) (Corte Constitucional de la República de Colombia 15 de diciembre de 1993).
- Sentencia 929/2007, 1506/2003 (Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil) 17 de Septiembre de 2007).
- Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Serie C No. 221, párr. 123 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).
- Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Jurisprudencia P.J. 21/2014 (10a.): "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA", contradicción de tesis 293/2011 (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 03 de septiembre de 2013).
- Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, OAS/Ser.L/V/II.rev2, párr.16 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 12 de Noviembre de 2015).
- Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas, párr. 93 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Febrero de 2016).
- Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 152 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Noviembre de 2016).
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (04 de mayo de 2015). *A/HRC/29/23 Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: UN.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.

- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (03 de junio de 2008). *Programa Interamericano para el Registro Universal y "Derecho a la Identidad", Resolución AG/RES.2362 (XXXVIII-O/08)*. OEA.
- Asociación Psiquiátrica Americana (APA). (2014). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. *DSM-5*, 452. Madrid: Editorial Médica Panamericana.
- Bobbio, N. (1981). *Presente y provenir de los Derechos Humanos*. Madrid: Complutense.
- Cáceres Nieto, E. (2000). *Psicología y Constructivismo Jurídico: Apuntes para una transición paradigmática e interdisciplinaria*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Cáceres Nieto, E. (2005). *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. Ciudad de México: UNAM-CNDH.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general #14. Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2009). *Observación #20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales [Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional]*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: ONU.
- Consejería Jurídica de la Ciudad de México. (05 de febrero de 2015). *Órgano de Difusión del Gobierno de la Ciudad de México*. Obtenido de http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/7bb8a79364dfde1302011f559a62d207.pdf
- Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno de la Ciudad de México. (25 de septiembre de 2016). *Comunicación Social de la Ciudad de México*. Obtenido de "Ha realizado CDMX mil 500 trámites de cambio de identidad de género": <http://comunicacion.cdmx.gob.mx/noticias/nota/ha-realizado-cdmx-mil-500-tramites-de-cambio-de-identidad-de-genero>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2017). *Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo Sexo: Obligaciones Estatales*. Costa Rica: CoIDH.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2002). Pasado y futuro del estado de derecho. En M. Carbonell, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina* (pág. 203). Ciudad de México: Siglo XXI.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.

- Flores Ramírez, V. H. (2008). *Transexualidad en la legislación mexicana a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales*. Ciudad de México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Häberle, P. (enero-junio de 2000). El Estado Constitucional Europeo. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 93.
- Hammarberg, T. (2010). *Derechos Humanos e Identidad de Género*. Comisariado de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Berlín: TransInterQueer e.V. (TriQ) & Transgender Europe (TGEU).
- López Galiacho Perona, J. (1998). *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid: McGraw-Hill.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2016). *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*. Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1989). *Observación General #18*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: UN.
- Organización Mundial de la Salud. (1992). *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud*. Organización Panamericana de la Salud. Ginebra: OMS.
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *International Classification Of Diseases and Related Health Problems*. Recuperado el 2012, de WHO: <http://www.who.int/classifications/icd/en/>
- Orozco Calderón, G., Ostrosky Shejet, F., Salin Pascual, R., & Borja Jiménez, K. (01 de junio de 2011). Perfil neuropsicológico en transexuales: efecto del tratamiento de reasignación de sexo. (U. d. Frontera, Ed.) *Revista Chilena de Neuropsicología*, 35.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2006). *Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea.
- Peral Fernández, L. (2000). *Concepto de sexo y discriminación por razón de sexo en el derecho social comunitario europeo: la contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto grant respecto de su jurisprudencia en el asunto P/S*. (Vols. año 5, n. 8). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas.
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

- Rascado Pérez, J. (2010). La interpretación de los derechos fundamentales. En R. Ugalde Ramírez, & J. Mijangos y González (Edits.), *Estado constitucional y derechos fundamentales* (pág. 340). Ciudad de México: Porrúa.
- Silva Meza, J., & Valls Hernández, S. A. (2011). *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo* (1a. ed.). Ciudad de México: Porrúa.
- Thompson, M. W., Roderick R., M., & Huntington F., W. (1996). *Genética Médica* (4ta. ed.). (M. Contreras Razo, Trad.) Barcelona: Masson.