

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**El Derecho a la Identidad Sexual como consecuencia del Principio
de Igualdad y sus Implicaciones Legales en Costa Rica**

Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho

Carlos Manuel Videche Guevara

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

2014



21 de febrero del 2014
FD-AI-117-2014

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (las) estudiante (s): Carlos Manuel Videche Guevara, carné A25450, denominado: "El Derecho a la Identidad Sexual como consecuencia del Principio de Igualdad y sus Implicaciones Legales en Costa Rica" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Gonzalo Monge Nuñez
Presidente	Licda. Rita Maxera Herrera
Secretaria (o)	MBA. María Lilly Alvarado Acosta
Miembro	MSc. Leda Marengo Marrocchi
Miembro	MSc. Melissa Salas Brenes

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **14 de marzo del 2014**, a las **6:00 p.m.** en la Sala de Replicas, 5to. Piso, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director



Ava
Cc: Expediente

Gonzalo Monge Núñez

4 de febrero del 2014

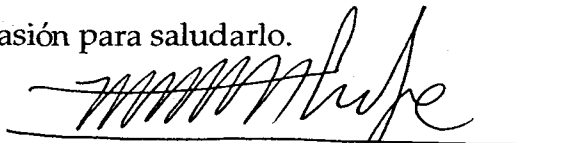
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como director del trabajo final de graduación titulado "*El Derecho a la Identidad Sexual como consecuencia del Principio de Igualdad y sus Implicaciones Legales en Costa Rica*" elaborado por el postulante Carlos Manuel Videche Guevara carné número A25450 y portador de la cédula 303990707

Se trata de una investigación compleja y seria, sobre un tema novedoso, relevante y actual. Se analiza desde la perspectiva jurídica del respeto a los derechos humanos y a la discriminación que sufre la población sexualmente diversa. Especial referencia merece el tratamiento transversal que ha hecho el postulante, con referencias jurídicas, biológicas, históricas, sociales y culturales. Todo muy bien estructurado. El trabajo final es un aporte valioso en procura de hacer efectivo el Principio de Igualdad, que no admite excepciones.

Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, lo apruebo. Aprovecho la ocasión para saludarlo.


Dr. Gonzalo Monge Núñez
Director

San José, 10 de febrero de 2014

Dr. Ricardo Salas
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

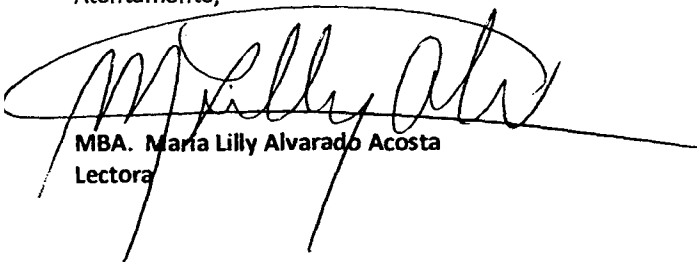
Estimado Señor:

Por este medio hago constar, en mi condición de lectora, que he leído y aprobado el trabajo de investigación de Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho que propone el postulante Carlos Manuel Videche Guevara, portador de la cédula de identidad número 3-0399-0707, carné universitario A25450, titulado *"El Derecho a la Identidad Sexual como consecuencia del Principio de Igualdad y sus Implicaciones Legales en Costa Rica"*. Este trabajo cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, todo de conformidad con el reglamento de trabajos de graduación de la Universidad de Costa Rica.

Me parece importante aprobar el trabajo de investigación del señor Videche Guevara ya que ha demostrado, desde las primeras aproximaciones al tema, rigurosidad, profundidad y formalidad con la preparación del trabajo en sí, específicamente en la calidad de la investigación, así como en las fuentes consultadas para analizar la doctrina, la normativa y el tratamiento sobre el tema objeto de análisis en otros países.

El tema desarrollado por el postulante Videche Guevara es una materia novedosa en la región. Es por ello que el análisis llevado a cabo por el autor constituye una herramienta valiosa y útil para consulta y para el estudio sobre el tema. Los hallazgos plasmados en sus conclusiones demuestran la importancia y aporte de su trabajo de investigación. Por estas razones, entrego la presente carta para aprobar dicha investigación.

Atentamente,



MBA. María Lilly Alvarado Acosta
Lectora

RITA MAXERA
ritamax@racsa.co.cr

12 de febrero del 2014

Dr. Ricardo Salas Porras
Director- Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi mayor consideración:

En calidad de lectora del trabajo final de graduación titulado *"El Derecho a la Identidad Sexual como consecuencia del Principio de Igualdad y sus Implicaciones Legales en Costa Rica"* elaborado por el postulante Carlos Manuel Videche Guevara carné número A25450 y portador de la cédula 303990707 me complace comunicar mi aprobación a esta investigación por reunir los requisitos de fondo y forma para proceder a su réplica.

Este trabajo constituye un insumo invaluable para quienes tienen la responsabilidad de hacer realidad el reconocimiento del derecho a la identidad sexual de la población LGTBI, tema presente en la agenda actual de los derechos humanos.

Afectuosamente



Rita Maxera Herrera

Licda. en Derecho. Especialista en Ciencias Penales.

Lectora



San José, 14 de febrero, 2014.

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras, Director

Área de Investigación, Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Presente

Por medio de la presente me permito comunicar que el alumno: **CARLOS MANUEL VIDECHE GUEVARA**, cédula de identidad número: **3-0399-0707**, carné número **A25450**, ha solicitado la revisión filológica de los siguientes apartados:

- **CAPÍTULO I: CONCEPTUALIZACIÓN DEL SEXO**
- **CAPÍTULO II: DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD**
- **CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL (O DE GÉNERO)**
- **CAPÍTULO IV: IMPLICACIONES LEGALES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL EN COSTA RICA**
- **CONCLUSIÓN**
- **BIBLIOGRAFÍA**

Dichos capítulos corresponden a la tesis de grado denominada: **"EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL COMO CONSECUENCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS IMPLICACIONES LEGALES EN COSTA RICA"**, elaborada para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

Para el efecto he procedido a revisar aspectos de estructura gramatical, errores de construcción, acentuación, ortografía, puntuación, morfología, sintaxis, edición y estilo, correcciones que se ha recomendado incorporar en el presente documento, por lo cual considero que está listo para su presentación. Además, se ha respetado, a lo largo del trabajo, el estilo propio del autor.

Se adjunta a la presente copias de las certificaciones del COLYPRO y de la Asociación Costarricense de Filólogos, donde se me acredita como Correctora de Estilo.

María de los Ángeles Bonilla Sequeira

Filóloga U.C.R. / ACFIL carné No.0009 / Céd. 1-0672-0683

Tel. 8898 0758 / 2253 8359 / Fax: 2233 23 50

Correos electrónicos: nemesiscr@yahoo.com / nemesistica@gmail.com

Dedicatoria

A mis padres

Agradecimientos

*A Vivi, y su amable aquiescencia.
A Lina, su solidaridad en este proceso ha sido invaluable.
A Pilar, y su complicidad de tantos años.
A René, compañero de esta y tantas otras batallas.
A Inma, por su compañía y apoyo a pesar de la distancia.
A mi Comité Asesor y Tribunal Examinador, por su gentileza de acceder a
colaborar en esta investigación.
A mi familia y amigos, por su paciencia y comprensión.*

Índice General

Dedicatoria	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice General.....	iv
Resumen	ix
Ficha bibliográfica	xi
Introducción.....	1
Capítulo I. Conceptualización del Sexo.....	5
Sección Única. Aspectos biopsicosociales del sexo	6
1.1.1 Aspectos biológicos.....	6
1.1.1.1 Órganos sexuales femeninos.....	7
1.1.1.1.1 Órganos sexuales externos.....	8
1.1.1.1.1.1 El clítoris.....	9
1.1.1.1.1.2 El monte pubiano	9
1.1.1.1.1.3 Labios menores.....	10
1.1.1.1.1.4 Labios mayores.....	10
1.1.1.1.2 Órganos sexuales internos.....	11
1.1.1.1.2.1 La vagina.....	12
1.1.1.1.2.2 Los bulbos vestibulares.....	13
1.1.1.1.2.3 La glándula de Skene.....	13
1.1.1.1.2.4 El útero	13
1.1.1.1.2.5 Los ovarios.....	14
1.1.1.1.2.6 Las Trompas de Falopio	14
1.1.1.2 Órganos sexuales masculinos	15
1.1.1.2.1 Órganos sexuales externos.....	15
1.1.1.2.1.1 El pene	15
1.1.1.2.1.2 El escroto	16

1.1.1.2.2	Órganos sexuales internos.....	16
1.1.1.2.2.1	Los testículos.....	17
1.1.1.2.2.2	Los túbulos seminíferos	17
1.1.1.2.2.3	El epidídimo	18
1.1.1.2.2.4	Conducto deferente	18
1.1.1.2.2.5	Las vesículas seminales	18
1.1.1.2.2.6	La próstata.....	19
1.1.1.2.2.7	Glándulas de Cowper.....	19
1.1.1.3	Hormonas sexuales.....	20
1.1.1.3.1	Hormonas sexuales femeninas.....	22
1.1.1.3.1.1	Estrógeno.....	22
1.1.1.3.1.2	Progesterona	22
1.1.1.3.1.3	Andrógenos	22
1.1.1.3.2	Hormonas sexuales masculinas	23
1.1.1.3.2.1	Testosterona.....	23
1.1.1.4	Diferenciación sexual	24
1.1.1.4.1	Cromosomas sexuales.....	24
1.1.2	Aspectos Psicológicos	26
1.1.2.1	Sexualidad Infantil.....	27
1.1.2.2	Sexualidad en la pubertad y adolescencia	33
1.1.3	Aspectos sociales	37
1.1.3.1	Antigua Grecia (siglos XIII a.C – II a.C).....	38
1.1.3.2	Imperio Romano (siglos VIII a.C - V d.C)	40
1.1.3.3	Edad Media (siglos V - XV)	41
1.1.3.4	Renacimiento (siglos XV-XVI).....	42
1.1.3.5	Siglos XVII y XVIII.....	43
1.1.3.6	Época Victoriana (siglo XIX).....	43
1.1.3.7	Actualidad (siglos XX y XXI).....	45
Capítulo II. Derechos Fundamentales y Principio de Igualdad		48

Sección 1: Distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos	48
2.1.1 Derechos fundamentales y derechos humanos	49
Sección 2: Evolución histórica de los derechos fundamentales	52
2.2.1 Factores económicos	53
2.2.2 Factores políticos.....	54
2.2.3 Factores sociales	56
2.2.4 Alcance internacional de los derechos fundamentales	58
Sección 3: El principio de igualdad como derecho fundamental	62
2.3.1 Generalidades históricas	63
2.3.2 Igualdad formal y material	67
2.3.2.1 Igualdad formal	68
2.3.2.2 Igualdad material	70
2.3.3 Igualdad y no discriminación	74
2.3.3.1 Concepto	74
2.3.3.2 Discriminación e instrumentos internacionales	76
2.3.3.3 Discriminación negativa.....	81
2.3.3.4 Discriminación positiva	83
Capítulo III. El Derecho a la Identidad Sexual (o de Género)	89
Sección 1: Identidad sexual y derechos de la personalidad.....	89
3.1.1 Derechos de la personalidad	90
3.1.1.1 Propia imagen.....	93
3.1.1.2 Derecho a la identidad	96
Sección 2: Identidad sexual como derecho tutelable	100
3.2.1 ¿Identidad sexual o identidad de género?	101
3.2.2 Identidad sexual como derecho.....	105
3.2.2.1 El derecho a la identidad sexual en el ámbito internacional.....	109
3.2.2.1.1 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.....	109
3.2.2.1.2 Principios de Yogyakarta	112
3.2.2.1.3 Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.....	116

3.2.2.1.4 Corte Europea de Derechos Humanos	117
3.2.2.1.5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos	119
3.2.2.1.6 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	121
3.2.2.2 El derecho a la identidad sexual en el ámbito nacional	122
3.2.2.2.1 Jurisprudencia constitucional	123
Sección 3: La transexualidad.....	128
3.3.1 Concepto.....	128
3.3.2 Causas	131
3.3.3 Hacia una despatologización de la transexualidad	134
Capítulo IV. Implicaciones Legales del Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual en Costa Rica	137
Sección 1: Derecho a la salud	138
4.1.1 Readaptación sexo-orgánica	139
Sección 2: Derecho registral.....	143
4.2.1 Cambio de nombre	144
4.2.2 Cambio del sexo registral	151
4.2.3 Derecho a la propia imagen	154
Sección 3: Derecho de Familia.....	156
4.3.1 Matrimonio	157
4.3.2 Filiación y patria potestad	163
Sección 4: Derecho Laboral.....	167
4.4.1 Del trabajo de las mujeres.....	167
Sección 5: Derecho Comparado	170
4.5.1 España	171
4.5.2 Bélgica.....	174
4.5.3 Uruguay.....	175
4.5.4 Argentina.....	177
4.5.5 Algunas consideraciones adicionales	181
Conclusión.....	184

Bibliografía191

Resumen

El derecho a la identidad sexual es un derecho que no ha sido reconocido ni discutido de manera eficaz en nuestro país. A pesar de lo polémico que puede resultar, este derecho se ha ido aceptando recientemente en otras latitudes de manera paulatina. No obstante, en Costa Rica, dicha discusión y sobre todo su reconocimiento no se ha dado de forma concreta.

La existencia de la transexualidad está reconocida desde épocas antiguas y aparece de forma constante en diferentes culturas. Consiste, básicamente, en una insatisfacción sostenida con las características físicas del sexo de nacimiento y un deseo manifiesto de cambiarlo en la medida de lo posible, y de ser aceptado social y legalmente en el género elegido, sin tener que cargar con un estigma de poseer algún tipo de trastorno.

La hipótesis que se plantea para la realización de este trabajo de investigación es que el reconocimiento del derecho a la identidad sexual es una consecuencia del principio constitucional de igualdad, así como de derechos básicos de la personalidad, por lo que la no tutela del mismo en Costa Rica, es una afrenta a dichos principios y derechos básicos.

Como objetivo general, se ha trazado realizar un estudio detallado sobre la doctrina, normativa y jurisprudencia nacional e internacional que ha venido a reconocer el derecho a la identidad sexual, demostrando que la ausencia de su reconocimiento y tutela en el país no es excusable.

La metodología empleada en este trabajo de investigación consiste en una revisión detallada de la doctrina, normativa, declaraciones, estudios médicos,

conferencias, casos y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, relativa a la identidad sexual.

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, de carácter exploratorio y descriptivo, en el tanto sistematiza y organiza la información existente y describe los vacíos legales detectados en el país y las soluciones encontradas en el derecho comparado.

El método de estudio es deductivo, pues los planteamientos son expuestos de lo general a lo particular, con la finalidad de alcanzar las conclusiones relativas al objeto de estudio planteado.

Dentro de las conclusiones más relevantes puede mencionarse que se tuvo por cierta en esta investigación, la tesis de que la identidad sexual debe considerarse un derecho en el tanto integra y mantiene una relación de género a especie con los derechos de la personalidad; derechos que representan la mayor intimidad, individualidad e identidad del ser humano.

La identidad sexual es un elemento fundamental y consustancial de la genérica identidad personal, hasta el día de hoy, el sexo y el género siguen jugando un rol fundamental en las sociedades occidentales, por lo que impedir el libre ejercicio del derecho a la identidad sexual a quienes no armonizan su sexo físico y su género psicológico, produce una transgresión de los derechos básicos de la personalidad.

Reconocer el derecho a la identidad sexual es una consecuencia del principio de igualdad en el tanto todos en el ejercicio de esa igualdad, pueden asumir la identidad que sienten profundamente como suya.

Ficha bibliográfica

*Videche Guevara, Carlos Manuel. **El derecho a la identidad sexual como consecuencia del principio de igualdad y sus implicaciones legales en Costa Rica.** Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014. xi, 200.*

Director: Dr. Gonzalo Monge Núñez

Palabras claves: Identidad sexual, Identidad de género, Principio de Igualdad, No Discriminación, Transexualidad, Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, Sexo, Género, Aspectos Biopsicosociales.

Introducción

El derecho a la identidad sexual es un derecho que no ha sido reconocido ni discutido de manera eficaz en nuestro país. A pesar de lo polémico que puede resultar, este derecho se ha ido aceptando recientemente en otras latitudes de manera paulatina. No obstante, en Costa Rica, dicha discusión y sobre todo su reconocimiento no se ha dado de forma concreta.

La existencia de la transexualidad está reconocida desde épocas antiguas y aparece de forma constante en diferentes culturas. Consiste, básicamente, en una insatisfacción sostenida con las características físicas del sexo de nacimiento y un deseo manifiesto de cambiarlo en la medida de lo posible, y de ser aceptado social y legalmente en el género elegido, sin tener que cargar con un estigma de poseer algún tipo de trastorno.

Se ha contemplado, sin embargo, en otros países, el derecho a la identidad sexual como un derecho fundamental, lo que tendría como consecuencia el derecho de toda persona a cambiar de sexo y esto requiere de una adaptación jurídica urgente. Las consecuencias jurídicas del reconocimiento a la identidad sexual o de género son sustanciales y tienen trascendencia en múltiples ramas del derecho, como el Derecho Registral y el Derecho de Familia, entre otros.

El derecho a la identidad sexual constituye, entonces, uno de los derechos de la personalidad que incluye derechos como el de la identidad personal, el derecho al nombre, a la no discriminación y a una salud integral. La contemplación de dicho derecho es consecuencia del principio de igualdad, en tanto todo ser humano tiene

derecho a una identidad con la cual se sienta en plenitud de capacidades para relacionarse en sociedad.

Como objetivo general, se ha trazado realizar un estudio detallado sobre la doctrina, normativa y jurisprudencia, nacional e internacional, que ha venido a reconocer el derecho a la identidad sexual, demostrando que la ausencia de su reconocimiento y tutela en el país no es excusable.

Los objetivos específicos establecidos han sido cuatro:

1. Conceptualizar el sexo y la sexualidad desde una perspectiva integral y sistémica.
2. Estudiar los derechos fundamentales y en particular, el principio de igualdad como fundamento del derecho a la identidad sexual.
3. Analizar el derecho a la identidad sexual en la normativa internacional de los derechos humanos y en el derecho de la Constitución en Costa Rica.
4. Analizar los procedimientos y las implicaciones legales del reconocimiento de la identidad sexual en Costa Rica.

La hipótesis que se plantea en la realización de este trabajo de investigación, es que el reconocimiento del derecho a la identidad sexual es una consecuencia del principio de igualdad, así como de derechos básicos de la personalidad, por lo que la no tutela del mismo, en Costa Rica, es una afrenta a dichos principios y derechos básicos.

La metodología empleada en este trabajo de investigación comprende una revisión detallada de la doctrina, normativa, declaraciones, estudios médicos, conferencias, casos y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, relativa a la identidad sexual.

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, de carácter exploratorio y descriptivo, en el tanto sistematiza y organiza la información existente y describe los vacíos legales existentes en el país y las soluciones encontradas en el derecho comparado.

El método de estudio es deductivo, pues los planteamientos son expuestos de lo general a lo particular, con la finalidad de alcanzar las conclusiones relativas al objeto de estudio planteado.

La estructura organizativa del presente trabajo está conformada por cuatro capítulos, cada uno dividido en sus secciones y subsecciones correspondientes.

En el primer capítulo se realiza un análisis del sexo y la sexualidad humana de una manera integral y sistémica, entendida esta como las esferas biológicas, psicológicas y sociales que están estrechamente vinculadas en su desarrollo y consolidación.

El segundo capítulo estudia los derechos fundamentales y el principio de igualdad desde una perspectiva histórica y actual. El principio de igualdad es central en este capítulo, al ser considerado piedra angular desde la que se deriva el derecho a la identidad sexual.

En capítulo tercero se hará un examen pormenorizado del derecho a la identidad sexual, desde su reconocimiento en las normas internacionales de derechos humanos, así como su tratamiento en los órganos de derechos humanos a nivel regional y la jurisprudencia constitucional nacional relacionada con el tema.

Finalmente, el capítulo cuatro repasa la situación actual del derecho a la identidad sexual en Costa Rica y cuál es su panorama presente en el Derecho Registral, Derecho de Familia y Derecho Laboral, todas ramas jurídicas que se ven íntimamente implicadas en el reconocimiento del derecho a la identidad sexual.

A su vez, se hace un repaso de las principales legislaciones aprobadas recientemente sobre el derecho a la identidad de género en el Continente Americano así como en Europa, como una manera de ilustrar algunas soluciones interesantes que se han planteado recientemente para solventar los vacíos existentes en dichos ordenamientos.

Capítulo I. Conceptualización del Sexo

El objeto de estudio de este trabajo de investigación consiste en realizar un análisis del derecho a la identidad sexual o identidad de género¹, desde el principio de igualdad, y cómo se ve reflejada la materialización o no del mismo en una población específica de la sociedad, en este caso la población transexual².

Para poder analizar y comprender cómo se traduce la eficacia de este derecho en una población “diversa” de la sociedad, es fundamental iniciar por comprender los aspectos biológicos, psicológicos y sociales que permean el desarrollo sexual de los seres humanos, es decir, los aspectos biopsicosociales del sexo.

La construcción de la identidad sexual es un proceso multicausal y multifactorial que no puede ser asumido con ligereza. Los procesos biológicos, psicológicos y sociales o ambientales son sumamente relevantes como elementos configuradores de la sexualidad y en lo específico de la identidad sexual o de género.

Es por lo anterior que resulta de importancia capital analizar los aspectos señalados anteriormente y cómo operan en el desarrollo y consolidación de la sexualidad del ser humano, a fin de lograr una comunicación sustantiva entre la

¹Los términos identidad sexual e identidad de género suelen utilizarse como sinónimos intercambiables en el idioma español, mientras que en algunos otros idiomas, como el inglés o el francés, al hablar de *sexual identity* y *gender identity* o *identité sexuel* e *identité de genre* se explican conceptos relacionados pero con diferencias sustantivas. Para efectos de esta investigación, los conceptos deberán asumirse como sinónimos aunque, como se analizará más adelante, existen algunos matices semánticos en el análisis conceptual que marcan distinciones.

² La acepción más generalizadamente aceptada de transexual es el de aquel individuo, hombre o mujer, que no siente concordancia entre su sexo biológico y psicológico. A efectos de esta investigación, no se considera imperiosamente necesario que exista una operación quirúrgica de readaptación sexo-orgánica para configurar el transexualismo en vista de que el “cambio de sexo” ya ha ocurrido de previo en la psique de la persona. Este tema será ampliado en el capítulo tercero.

ciencia médica y jurídica, que en la configuración del derecho a la identidad sexual tienen una comunicación directa.

Sección Única. Aspectos biopsicosociales del sexo

Los estudios sobre sexualidad humana son sumamente recientes si se consideran como objeto de análisis dentro del marco espacio-temporal en el que se ha desarrollado el conocimiento humano y, en específico, las ciencias. Es apenas a partir del siglo XIX cuando se inician los primeros estudios con rigurosidad científica sobre la materia; no obstante, cabe mencionar que ya en el siglo XV hubo algunas aproximaciones a su estudio, pero siempre celosamente resguardados por la cultura religiosa imperante en la época. (Vera-Gamboa, 1998)

A partir del siglo XIX, como se indicó previamente, se inician los primeros estudios para descifrar los distintos aspectos que componen la sexualidad humana, así como los factores que permean su desarrollo y las distintas variaciones y complejidades que envuelven su estudio.

Gracias a los avances científicos en la materia se ha podido constatar que la sexualidad humana no es posible analizarla desde una única óptica o perspectiva, sino que existen al menos tres ámbitos estrechamente imbricados y que ayudan a explicarla desde esas tres esferas, a saber: biológico, psicológico y social.

1.1.1 Aspectos biológicos

Es de rigor en esta sección estudiar los factores biológicos que rodean la sexualidad humana; empero es necesario aclarar que siendo esta una tesis en

Derecho, el análisis será con fines primordialmente didácticos y no con la profundidad que tendría en un estudio de ciencias básicas.

Para iniciar es necesario repasar nociones y conceptos básicos de la anatomía sexual-reproductiva, tanto masculina como femenina, y el papel que sus estructuras desempeñan en la sexualidad y reproducción humana.

Es así como, a pesar de las diferencias observables entre los genitales masculinos y femeninos, el sistema sexual reproductivo de ambos sexos tiene orígenes embriológicos similares. Según Haas y Haas (1987), durante las primeras semanas de vida fetal, los futuros ovarios en las mujeres y los testículos en los hombres comienzan como glándulas casi idénticas, secretando hormonas sexuales y fabricando células reproductivas.

Casi simultáneamente, se forman tubos que se convertirán en el epidídimo en hombres y las trompas de Falopio en mujeres. En etapas más tardías de desarrollo del feto, el pene y la vulva se desarrollan de pliegues de tejido similares. Sin embargo, a pesar de lo idéntico de sus orígenes, tres meses después de la concepción ya el feto tiene una diferenciación sexual visible. (Haas & Haas, 1987)

1.1.1.1 Órganos sexuales femeninos

Los órganos sexuales femeninos se dividen principalmente en órganos sexuales externos y órganos sexuales internos. A continuación se procederá a analizar en qué consiste cada uno de ellos.

1.1.1.1.1 Órganos sexuales externos

Según los autores Janet Shibley Hyde y John D. DeLamater (2006), “los órganos externos de la mujer consisten del clítoris, la eminencia del pubis, los labios internos, los labios externos y la abertura vaginal. En forma colectiva se les conoce como vulva” (pág. 72).

Herant A. Katchadourian y Donald T. Lunde (1981) utilizan el término de genitales externos y los identifican de la siguiente manera: “los genitales externos de la mujer se llaman colectivamente vulva (“cubierta”) o *pudendum* (“una cosa vergonzosa”). Incluyen el *mons pubis* (o *mons veneris*, “monte de Venus”), los labios mayores y menores, el clítoris y la abertura vaginal” (págs. 49-50).

Para Kurt Haas y Adelaide Haas (1987), a los tres meses de edad, la vulva fetal puede ser vista en las niñas y el pene en los niños. La vulva no es un órgano femenino específico, pero se refiere a las partes más externas de los genitales, el clítoris y las aberturas vaginales y uretrales. Sobre la vulva existe un tejido blando conocido como *mons pubis*. Esta área, también llamada *mons veneris*, será cubierta por vello al comienzo de la adolescencia.

Comenzando en la parte inferior de este monte púbico, cuando la vulva esté completamente desarrollada habrá dos largos pliegues de piel llamados *labia maiora*, o labios mayores o externos. Estos labios exteriores están externamente cubiertos por vello, pero la superficie interna es lisa. Inmediatamente dentro de los labios mayores se encuentran los labios menores o internos, la *labia minora*. En una mujer adulta, los labios pueden aparentar cerrar la vagina pero éstos pueden ser fácilmente separados con los dedos. (Haas & Haas, 1987)

Una definición más amplia sobre los órganos sexuales femeninos externos se expone a continuación:

La vulva es el conjunto de órganos genitales externos femeninos entre los cuales se encuentran: el monte de Venus, los labios mayores, los labios menores, el vestíbulo, el clítoris, orificio vaginal, el orificio uretral, el himen, los bulbos vestibulares y algunas glándulas anexas, las glándulas de Bartholin y las glándulas de Skene. (Universidad Nacional de Colombia, 2013)

1.1.1.1.1 El clítoris

Según Hyde y DeLamater (2006):

El clítoris es un órgano sensible que es excepcionalmente importante para la respuesta sexual femenina. Contiene una punta (glande), un nódulo de tejido situado hacia el exterior frente a la abertura vaginal y la abertura uretral; un cuerpo, que consiste de dos cuerpos cavernosos (cuerpos esponjosos similares a los del pene del varón), que se extiende tal vez unos 2,5 cm hacia el interior del cuerpo de la mujer; y dos pilares al interior del cuerpo del clítoris y que corren desde la punta de ésta hacia ambos lados de la vagina, bajo los labios mayores. (pág. 72)

1.1.1.1.2 El monte pubiano

Katchadourian y Lunde (1981) describen el monte pubiano como “una elevación suave, redondeada de tejido adiposo sobre la sínfisis del pubis. Después que se

cubre de vello en la pubertad, el monte es la parte más visible de los genitales femeninos”. (pág. 50)

1.1.1.1.3 Labios menores

Adelaide Haas y Kurt Haas (1987) describen los labios menores como más pequeños y delgados que los mayores, de coloración rosada u oscura, y su apariencia varía de mujer a mujer. Los labios menores carecen de vello y se encuentran a lo largo de la abertura vaginal, uniéndose en la parte superior de la vulva para formar un capuchón o prepucio que cubre el clítoris. Los labios menores están ampliamente dotados de vasos sanguíneos y terminaciones nerviosas, lo que resulta en sensibilidad a la estimulación sexual.

Los labios menores encierran un área llamada vestíbulo. En y hacia la parte superior del vestíbulo se encuentra la abertura uretral, que es el pasaje para la orina. A corta distancia bajo la uretra se encuentra la vagina. (Haas & Haas, 1987)

1.1.1.1.4 Labios mayores

En relación con los labios mayores, Katchadourian y Lunde (1981) los describen de la siguiente manera:

Dos pliegues cutáneos elongados que se dirigen hacia abajo y hacia atrás desde el monte de Venus. Su aspecto varía bastante: algunos son planos y apenas visibles detrás de grueso vello pubiano; otros son prominentes. De ordinario están muy próximos uno del otro, lo que da a los genitales femeninos la apariencia de estar “cerrados”. (pág. 50)

1.1.1.1.2 Órganos sexuales internos

En relación con los órganos sexuales internos, Katchadourian y Lunde (1981) explican que:

Consisten en dos ovarios, dos trompas uterinas (de Falopio), el útero y la vagina junto con algunas estructuras accesorias. Los ovarios, como los testículos, tienen una doble función: la producción de las células germinativas u óvulos (“huevecillos”) y de las hormonas sexuales femeninas (estrógeno y progesterona). (pág. 52)

Algunos autores incluyen a los bulbos vestibulares y las glándulas anexas dentro de los órganos sexuales internos, a diferencia de lo que se mencionó en la subsección anterior, es así como “los órganos sexuales internos de la mujer constan de la vagina, bulbos vestibulares, glándulas de Skene, útero, un par de ovarios y un par de trompas de Falopio”. (Hyde & DeLamater, 2006, págs. 78-79)

Otra adecuada definición sobre los órganos sexuales internos es la siguiente:

Los órganos genitales femeninos internos están formados por las glándulas sexuales femeninas u ovarios y los conductos genitales femeninos. Las glándulas sexuales femeninas u ovarios son glándulas mixtas, situadas en la cavidad pelviana que producen las células sexuales o gametos femeninos (ovocitos secundarios) y las hormonas sexuales femeninas (estrógenos y progesterona). Los conductos genitales femeninos comunican la cavidad peritoneal con el exterior y están constituidos por las tubas uterinas donde se desarrolla el feto hasta el nacimiento, y la vagina que es el órgano de la cópula en la hembra. (*Enciclopedia Cubana en la Red*, 2013)

1.1.1.1.2.1 La vagina

En relación con la vagina, Hyde y DeLamater (2006) afirman que:

Este es el órgano tubular dentro del cual se inserta el pene durante el coito; también recibe la eyaculación. Debido a que es el paso por el cual viaja el bebé al momento del nacimiento, en ocasiones también se le denomina canal de parto. En estado de reposo o de falta de excitación, la vagina es de aproximadamente 8 a 10 centímetros de longitud y tiene una ligera inclinación hacia atrás desde la base hasta la parte superior. Al final, termina en la abertura vaginal o introito. En su parte superior se conecta con el cuello uterino (la parte baja del útero). Es un órgano muy flexible que funciona un tanto como un globo. En estado de reposo sus paredes yacen juntas como los lados de un globo desinflado; durante la excitación se expande como globo inflado, abriendo un espacio para recibir el pene. (pág. 79)

En cuanto a su constitución interna, Katchadourian y Lunde (1981) explican:

La mucosa vaginal es como la piel que cubre el interior de la boca. Al contrario del endometrio, no contiene glándulas aunque su aspecto se modifica por los niveles hormonales. La capa media de la vagina es muscular, pero mucho menos desarrollada que la de la pared uterina. La mayoría de las fibras están dispuestas longitudinalmente. La capa externa también es muy delgada. Las paredes vaginales tienen pocos nervios. Al igual que el cuerpo del pene, la vagina es un órgano muy poco sensible, pero el área que rodea la abertura vaginal es muy excitable. (pág. 57)

1.1.1.1.2.2 Los bulbos vestibulares

Al tratar la definición de los bulbos vestibulares, Hyde y DeLamater (2006) los describen así:

Dos órganos similares en tamaño y forma a una vaina de guisantes. Yacen a cada lado de la pared vaginal, cerca de la entrada, debajo de los labios internos. Son de tejido eréctil y se encuentran cerca de los pilares del clítoris. (pág. 80)

1.1.1.1.2.3 La glándula de Skene

En relación con la glándula de Skene, Hyde y DeLamater (2006) manifiestan que:

Se encuentra entre la pared de la uretra y la pared de la vagina (Zaviačič *et al.*, 2000b). Sus conductos se descargan al interior de la uretra, pero se pueden sentir en la pared anterior de la vagina. La evidencia indica que secreta un fluido bioquímicamente similar al fluido prostático masculino. (pág. 80)

1.1.1.1.2.4 El útero

Haas y Haas (1987) explican que el útero y la vagina son, en un sentido, ambos lados opuestos de un órgano en forma tubular. El útero, ubicado en el extremo superior es una estructura elástica y altamente fibrosa que alberga al infante en desarrollo durante nueve meses. En una mujer joven que nunca ha estado embarazada, el útero es compacto, de siete centímetros de largo y sus paredes de aproximadamente dos centímetros de grosor. Con el embarazo, el útero se expande enormemente con el propósito de hospedar entre 10 y 15 libras entre el

bebé y fluido. Después del parto, el útero regresa a su tamaño y forma pre-embarazo. Después de la menopausia, el útero usualmente se encoge aún más.

1.1.1.1.2.5 Los ovarios

Katchadourian y Lunde (1981) explican lo siguiente:

El ovario tiene forma de almendra, más pequeño (3,7 x 1,8 x 2,5 cm) y ligero (8 g) que el testículo; también reduce su tamaño en la vejez. En sus posiciones habituales, los ovarios están en situación vertical flanqueando al útero. Se mantienen en su lugar mediante varios pliegues y ligamentos, incluyendo los *ligamentos útero ováricos* que los unen a los lados del útero. Estos ligamentos son cordones sólidos y no deben confundirse con las trompas uterinas que se abren en la cavidad uterina.

El ovario contiene numerosas cápsulas o *folículos* en varios estados de desarrollo, incluidos en los tejidos de sostén. Los folículos se localizan en la periferia del órgano. La parte central del ovario, la *médula*, tiene muchos vasos sanguíneos contorneados. Cada folículo contiene un óvulo. Cada mujer nace con unos 400.000 óvulos inmaduros. Parece improbable que se produzcan nuevos óvulos adicionales durante el resto de la vida de una mujer. (págs. 52-53)

1.1.1.1.2.6 Las trompas de Falopio

Las trompas de Falopio se extienden hacia el exterior de los lados de la parte superior del útero. Las trompas de Falopio son extremadamente estrechas y están recubiertas de proyecciones vellosas llamadas *cilios*.

Las trompas de Falopio son la vía por la cual el óvulo viaja hacia el útero y los espermatozoides llegan al óvulo. De manera típica, la fertilización del óvulo ocurre en el infundíbulo, la sección de la trompa más cercana al ovario; después el óvulo fertilizado viaja el resto del camino a través de la trompa hacia el útero. (Hyde & DeLamater, 2006, pág. 80)

1.1.1.2 Órganos sexuales masculinos

Al igual que los órganos sexuales femeninos, los órganos sexuales masculinos se subdividen, a su vez, en internos y externos. A continuación se revisará cuáles órganos y estructuras componen cada uno de ellos.

1.1.1.2.1 Órganos sexuales externos

Según Herant A. Katchadourian y Donald T. Lunde (1981), “los órganos sexuales externos del varón son el pene y el escroto. Los testículos y sus anexos dentro del saco escrotal, aunque fuera de la cavidad corporal, en general no se consideran parte de los genitales externos” (pág. 39).

Para Janet Shibley Hyde y John D. DeLamater (2006), “a nivel externo, las partes más evidentes de la anatomía sexual masculina son el pene y el escroto, o bolsa escrotal, que contiene los testículos” (pág. 82).

1.1.1.2.1.1 El pene

El pene es un órgano externo de forma tubular que consiste esencialmente de tres cilindros internos. Estos cilindros están compuestos de células que se encuentran muy cercanas entre sí. La apariencia cavernosa de este tejido esponjoso es el

origen de los nombres anatómicos. Los dos *corpora cavernosa* forman la parte superior del pene y el *corpus spongiosum* forma la inferior. La uretra, la vía para la orina, está ubicada dentro del *corpus spongiosum* hacia el centro inferior. Desde el *meatus*, la abertura en la punta del pene, el canal uretral (de la vejiga al *meatus*) mide cerca de 20 cm de longitud. (Haas & Haas, 1987)

Aparte de ser el pasaje para vaciar la orina, la uretra también transporta semen, una solución espesa y blanquecina que contiene esperma, la célula reproductiva masculina. En la base del pene, dentro del abdomen bajo, se encuentra tejido muscular que rodea la uretra. Un músculo prominente es el *bulbocavernosus*. Este músculo ayuda a iniciar y detener el flujo de la orina y también propulsa el semen hacia el exterior. (Haas & Haas, 1987)

1.1.1.2.1.2 El escroto

Hyde y DeLamater (2006) definen al escroto como “la otra importante estructura genital externa del varón; ésta es una bolsa suelta de piel, ligeramente cubierta de vello que contiene los testículos. Los testículos en sí se consideran como parte de los genitales internos” (pág. 85).

1.1.1.2.2 Órganos sexuales internos

Los autores Katchadourian y Lunde (1981) explican los órganos sexuales masculinos internos de la siguiente manera:

El sistema reproductor puede considerarse formado por tres unidades funcionales: los órganos para la producción de los espermatozoides (los testículos), un sistema de conductos para el almacenamiento y

transporte de los espermatozoides (epidídimo, conductos deferentes, conducto eyaculador, uretra) y el órgano para la descarga de los espermatozoides (el pene). Los componentes de las primeras dos unidades son los órganos sexuales internos. (pág. 44)

Otros autores, como Hyde y DeLamater (2006), incluyen también dentro de los órganos sexuales masculinos internos a las vesículas seminales, la próstata y las glándulas de Cowper, por lo que también serán analizadas en este acápite.

1.1.1.2.2.1 Los testículos

Los testículos son las gónadas o glándulas reproductivas del varón y que, por ende, son análogas a los ovarios de la mujer. Así como los ovarios, tienen dos funciones principales: fabricar células germinales (espermatozoides) y hormonas sexuales, en particular testosterona. Ambos testículos son aproximadamente del mismo tamaño, aunque en general, el izquierdo cuelga más abajo que el derecho. (Hyde & DeLamater, 2006, pág. 85)

1.1.1.2.2.2 Los túbulos seminíferos

Las células testiculares que producen la hormona masculina se encuentran en los túbulos seminíferos y se conocen como *células intersticiales* (o *células de Leydig*); están esparcidas en el tejido conectivo en asociación estrecha con los vasos sanguíneos. Los túbulos seminíferos convergen en un intrincado laberinto de conductos que en última instancia dejan los testículos y se fusionan en un tubo único que constituye el principio del sistema de conductos genitales pareados. (Katchadourian & Lunde, 1981, págs. 46-47)

1.1.1.2.2.3 El epidídimo

Al madurar el espermatozoide, éste es desplazado fuera de las gónadas hacia el epidídimo, el cual es un tubo muy delgado de aproximadamente seis metros de longitud enrollado sobre los testículos. El espermatozoide continúa su maduración en el epidídimo hasta dejar los testículos por medio de las *vas deferens*, donde es depositado hasta que cumpla su función reproductora. (Haas & Haas, 1987)

1.1.1.2.2.4 Conducto deferente

Hyde y DeLamater (2006) se refieren sobre el conducto deferente de la siguiente manera:

Al momento de la eyaculación, los espermatozoides pasan del epidídimo al conducto deferente. El conducto pasa hacia arriba y hacia afuera del escroto y después sigue una curiosa vía circular a medida que da vuelta sobre el hueso púbico, cruza junto a la vejiga urinaria y después baja hacia la próstata. Mientras el tubo pasa a través de la próstata, se estrecha y, en este punto, se le denomina conducto eyaculatorio. El conducto eyaculatorio se abre hacia la uretra, que tiene la doble función de transportar el espermatozoide y la orina; los espermatozoides se eyaculan por el pene a través de la uretra. (pág. 86)

1.1.1.2.2.5 Las vesículas seminales

Dentro del abdomen, el conducto deferente se orienta alrededor de la vejiga urinaria y eventualmente se une con las vesículas seminales. Estos cuerpos con

forma de bolsa secretan una considerable cantidad de fluido que contiene esperma. (Haas & Haas, 1987)

Siguiendo la explicación sobre las vesículas seminales, Hyde y DeLamater (2006) explican que “las vesículas seminales producen cerca del 70 por ciento del fluido seminal o eyaculación. La próstata produce el 30 por ciento restante. Vacían su fluido al conducto eyaculatorio para que se combine con los espermatozoides” (pág. 87).

1.1.1.2.2.6 La próstata

Al precisar las características de la próstata, Katchadourian y Lunde (1981) la describen de la siguiente manera:

La próstata es una estructura encapsulada más o menos del tamaño y forma de una gran castaña y formada por tres lóbulos. Se encuentra situada con su base contra el fondo de la vejiga. Está constituida por fibras musculares lisas y tejido glandular cuyas secreciones explican gran parte del líquido seminal y su olor característico. (pág. 48)

1.1.1.2.2.7 Glándulas de Cowper

Las glándulas de Cowper o glándulas *bulbouretrales*, se localizan justo debajo de la próstata y se vacían en la uretra. Durante la excitación sexual, estas glándulas secretan una pequeña cantidad de líquido alcalino transparente que aparece en forma de pequeñas gotas en la punta del pene antes de que ocurra la eyaculación. Se piensa que la función de esta secreción es neutralizar la acidez de la uretra,

permitiendo el paso seguro del espermatozoide. (Hyde & DeLamater, 2006, pág. 87)

1.1.1.3 Hormonas sexuales

En esta subsección se estudiarán las hormonas sexuales, tanto masculinas como femeninas, y la función que cumplen dentro del proceso sexual humano. Es fundamental abarcar este estudio, ya que una parte de los procedimientos de reasignación sexo-orgánica en transexuales conlleva terapia hormonal, por lo que es de suma relevancia conocer el rol ejercido por estas hormonas.

Antes de iniciar es importante brindar una breve definición sobre qué son las hormonas, a nivel general, antes de pasar a analizar las hormonas sexuales propiamente dichas. Es así como Katchadourian y Lunde (1981) precisan lo siguiente:

Al contrario de ciertas glándulas (como las sebáceas o salivales), las endocrinas secretan sus productos directamente en la corriente sanguínea. Estos productos son hormonas que ejercen profundos efectos fisiológicos sobre órganos o tejidos específicos a los cuales viajan por la corriente sanguínea. Las glándulas endocrinas incluyen estructuras tales como las glándulas tiroideas, paratiroides y suprarrenales, así como el páncreas. (pág. 113)

Los mismos autores señalan el papel predilecto que juega la hipófisis en la secreción de las otras glándulas endocrinas. Explican que “la hipófisis, la más compleja de todas las glándulas endocrinas, es una estructura del tamaño de un chícharo localizada en la base del cerebro y conectada con él mediante un

sistema microscópico de vasos sanguíneos y fibras nerviosas.” (Katchadourian & Lunde, 1981, pág. 113)

En relación con las hormonas sexuales, existen dos hormonas hipofisarias fundamentales en la estimulación de las glándulas sexuales. Siguiendo en la línea de pensamiento de los autores citados previamente, se explica lo siguiente:

Dos hormonas hipofisarias, las llamadas *gonadotrofinas*, son de gran interés porque estimulan las glándulas sexuales: la hormona *estimulante del folículo* (HEF) y la hormona *luteinizante* (HL). Una tercera, la *prolactina*, estimula la producción de leche por la mama femenina. En la mujer, la HEF y HL estimulan los ovarios para que produzcan y secreten las hormonas sexuales femeninas, los *estrógenos* y la *progesterona*. En el varón, la HL generalmente se denomina *hormona estimulante de las células intersticiales* (HECI), porque estimula las células intersticiales (de Leydig) de los testículos para que elaboren y secreten la hormona sexual masculina o *testosterona*. Todas estas hormonas sexuales pertenecen a un grupo de sustancias químicas denominadas *esteroides*. (Katchadourian & Lunde, 1981, págs. 114-115)

En estrecha relación con lo anterior, Hyde y DeLamater (2006) explican:

Las hormonas sexuales más importantes son la testosterona (una entre un grupo de hormonas llamadas andrógenos) y el estrógeno y la progesterona. La tiroides, las suprarrenales y la pituitaria son ejemplos de glándulas endocrinas. En este caso, lo que nos interesa son las gónadas o glándulas sexuales: los testículos en el varón y los ovarios en la mujer. (pág. 97)

1.1.1.3.1 Hormonas sexuales femeninas

1.1.1.3.1.1 Estrógeno

El estrógeno, usualmente llamado la hormona feminizante, es producido principalmente en los ovarios. Los estrógenos ayudan a determinar el desarrollo sexual del embrión y en la pubertad, aceleran el crecimiento de los senos, la vagina, el clítoris y otros órganos intrauterinos. El estrógeno es también el responsable de la forma más redondeada y suave del cuerpo de la mujer durante la adultez y de la distribución del vello en su cuerpo. (Haas & Haas, 1987)

1.1.1.3.1.2 Progesterona

La progesterona es producida mayoritariamente por el cuerpo lúteo en el ovario. La progesterona ayuda en la regulación de la menstruación y prepara al útero para recibir y sustentar al óvulo fertilizado. Además, la progesterona también puede tener alguna influencia moderada en el impulso sexual. Cuando relativamente elevadas cantidades de progesterona están presentes en mujeres (o en hombres), usualmente existe un nivel reducido de actividad sexual. Durante las etapas tardías del embarazo, los niveles de progesterona pueden estar hasta 25 veces más elevados de lo usual y en consecuencia, se reducen los niveles de motivación sexual. (Haas & Haas, 1987)

1.1.1.3.1.3 Andrógenos

Las mujeres también producen hormonas masculinizantes llamadas andrógenos. Pequeñas cantidades de diferentes tipos de andrógenos son producidas por los ovarios y las glándulas suprarrenales. Los andrógenos parecen contribuir al crecimiento y desarrollo de las niñas desde edades muy tempranas. Una hormona

androgénica particular, la testosterona, puede jugar un papel en la determinación del nivel de impulso sexual en ambos sexos. (Haas & Haas, 1987)

1.1.1.3.2 Hormonas sexuales masculinas

1.1.1.3.2.1 Testosterona

En relación con las hormonas sexuales masculinas, Hyde y DeLamater (2006) afirman lo siguiente:

La pituitaria y los testículos producen hormonas. La hormona importante producida por los testículos es la testosterona. Ésta es una hormona sexual “masculina” o masculinizante que tiene importantes funciones en cuanto a estimular y mantener las características sexuales secundarias (como el crecimiento de la barba), mantener los genitales y su capacidad de producción de espermatozoides, y estimular el crecimiento de hueso y músculo. (pág. 98)

Siguiendo este mismo orden de ideas, Katchadourian y Lunde (1981) explican:

Sin embargo, en los varones, como se observó antes, la HL se llama “hormona estimulante de las células intersticiales” (HECI) a causa de las diferencias en el sitio de su acción.

La HECI alcanza las células intersticiales de los testículos a través de la corriente sanguínea y las estimula iniciando el proceso de la pubertad. Se ve poco en cuanto a notables cambios externos, pero las células intersticiales empiezan a producir un andrógeno principal (hormona sexual masculina), un compuesto llamado *testosterona*. Esta sola sustancia es responsable fundamentalmente del desarrollo de todos los

cambios físicos (incluyendo el desarrollo de los *caracteres sexuales secundarios*) que ocurren durante la pubertad. (pág. 128)

1.1.1.4 Diferenciación sexual

Habiéndose estudiado en el acápite anterior lo relativo a las hormonas sexuales y el papel que desempeñan en el desarrollo de las características sexuales, tanto en hombres como en mujeres, es ahora necesario estudiar cuáles son los elementos involucrados en la diferenciación sexual a nivel genético o cromosómico.

Comprender estos aspectos es fundamental para tener una visión que posteriormente se complementará con los aspectos psicológicos y sociales involucrados en el desarrollo y la evolución sexual humana.

1.1.1.4.1 Cromosomas sexuales

La fase inicial en el proceso de diferenciación sexual en la etapa embrionaria o prenatal empieza con el rol desempeñado por los cromosomas sexuales como los responsables directos en la primera etapa de construcción del sexo biológico en los seres humanos. El descubrimiento de los cromosomas involucrados en el desarrollo biológico-sexual prenatal es de relativa reciente data. A estos efectos, Polaino-Lorente (1992) explica:

Puede afirmarse que hasta finales del siglo XIX no se conocía que el sexo del hombre estuviera determinado genéticamente. En 1912, Winiwarker encontró que había dos cromosomas X en las hembras. En 1923, Parker describió en el varón, en cambio, la presencia de un solo cromosoma Y. El 1976, Krco y sus colaboradores demostraron en el

brazo largo del cromosoma Y la presencia de genes que, al parecer, eran responsables de la espermatogénesis. (pág. 27)

En esta misma línea, sobre el descubrimiento científico de los genes involucrados en el desarrollo sexual humano, el mismo autor profundiza de la siguiente manera:

En 1987, Weissenbach, Fellous y sus respectivos equipos de colaboradores identifican un gen, el TDF (*Testis Determining Factor*), localizado en el brazo largo del cromosoma Y, que al fin era el responsable de la diferenciación masculina del embrión. Este gen codifica una proteína que, actuando sobre la gónada todavía no diferenciada, hará que se formen los testículos. El gen TDF parece estar íntimamente vinculado al gen H-Y, que es el responsable de codificar la síntesis de otra proteína, un antígeno que sólo está presente en la membrana de las células del varón. En los embriones en cuyas células no está presente este antígeno, puede establecerse la presunción de que se diferenciarán como hembras. (Polaino-Lorente, 1992, pág. 27)

Hyde y DeLamater (2006) explican la relevancia de otro gen en la diferenciación sexual humana:

Un gen importante que dirige la diferenciación de las gónadas, y que se localiza en el cromosoma Y, se conoce como **SRY**, por región de determinación del sexo en el cromosoma Y (Page *et al.*, 1987; Skaletsky *et al.*, 2003). Si está presente el SRY, ocurre la diferenciación de los testículos y el desarrollo de un varón. (pág. 100)

Como se ha podido estudiar, no son solamente importantes los cromosomas en la diferenciación sexual, sino que también los genes involucrados en enviar las señales pertinentes en este proceso son actores fundamentales en este complejo e importante evento biológico.

Es con la diferenciación cromosómica que se da el banderazo de salida al proceso de sexuación en los seres humanos, y desde este momento da inicio una secuencia concatenada de eventos hormonales y genéticos que encauzarán finalmente en el desarrollo fenotípico de hombres o mujeres.

Se han estudiado, en esta primera subsección, los factores biológicos involucrados en la construcción del sexo en los seres humanos. Como se mencionó al principio, éstos (los factores biológicos) no son suficientes para dar una conceptualización integral sobre el sexo, por lo que a continuación se estudiarán los factores psicológicos implicados en este proceso.

1.1.2 Aspectos psicológicos

El sexo y la sexualidad acompañan al ser humano desde su nacimiento hasta su muerte, es decir, se encuentra a lo largo del ciclo vital de cada individuo en mayor o en menor medida, y desde la infancia hasta la adultez se haya estrechamente relacionada con los aspectos psicológicos que envuelven el desarrollo humano.

Es así como ya desde los primeros años de vida, resulta posible notar que quizá existan unas primeras manifestaciones de conducta sexual en infantes en edad de lactancia que muchas veces pueden pasar inadvertidas ante los adultos, pero que indudablemente constituyen las primeras etapas del desarrollo psicosexual de los niños y niñas.

Es el propósito de este apartado repasar, aunque de forma somera, los principales aspectos y aristas en el desarrollo psicosexual del ser humano, principalmente en los años que anteceden a la pubertad y posteriormente, durante los años de la adolescencia.

1.1.2.1 Sexualidad infantil

Los niños son seres sexuados desde su nacimiento. A menudo, los adultos toman consciencia de la sexualidad de sus hijos cuando los ven explorando sus propios genitales. Tan pronto como durante la primera semana de nacimiento, los niños pueden ser vistos con erecciones. De manera análoga, un equivalente prematuro de lubricación vaginal puede ocurrir en niñas cuatro o cinco semanas después de nacer. Ambas son reacciones reflejo, aunque sí demuestran que el desarrollo sexual de niñas y niños ha iniciado ya. (Haas & Haas, 1987)

Lo anterior indica que desde muy temprana edad, el cuerpo humano está diseñado para procesar reflejos sexuales que, si bien es cierto, no son respuestas conscientemente erotizadas, sí demuestra que respuestas sexuales a un nivel mayoritariamente psicobiológico son posibles desde los primeros días o meses después del parto.

Katchadourian y Lunde (1981) profundizan en lo anterior al afirmar que los “infantes de uno y otro sexo, ya a la temprana edad de cuatro meses responden a la estimulación genital de tal manera que al menos sugiere fuertemente el placer erótico”. (pág. 255)

En este mismo sentido, Hyde y DeLamater (2006) explican que “se ha observado que los lactantes juegan con sus propios genitales. Existen ciertas dudas acerca de qué tan conscientes están de lo que hacen, pero cuando menos

parecen estar realizando algún tipo de autoestimulación sexual placentera”. (pág. 262)

Durante la primera parte de la infancia, existe un marcado incremento en el interés sexual. Cerca de un cinco por ciento de los niños en edades entre los tres y cinco años se han masturbado efectivamente y no simplemente acariciado sus genitales (Kinsey *et al.*, 1953). No existen cifras adecuadas en relación con la masturbación femenina, pero es probable que sea menos frecuente que en niños. (Harmatz & Novak, 1983)

Con base en lo anterior es posible afirmar que los seres humanos, desde momentos muy tempranos después del parto, ya se encuentran en capacidad de demostrar algunas manifestaciones sexuales primarias, las cuales irán evolucionando de la mano con el desarrollo psicosexual del individuo.

En relación con el desarrollo psicosexual de los seres humanos, resulta imposible no mencionar, aunque en forma somera, la Teoría del Desarrollo Psicosexual de Sigmund Freud. Es importante acotar que en tiempos recientes, la comunidad científica ha estado cada vez menos de acuerdo con los detalles de la teoría freudiana, pero el aporte principal y aún actual de la Teoría Psicosexual de Freud, fue el haber asociado a la sexualidad con las primeras etapas de la vida del ser humano y no como algo que aparecía “espontáneamente” durante la pubertad.

Es así como Freud propone cinco etapas fundamentales en el desarrollo psicosexual del ser humano, a saber: la fase oral, la fase anal, la fase fálica, la fase latente y la fase genital. Dentro de su teoría, un concepto preponderante para poder entenderla es el de una fuerza denominada líbido o energía vital, la cual según él, controlaba conductas importantes a lo largo de la vida. (Harmatz & Novak, 1983)

Harmatz, Novak (1983) y Gagnon (1977), al tratar las fases del desarrollo psicosexual en la teoría freudiana, precisan lo siguiente:

- a) **Fase oral:** la fase oral del desarrollo psicosexual freudiano consiste y se concentra en, como su nombre lo indica, la boca. En esta etapa, que abarca el primer año de vida, el niño o la niña reciben gratificación por medio de la comida y una relación estrecha con su madre.

- b) **Fase anal:** la segunda fase freudiana del desarrollo psicosexual comprende de los dos a los cuatro años de vida y se concentra en la etapa en la cual los niños aprenden a controlar sus esfínteres. Esta es, quizá, la primera etapa en donde los niños son sujetos de las demandas de sus padres. En esta etapa, el niño puede desarrollar sentimientos intensos, ya sea de placer o de ansiedad, según así haya sido el proceso de aprendizaje de control de esfínteres.

- c) **Fase fálica:** la fase fálica se desarrolla entre los cuatro y seis años y la atención del niño se centraliza en los genitales y en los placeres de la masturbación. Es en esta fase donde surgen los reconocidos “complejo de Edipo” en los hombres y “complejo de Electra” en las mujeres. El primero hace alusión al conflicto entre el niño y el padre por el amor de la madre, y como consecuencia, el niño desarrolla el temor de la pérdida de su pene como una venganza de parte del padre. El segundo se refiere al conflicto entre la niña y su madre, en el que la niña se molesta con su madre porque esta última no le satisface sus necesidades; además, culpa a su madre por la falta de pene; esta envidia del pene provoca que la niña se sienta atraída hacia su padre.

- d) Fase latente:** la fase latente comprende desde los seis años hasta la pubertad y el niño se haya en este momento en una fase latente del desarrollo psicosexual. Durante este tiempo, la energía libinal no está localizada en ningún área particular del cuerpo.
- e) Fase genital:** la última de las fases freudianas del desarrollo psicosexual es la fase genital, la cual justamente representa la culminación del desarrollo psicosexual. La energía libidinal resurge en esta etapa y es dirigida hacia el placer sexual con otros. Esta fase surge en la adolescencia y, según Freud, si todas las otras fases habían sido superadas exitosamente, el adolescente se encuentra ya preparado para tener una relación sexual significativa con un individuo del sexo opuesto.

Las críticas a la Teoría del Desarrollo Psicosexual de Freud por parte no solo de la comunidad científica en el área de la Psicología sino también desde la teoría feminista son abundantes; sin embargo, en lo que todos concuerdan es que uno de sus principales aportes, sino el único, es el de haber dotado de una integralidad a los estudios sobre el desarrollo psicosexual de los seres humanos, es decir, presentar el desarrollo de la sexualidad humana como un continuo desde el nacimiento mismo.

Para respaldar lo anterior, Schwarz (1969) explica que Freud sostenía que, contrario a la creencia habitual, nuestra vida sexual no comienza con la pubertad sino más bien muy temprano, en la infancia. Esta tesis fue enconadamente combatida por psicólogos de todas las creencias y denominaciones, hasta que la Psicología Infantil asumió el reto, y a través de numerosas observaciones y experimentos, confirmó los descubrimientos de Freud en principio y en detalle.

Existen otras teorías que buscan explicar el desarrollo sexual del ser humano y son conocidas como las Teorías del Aprendizaje, según lo reseñan Katchadourian y Lunde (1981), o Teorías Extrínsecas, según lo explican Harmatz u Novak (1983).

Los autores anteriormente citados precisan, alrededor del concepto de aprendizaje, que “una manera sencilla de enfocarla es considerarla como aprendida toda conducta que no aparecería a menos que fuera o específicamente enseñada por alguien más, o aprendida por el individuo mediante el ensayo y el error, la imitación y así sucesivamente”. (Katchadourian & Lunde, 1981, pág. 282)

Sin embargo, es importante recalcar que no existe una sola teoría del aprendizaje y que los estudiosos en la materia parecen no estar completamente acoplados con una o varias de ellas. Es por esto que Katchadourian y Lunde (1981) afirman lo siguiente:

Aunque puede parecer que la teoría del aprendizaje ofrece un enfoque unificado o un solo esquema conceptual, en realidad no hay una sola teoría del aprendizaje que tenga una amplia aceptación. En su lugar existen muchas teorías del aprendizaje, incluyendo aquellas de Thorndike (conexionismo), Guthrie (condicionamiento continuo), Skinner (condicionamiento operante), Hull (conducta sistemática), Tolman (aprendizaje de signos) y Lewin (teoría de campo), así como aquellas de la escuela clásica de la Gestalt, el enfoque más ecléctico del “funcionalismo” y varios modelos que usan paradigmas matemáticos de aprendizaje. (pág. 282)

Lo anterior permite concluir que si bien es cierto en lo conceptual pareciera no haber concordancia, al menos sí lo existe en el hecho de que el aprendizaje

resulta ser un condicionante fundamental del desarrollo de las conductas humanas, y las conductas sexuales no escapan a esa realidad.

En relación con el concepto de las Teorías Extrínsecas del desarrollo sexual, Harmatz y Novak (1983) exponen que éstas se enfocan en factores externos al individuo, que instituyen comportamientos sociales y patrones sexuales. Todas estas teorías invocan al aprendizaje como el mecanismo mediante el cual los niños adquieren sus roles de género y comportamientos sexuales.

En este sentido y siguiendo en la misma línea de los autores supracitados, a continuación se tratarán en forma breve, las principales Teorías Extrínsecas que explican el desarrollo sexual:

- a) Teorías del condicionamiento:** los principales responsables de las teorías del condicionamiento fueron Ivan Pavlov y Burrhus Skinner, quienes desarrollaron las teorías del condicionamiento clásico y del condicionamiento operante, respectivamente. En relación con la primera, una persona o animal aprenden a asociar una respuesta particular con un estímulo que no suele provocar esa respuesta. El condicionamiento operante, por otra parte, radica en la idea de que las respuestas que son recompensadas tienden a repetirse, mientras que las respuestas que son castigadas tienden a no repetirse.

- b) Imitación y observación:** muchos teóricos del aprendizaje enfatizan en la importancia de la imitación y la observación en la construcción del desarrollo sexual del ser humano. Este enfoque es particularmente aplicable a los aprendizajes de los roles de género; sin embargo, parecieran no serlo tanto en la conducta sexual directa, en vista de que esta última es usualmente escondida de los niños. El condicionamiento es una parte

importante de los procesos de imitación y observación, ya que existen premios o castigos según se imite o no la conducta deseada.

c) Aprendizaje cognitivo o autosocialización: en relación con el aprendizaje cognitivo, quienes sostienen esta teoría afirman que los niños progresivamente asumen los roles de género según se vayan desarrollando sus capacidades mentales, es decir, los niños solamente son capaces de aprender y entender el género y los roles de género según se lo permitan sus capacidades cognitivas. En relación con esta teoría, también se afirma que los niños nacen más o menos neutrales, es decir, no existen diferencias biológicas importantes entre niños y niñas al momento de nacer que expliquen las posteriores diferencias de género. (Gagnon, 1977)

d) Mandatos sociales: muchos teóricos han hecho énfasis en la importancia que tiene la sociedad en los mandatos que rigen los roles de género y la conducta sexual. Han observado que individuos de una variedad de sociedades, siguen un patrón más o menos estructurado a la hora de adquirir roles de género y de alcanzar un estatus sexual activo.

Las teorías del aprendizaje y del condicionamiento no son unívocas y tal parece que no son, en sí mismas, autosuficientes para explicar los complejos procesos destinados al desarrollo sexual de los seres humanos. Sin embargo, los aportes brindados no dejan de ser relevantes para una mejor comprensión de los factores y aristas involucrados en el estudio de las conductas sexuales.

1.1.2.2 Sexualidad en la pubertad y adolescencia

La pubertad y la adolescencia son las etapas con las que, posiblemente, sean más fácilmente asociados el desarrollo sexual y el incremento apresurado en el interés por lo erótico. Los cambios que ocurren, tanto a nivel biológico como psicológico

en esta etapa, son sumamente notorios y quizá sean de los cambios más desapacibles a los cuales el ser humano ha de enfrentar en forma natural.

Katchadourian y Lunde (1981), al referirse a la pubertad y la adolescencia, afirman que “no son puntos en el tiempo sino períodos de tiempo. La pubertad se extiende durante tres o cuatro años en la mujeres y por más tiempo en los varones. La adolescencia es aún más prolongada” (pág. 262).

Como se estudió en el acápite anterior, es en este momento (la pubertad) en donde Freud colocaba el período de latencia, en el cual los deseos o impulsos sexuales se encontraban “adormecidos”; sin embargo, estudios posteriores han desafiado tal análisis freudiano.

En este sentido, Hyde y DeLamater (2006) afirman:

Freud utilizó el término de *latencia* para referirse al período preadolescente que sigue a la resolución del complejo de Edipo. Freud consideraba que los impulsos sexuales se “reprimen” durante la latencia y no se expresan. La evidencia indica, sin embargo, que Freud no tenía razón y que el interés y expresión de los niños en cuanto a la sexualidad permanece como algo muy evidente a lo largo de este período, quizás más de lo que los propios padres están dispuestos a creer. (pág. 265)

La pubertad aparece también como el período en el cual se suscitan los cambios biológicos más notorios en los cuerpos de niños y niñas en la transición hacia la adultez, a través de “el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios y la iniciación de la capacidad reproductora”. (Katchadourian & Lunde, 1981, pág. 262)

En relación con la conducta sexual durante la adolescencia, existe un marcado interés en explorar y continuar descubriendo en esta área. Una de las principales conductas erótico-sexuales en la cual los adolescentes se ven involucrados es la masturbación; sin embargo, tal parece que esta práctica es mucho más elevada en hombres que en mujeres, principalmente por condicionantes de tipo social hacia estas últimas en relación con la exploración de sus propios cuerpos.

El origen de este aumento en el interés por la sexualidad durante la adolescencia puede explicarse tanto desde la Biología como desde la Sociología. En relación con la primera, las hormonas sexuales parecieran ser las responsables directas, mientras que en relación con la Sociología, las fuerzas y mandatos sociales parecieran ser, en algunos casos, más permisivos en temas sexuales, lo que también colaboraría en esta tendencia al alza en el interés sexual.

En relación con lo anterior, Hyde y DeLamater (2006, citando un estudio de Udry, 1988) explican lo siguiente:

El meollo de este estudio es que demuestra que el nivel de testosterona tiene un impacto sustancial sobre la sexualidad de los niños y niñas adolescentes. Las variables sociales (como las actitudes permisivas, la ausencia del padre en el caso de las niñas y la asistencia a la iglesia) interactúan posteriormente con los efectos biológicos, aumentándolos en algunos casos (ausencia del padre para las niñas) y suprimiéndolos en otros (asistencia a la iglesia). (pág. 268)

A nivel de desarrollo psicosexual, se podría concluir que la adolescencia es el período en el cual se dan los “ajustes” necesarios a nivel emocional y psicológico, que preparan al adolescente para enfretar la etapa de la adultez y, en particular, su vida sexual adulta, en una forma sana, respetuosa e integral.

Dentro de los “ajustes” más relevantes que se presentan durante la adolescencia está la construcción de su identidad y, en concreto, la consolidación final de su identidad sexual. A tales efectos, la Dra. María Elena Gamucio, del Departamento de Psiquiatría de la Pontificia Universidad Católica de Chile, explica:

La identidad sexual es parte fundamental de la identidad del yo y normalmente es más conocida como identidad del género (da cuenta del sexo psicológico). Durante la adolescencia, el joven se identifica con su propio sexo (sexo identificado), es decir, asume los rasgos, actitudes, conducta verbal, gestual y motivaciones propias de su género. Este sexo identificado necesita ser reconfirmado por los otros (por ejemplo, relaciones con pares de su mismo sexo, relaciones eróticas con el otro sexo, etc.) y por el propio adolescente, para asegurarse de su aceptación y lograr la adaptación social. El rol sexual es el comportamiento de cada individuo como hombre o mujer, y la orientación sexual se refiere al objeto hacia el cual se dirige el impulso sexual. (Gamucio, 2010)

Es importante recordar, sin embargo, que la identidad sexual se fija desde los primeros años de vida del individuo según diversos factores que posteriormente se explicarán en este trabajo de investigación; empero, en la adolescencia pareciera que es el momento en el cual esta identidad es materializada o externalizada de una forma más visible en relación con el mundo social que rodea a los jóvenes.

De lo estudiado en esta subsección se puede afirmar que la adolescencia es un período “turbulento” en el desarrollo psicosexual del adolescente, ya que no solo deben lidiar con los cambios biológicos repentinos en los cuales se ven inmersos, sino que a nivel psicológico y social, deben asumir retos en los que

muchas veces encontrarán que lo que “piensan” o “sienten” sobre ellos mismos no está en concordancia con los mandatos sociales hegemónicos, lo cual repercutirá en su psicosexualidad durante la adultez.

1.1.3 Aspectos sociales

La aseveración de que el sexo es social no deja margen para dudas o interpretaciones. La sexualidad humana y todo el entramado social que deriva o puede derivar de ella, es indudable que es lo suficientemente extensa como para realizar múltiples investigaciones al respecto. La actividad sexual humana está permeada por lo moral, lo ético, lo “normal” y lo legal; todas estas definiciones sociales que pueden o no variar según distintos grupos humanos.

A pesar de lo anterior y lo complejo del estudio sociológico del sexo, resulta importante estudiar los aspectos sociales más importantes involucrados en él, al menos en la sociedad occidental, ya que analizar otras sociedades correspondería más a un estudio antropológico y no es el objetivo de este apartado.

Muchas veces, lo psicológico y lo social tienden a confundirse y la frontera entre ambos parece fácilmente difuminable. Sin embargo, para efectos prácticos, se suele suponer que lo psicológico hace referencia a todos aquellos aspectos intrapersona, es decir, el desarrollo interno e individual, mientras que lo social refiere a las relaciones interpersonales, es decir, entre el individuo y la sociedad.

La cultura es definida como el “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.” (Real Academia Española, 2013). El sexo, por lo tanto, está permeado por las múltiples variaciones culturales que tienen injerencia sobre él según el período socio-histórico que corresponda.

Otra definición adecuada sobre cultura es la que proporcionan Frayser (2004), Kroeber y Kluckhohn (1963), quienes citados por Hyde y DeLamater (2006) explican que:

En general, cultura se refiere a las ideas y valores tradicionales (es decir, transmitidos de generación en generación) que se comunican a los miembros del grupo a través de símbolos (como el lenguaje). Entonces, estas ideas y valores sirven como la base para los patrones conductuales observados en el grupo. (pág. 9)

Es por lo anterior que en este apartado se realizará un breve repaso sobre los principales cambios socio-históricos en la definición y tolerancia-permisividad hacia el sexo en distintos períodos de la historiografía occidental. Estudiar este desarrollo histórico es importante para comprender el estado actual del tema.

La apertura o rechazo hacia el sexo o la sexualidad ha variado ampliamente durante distintos períodos de las sociedades occidentales; muchas veces ha habido períodos de total represión, pasando por períodos mucho más permisivos y momentos en el que ambas facciones han coexistido, como pareciera suceder en la actualidad.

1.1.3.1 Antigua Grecia (siglos XIII a.C. – II a.C.)

Durante el período clásico, en la llamada Era Dorada (comienzos del siglo V a.C.), Grecia estaba gobernada por líderes políticos antes que por líderes religiosos, y prevalecía de una forma u otra, una democracia como sistema político. La visión cultural predominante era el naturalismo, el cual enunciaba que todos los eventos podían explicarse según las leyes de la naturaleza; esto contrastaba ampliamente

con la visión religiosa que gobernaba otras culturas del mismo período. (Harmatz & Novak, 1983)

Según se desprende de lo anterior, el contraste entre una forma más o menos secular en el gobierno de la Grecia antigua marcó una diferencia sustancial en la forma en la cual los griegos de la época contemplaban la sexualidad y el por qué ciertas prácticas o conductas sexuales eran, en algunos sentidos, toleradas o permitidas más que en otras culturas de su tiempo.

En el punto más alto del desarrollo de la Era Dorada griega, el ideal de belleza estaba ejemplificado por el hombre joven. Tanto física como intelectualmente, el hombre joven era visto como el punto ideal de toda la naturaleza. El arte, la escultura, el drama y la poesía estaban destinados a la expresión homoerótica, es decir, el deseo sensual del hombre por el hombre. La concepción de que el hombre era bisexual por naturaleza comenzó a dominar la sociedad griega y se le dio libre expresión. (Harmatz & Novak, 1983)

Sin embargo, conforme se fue dando el declive del mundo griego debido a guerras y crisis económicas, a pesar de que la libertad sexual y la experimentación seguían siendo común, también hubo contratendencias restrictivas. Así, por ejemplo, hubo momentos en los que la homosexualidad y el lesbianismo fueron severamente castigados, la prostitución masculina y femenina, así como las actividades sexuales que involucraban grupos de mujeres y hombres fueron denunciados como insalubres. (Haas & Haas, 1987)

Se puede concluir que los episodios históricos, sean estos económicos, políticos o sociales, tienden a tener una fuerte influencia sobre la cultura de las sociedades, y cómo se analizó al principio de esta subsección, la visión que se tenga del sexo y la sexualidad forma también parte de todo ese conglomerado cultural.

La Grecia antigua es un ejemplo adecuado de lo que acá se afirma. En los períodos de mayor bonanza económica, artística e intelectual, fue una sociedad que podría describirse como “liberal” y “tolerante” hacia muchas conductas sexuales, pero conforme entraron en períodos críticos, dicha permisividad se fue reduciendo gradualmente.

1.1.3.2 Imperio Romano (siglos VIII a.C - V d.C)

La civilización romana se desarrolló a través de varios siglos y durante ese tiempo, las reglas y costumbres en relación con el sexo variaban enormemente, es por lo tanto imposible identificar “una moral romana” o una abordaje único de la sexualidad por parte de los romanos.

Sin embargo, dentro de los aspectos notables que pueden reseñarse a efectos de comparar y establecer las relatividades culturales, es que, a modo de ejemplo, en la familia romana la actividad sexual iniciaba bastante temprano (12 años para las niñas y 14 años para los niños). Los padres eran los responsables de instruir a los niños en temas sexuales; las madres enseñaban a las niñas y los padres a los niños. (Harmatz & Novak, 1983)

Además, los autores supracitados afirman que es hacia el final de Imperio Romano cuando se incrementa el interés por los aspectos románticos de la sexualidad. La prostitución era una práctica aceptada en Roma; los prostíbulos existieron a lo largo de Roma e inclusive, aumentaron sustancialmente hacia los últimos años del Imperio.

En relación con la homosexualidad, aunque nunca fue considerada una desviación bajo ninguna ley romana, era vista de una forma ampliamente negativa e inclusive, se le mencionaba de forma peyorativa como “la forma griega”. A pesar de lo

anterior, la actividad homosexual se incrementó en alguna medida al final del período del Imperio, principalmente entre las clases altas. (Harmatz & Novak, 1983)

1.1.3.3 Edad Media (siglos V - XV)

La Edad Media trae consigo un control absoluto de todos los aspectos de la vida humana por parte de la Iglesia Católica. Su duración de aproximadamente mil años, trajo profundos cambios y modificaciones en la forma en la que se pensaban distintos aspectos de la sociedad y, lógicamente, el sexo y su enfoque cambió de una manera dramática.

En este sentido, la castidad era considerada una virtud y cuando no fuese posible serlo (casto), la actividad sexual debía llevarse a cabo sin placer. Durante el acto sexual solo era permitida la posición del hombre sobre la mujer, ya que otras posiciones podían provocar mayor placer, esto según documentos eclesiásticos del siglo VIII. Existían diversas penas para quienes fuesen descubiertos practicando otras posiciones; la más penada era el sexo anal, la cual conllevaba hasta siete años de penitencias. (Harmatz & Novak, 1983)

Los autores citados anteriormente explican, de igual manera, que los documentos de la época también hacían referencia a la prohibición o el mandato de abstinencia en distintos momentos del año, como lo domingos o en otras ocasiones especiales del calendario litúrgico. Si se añaden todas las fechas en las que existía restricción para las prácticas sexuales, sumaría un total de cinco meses al año en los cuales no era posible tener relaciones sexuales.

Conforme fue avanzando el tiempo, el poder de la Iglesia se incrementaba cada vez más y seguidamente, la legislación secular fue siendo apropiada por la

legislación eclesiástica hasta llegar a un dominio casi total y absoluto por parte de la Iglesia de todos los ámbitos de la vida humana. Sin embargo, estos largos años de represión estarían pronto a experimentar un cambio con la llegada del Renacimiento.

1.1.3.4 Renacimiento (siglos XV-XVI)

Con la llegada del Renacimiento se da una ruptura sustancial con la Edad Media, principalmente (pero no únicamente) a través del enfoque artístico, en el cual el ser humano y su cuerpo desnudo dejó de ser considerado perverso o sucio, sino que se retomó la concepción de la Roma Antigua de considerarlo como un arte supremo. De esta manera, poco a poco fueron surgiendo distintos tipos de arte y literatura erótica que trataban de renovar las moralidades sexuales del momento. (Harmatz & Novak, 1983)

También es importante retomar el papel que tuvo la Reforma Protestante en este contexto, al ser una corriente contestataria del poder de la Iglesia Católica en la Europa de la época. Se plantearon importantes transformaciones en cuanto a regulaciones morales en materia sexual que de cierta manera socavaron el poder supremo de la Iglesia.

Dichas reformas o transformaciones llevaron a la conformación de nuevas denominaciones religiosas, como los luteranos, clavinistas o anglicanos, las cuales posteriormente también influirían ampliamente a sus seguidores en cuanto al dictado moral de la sexualidad, siendo algunas de ellas tan estrictas que podría afirmarse que significaron un retroceso de los progresos alcanzados por el Renacimiento en el tema.

1.1.3.5 Siglos XVII y XVIII

Los siglos XVII y XVIII que siguieron al Renacimiento estuvieron marcados por el surgimiento de la curiosidad científica en todas las áreas del saber humano, Física, Química, Astronomía, Biología, Geografía, así como un despertar en la Literatura y las artes, en general.

Lo anterior trajo tensiones con la Iglesia o Iglesias que trataban de continuar manteniendo influencias importantes en la vida de las personas de la época, en oposición con el dictado de la razón y el conocimiento como los responsables del trazado del comportamiento humano que profesaban los ilustrados o enciclopedistas.

Es así como el desarrollo del conocimiento en Medicina se involucró más y más para lidiar con desórdenes o “desviaciones” de tipo sexual. A medida que la ciencia buscaba y encontraba respuestas en eventos naturales y no en dogmas religiosos, la conducta sexual comenzó a ser vista como parte del mundo natural. Lentamente, durante el siglo XVIII, el conocimiento y el control del comportamiento sexual cambió de la religión a la ciencia. (Harmatz & Novak, 1983)

1.1.3.6 Época Victoriana (siglo XIX)

La época victoriana, denominada así en honor a la Reina Victoria de Inglaterra, fue una época de grandes contradicciones en materia sexual. La represión sexual social era sumamente agresiva y, sin embargo, en la Inglaterra del momento, existía todo un mundo paralelo y oculto en el que se daba total libertad a las prácticas sexuales en prostíbulos y burdeles que proliferaban por doquier.

La campaña en favor del puritanismo e ignorancia en materia sexual inició en 1857, cuando la reina le ordenó al parlamento inglés la prohibición de los libros obscenos. Al principio, los libros que eran evidentemente eróticos fueron perseguidos y destruidos, sin embargo, poco después los clásicos, como Shakespeare, Milton o Dante, también fueron cuidadosamente escrutinados y el menor pasaje inapropiado era editado inmediatamente. (Haas & Haas, 1987)

De la misma forma, los autores citados anteriormente explican que los niveles de control en materia sexual llegaron a tal grado que a las mujeres inglesas se les prohibió absolutamente mostrar sus piernas; inclusive, se llegaron a cubrir las patas de muebles y pianos para evitar cualquier mal pensamiento por asociación con las piernas de las mujeres.

En este mismo sentido, a las mujeres se les prohibía desvestirse en una cita médica y debían señalar en un maniquí el lugar en el cual estuvieran sintiendo dolor. Se inventaron todo tipo de aparatos mecánicos para impedir la masturbación de los jóvenes y a las niñas se les controlaba constantemente de forma tal que al menor indicio de una conducta sexual inapropiada, se les castigaba severamente.

La ciencia, particularmente la Medicina, estuvo también al servicio de fomentar una sexualidad represiva *in extremis*. Médicos de la época afirmaban que las mujeres estaban solamente interesadas en ser madres y que nunca sentían placer producto de las relaciones sexuales; sugerir lo contrario era repulsivo. Era un deber de la mujer permanecer quieta y permitir que su marido usara su cuerpo para satisfacer sus necesidades animales. (Haas & Haas, 1987)

Los hombres también eran vistos con desdén durante la época victoriana. Según Harmatz y Novak (1983), los victorianos veían a los hombres como animales con

apetitos insaciables, los hombres debían ser controlados y jamás debían ser sexualmente estimulados. La ciencia consideraba que el semen era parte de la fuerza vital y que, por lo tanto, solamente debía utilizarse para la procreación, por lo cual la masturbación era severamente penada y se asociaba con enfermedades.

Tal parece que el fin de la era victoriana se vio acelerada por las misma represión sexual que se tornó insostenible; pese a ello, muchas de las ideas y costumbres victorianas se adentraron hasta el siglo XX e inclusive, es posible que muchas de las dudas, miedos, inhibiciones, desinformaciones y estigmas sobre sexualidad en la actualidad, tengan su raíz en la época victoriana.

1.1.3.7 Actualidad (siglos XX y XXI)

El siglo XX, con sus dos guerras mundiales, depresiones económicas, revoluciones, progresos y retrocesos económicos y avances tecnológicos vertiginosos, han sido quizá los 100 años de la edad contemporánea con la mayor cantidad de acontecimientos de gran importancia a los que la humanidad ha tenido que adaptarse relativamente en tan corto tiempo.

Dentro de este panorama, la sexualidad y la conducta sexual humana también se han visto inmersas en profundos cambios que han sucedido a un paso acelerado. Las luchas de diversos grupos, para citar un ejemplo de mujeres u homosexuales en conseguir un mayor respeto y grado de reconocimiento de derechos, ha marcado buena parte del siglo.

El avance de la ciencia también ha ayudado a un mayor entendimiento de cómo se desenvuelve la sexualidad humana, tanto a nivel biológico como psicológico, los aportes científicos han sido de una valía incalculable para lograr una

sexualidad humana más respetuosa de los derechos humanos y más sana, tanto a nivel fisiológico como mental.

La revolución sexual de las décadas de los años 60 y 70, en las cuales las mujeres han sido pioneras en la lucha por sus derechos sexuales y reproductivos, marcó el camino para reivindicaciones de otros grupos. Los cambios en los roles de género y, en general, en la concepción rígida de lo que significa ser hombre o ser mujer, viene a ser cuestionado fuertemente en el siglo XX y continúa evolucionando en el presente siglo.

Sin embargo y como se estudió en este acápite, tal parece que se vive en una época en la cual ha regresado una tensión, al menos en algunas partes del mundo occidental, entre lo religioso y lo científico, o legal en relación con la sexualidad y prácticas sexuales.

El siglo XXI inició justamente dentro de un conflicto religioso cuasi global; los hechos sucedidos el 11 de setiembre de 2001 marcaron un inicio sumamente peligroso de hostilidades, entre el islam y el cristianismo, propiciada por gobiernos y fanatismos de ambos lados; por lo cual, menospreciar el papel de la religión en el quehacer diario del ser humano pareciera una irresponsabilidad.

Resulta imposible, sin embargo, unificar o generalizar las tendencias en cuanto a la apertura o no en temas de sexualidad que actualmente vive el mundo occidental. Podría afirmarse que algunos países europeos han ido a la vanguardia en estos temas, mientras que otros recientemente han demostrado algunos retrocesos.

En el Continente Americano existen diferencias enormes a los interno de los Estados Unidos y es así como diferentes estados tienen diversas leyes y grados

de tolerancia en aspectos de orientación sexual o identidad sexual; sin embargo, parecería que se tiende a la apertura, a pesar de la enorme presión religiosa existente.

El panorama en América Latina, salvo unas pocas excepciones, pareciera un poco más sombrío en vista de que aún ni siquiera han sido superados temas de género que tienen décadas ya de discutirse y, por lo tanto, otras temáticas como homosexuales, transexuales o intersexuales parecen estar muy lejos de ser tuteladas legalmente y mucho menos toleradas socialmente.

La sexualidad, el comportamiento sexual y las prácticas sexuales han variado enormemente a lo largo del tiempo; se han vivido tanto momentos de una apertura casi ilimitada, como otros de represión absoluta. Actualmente pareciera que se vive un período de apertura pero con tintes de represión por parte de algunos grupos; habrá que esperar para determinar hacia qué lado el péndulo terminará por decantarse.

Capítulo II. Derechos Fundamentales y Principio de Igualdad

El eje central de esta investigación pasa por el principio de igualdad como uno de los derechos fundamentales preponderantes que deben ser respetados en todo Estado que se autodenomine democrático, social y de derecho. Es importante realizar un análisis socio-histórico del origen de los derechos fundamentales y, en particular, del principio de igualdad en las sociedades occidentales.

Será también meritorio en este capítulo precisar las principales aristas que son transversales al principio de igualdad desde una breve perspectiva filosófica, así como la operatividad del principio en la praxis y, en particular, en el trato de minorías sociales, como son aquellas personas diversas sexualmente.

Sección 1: Distinción entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos

Es usual que al tratar el tema de derechos fundamentales, su aproximación conceptual sea tomada con mucha ligereza y, en muchas ocasiones, aprovechando su polisemia lingüística puede llegarse a confusiones o, inclusive, a explicaciones contradictorias entre sí.

Los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales suelen intercambiarse indiscriminadamente. Si bien es cierto, en muchos casos existe una concordancia de fondo entre ambos, en otros casos no es tan evidente la comunicación existente entre derechos fundamentales y derechos humanos, por lo que resulta significativo precisar algunos aspectos conceptuales de ambas nociones.

2.1.1 Derechos Fundamentales y Derechos Humanos

Históricamente se ha concebido una diferencia formal entre derechos humanos y derechos fundamentales, la cual radica, a grandes rasgos, en su carácter internacional o nacional de dichos derechos; es decir, la diferencia entre uno y otro radica principalmente en el hecho de que sean reconocidos internacionalmente o de estar o no incluidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, específicamente si están incorporados en la Constitución o Ley Fundamental.

En este sentido, se afirma que “tradicionalmente, en el orden estatal, se han entendido, sobretodo, por autores de derecho constitucional y político, los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos, como divergentes, a saber, con un significado diferente.” (Aguilar Cavallo, 2010, pág. 20)

Siguiendo este orden de ideas, Luis María Díez-Picazo (2008) afirma que “en la concepción formal, solo son derechos fundamentales aquellos que están declarados en normas constitucionales o, al menos, en normas de rango supralegal.” (Díez-Picazo, 2008, pág. 39)

Sin embargo, frente a esta definición formal y rígida de los derechos fundamentales, el mismo autor, citando a Luigi Ferrajoli, brinda una definición más moderna y flexible de los derechos fundamentales, a saber:

Derechos fundamentales serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas –o, en su caso, sólo a los ciudadanos- por el mero hecho de serlo. Se trataría de derechos inherentes a la condición de persona o de ciudadano, tal como ésta es concebida en dicho ordenamiento; y, por eso mismo, serían derechos universales, en el sentido de que corresponden

necesariamente a todos los miembros del grupo (personas o ciudadanos). (Díez-Picazo, 2008, pág. 38)

La definición de Ferrajoli, citada por Díez-Picazo, es considerada como material antes que formal, en el tanto se centra principalmente en el contenido del derecho como aquello verdaderamente relevante para ser tomado como fundamental y no así si dicha norma tiene un rango constitucional, legal o inclusive, inferior a la legal.

El jurista costarricense Rubén Hernández Valle (2010) mantiene una posición formal antes que material, como distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. Es así como afirma que:

Por los primeros [los derechos humanos] se entiende el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Es decir, los derechos humanos tienen una connotación más axiológica que jurídica, pues se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades de la vida humana y que, por diversas razones, no se encuentran positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos. (Hernández Valle, 2010, pág. 11)

Para el autor citado anteriormente, la positivización del derecho como método de incorporación a lo interno del ordenamiento jurídico nacional, preferentemente a nivel constitucional, es pieza clave y definitoria para precisar cuándo se está en la presencia de derechos fundamentales.

Por su parte, Gregorio Peces-Barba Martínez (1999) presenta una definición con el propósito de unir ambos términos en lugar de disgregarlos; sin embargo, se decanta por el término de derechos fundamentales antes que por el de derechos humanos, sustentándose en los preceptos que a continuación se detallan:

- a) Es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone.
- b) Puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalistas o positivistas.
- c) Es más adecuado que los términos «derechos naturales» o «derechos morales» que mutilan a los derechos humanos de su faceta jurídico-positiva, o dicho de otra forma, que formulan su concepto sin tener en cuenta su dimensión jurídico-positiva. Las tradiciones lingüísticas de los juristas atribuyen al término «derechos fundamentales» esa dimensión vinculándola en su reconocimiento constitucional o legal.
- d) Es más adecuado que los términos «derechos públicos subjetivos» o «libertades públicas» que pueden perder de vista la dimensión moral, y ceñir la estipulación del sentido a la faceta de la pertenencia al ordenamiento. (Peces-Barba Martínez, 1999, pág. 37)

Peces-Barba parece que ofrece la visión más sistémica del concepto de derechos fundamentales, en el tanto no realiza distinciones relacionadas con la positivización o no de los derechos, sino que más bien, es integral al unir el ámbito moral (metafísico) de los derechos humanos frente al ámbito jurídico-normativo de los derechos fundamentales.

En el transcurso de esta investigación, al referirse al término de derechos fundamentales, dicha referencia será entendida en el concepto material y no formal del término, es decir, los derechos fundamentales lo son en sí mismos por su condición de garantizar libertades, derechos y condiciones fundamentales para la dignidad, el desarrollo de la autonomía de la voluntad y la propia personalidad.

Lo anterior, sin embargo, sin menoscabo de que la positivización de los derechos fundamentales lógicamente lleva a una mayor justiciabilidad de los mismos y ofrece una mayor exigibilidad de cumplimiento hacia la Administración, ofreciendo consecuentemente una mayor seguridad jurídica a los administrados.

Sección 2: Evolución histórica de los derechos fundamentales

Estudiar los principales aspectos de la historiografía de los derechos fundamentales es de importancia a efectos de conocer cómo su desarrollo derivó en el impacto actual que tienen en los ordenamientos jurídicos occidentales modernos. Las instituciones jurídicas, en este caso los derechos fundamentales, son fruto de procesos socio-históricos que permitieron su aparición y, por lo tanto, su estudio resulta relevante.

Dentro del concepto de tiempo para la historia, el surgimiento de los derechos fundamentales es un fenómeno bastante reciente que tiene su origen junto con el estallido de las revoluciones liberales-burguesas en Europa y las declaraciones de derechos en los Estados Unidos.

Es por lo anterior que dentro de esta sección se analizarán los principales momentos históricos que permitieron la creación, incorporación y consolidación de

los derechos fundamentales y su acompañamiento con otros hitos de la historia moderna, principalmente de finales del siglo XVIII.

2.2.1 Factores económicos

El surgimiento de los derechos fundamentales como fenómeno histórico requirió, necesariamente, de un componente socio-económico que permitiera su aparición y potenciación. El tránsito de la Edad Media a la Época Moderna implicó un cambio en el sistema económico imperante, a saber, el tránsito del feudalismo a una forma de capitalismo incipiente.

Es dentro de este panorama que la aparición de una nueva clase social, la burguesía, tendrá un impacto preponderante en la posterior consolidación de los derechos fundamentales a través del nacimiento del constitucionalismo moderno y, por consiguiente, de la positivización de tales derechos.

En relación con lo anterior, Peces-Barba Martínez (1999) afirma que:

Ese nuevo orden supone la toma del poder económico por la burguesía, y frente al enmarcamiento del hombre medieval en estatus, favorece e impulsa la mentalidad individualista. Así, los derechos fundamentales son un signo del desarrollo de ese individualismo y del protagonismo que adquiere en esta época el hombre individual. (pág. 116)

Es así como esa evolución embrionaria del sistema mercantil, de la mano con un individualismo que favoreciera el desarrollo económico, llevará en los siglos posteriores (XVIII y XIX) a la consolidación del capitalismo industrial, y a través de él, a una búsqueda de una mayor injerencia en los intereses políticos con el propósito de mantener y potenciar los beneficios de esa libertad de mercado.

Sin embargo, desde antes de la consolidación del capitalismo como sistema económico moderno, la burguesía asumió como necesario, para sus intereses y valores económicos y filosóficos, una necesidad de limitar el poder absoluto del soberano frente a abusos que impedían el libre desarrollo de sus actividades comerciales, convirtiéndose estas conquistas en el germen fundacional de los derechos fundamentales.

En palabras del autor supracitado, se explica que:

Quando en los siglos XVII y, sobre todo, XVIII, el descontento de la burguesía por el excesivo poder del Estado y la fuerza económica adquirida, la lleven a pretender compartir el poder político, los derechos humanos serán una de las armas más importantes. (Peces-Barba Martínez, 1999, pág. 117)

Es decir, los derechos humanos, entendidos como derechos individuales frente al poder de soberano, asumieron un rol fundamental como defensa de la burguesía ante las injerencias del poder político en sus actividades económicas liberales dentro del nuevo esquema económico.

2.2.2 Factores políticos

Es importante aclarar que aunque se hace una diferenciación o segregación de los aspectos principales que suscitaron el desarrollo histórico de los derechos fundamentales, dicha segregación es para los efectos de una mejor comprensión, ya que éstos no se dieron aislados los unos de los otros, sino que más bien, se sucedieron simultánea e independientemente los unos de los otros.

La evolución económica que se estudió en la sección anterior no podía darse sin la existencia de un escenario político que permitiera su desarrollo, o dicho de otra manera, las condiciones políticas imperantes propiciaron las condiciones económicas que posteriormente coadyuvarían al surgimiento de los derechos fundamentales.

En este escenario, es el nacimiento del Estado-Nación el principal factor que permitirá el rompimiento con los viejos esquemas del feudalismo medieval y, por consiguiente, también será el elemento que permitirá a la nueva clase, la burguesía, la realización de sus ideales comerciales y económicos.

Pese a ello, como se mencionó anteriormente, es ante este poder estatal absoluto contra quien se alzarán las revoluciones liberales en la búsqueda de derechos individuales que permitieran oponerse a las arbitrariedades del poder político a través del surgimiento de un nuevo derecho y de un nuevo ordenamiento jurídico.

La conexión e interrelación entre los aspectos económicos y políticos que provocaron la aparición de los derechos fundamentales queda en evidencia en palabras de Gregorio Peces-Barba Martínez (1999), quien al tratar el tema de la aparición del estado afirma que:

Para afrontar los retos producidos por la extensión del comercio, por el predominio de una economía dineraria y de mercado, por el descubrimiento de nuevas fuentes de riqueza, por el desarrollo de las finanzas internacionales, se hará necesaria la unificación del poder frente al localismo feudal, a la ficción de un imperio que ya no es un poder efectivo y frente a las pretensiones de dominio de la Iglesia Católica por el principio de superioridad de lo espiritual. (pág. 119)

De lo anterior se desprende cómo la necesidad de centralizar el poder político surge fruto de un interés económico que permitiera que las nuevas prácticas mercantiles fluyeran según las circunstancias lo requirieran; pero también como oposición al poder religioso, lo cual se convierte en otro aspecto relevante de la aparición del Estado como institución política.

Junto a la centralización del poder en manos del Estado como forma de encauzar el nuevo escenario económico, surge necesariamente una figura inexistente hasta el momento, esta es la potestad de imperio del Estado como mecanismo para garantizar la seguridad, que a partir de este momento será la seguridad que emana del Derecho.

Esta nueva dinámica jurídica será vital en la conformación y consolidación de los derechos fundamentales, como parte consustancial de los ordenamientos jurídicos europeos y americanos, a través de las declaraciones de derechos que sentaron las primeras bases de una futura internacionalización de los mismos.

2.2.3 Factores sociales

Los cambios económicos y políticos que se dieron en el tránsito de la Edad Media a la Modernidad fueron solamente posibles gracias a cambios que se sucedían a lo interno de las sociedades medievales y que provocaron, como se explicó anteriormente, que se diera esa conjunción de factores que llevaron al génesis de los derechos fundamentales.

El Renacimiento, de la mano con la Reforma Protestante, sentaron las bases del inicio del cambio de más de mil años de oscurantismo en los cuales la Europa medieval se había visto inmersa. El humanismo predicado por el Renacimiento,

junto con la contestación de la Reforma ante el poder irrestricto de la Iglesia Católica, puso al ser humano en un primer plano.

Gregorio Peces-Barba (1999) explica esta relación entre humanismo y reforma de la siguiente manera:

Frente a la ética medieval, al gran edificio de la ética católica, montada sobre el doble apoyo de la gracia y de la libertad, la ética renacentista será una ética de la gracia con la reforma protestante y una ética de la libertad con el humanismo. Ambas coincidirán, pese a lo alejado, aparentemente, de sus puntos de partida, en afirmar la autonomía, el valor del trabajo y de la actividad humana. Este antropocentrismo ético coloca al hombre, constructor de sí mismo y dominador de la naturaleza, en el centro del universo. (pág. 123)

El resurgimiento del ser humano como centro del saber y del conocimiento, como amo y señor de todo lo que le rodea, lógicamente supone consigo una necesidad imperiosa de que ese individualismo y libertad frente a los otros y frente al nuevo poder del Estado sea protegido de alguna manera, esto es, a través del nuevo Derecho y, en particular, a través de los derechos fundamentales.

Este nuevo Derecho, que surge como respuesta a las necesidades económicas de la burguesía y a las nuevas demandas del individualismo por libertad y autonomía, se trata fundamentalmente de un derecho político, esto es, que proviene principalmente del Estado como garante del ordenamiento jurídico y responsable de sus sistematización.

En los apartados previos ha sido posible analizar cómo los factores económicos, políticos y sociales-culturales trabajaron en conjunto para liderar el tránsito de la

Época Medieval a la Modernidad, y cómo dicho tránsito representó, a su vez, el surgimiento de los derechos fundamentales, como mecanismo necesario para hacer frente a las nuevas demandas de los individuos de la época.

2.2.4 Alcance internacional de los derechos fundamentales

El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales forma parte de su proceso mismo de consolidación, que como se estudió en el acápite anterior, es un largo proceso histórico en el que han intervenido múltiples factores, lo cual ha permitido su desarrollo progresivo hasta la actualidad.

Un primer paso esencial hacia la internacionalización de los derechos fundamentales consistió en su proceso de positivización como elemento clave en el proceso de exigibilidad y justiciabilidad de los mismos. La construcción positiva de los derechos fundamentales permitió abstraerlos de lo etéreo y abstracto para remitirlos a lo corpóreo y definido.

La positivización permitió la simbiosis entre el derecho natural y la realidad física de esos derechos en relación con los individuos titulares de los mismos; es decir, este proceso creó la reciprocidad entre derecho natural y derecho positivo como forma de relacionarse el uno con el otro y convertirse, entonces sí, en derecho pleno.

El jurista Gregorio Peces-Barba Martínez (1999), al tratar el tema de la positivización de los derechos fundamentales, precisa lo siguiente sobre esta cuestión:

Así como los valores estéticos se realizan en un cuadro, en una poesía o en una escultura, este valor ético, pretensión justificada que son los

derechos fundamentales, se realiza con su incorporación al Derecho positivo. Sólo tienen sentido como moralidad crítica si pretenden ser derecho positivo, y si tienen una posibilidad, aunque sea remota de serlo alguna vez. Si esta posibilidad no existe, no podemos hablar de derechos fundamentales. (pág. 160)

Es importante volver acá sobre la formalidad y materialidad de los derechos fundamentales en cuanto diferenciación para considerarlos como tales. En la sección primera de este capítulo se planteó que para una parte de la doctrina, son derechos fundamentales solamente aquellos que se encuentran debidamente positivizados y los más extremos consideran que solo lo son aquellos positivizados en la Ley Fundamental o Constitución.

Existen, sin embargo, algunos que los consideran fundamentales por su esencia, por su materialidad, por aquello que buscan proteger o tutelar, entendiendo siempre que dicha eficacia estriba de su capacidad de ser justiciable, usualmente a través del derecho positivo.

Peces-Barba, en la cita anterior, nos presenta este escenario, en el cual un derecho fundamental, para serlo, no tiene como requisito *sine qua non* estar positivizado al momento de su consideración, ya que la sola posibilidad de estarlo o serlo en el futuro le otorga tal condición. Es esta una visión híbrida entre lo formal y material, que en apariencia brinda una aproximación integral a los derechos fundamentales.

Gracias al proceso de positivización es que surgen las declaraciones de derechos que históricamente sentaron las bases del constitucionalismo actual y, por consiguiente, han incorporado a los derechos fundamentales como pilar esencial y primario de sus redacciones.

En palabras de Díez-Picazo (2008), se afirma que “desde sus orígenes, las declaraciones de derechos han tenido como finalidad primaria proteger a los particulares frente al Estado: la acción de todos los poderes públicos debe hallar un tope jurídicamente infranqueable en esos derechos solemnemente declarados” (pág. 33).

Dentro de las clásicas declaraciones de derechos en Europa y en América se encuentra el *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra, la Declaración de Virginia (Estados Unidos) de 1776, la *Déclaration des Droits des Hommes et du Citoyen* de 1789 en Francia, la Constitución de México de 1917 y la Constitución de Weimar en 1919. Todas estas declaraciones estipulaban el control y limitación del poder político-estatal a través del derecho en favor de los particulares.

Se encuentran acá los primeros ejemplos claros del proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, cuando en ambos lados del Atlántico, las declaraciones de derechos o constituciones nacionales estipulan los derechos fundamentales de sus ciudadanos como parte de sus contenidos esenciales.

De la misma manera en que las declaraciones surgen como limitación al poder político, por otra parte también fungen como una forma de compartir dicho poder entre los soberanos y sus ciudadanos, es decir, una forma de contrato social entre ambos. Es así como en palabras de Luis María Díez-Picazo (2008) se afirma que:

Las declaraciones de derechos tienen también que ver con una visión ascendente del poder político, según el cual éste es legítimo sólo en la medida en que es consentido por los particulares; es decir, están también relacionadas con la idea de contrato social, como fundamento de la organización política. (pág. 34)

Es así como las declaraciones de derechos, tanto americanas como europeas, definirán en gran medida el desarrollo político-jurídico de las naciones occidentales, quienes en adelante procurarán incorporar en sus constituciones aquellas normas declarativas de derechos para sus ciudadanos frente al poder del Estado. Siguiendo este orden de ideas, De Bartolomé Cenzano (2003) observa lo siguiente:

Se han sentado, pues, las bases de la libertad y de la democracia; de la separación entre el ámbito de poder público y el espacio reservado a la privacidad de las personas. En definitiva, de la frontera entre lo que es susceptible de ser regulado por el Derecho y lo que queda fuera de su legítimo alcance. (pág. 43)

El autor supracitado deja claramente establecido cómo las declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XIX fraguaron el germen de las nuevas democracias, pero cuyos principios fundacionales se verán seriamente amenazados en el siglo XX, fruto de dos guerras mundiales que arrasaron Europa y otras partes del globo durante el siglo.

Es así como debido principalmente a los horrores y atrocidades de la Segunda Guerra Mundial que se da el impulso más fuerte hasta la actualidad en el proceso de internacionalización de los derechos humanos, como una forma de evitar que los hechos acaecidos durante aquel conflicto bélico volvieran a repetirse.

El nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, y con ella el resurgir del Derecho Internacional, han originado en la segunda mitad del siglo XX una de las mayores producciones de instrumentos jurídicos en materia de declaración, tutela y justiciabilidad de derechos humanos que jamás haya visto la internacionalización de derechos fundamentales.

En este sentido, Díez-Picazo (2008) afirma que “la internacionalización de las declaraciones de derechos ha traído consigo un innegable efecto benéfico: la introducción de *standards* mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos” (págs. 36-37).

Como se ha podido estudiar en este acápite, el proceso de internacionalización tuvo sus inicios varios siglos atrás y ha sido un proceso lento y algunas veces con más retrocesos que avances; sin embargo, al llegar a la actualidad el tema del respeto de los derechos humanos a nivel internacional y su incorporación como derechos fundamentales a lo interno de los ordenamientos jurídicos nacionales, es sin duda un triunfo del proceso de internacionalización de los derechos fundamentales.

Pese a lo anterior, es innegable que la labor internacional de los derechos humanos es una labor incompleta en la actualidad. La justiciabilidad efectiva de quienes infringen las normas de derecho internacional en materia de derechos fundamentales quizá sea uno de los mayores obstáculos para que se dé una “perfección” del Derecho Internacional, por lo que la tarea pendiente en esta materia no es un tema menor.

Sección 3: El principio de igualdad como derecho fundamental

El análisis realizado en la sección anterior permitió esclarecer el panorama de los derechos fundamentales, su concepto, origen, evolución y actualidad dentro del esquema de la comunidad internacional de naciones. La relevancia de los derechos fundamentales como garantes de la dignidad individual del ser humano es incuestionable, dentro de los cuales, el derecho a la igualdad o el principio de igualdad, es uno central.

En esta sección se estudiará el principio de igualdad, tanto desde su perspectiva formal como material, se hará un breve repaso del concepto histórico de igualdad y se precisarán los principales atributos de este derecho fundamental que ha sido recogido por un sinnúmero de constituciones y leyes fundamentales alrededor del planeta, lo cual es muestra de la relevancia que tiene para las sociedades que lo incorporan en sus ordenamientos.

2.3.1 Generalidades históricas

El principio de igualdad o el derecho a la igualdad es una idea que ha estado presente por larga data en la historia de la humanidad y, por consiguiente, su trato o enfoque ha variado con las épocas y momentos socio-históricos en los cuales se ha desarrollado. Es por lo anterior que resulta de particular relevancia hacer un breve acercamiento a su desarrollo histórico con el propósito de comprender su significado y preeminencia en la actualidad.

En Occidente, de las primeras referencias que se tienen del principio de igualdad o del derecho a la igualdad se encuentran principalmente en los griegos y romanos de la época antigua. Fueron ellos quienes dieron los primeros acercamientos al tema y por lo tanto, es de rigor analizar el principio de igualdad durante aquel período histórico.

Es en Platón y Aristóteles que resulta posible encontrar los primeros estudios sobre el tema de la igualdad y es primordialmente en este último en quien las sociedades occidentales han fundamentado algunas de las principales precisiones sobre el principio de igualdad.

La autora Pérez Portilla (2005), en relación con lo anterior, afirma lo siguiente:

Aristóteles dijo básicamente dos cosas sobre la igualdad que han dominado el pensamiento occidental:

1. La igualdad significa: las cosas que son iguales deben tratarse igual y las cosas que son desiguales deben tratarse de manera desigual en proporción a su desigualdad.
2. Igualdad y justicia son sinónimos: ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual. (pág. 8)

Los conceptos de iguales y desiguales, y el trato que debe aplicarse ante tales casos en Aristóteles, son un ejemplo de cómo algunos aspectos asociados al principio de igualdad se han mantenido prácticamente intactos en el tiempo, a tal punto que dicha premisa sobre trato igual entre iguales y trato desigual entre desiguales sigue siendo moneda de uso común en la jerga jurídica actual.

No se analizará acá el trasfondo detrás de dichos postulados lógicos, ya que no es el objetivo principal de esta investigación realizar un estudio filosófico sobre el principio de igualdad, sino más bien presentar someramente su evolución histórica y sus consecuencias prácticas en relación con el otro derecho eje de esta investigación, a saber, el derecho a la identidad sexual (de género).

Sin embargo, tales postulados sí permiten demostrar las raíces históricas de ciertos conceptos y ahí radica su relevancia al mencionarlos. Ahora bien, es importante precisar que al tratar el tema de iguales se hace referencia desde un enfoque lógico a que al menos debe haber igualdad desde una óptica relacional, ya que es imposible una igualdad absoluta entre dos o más situaciones o personas; de ser así, se está en presencia de identidad y no de igualdad.

Para precisar lo anterior, Pérez Portilla (2005) explica el concepto de igualdad en Peter Westen, quien estudió ampliamente el tema como una situación que carece de sentido desde la abstracción y, en lo específico, afirma lo siguiente:

Westen concibe a la “igualdad” como una idea vacía o insuficiente, que depende de categorías para comparar y de derechos asignados para poder hasta entonces hablar de igualdad o de desigualdad, precisamente en atención a los derechos que ya se tienen o de los que se carecen. Por tanto, la igualdad jurídicamente no significa nada si no tiene relación con algún derecho preestablecido. (pág. 11)

Antes de continuar con el repaso histórico del principio de igualdad, era importante precisar en el concepto mismo de igualdad y hacer la distinción con la identidad, ya que muchas veces se utilizan prácticamente como sinónimos y dicha equivalencia no es aplicable entre ambos términos.

La Grecia Antigua, y en particular en Atenas, se empleaba el término de isonomía para referirse a “la igualdad de las leyes para toda clase de personas”, con lo que es posible apreciar acá el primer germen del concepto de igualdad ante la ley, que posteriormente influirá enormemente en el proceso de positivización a partir de las declaraciones de derechos. (Piza Rocafort, 1997, pág. 15)

El mismo autor señala la utilización del concepto de “*aequabilitas*” en la Roma Antigua, el cual hace referencia a un “sinónimo de generalidad y certeza de la ley, y como límite al poder discrecional de la autoridad”; es decir, vemos acá también una relación ineludible entre igualdad y ley, lo que posteriormente vendría a denominarse como igualdad formal en contraposición a la igualdad material, conceptos que posteriormente se analizarán en esta sección.

Evidentemente, dicha igualdad ante la ley estaba supeditada a ciertos requisitos y condiciones; mujeres y esclavos, no gozaban de esa igualdad ante la ley en muchas situaciones del diario vivir. En Grecia, así como en Roma, no todos eran considerados personas y, por lo tanto, el principio de igualdad no era aplicable uniformemente.

Con la adopción del cristianismo por parte del Imperio Romano y posterior llegada de la Edad Media, surge la “afirmación de que ‘todos somos hijos de Dios’”; con lo que se dio nuevos bríos a la idea de la igualdad, eliminando, de paso, el sustento teológico de los privilegios y de la esclavitud”. (Piza Rocafort, 1997, pág. 17)

Sin embargo, acá el concepto de igualdad seguía manteniéndose en la abstracción, es decir, no tenía ningún elemento relacional que permitiera aplicarlo concretamente y, por consiguiente, era mucho menos que un concepto jurídico de igualdad, ya que no existían ni los medios, ni las instituciones necesarias para hacerlo efectivo, ni justiciable.

Los largos mil años que duró la Edad Media y el dominio total de la Iglesia Católica en todas las esferas de la vida pública y privada de sus habitantes, no vieron cambios sustanciales en el principio de igualdad. Fue necesario esperar hasta el siglo XVII para ser testigos de las primeras intentonas por regresarle el sentido jurídico al concepto de igualdad como principio rector de los ordenamientos.

Como se analizó en la sección segunda de este capítulo, el proceso histórico en el cual surgen los derechos fundamentales, la igualdad siendo uno de ellos, es un proceso lento y extenso en el cual la multiplicidad de factores que permitieron su aparición y posterior positivización son de diversas causas: económicas, sociales y culturales.

Con el advenimiento de las declaraciones de derechos, en los siglos XVIII y XIX principalmente, arranca el proceso de positivización del principio de igualdad y con él, una mayor protección y tutela de este por parte del ordenamiento; es decir, el reconocimiento ya formal de la igualdad como un valor que debe ser tutelado por el sistema jurídico es, sin lugar a dudas, un paso fundamental en el desarrollo jurídico de dicho principio.

La internacionalización de los derechos fundamentales, como se estudió anteriormente, permitió un alcance aún mayor al principio de igualdad y junto con el principio de libertad, con el cual tiene una relación simbiótica, es que se han fundado los principales avances en materia de derechos humanos.

El estudio de la evolución histórica del principio de igualdad hecho acá es breve; sin embargo, permite explicar y sentar un boceto de las perspectivas filosóficas que tuvo en sus inicios, al menos para las sociedades occidentales, y el consiguiente desarrollo según se fueron dando las condiciones materiales, históricas y culturales que han permitido su avance hasta la actualidad.

2.3.2 Igualdad formal y material

Después de haber realizado un breve recorrido histórico por el principio de igualdad, desde una definición conceptual, así como algunos aspectos filosóficos y de relevancia jurídica, es de rigor ahora precisar sobre otros dos aspectos elementales y mucho más recientes de la igualdad, como lo son sus aspectos formales y materiales.

Al analizar el concepto de igualdad con una perspectiva histórica, ha sido posible identificar que tanto en Grecia como en Roma se hacía alusión a la fórmula de igualdad ante la ley, es decir, la abstracción cuasi metafísica del concepto de

igualdad general era delimitado en un aspecto central; este aspecto central es la ley.

Cuando no se está en presencia de la igualdad ante la ley, será necesario delimitar y precisar ante qué tipo de igualdad se está, ya que como se abordó anteriormente, la igualdad solo tiene sentido desde una perspectiva relacional, es decir, la igualdad como realidad jurídica debe ponerse en relación con al menos dos situaciones en las cuales sea posible subsumir dicho principio, ya no solamente moral pero jurídico.

2.3.2.1 Igualdad formal

La igualdad formal es más comúnmente referida como igualdad ante la ley, es la igualdad jurídica por antonomasia. Esta igualdad jurídica presenta una estrecha relación con el valor de la seguridad jurídica, siendo la primera, en parte, garante de la segunda.

En palabras de Peces-Barba Martínez (1999) al referirse a la relación entre igualdad ante la ley y seguridad jurídica, afirma:

La igualdad ante la Ley es, como igualdad reguladora del Ordenamiento, una dimensión del valor seguridad jurídica y pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse, y se articula en lo que nos concierne como derecho fundamental a la seguridad jurídica, y como otros derechos conocidos como garantías procesales. (pág. 284)

Al existir un ordenamiento jurídico de aplicación general para todos, entendiendo que esta aplicabilidad general es dependiente de las circunstancias particulares que permitan ponerlas en relación las unas con las otras, el principio de igualdad

funge como garante de que en condiciones jurídicas determinadas, el derecho no regulará de manera disímil.

En otras palabras, el ordenamiento garantiza que existen normas legales establecidas de previo para regular los hechos que tengan relevancia jurídica y ante los cuales no podría fallarse de manera desigual cuando se esté ante el mismo hecho jurídico. La igualdad ante la ley garantizará la seguridad jurídica en el trato igual ante un hecho igual.

Otro acercamiento al principio de igualdad ante la ley lo proporciona Díez-Picazo (2008), quien al referirse a dicho elemento jurídico expone:

Se trata, en sustancia, de la igualdad de todos los ciudadanos ante los derechos y deberes previstos por el ordenamiento jurídico. De aquí se desprenden dos consencuencias. Por una parte, el principio de igualdad ante la ley tiene un significado prescriptivo, no descriptivo; es decir, no afirma que todas las personas sean de hecho iguales, sino que deben ser tratadas de igual modo. Por otra parte, el principio de igualdad ante la ley limita su operatividad a la esfera jurídica –esto es, a los criterios para la asignación de derechos y deberes- sin extenderse necesariamente a las esferas social y económica. (pág. 195)

De la cita anterior se pueden obtener dos aspectos claves para entender la igualdad ante la ley. El primer aspecto hace alusión al trato igual mas no a que todos son iguales, y el segundo se explica en referencia al campo de acción, en este caso, a la esfera jurídica mas no a otras del quehacer humano. Es decir, tanto Díez-Picazo como Peces-Barba delimitan el principio de igualdad formal, entendido este como igualdad ante la ley, a la esfera jurídica y en la cual sería

contrario a derecho aplicar de manera distinta una norma jurídica cuando ésta esté en relación con dos hechos jurídicos iguales.

La relación que se ha hecho entre igualdad ante la ley y seguridad jurídica implica que dicho mandato de igualdad debe ser aplicado por el Estado hacia sus administrados, con lo cual se estaría en presencia de una limitación para los poderes estatales. Dicha limitación sería, justamente, una garantía de seguridad jurídica en el ordenamiento.

A efectos de sustentar lo anterior, el profesor Hernández Valle (2010) asevera lo siguiente:

Ahora bien, si la igualdad es también una obligación para los poderes públicos, es lógico concluir que se erige también en un límite a su actuación. De esa forma, el principio de igualdad es un límite inexpugnable, tanto para el legislador, como para la Administración y los tribunales. (pág. 677)

Que exista tal limitación a los poderes públicos es consustancial con un estado social, democrático y de derecho, en el cual se garantice, o al menos existan los mecanismos necesarios para evitar arbitrariedades por parte de los órganos estatales, y en el cual el trato igual ante la ley sea una máxima no solo en favor de la seguridad jurídica, pero también de la dignidad humana.

2.3.2.2 Igualdad material

Si en la igualdad formal el único aspecto relevante es la ley y la esfera jurídica; en la igualdad material o real, como también se le suele llamar, se hace referencia a

aquellas condicionantes, tales como aspectos sociales y económicos, que provocan desigualdades entre los seres humanos; desigualdades que, aunque no deberían ser así, se presentan como un obstáculo para la realización de la igualdad formal.

Gregorio Peces-Barba (1999) hace una relación entre la igualdad material y el Estado Social cuando afirma que:

Es, sin embargo, un signo distintivo del Estado Social y al no situarse sólo en ámbito jurídico, sino en el real de la sociedad, entran en juego dimensiones económicas y sociales –como la escasez- que obligan a plantearse el tema de los derechos fundados en la igualdad material no sólo desde el punto de vista de su justicia y de su validez, sino de su eficacia. (pág. 288)

Es de suma importancia esta correspondencia entre igualdad y Estado Social, principalmente en la actualidad, en donde las políticas de mercado y lo económico parecen privar sobre derechos fundamentales destinados a la protección y respeto de la dignidad humana; un Estado Social es sinónimo de pluralismo y multiculturalismo, esferas que a veces parecen estar reñidas con el principio de igualdad.

La posibilidad real de alcanzar una igualdad material en casi cualquier aspecto de la vida humana pareciera ser una utopía, más aún en épocas actuales, en las cuales la solidaridad y fraternidad, empuñadas como valores deseados por las sociedades a través de los derechos humanos de la tercera generación, han sido relegadas por la individualidad y el éxito económico personal.

No obstante, la búsqueda de la igualdad material como mecanismo conductor del principio de igualdad formal debe entenderse no desde una perspectiva igualitarista, es decir, que todos sean exactamente iguales, pero sí como herramienta diseñada para reducir brechas que permitan una “competencia” parcialmente equitativa. En este sentido, Peces-Barba Martínez (1999) apunta lo siguiente:

Por otra parte, el objetivo de la igualdad material como fundamento de los derechos de contribuir al mejor uso de la libertad para facilitar el dinamismo hacia la autonomía o la libertad moral, orienta razonablemente hacia la satisfacción de las necesidades básicas, radicales, de mantenimiento o de mejora, cuando su carencia dificulta o impide ese objetivo. (pág. 290)

Tal parece, entonces, que cuando se está en presencia de la igualdad material se habla casi que exclusivamente de condicionamientos económicos, dictados por una economía de mercado, que impiden la realización de algunos derechos fundamentales, los cuales aún estando protegidos bajo una igualdad formal, es decir, ante la ley, son de imposible o muy difícil realización en amplios sectores de la población, debido a sus imposibilidades materiales de superarlas por sus propios medios.

Esta posibilidad de aplicar, entonces, tratos desiguales en favor de una igualdad material, la expone claramente Alexy (2007) al afirmar lo siguiente en relación con la igualdad de hecho o material:

El principio de igualdad de hecho juega el papel de una razón para un derecho a un determinado trato jurídico desigual, es decir, aquel que sirve para la creación de una igualdad de hecho. Se fundamenta en él

un derecho subjetivo a la creación de una parte de igualdad fáctica.
(págs. 372-373)

Por otra parte, en palabras de De Bartolomé Cenzano (2003), al referirse a la igualdad material o real, asevera que:

La igualdad real corrige las consecuencias del sistema capitalista e impulsa muy diversas políticas sociales a tal fin. La Constitución no pretende la uniformidad ni el desequilibrio social, por ello, en este precepto encuentra su fundamento todas las medidas denominadas de «discriminación positiva». (pág. 105)

Sin embargo, luego de analizar la igualdad formal y material, queda también en evidencia una profunda falta de sincronía entre ambas, en cuanto a que para la realización de la primera son necesarios esfuerzos no solo jurídicos sino de políticas públicas en las áreas en las cuales sea necesario fomentar dicha igualdad de hecho; mientras que en la segunda, la sola voluntad del legislador o del constituyente es suficiente para su garantía positiva.

Se está, acá, en presencia de valores fundamentales, bases de derechos humanos internacionalmente promovidos y muchos de estos positivizados por ordenamientos jurídicos nacionales y convertidos en derechos fundamentales que necesitan de un esfuerzo, de una acción estatal, para superar desigualdades materiales odiosas que impiden el desarrollo de la autonomía de la voluntad y la dignidad personal.

2.3.3 Igualdad y no discriminación

De lo estudiado hasta el momento han quedado asentados conceptos básicos en relación con el principio de igualdad, tales como que la igualdad opera desde una óptica relacional, es decir, solamente es posible analizar la igualdad en relación con dos o más atributos, sean estos derechos o deberes.

Ha quedado también establecido que desde tiempos antiguos y hasta la actualidad, sigue vigente el viejo método que dicta tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, siendo esta una fórmula de las reglas de operatividad del principio de igualdad, según se halle frente a una u otra circunstancia.

Es ante este último escenario en donde la problemática de la discriminación tiene su importancia de abordaje, en el tanto presenta dos variantes que deben ser analizadas para poder explicar en qué casos es permitida una discriminación positiva y en qué casos se está frente a una discriminación negativa.

2.3.3.1 Concepto

El verbo discriminar, de donde se deriva la palabra discriminación, está definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “seleccionar excluyendo” o “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.” (Real Academia Española, 2013)

Ambas definiciones presentan la misma característica mediante la cual se prefiere una cosa sobre otra, como ocurre en la primera opción, o bien, se da un tratamiento desigual, es decir, se prefiere una persona o grupo social por encima de otro en razón de sus características culturales, sociales o sexuales, entre otros posibles.

Natán Lerner (1990) define la discriminación de la siguiente manera:

Discriminar es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, religión o creencia, descendencia (o linaje, según algunos), origen étnico, idioma, sexo, que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida. (pág. 43)

En palabras de Eduardo Rabossi, al tratar el tema de la discriminación, explica que:

Discriminar supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o a alguien. Quizá, en una frase más breve, podría decirse que discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible. (Rabossi, 2007, pág. 50)

Ahora bien, de la afirmación anterior se nos presenta un nuevo elemento a incorporar, el cual es definir qué tratamiento desigual es considerado admisible y cuál no es considerado como tal. La discusión en este tema no está mucho menos acabada, ya que como se estudiará, las cláusulas abiertas son extensas y lógicamente sumamente interpretativas.

2.3.3.2 Discriminación e instrumentos internacionales

El derecho internacional de los derechos humanos ha sido extenso en la producción de instrumentos jurídicos que incorporan listados taxativos en los cuales o en razón de los cuales está prohibido todo tipo de discriminación. Los instrumentos globales y regionales en materia de derechos humanos, incorporan, sin distinción, normas en favor del respeto al principio de igualdad y no discriminación.

Así las cosas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 2, establece que:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, sexo, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional de la jurisdicción o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su artículo 2, reza lo siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el

presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, específicamente en el párrafo segundo del artículo 2, invoca lo siguiente:

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.

En el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula, en su artículo 2, que “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

A su vez, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo primero, señala que:

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.

En el mismo cuerpo normativo se lee, en su artículo 24, que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dicta, en su artículo 14, que:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos afirma, de esta manera, en su artículo 2:

Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status.

Resulta, pues, posible con este breve repaso sobre los principales instrumentos internacionales, globales y regionales, en materia de derechos humanos, afirmar que en la comunidad internacional de naciones existe un interés expreso en tutelar la no discriminación, ya sea mediante listas limitadas o bien, dejando cláusulas abiertas.

Es un hecho comprobado que el Derecho no avanza al mismo paso que los hechos sociales, es decir, los avances o progresos de una sociedad específica caminan más rápidamente de lo que el Derecho puede hacerlo para tutelar dichos cambios.

Pareciera ser que ante este panorama, es cuando las cláusulas abiertas, prohibitivas de discriminación, adquieren la totalidad de su relevancia, en el tanto permiten adecuar y ajustar nuevas condiciones y situaciones como elementos causantes de discriminación negativa, según se modifiquen los procesos socio-históricos que pretenden regular.

De las definiciones anteriores y las categorías de los instrumentos internacionales, un elemento adicional que merece mención es el de grupo. Tal parece que usualmente se hace alusión a algún tipo de discriminación en relación con un individuo o varios, pero que pertenecen a un grupo, colectividad o comunidad específica, con características y atributos particulares.

En este sentido, Lerner (1990) explica:

Que es la pertenencia al grupo lo que causa la discriminación, es decir, distinciones hechas “en base a categorías naturales o sociales que no tienen relación alguna con las capacidades o los méritos personales o con el comportamiento concreto de una persona individual.” (pág. 46)

Se expresa que en el tanto existan exclusiones basadas solamente en las diferencias propias de un grupo particular, mas no por competencias o capacidades individuales, siempre se estará ante un tipo de discriminación prohibida expresamente por el derecho internacional y a su vez, debería estarlo a lo interno de los ordenamientos nacionales.

Ahora bien, la imprecisión lingüística y generalidad del término grupo puede limitar o dejar por fuera a ciertos individuos que si bien forman parte de alguna colectividad, o bien comparten características comunes y esenciales de su identidad con otros, no presentan características de “grupos naturales y permanentes.” (Lerner, 1990, pág. 53)

A pesar de lo anterior, se seguiría estando frente a casos de discriminación cuando, producto de esos atributos comunes pero diferenciadores ante los demás, se realizan exclusiones irracionales e injustificadas. En los casos en los cuales el término “grupo” se muestra insuficiente, parece que el término “minoría” puede solventar algunas de las lagunas, en el tanto “una minoría es un grupo nacional, étnico, religioso o lingüístico diferente de otros grupos dentro de un Estado Soberano.” (Centro de Derechos Humanos, 1992)

Recientemente se han ampliado las categorías de minorías para incluir a las minorías sexuales, ya sea por orientación sexual o por identidad de género, de forma tal que cualquier tipo de discriminación basada en estas características identitarias resultan también prohibitivas.

Ahora bien, ya sea que se trate de grupos, minorías o cualquier otro término, es central para estar frente a la discriminación, como se ha reiterado en repetidas ocasiones, que dicha exclusión sea contraria al principio de razonabilidad y a toda justificación legalmente permitida. Cualquier acción contraria a la dignidad humana, basada en justificaciones opuestas a la sana crítica y lógica, proveniente de diferencias irrelevantes, es discriminación.

En palabras de Rodolfo Piza Rocafort (1997), “únicamente las diferencias relevantes en relación con la finalidad constitucional y de la propia norma, pueden justificar una diferenciación de trato” (pág. 84); es decir, toda diferenciación debe

ser objetiva y fundamentada de acuerdo con los valores y principios constitucionales.

Corresponde ahora, como se mencionó al inicio de esta sección, tratar el tema de la discriminación negativa y la discriminación positiva, en tanto configuran los dos espectros posibles de la discriminación como generalidad, y principalmente la segunda, la discriminación positiva, ha ido adquiriendo notoriedad en la actualidad.

2.3.3.3 Discriminación negativa

La discriminación negativa hace referencia a todas aquellas formas de discriminación injustificadas o basadas, como se señaló en el acápite anterior, en cualquiera de los motivos o razones vetados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto globales como regionales.

Al referirse al tema de la discriminación negativa se está en presencia del caso típico de exclusión y preferencia de una persona sobre otra, por razones totalmente ajenas a la razonabilidad y en la mayoría de los casos, sino es que es en todos, en flagrante violación de la dignidad humana.

En este sentido, el Dr. Hugo Alfonso Muñoz, al referirse a las discriminaciones y su fundamento en la razonabilidad, señala que:

Para descubrir la razonabilidad de una discriminación es necesario determinar si la finalidad que se persigue con ella es lícita, si los supuestos de hecho que justifican la distinción son verdaderos, sustanciales y relevantes, si es necesaria para corregir esas diferencias reales o para alcanzar objetivos legítimos. Para saber si la distinción es

racional, se requiere también saber si la medida diferenciadora es proporcional a la finalidad constitucional o internacional y si es proporcional, además, a la propia finalidad de la norma. (Arias Méndez, y otros, 1998)

De lo anterior se desprende la deducción lógica de que cualquier forma de discriminación basada en alguna de las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos citados en la subsección previa, resulta a todas luces irracional, injustificado y contrario a la dignidad humana. Se torna imposible la defensa de una discriminación bajo estas razones a lo interno de un Estado social y democrático de Derecho, justamente por la naturaleza que lo sostiene y fundamenta.

Las cláusulas abiertas, en tanto, permiten añadir categorías prohibitivas de discriminación, representan una oportunidad única para adecuar el Derecho, tanto el ordenamiento interno como en Derecho Internacional, a las realidades históricas actuales.

Así las cosas, aunque en ninguna de las listas se expresa la orientación sexual como una causal expresa de discriminación, queda claro que realizar exclusiones basadas solamente en esta característica es considerado odioso, discriminatorio y, por lo tanto, contrario a la dignidad humana.

El mismo principio opera al tratar el tema de la identidad sexual o de género, tema que será estudiado a profundidad en el capítulo siguiente. Al ser el derecho a la identidad un derecho fundamental, como un derecho de la personalidad y la identidad de género en particular, forma parte esencial de la identidad como un todo. La negación de otros derechos fundamentales, sustentado sobre la base de la identidad de género es, lógicamente, una discriminación negativa.

Estos últimos casos, tanto la orientación sexual como la identidad de género, son solamente dos ejemplos de la flexibilidad que brindan las cláusulas abiertas en el análisis de nuevas formas de discriminación, las cuales evidentemente evolucionan del desarrollo de las sociedades humanas y a partir de un mayor respeto por las diferencias como instrumento efectivo del principio de igualdad y la consiguiente no discriminación.

Resulta evidente pensar que así como las cláusulas abiertas permiten incluir nuevas categorías según el desarrollo de las sociedades, parecería lógico asumir que no sea permitido reducir las condiciones taxativas de discriminación negativa ya existentes, en el tanto éstas son ya, de por sí, un mínimo básico y no exhaustivo de los escenarios posibles frente a la exclusión arbitraria.

2.3.3.4 Discriminación positiva

La discriminación positiva, conocida también como acción afirmativa, tiene una estrecha relación con el concepto de igualdad de hecho, real o material que se estudió en una sección previa de este capítulo, es decir, hace referencia a circunstancias sociales, históricas, económicas, entre otras, que producen desigualdades en ciertos grupos o minorías, las cuales impiden que los mismos accedan en condiciones más o menos equitativas a las distintas oportunidades que la sociedad ofrece.

En palabras de Roberto Saba, la discriminación positiva o acciones afirmativas se definen de la siguiente manera:

Las acciones afirmativas se corresponden con un “trato (estatal) diferente” fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos

miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos. (Saba, 2007, pág. 179)

Otra definición posible la califica como:

Acuerdos, en base a los cuales la ley autoriza medidas especiales o diferencias en el trato hacia diferentes personas, cuando existen ciertas condiciones, apartándose en tales casos del principio de la igualdad formal entre todos. Por lo general, tales medidas tienden a proteger o promover el bienestar de los miembros de un grupo de la sociedad anteriormente objeto de discriminación, siempre y cuando el grupo en cuestión desee que tales medidas se adopten. (Lerner, 1990, pág. 211)

Rodolfo Piza Rocafort (1997) las define como “disposiciones normativas singulares (benignas), en favor de grupos o personas histórica y objetivamente discriminadas o para rectificar discriminaciones individuales en la realidad”. (pág. 106)

Se desprende de todas las definiciones anteriores, que la discriminación positiva busca, en cierta medida, cerrar las brechas creadas, usualmente, por razones históricas, económicas o sociales, entre grupos hacia los cuales ha existido un patrón marcado y fuerte de exclusión frente a otros grupos del cuerpo social.

El tema de la acción afirmativa o discriminación positiva ha sido de tal importancia, que inclusive se halla normada en el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

En el artículo 1 y párrafo 4 de dicha Convención, se lee lo siguiente:

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Por su parte, el artículo 2 en su párrafo 2 del mismo cuerpo normativo, afirma que:

Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial estipula en su artículo 2, párrafo 3, lo siguiente:

Se adoptarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas para asegurar el adecuado desenvolvimiento o protección de las personas que pertenezcan a determinados grupos raciales, con el fin de garantizar el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales.

Como se aprecia, el tema de las acciones afirmativas no ha sido un tema menor en el ámbito internacional de los derechos humanos, a tal punto que éste se convierte en norma de derecho internacional y, por lo tanto, le confiere una relevancia superior a lo interno del sistema de los derechos humanos.

El derecho internacional parece reconocer que, dadas las duras discriminaciones cometidas en el pasado contra ciertos grupos o minorías, la posibilidad de alcanzar una igualdad material más o menos equitativa entre éstos y las mayorías sin intervención estatal es de poca a nula.

Es como consecuencia de esto que se prevee como una posibilidad a lo interno de los ordenamientos jurídicos nacionales, la existencia de mecanismos legalmente establecidos a través de los cuales se fomenten situaciones fácticas en las cuales dichos grupos o minorías puedan incorporarse más fácilmente a la vida cotidiana de la sociedad con la que cohabitan.

Podría, sin embargo, surgir la inquietud de que se sigue estando en presencia de discriminación y que, como tal, ésta no debería existir, o bien no es justificada desde una perspectiva formal de igualdad ante la ley. Empero, hay que recordar que al igual que cuando se trató la perspectiva formal y material de los derechos

fundamentales, en estos casos debe necesariamente buscarse un acercamiento a la igualdad de hecho para aquellos grupos más vulnerables.

Las acciones afirmativas están inmersas dentro de políticas estructurales, es decir, buscan modificar o ajustar ciertas estructuras sociales que se encuentran fuertemente arraigadas en el espectro social, lo que impide que grupos desfavorecidos puedan acceder de una manera más o menos equitativa a las posibilidades que dicha sociedad ofrece.

Podría afirmarse su justificación en razones sociológicas antes que jurídicas, como manera de sustentar su existencia y su posible conflicto con el principio de igualdad ante ley, visto este desde su perspectiva individual y no colectiva, como sucede en el caso de las acciones afirmativas.

En este sentido, Fiss (explicado por Roberto Saba), al tratar el principio de igualdad ante la ley, plantea lo siguiente:

Esta lectura estructural de igualdad ante la ley no se vincula a la irrazonabilidad (funcional o instrumental) del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos *sometidos, excluidos o sojuzgados* por otros grupos. (Saba, 2007, pág. 187)

Esta interpretación del principio de igualdad, ya no solo visto jurídicamente sino también a través de una visión sociológica, permite justificar la realización de este tipo de discriminaciones positivas con el propósito, tal como lo menciona el autor, de evitar el sometimiento de unos grupos sobre otros. No hay que olvidar que el Derecho, si bien es ciencia jurídica, también es ciencia social y como tal, uno de

sus fines es reglar las sociedades en las cuales se erige como ordenamiento.

Finalmente, no hay que olvidar uno de los preceptos primordiales que se encuentran en las convenciones y declaraciones en materia de discriminación positiva que se han ejemplificado acá, a saber: *“esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”*.

De lo anterior se desprende la consecuencia lógica de que mantener la discriminación positiva, una vez cumplidos los objetivos por los que ésta fue constituida, sería convertirla en discriminación negativa. Ahora sí, al no garantizar una igualdad ante la ley formal en el tanto los condicionantes de hecho que lo impedían han dejado ya de existir

Capítulo III. El Derecho a la Identidad Sexual (o de Género)

Una vez estudiada en el capítulo anterior la evolución histórica de los derechos fundamentales, así como el desarrollo del principio de igualdad con sus respectivas interpretaciones, corresponde ahora entrar a analizar el derecho a la identidad sexual o identidad de género.

El derecho a la identidad, y en este caso específico el de la identidad de género, forma parte de un núcleo fundamental de derechos que son necesarios para la autorealización personal, es decir, son eje central de los derechos de la personalidad, cuyas características se analizarán en parte de este capítulo.

Además, será de revisión en este apartado, la evolución que ha tenido la tutela del derecho a la identidad sexual en el derecho costarricense, principalmente a través de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y cómo ha influenciado poco a poco el desarrollo de este tema en el ordenamiento jurídico nacional.

Sección 1: Identidad sexual y derechos de la personalidad

En esta sección será de rigor analizar la relación existente entre los derechos de la personalidad y la identidad sexual; en el tanto la segunda es una consecuencia ineludible e incuestionable de los primeros. Es decir, la identidad sexual es una derivación lógica de la identidad genérica y como tal, se configura en un derecho básico de los derechos de la personalidad.

La capacidad real de autodeterminación en todas sus facetas y esferas pasa por un respeto y aura de realización de la identidad sexual de las personas. Todas aquellas prácticas tendientes a disminuir la capacidad de desarrollo pleno de la

identidad sexual son, a todas luces, discriminatorias y contrarias al principio de igualdad formal, pero también impiden la consecución de la igualdad material.

3.1.1 Derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad se corresponden quizá con aquellos aspectos más íntimos y esenciales del ser humano. Es con el ejercicio de los derechos de la personalidad como cada sujeto accede a su distinción e irrepetibilidad, a su individualidad que le diferencia del resto de sus pares en comunidad.

Es importante empezar por brindar una definición de lo que es la personalidad y a qué se hace alusión cuando se está en presencia de esta. Eduardo de la Parra Trujillo (2001), al referirse a la personalidad, afirma que es “el conjunto de manifestaciones físicas y psíquicas del ser humano, derivadas de su individualidad, su modo de ser, que lo distingue de otros seres humanos haciéndolo un ser único e irrepetible”. (pág. 141)

La definición anterior ofrece elementos esenciales que permiten comprender la relevancia sustancial de la personalidad y el lógico interés de tutela por parte del ordenamiento jurídico. El autor supracitado brinda dos características fundamentales de la personalidad, a saber, sus dimensiones internas y externas.

Así pues, la personalidad no se limita solo a aspectos interiores, de comportamiento, de forma de ser, sino también en cómo esa personalidad interna se expresa hacia el universo exterior, hacia sus pares, hacia la comunidad. La personalidad está conformada por ambos bloques que unidos permiten el desarrollo autónomo y la realización de los individuos.

Es en este sentido que los derechos de la personalidad adquieren una relevancia inequívoca. La personalidad y el libre desarrollo de la misma es el eje central desde el cual emana la capacidad jurídica del ser humano, es decir, “como medio de que éstos realicen en la vida sus fines individuales y temporales, que se extinguen con la vida del individuo.” (Romero Coloma, 1985, pág. 6)

Los derechos de la personalidad han sido objeto de múltiples interpretaciones en la doctrina a la hora de brindar una definición de los mismos. A tales efectos, los autores Zetty Bou Valverde y Víctor Pérez Vargas (1977) brindan un concepto comprensivo y extensivo de los derechos de la personalidad. Los definen de la siguiente manera:

Se trata de valores no patrimoniales que se hacen efectivos mediante situaciones jurídicas (poderes y derechos, deberes y obligaciones) privadas que protegen los valores esenciales de la persona, en sus diversos planos de proyección (físico, psíquico, intelectual, espiritual y de relación). (pág. 3)

Nuevamente, se presenta en esta definición el ámbito multifacético de la personalidad, es decir, su esfera física, psíquica, intelectual, etc. y es allí donde justamente recae el fundamento real de la protección jurídica de la personalidad por parte del Derecho y del surgimiento de los derechos de la personalidad como tales.

Es a través de los derechos de la personalidad que el ser humano adquiere una potencialidad con base en esos diversos planos de proyección de ejercer su capacidad jurídica y, por consiguiente, alcanzar su autorrealización y autodeterminación. El respeto y acceso igualitario de este derecho (a la

personalidad) es derecho fundamental, tutelado por el ordenamiento justamente por sus características esenciales.

Federico de Castro y Bravo (citado por Cokyeen Moc, 1999) resume de manera comprensiva el interés y preeminencia de la tutela de los derechos de la personalidad al afirmar que:

La teoría de los derechos de la personalidad ha nacido para proteger la persona, al individuo, de los ataques de los grupos o intereses privados o particulares. Estos derechos se concibieron inicialmente como un derecho sobre sí mismo, pero hoy día, más que nada, son definidos como aquellos derechos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades, o como aquellos derechos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones, psíquicas o físicas de la personalidad misma. (pág. 33)

Los derechos de la personalidad se encuentran estrechamente ligados entre sí; la doctrina incluye al honor, la intimidad, la propia imagen y el nombre como los principales elementos a los que el ser humano tiene derecho como parte consustancial de la personalidad.

La identidad sexual, o identidad de género, tiene pues una estrechísima relación con el derecho a la propia imagen, en el tanto, como se estudiará más adelante, en muchos casos existe un deseo y una necesidad imperiosa de hacer coincidir el sexo psíquico con la imagen física, es decir, que la identidad externa esté en concordancia con la identidad interior. Debido a lo anterior se hará un análisis del derecho a la propia imagen en tanto es correlativo al derecho a la identidad sexual.

3.1.1.1 Propia imagen

El derecho a la propia imagen ha sido analizado por la doctrina casi que exclusivamente como “el poder de impedir la reproducción de nuestra persona por cualquier medio, sea fotografía, dibujo, grabado, etcétera, o su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento”. (Romero Coloma, 1985, pág. 80)

Con base en la definición anterior, se analiza el derecho a la propia imagen casi que como un subproducto del derecho a la intimidad en el tanto se busca tutelar y proteger la proyección pública de la imagen personal cuando no medie aprobación expresa por parte del titular del derecho.

En este mismo sentido, los autores Bou Valverde y Pérez Vargas (1977) la definen como “el poder o facultad de difundir su imagen, de utilizarla dentro del marco de licitud (ley, orden público, buenas costumbres)” (pág. 13). Acá se está en presencia de una definición positiva antes que negativa del derecho a la propia imagen.

En otras palabras, ya no se habla de un *no-hacer* o de una prohibición para los otros en la utilización de la imagen personal de terceros, sino que más bien se plantea el derecho que tiene el individuo de difundir su propia imagen, de la forma y con los medios que considere adecuados, siempre y cuando se esté en apego del ordenamiento jurídico, es decir, se está ante un *dejar-hacer*.

Evidentemente no se niega la importancia que tiene este enfoque en el resguardo del derecho a la propia imagen, más vigente si se quiere, hoy que antes, con la aparición de las nuevas tecnologías de información y comunicación; sin embargo, para efectos de este estudio, el enfoque que se pretende realizar es otro.

La imagen gráfica a la cual la doctrina usualmente se refiere como sujeto de derecho a la propia imagen deriva justamente de una imagen personal, física, construida de previo, es decir, determinada por el propio individuo y diseñada según su autonomía.

Es por esto que al hablar del derecho a la propia imagen en relación con un derecho intrínseco de la personalidad, como lo es el derecho a la identidad, se entiende este como el derecho individual en la conducción y desarrollo de su expresión física externa, según armonice esta con su identidad interior.

Francisco de P. Blasco Gascó (2008) se refiere, en este sentido, al ámbito somático de la imagen y explica lo siguiente:

Sin embargo, el derecho a la imagen también es, y posiblemente con carácter previo y fundamental, el derecho a conformar tales rasgos físicos. Se trata de un derecho a la imagen no en sentido gráfico (que capten o no la imagen), sino en sentido somático o estético: el derecho a definir, a determinar, a configurar y a modificar libremente la propia apariencia exterior. El derecho a la propia imagen es, ante todo, el derecho a determinarla, a individualizarla frente a los demás. Y este derecho es previo al poder de controlar (y de participar en las ganancias) el uso que se haga de la imagen, es decir, al derecho a fiscalizar la representación, captación, reproducción o publicación de nuestra imagen o, en negativo, a que no se haga sin nuestro consentimiento. (págs. 9-10)

Es la construcción primigenia de la propia personalidad, de sus características particulares a través del derecho a la diferencia y a la individualización ante los

otros, lo que da sustento a la posterior protección gráfica; sin la creación individual primaria de la propia imagen, la tutela secundaria se vuelve irrealizable.

La jurisprudencia constitucional costarricense ha tendido a explicar el derecho a la propia imagen principalmente desde la óptica secundaria de tutela gráfica y no así desde su concepción primaria, es decir, como derecho al libre desarrollo de la personalidad a través de la configuración de sus características físicas autonómicas.

Sin embargo, del voto No. 2005-15057 de las 15:53 horas de 1° de noviembre de 2005 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es posible extraer elementos en este sentido primario del derecho a la propia imagen. En lo particular, afirma la Sala lo siguiente:

[...] Consiste en el derecho que tiene toda persona sobre su propia representación externa. Tal derecho ha sido considerado por la mayor parte de la doctrina como un derecho de la personalidad, vinculado a la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas [...]

[...] Constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. Con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. [...]

Aunque el fondo de la sentencia en cuestión radica en la tutela de la propia imagen desde su perspectiva gráfica, la Sala brinda elementos que no pueden menospreciarse debido justamente a la relevancia en la conformación de la propia imagen y extensivamente de la identidad personal.

Los magistrados constitucionales han tenido como teoría correcta que el desarrollo de la propia imagen, desde una esfera de libertad y autonomía, es indispensable e imprescindible para el reconocimiento del sujeto como individuo y, por lo tanto, como “instrumento básico de identificación”. (Voto No. 15.057, Sala Constitucional, 2005)

Una vez analizado el derecho a la propia imagen, tanto en sus características primarias como secundarias y siendo este un derecho inherente de los derechos de la personalidad, es posible ahora analizar la relación existente entre estos derechos y la identidad personal en su forma más general.

3.1.1.2 Derecho a la identidad

Se hace mención al derecho a la identidad dentro de los derechos de la personalidad, en el tanto la identidad y la personalidad son dos elementos inseparables, que juntos producen hechos sociales con consecuencias jurídicas que interesan al ordenamiento en el que se relacionan y con el que interactúan.

La identidad está definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”, o como la “conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás.” (Real Academia Española, 2013)

Ambas definiciones son sumamente reveladoras al ofrecer dos características intrínsecas de la identidad, como lo es su naturaleza externa e interna. Es decir, la identidad se configura como aquello personal y autónomo (interno) que distingue, individualiza y particulariza frente a los demás (externo).

Es en esta dualidad interna y externa como se pretende, en este apartado, entender a la identidad y por derivación, al derecho a la identidad. Usualmente, la doctrina ha tendido a relacionar el derecho a la identidad únicamente con el derecho al nombre como elemento sustancial y configurador; sin embargo, la identidad va más allá del nombre personal.

En este sentido, la profesora Paula Siverino Bavio (2010) comprende la identidad como “un complejo de elementos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, los que perfilan el ser ‘uno mismo’”. (pág. 2)

Por su parte, las autoras Celia Ynchausti Pérez y Dolys García Martínez (2012), al referirse a la identidad, afirman que:

La identidad de la persona no se agota con los caracteres que externamente la individualizan y que conforman sus signos distintivos, sino que incluyen un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto, sus cualidades, atributos, pensamientos, que permiten traducirlos en comportamientos efectivos de proyección social, no interno. Consiste en que cada persona no vea individualizada, ni alterada, ni negada la proyección externa y social de su personalidad. (pág. 25)

De lo anterior se entiende, pues, que la identidad no puede ser concebida como un aspecto estático o uniforme, sino más bien de propiedades plurales y múltiples que le dan contenido, y desde su sentido relacional permite la identificación del individuo frente a la sociedad. Es con esta acepción de identidad, desde su sentido más extenso e inclusivo, desde la cual resulta jurídicamente posible reconocer a la identidad sexual como especie de esta y pasiva de tutela jurídica.

El derecho a la identidad personal, con todas sus manifestaciones y multiplicidades, se torna un derecho fundamental en cuanto a través de él se vuelve tangible el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación. Es en ese derecho a la diferencia frente a los otros, construido a través de la identidad personal, donde se encuentra lo consustancial de la dignidad humana, la esencia misma de la persona humana.

Ahora bien, a efectos de que el derecho a la identidad pueda ser efectivo en la realidad sustantiva, es necesario, sin duda alguna, un reconocimiento por parte de los otros de ese derecho. Debe existir la capacidad jurídica de hacerlo efectivo a través de la conformación de los derechos y deberes que derivan de su reconocimiento mediante su propiedad relacional.

Resulta aparente que el derecho a la identidad es el primer paso en la construcción de esa potencialidad de relacionarse con los otros y ante los otros. Sin identidad y su consiguiente consecuencia, la identificación ante los demás, pareciera imposible la consecución de cualquier otro derecho subjetivo.

En este sentido, Roberto Calvo (citado por Cabanillas, 2011) afirma que:

Es el derecho a la identidad el que permite al ser humano posicionarse como persona, ubicarse como sujeto de derechos y

obligaciones en una determinada comunidad. Así, todo individuo tiene derecho a ser reconocido por los demás como poseedor de una identidad propia e inconfundible, a ser el ser que auténticamente es. (Párr. 4)

Queda clara, pues, la relevancia para el ordenamiento que tiene la configuración del derecho a la identidad como elemento singularizador e identificador del individuo frente a la colectividad, así como condición inquebrantable que permite el ejercicio de su capacidad jurídica plena.

La jurisprudencia constitucional no ha sido extensa en el tratamiento del derecho a la identidad personal en su sentido genérico; sin embargo, el voto No.3341-93 de las 15:27 horas del 14 de julio de 1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es sumamente esclarecedor y preciso en el tratamiento de este derecho. En lo particular, la Sala afirma que:

El derecho a la identidad personal, considerada ésta como el “interés del sujeto, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con la aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva”, puesto que el sujeto de derecho “tiene interés en que en el exterior no se altere, desnaturalice, ofusque, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., tal como se había exteriorizado o aparecía, en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social”, todo ello, como lo considera a su vez, la más calificada doctrina del Derecho a la identidad.

La Sala refuerza en esta sentencia el elemento relacional del derecho a la identidad personal, de la relevancia jurídica y la tutela que merece todo individuo a que se le garantice el derecho a expresar su verdadera identidad con todos los elementos, matices y distintivos que ella implica.

Se trata, acá, el derecho de todo ser humano a que se le respete y tutele jurídicamente tal y como desea ser reconocido en sociedad, a través de los mecanismos necesarios que le permitan el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad e igualdad.

Sección 2: Identidad sexual como derecho tutelable

La sección precedente ha permitido sentar las bases conceptuales y jurídicas de los valores de la personalidad y, en lo específico, aquello referido a la propia imagen y el derecho a la identidad personal, de donde derivativamente es ahora posible desprender el derecho a la identidad sexual o de género.

Ha quedado claro, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, que la identidad personal o la propia imagen no están solamente constituidas por signos externos que reflejen la personalidad que se desea expresar, sino también por elementos internos y muy profundos de la psiquis humana, la misma esencia de lo que verdaderamente se es.

Será, pues, de rigor en este apartado, estudiar la identidad sexual y su tutelabilidad por parte del Derecho, en cuanto especie del genérico derecho a la identidad y, por consiguiente, como una consecuencia del principio de igualdad, es decir, un derecho que por fundamental y humano deber ser garantizado en plenitud de condiciones para todos y todas.

3.2.1 ¿Identidad sexual o identidad de género?

Definir el concepto de identidad sexual o identidad de género puede implicar algunas contradicciones, principalmente en el idioma español, en donde usualmente ambos términos suelen ser intercambiables. En otros idiomas, como el inglés, existe una diferenciación más explícita entre los conceptos de *sexual identity* o *gender identity*.

En otros escenarios existe, además, una confusión entre los términos de identidad sexual y orientación sexual, que algunos suelen utilizar como sinónimos y de esta manera marcar una diferencia con la identidad de género. Como se aprecia, la polisemia y polivalencia de los conceptos es notoria.

Ahora bien, el que no exista una terminología aceptada de manera estándar no puede ser motivo para escudarse en ello y no afrontar las consecuencias e implicaciones jurídicas que tiene para algunos seres humanos la no tutela de sus derechos más básicos por motivos de identidad sexual, de género o cualquier otro vocablo que pudiese surgir en el futuro.

Así pues y a efectos de resaltar la multiplicidad que existe entre los conceptos de identidad sexual o identidad de género, se presentarán algunas definiciones que permiten ilustrar justamente esa intercambiabilidad semántica de ambas expresiones.

En este sentido, Santiago Frago y Siberio Sáez, al referirse a la identidad sexual, explican lo siguiente:

En los procesos de sexuación (suma de niveles que me van construyendo en tanto hombre o mujer) puede haber situaciones

muy diversas. En esta evolución y más allá de patologías, puede haber “discrepancias” o “coincidencias”. Si la identidad que me doy (me siento hombre o mujer) coincide con la “identidad” sexual que el resto del mundo me asigna, la situación apenas si es percibida por el propio sujeto. Pero cuando la identidad que me doy (me siento hombre) está en clara discrepancia con la identidad que me asignan (me ven y me clasifican como mujer); entonces estamos ante una situación clara de transexualidad. Y para el sujeto, lo más relevante será sin duda lo que “siente” e intentará que los demás le “vean” como el se siente; antes del camino inverso: “sentirme” como los otros me “ven”. (pág. 122)

Por su parte, María Claudia Becerra y Olga Marlene Melo afirman que la identidad sexual es “considerada como una serie de sentimientos, percepciones, actitudes a nivel profundo por las que el hombre se siente y acepta plenamente como hombre y la mujer se siente y acepta como mujer.” (pág. 3)

Javier Montilla Valerio (2008) define a la identidad sexual como “el sentimiento interno de cada cual de pertenencia a un sexo determinado.” (pág. 122). Acá nuevamente se incluye el elemento de sentimiento de pertenencia hacia uno u otro sexo.

En otro sentido, existen autores como L. Alberto Bardí, Electra González, Carolina Leyton y Vania Martínez (2005), quienes afirman que la identidad sexual está conformada por “la identidad de género, el rol de género y la orientación sexual, siendo la sexualidad la expresión de esta identidad sexual en una persona”. (pág. 44)

En las primeras tres definiciones expuestas se está en presencia exclusivamente del sentimiento de pertenencia a uno u otro género (masculino o femenino), con independencia del sexo biológico con el que se cuente o haya sido asignado al nacimiento. Es decir, ambas definiciones pueden ser entendidas como sinónimo del identidad de género, según se verá más adelante.

En relación con la cuarta definición de identidad sexual propuesta, los autores son más inclusivos en los elementos que configuran la identidad sexual, de forma tal que no solo lo limitan a la identidad de género, sino que la amplían de forma tal que se incluyen roles de género y orientación sexual.

Al tratar la identidad de género, pareciera que sí existe una mayor uniformidad en las definiciones que brindan diversos autores e instituciones, en el sentido de que existe una mayor congruencia sobre el concepto mismo de género y las implicaciones sociales del término.

Así pues, Amnistía Internacional (2013) define la identidad de género de la siguiente manera:

Se refiere a la compleja relación entre el sexo y el género en referencia a la experiencia de autoexpresión de una persona respecto a las categorías sociales de masculinidad o feminidad (género). Una persona puede sentir subjetivamente una identidad de género distinta de sus características sexuales o fisiológicas. (Párr. 6)

Thomas Hammarberg (2009), Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, ofrece la siguiente definición de identidad de género, basada en los Principios de Yogyakarta, que posteriormente se analizará:

Hace referencia a la experiencia de género interna e individual de cada persona, sentida a un nivel profundo, que puede o no corresponderse con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido personal del cuerpo y de otras expresiones de género como la forma de vestir, el habla y los gestos. (pág. 4)

Finalmente, Celeste Leonardi y Felicitas Rossi (2013), al referirse a la identidad de género, la definen como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.” (pág. 1)

En las tres definiciones presentadas anteriormente es posible afirmar que existe casi inequívocamente una concordancia y acuerdo unánime sobre el concepto de identidad de género, así como los bemoles y matices que de ella se pueden derivar.

Se desprende de los ejemplos conceptuales presentados anteriormente, que no existe, al menos en términos generales, una distinción tajante entre identidad sexual e identidad de género, sino que, en el mejor de los casos, la segunda es una categoría constitutiva de la primera. Sin embargo, no se pretende dar a entender con lo anterior que no existan otras acepciones y acercamientos diferentes para los términos que se han analizado, sino más bien, recalcar que la importancia jurídica no radica tanto en el concepto como tal, sino de las consecuencias derivadas en la práctica sustantiva.

Para los efectos de esta investigación y con la finalidad de evitar discusiones semánticas que no son particularmente relevantes, siempre que se refiera a la identidad sexual debe entenderse desde su perspectiva de género, es decir, como

el sentimiento fuertemente arraigado que puede tener un individuo sobre su pertenencia a algún género determinado.

Empero, no se niegan los otros elementos constituyentes de la identidad sexual como lo es la orientación sexual, que si bien no es el objetivo de esta investigación analizarla, se afirma de la manera más enérgica que los derechos que pueden derivar de ellos también deben y merecen ser tutelados con el fin de que todos y todas gocen el pleno de derechos y libertades que el ordenamiento les garantiza como consecuencia del principio de igualdad.

3.2.2 Identidad sexual como derecho

El derecho a la identidad sexual como construcción socio-jurídica, es de reciente data y su avance es afín a la evolución propia de los derechos humanos y de la internacionalización de los mismos. Los adelantos de la ciencia y los estudios sobre el desarrollo de la sexualidad y del género han permitido la posibilidad de una deconstrucción del sistema binario de los sexos y la aparición de este “nuevo” Derecho.

El derecho a la identidad sexual se encuentra en relación género-especie con el derecho a la identidad personal y en una simbiosis directa con el derecho a la propia imagen. Es una unidad indivisible de la personalidad y como tal, merece de la protección jurídica y los mecanismos legales que garanticen su realización plena como derecho fundamental que es.

En este sentido, Carlos Manavella (2006), al explicar el derecho a la identidad sexual y su relación género-especie, afirma que:

[...]«El derecho a la identidad de la persona», respecto del cual el «derecho a la identidad sexual» se encuentra en una relación de género a especie, ha significado un “descubrimiento” en la constelación siempre creciente de los derechos de la persona o “personalísimos” que ofrece hoy una visión más rica y profunda que el mero concepto anterior vinculada a la mera “identificación”. (pág. 50)

De lo anterior se desprende que el surgimiento del derecho a la identidad sexual como derecho tutelable por el ordenamiento, incorporado y abstraído de los derechos de la personalidad, tiene por función aumentar la esfera de protección de la persona humana en procura de la consecución y ejercicio pleno de sus ideales, sus fines y su realización como miembro del cuerpo social.

El derecho a la identidad sexual, entendido como el derecho a que se tutele y respete en todas las esferas jurídicas de la vida cotidiana el género autopercibido por el individuo, esté o no en contradicción con el sexo biológico, gonádico o cromosómico, es un derecho fundamental para la libre realización de la personalidad.

En este sentido, Manavella Cavallo (2006), al referirse a la preeminencia del derecho a la identidad sexual, asevera que:

El derecho a la identidad sexual ocupa un lugar relevante, considerado como un importante aspecto de la identidad personal, en la medida en que la sexualidad se encuentra presente en todas las manifestaciones de la vida del sujeto y que la decisión de asumir determinado sexo es una cuestión absolutamente autorreferente de

la conciencia personal y de las creencias morales de cada uno. (pág. 50)

De lo anterior es posible concluir nuevamente ese aspecto interior, íntimo, de la experiencia autovivida del sexo y en lo particular del género, independiente de los aspectos y ámbitos morfológicos en la construcción biológica de la sexualidad y del sexo.

En el capítulo primero de esta investigación se estudiaron los aspectos constitutivos en la conformación del sexo y de la sexualidad; de lo cual se concluyó ese tridente compuesto por los aspectos biológicos, psicológicos y sociales en la configuración de la identidad sexual de los individuos; es decir, el sexo, la sexualidad y la construcción de la identidad sexual es un proceso multicausal en el cual se conjugan factores de diversa índole en cada una de las categorías y en donde es posible que se den divergencias entre algunas de ellas, rompiendo así la “armonía lógica” esperable entre todas.

El Derecho no puede, entonces, negar una solución jurídica a una población, que si bien podría considerarse minoría en relación con quienes sí presentan compatibilidad entre su sexo biológico y su género psicológico, no pueden autorrealizarse plenamente debido a esa discrepancia entre el género vivido y el percibido.

En este orden de ideas, Gustavo A. Bossert (2011), al tratar el tema del transexualismo y sus implicaciones jurídicas, afirma lo siguiente:

Pero, justamente, la gravedad, seriedad y persistencia del trastorno que padece el transexual desde su infancia, y su necesidad de que se establezca congruencia entre su sexo físico y su auténtica

orientación sexual, determinan la necesidad de resolver ese drama de vida, por lo que el derecho no puede negar la solución quirúrgica si ésta es requerida, y de ese modo respetar su derecho a la identidad sexual. (pág. 390)

A pesar de la desafortunada confusión conceptual de algunos términos, Bossert plantea acertadamente esa responsabilidad que tiene el Derecho de tutelar una situación fáctica, jurídica de un individuo, de forma tal que éste pueda vivir en concordancia con su verdadera identidad sexual sin menoscabo de sus derechos fundamentales garantizados constitucionalmente.

Por su parte, la profesora Arantza Campos (2001), al referirse al interés del Derecho en esta materia, afirma que:

El problema desde el punto de vista jurídico surge cuando la transformación no la opera la Naturaleza (Dios), sino que quién la opera es el hombre. Es decir, cuando el cambio no ha sido biológico, sino psíquico y artificial, cuando la asignación del sexo legal fue “correcta”, ya que el individuo presentaba unos órganos genitales normales. Lo que se produce no es una evolución biológica hacia el otro sexo, sino que se produce una falta de identificación con el sexo registral y desde el que se le ha educado. En esta ocasión nos encontramos ante una persona que desarrolla un sentimiento íntimo de pertenencia al otro sexo. (págs. 19-20)

Es apreciable, pues, que el Derecho, el cual marcha la mayoría de las veces en disonancia con los avances sociales y científicos, debe encontrar las soluciones pertinentes para que el derecho a la identidad sexual, derivativo de los derechos

de la personalidad y como consecuencia del principio de igualdad, sea legalmente tutelado por el ordenamiento.

3.2.2.1 El derecho a la identidad sexual en el ámbito internacional

El desarrollo relativamente novedoso del derecho a la identidad sexual está, como se afirmó previamente, en directa relación con el avance del derecho internacional de los derechos humanos como categoría dinámica que se halla en perpetua evolución.

Es por lo anterior que resulta lógico que exista un mayor desarrollo doctrinario y de instrumentos propositivos relativos al derecho a la identidad sexual en órganos adscritos a la Organización de Naciones Unidas, o bien, en tribunales internacionales de derechos humanos, principalmente a nivel europeo, aunque a nivel americano también se han realizado algunos esfuerzos.

3.2.2.1.1 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la resolución 17/19 concerniente a los derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, y en ella encarga la realización de un estudio al Alto Comisionado de las Naciones Unidas a fin de analizar las leyes o prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos en perjuicio de personas por su orientación sexual o identidad de género.

El estudio vio la luz en el año 2012 bajo el nombre de “Nacidos Libres e Iguales— Orientación Sexual e Identidad de Género en las Normas Internacionales de Derechos Humanos”, en el cual el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para

los Derechos Humanos estipula seis obligaciones jurídicas básicas de los estados respecto de la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales).

A saber, las seis obligaciones jurídicas son las siguientes:

- a. Proteger a las personas contra la violencia homofóbica y transfóbica. Incluir la orientación sexual y la identidad de género como características protegidas en las leyes sobre delitos motivados por prejuicios. Establecer sistemas eficaces para registrar de los actos de violencia motivados por prejuicios e informar sobre ellos. Asegurar una investigación y enjuiciamiento de los autores y dar una reparación a las víctimas de ese tipo de violencia. En las leyes y políticas de asilo se debe reconocer que la persecución en razón de la orientación sexual o identidad de género de la persona puede constituir un fundamento válido de la solicitud de asilo. (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012, pág. 11)
- b. Prevenir la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes contra las personas LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales) que estén detenidas, prohibiendo y sancionando este tipo de actos y asegurando que se ofrezca una reparación a las víctimas. (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012, pág. 11)
- c. Investigar todos los actos de maltrato cometidos por agentes estatales y hacer comparecer ante la justicia a los responsables. Ofrecer capacitación adecuada a los oficiales encargados del cumplimiento de la ley y de asegurar una supervisión eficaz en los lugares de detención.

(Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012, pág. 11)

- d. Derogar las leyes que tipifican penalmente la homosexualidad, incluidas todas las que prohíben la conducta sexual privada consentida entre adultos del mismo sexo. Asegurar que no se arreste ni detenga a las personas sobre la base de su orientación sexual o identidad de género, ni se las someta a exámenes físicos infundados y degradantes con la intención de determinar su orientación sexual. (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012, pág. 11)
- e. Prohibir la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. Promulgar leyes amplias que incluyan la orientación sexual y la identidad de género como fundamentos prohibidos de discriminación. En particular, asegurar que no haya discriminación en el acceso a los servicios básicos, incluso en el contexto del empleo y de la atención de la salud. Ofrecer educación y capacitación para prevenir la discriminación y la estigmatización de las personas LGBT (lesbianas, *gays*, bisexuales y transexuales) e intersexuales. (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012, pág. 11)
- f. Salvaguardar la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica de las personas LGBT (lesbianas, *gays*, bisexuales y transexuales) e intersexuales. Toda limitación de esos derechos debe ser compatible con el derecho internacional y no discriminatoria. Proteger a las personas que ejercen sus derechos de libertad de expresión, asociación y reunión contra actos de violencia e intimidación cometidos por partes del sector privado. (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012, pág. 11)

Queda en evidencia, con la producción de este documento, el interés de parte de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas en la protección, respeto y tutela de los derechos de la población lesbiana, gay, bisexual, transexual e intersexual (LGBTI), haciendo un énfasis especial en la orientación sexual y en la identidad de género.

3.2.2.1.2 Principios de Yogyakarta

Sin embargo, es quizá a través de los Principios de Yogyakarta en donde se ha construido y consolidado, de una manera más sistemática, el alcance de los derechos humanos en relación con el derecho a la identidad sexual o identidad de género.

A este respecto, Thomas Hammarberg (2009) ha afirmado que:

En un esfuerzo internacional a gran escala para promover unos estándares internacionales respecto a orientación sexual e identidad de género, un grupo de distinguidos expertos en legislación internacional de derechos humanos publicó en 2007, los *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Aunque no han sido adoptados oficialmente como un estándar internacional, estos principios son citados por los cuerpos de la ONU, tribunales nacionales y muchos gobiernos los han convertido en una guía para definir sus políticas en la materia. (pág. 7)

A pesar de carecer de vinculación jurídica obligatoria para los Estados, estos principios son una herramienta fundamental que poco a poco van permeando el

quehacer jurídico y, por consiguiente, son un esfuerzo muy loable en la defensa de los derechos humanos basados en orientación sexual e identidad sexual o de género.

En lo relativo a la identidad de género, el preámbulo de los Principios de Yogyakarta es esencial en la definición y concepción del término. Así pues, la identidad sexual o identidad de género es entendida como:

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (pág. 8)

Como se ha mencionado en el transcurso de esta investigación, el derecho a la identidad sexual o identidad de género es consecuencia del principio de igualdad en tanto forma parte del genérico derecho a la identidad, derecho humano fundamental para poder ejercer la capacidad jurídica del individuo que debe ser garantizado a todos y todas por igual.

En este sentido, el principio tercero de los Principios de Yogyakarta establece que:

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutará 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. (pág. 12)

La luz que arroja este instrumento como principio orientador de la tutela legal del derecho a la identidad de género, es invaluable y las recomendaciones hechas a los Estados para su cumplimiento real y efectivo del derecho a la identidad de género son aún más categóricas. Así, el mismo principio tercero “exige” a los Estados a realizar lo siguiente:

- Garantizarán que a todas las personas se les confiera capacidad jurídica en asuntos civiles, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y la oportunidad de ejercer dicha capacidad, incluyendo los derechos, en igualdad de condiciones, a suscribir contratos y a administrar, poseer, adquirir (incluso a través de la herencia), controlar y disfrutar bienes de su propiedad, como también a disponer de estos.
- Adoptarán todas 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.

- Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar 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.
- Garantizarán que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios, y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida.
- Asegurarán que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas.
- Emprenderán programas focalizados cuyo fin sea brindar apoyo social a todas las personas que estén atravesando una transición o reasignación de género.

Sin duda alguna, estas recomendaciones encontradas en los Principios de Yogyakarta deberían de constituirse en demandas reales, en tanto representan la posibilidad efectiva de cumplir en la praxis el derecho a la identidad sexual o de

género y como tal, ajustarse al derecho internacional de los derechos humanos y el fundamental derecho a la igualdad.

3.2.2.1.3 Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa

A nivel europeo, el Comisario de Derechos Humanos, Thomas Hammarberg, a petición del Consejo de Europa, realizó un *issue paper* en el año 2009 con el propósito de analizar, de manera específica, el derecho a la identidad de género como un derecho humano y su tutela dentro del espacio común europeo.

El Comisario encontró, como parte de sus conclusiones, que a pesar de los esfuerzos realizados por algunos Estados para tutelar el derecho a la identidad de género como un derecho fundamental en sus ordenamientos jurídicos, existen aún niveles de discriminación e intolerancia que deben ser atendidos y resueltos con urgencia.

En relación con el reconocimiento legal de la identidad de género, Hammarberg (2009) señala lo siguiente:

El artículo 8 del Convenio Europeo establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado que la negativa de un estado a modificar el certificado de nacimiento de una persona para que en él conste el género elegido, constituye una violación del artículo 8 del Convenio. Se exige por tanto que los Estados miembros reconozcan legalmente el cambio de género de las personas transexuales. (pág. 8)

Se desprende del *issue paper* que el derecho a la identidad de género ha sido y debe ser regulado por las vías jurídicas o administrativas correspondientes por los Estados, con el propósito de ajustar y armonizar el sexo biológico con el género psicológico que se posee, a fin de cumplir con los derechos más fundamentales, esenciales y respetuosos con la dignidad humana.

En este sentido, profundiza el Comisario de Derechos Humanos al afirmar que “el acceso a los trámites para cambiar el propio sexo y nombre en los documentos de identidad es vital para que una persona transgénero pueda vivir en concordancia con su identidad de género elegida”. (Hammarberg, 2009, pág. 9)

Es incuestionable la relevancia que ha asumido el derecho a la identidad de género en el ámbito internacional de los derechos humanos, tanto como principios orientadores en el espacio de Naciones Unidas, así como en el ámbito regional europeo.

3.2.2.1.4 Corte Europea de Derechos Humanos

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

A continuación se detallarán algunos de los fallos más relevantes de este alto tribunal sobre la identidad de género, analizados con base en un documento preparado por la Unidad de Prensa de la Corte Europea de Derechos Humanos. (*Press Unit of the European Court of Human Rights, 2013*)

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

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

Además, en un aspecto fundamental del derecho a la identidad sexual, la Corte dejó en responsabilidad de los Estados regular todo aquello concerniente a las formalidades y condiciones para el matrimonio de los transexuales, pero afirmaba enfáticamente que no encontraba justificación para la prohibición de los transexuales a gozar del derecho al matrimonio bajo ninguna circunstancia.

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

La Corte encontró una violación del artículo 8 del Convenio Europeo en el tanto la identidad de género es uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una

persona, por lo que parece desproporcionado solicitarle al demandante pruebas médicas de la necesidad del tratamiento.

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

3.2.2.1.5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

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

Este estudio pone de manifiesto la importancia que ha tomado a nivel hemisférico el derecho a la identidad sexual, entendido este en su sentido amplio e inclusivo de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Así, pues, los mecanismos de derechos humanos americanos, al igual que sus pares europeos, han visto la imperiosa necesidad de asumir la responsabilidad que implica la tutela de este derecho humano para sus ciudadanos.

Al tratar el tema de la orientación sexual, la identidad género y la expresión de género como derechos fundamentales para la autorealización personal y el libre desarrollo de la personalidad, la Comisión explica:

Así, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, pág. 8)

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

Derivado de lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012) afirma en su estudio que:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos entiende por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado -ya sea *de jure* o *de facto*- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías. (pág. 7)

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

3.2.2.1.6 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es numerosa en relación con temas de orientación sexual, identidad sexual o identidad de género, es más, la única sentencia dictada en relación con estos temas ha sido en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* del 24 de febrero de 2012.

En lo particular, el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* trata sobre discriminación basada en orientación sexual; sin embargo, la Corte hace alusión a la identidad sexual o identidad de género en la redacción de la sentencia.

En este sentido, la Corte afirma en el párrafo 91 de la sentencia en cuestión que:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto

o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012)

La Corte es sumamente clara en el tanto afirma que la identidad de género es una categoría de los individuos que es protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con ello se deriva que los estados americanos que han suscrito la Convención, se encuentran obligados a tutelar y proteger dicha condición.

La Corte va más allá y afirma que las autoridades estatales o particulares no pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Aunque la Corte alude explícitamente sólo a la orientación sexual, no sería ilógico ni irresponsable interpretar que dicha prohibición se extiende también a la identidad de género.

Este es el único caso hasta el momento en el que la Corte ha tenido que fallar una sentencia en temas relacionados con diversidad sexual; sin embargo, no puede menospreciarse la relevancia jurídica que tiene para los Estados las precisiones que hace la Corte sobre el acercamiento que deben tener ante la orientación sexual y la identidad de género.

3.2.2.2 El derecho a la identidad sexual en el ámbito nacional

El desarrollo del derecho a la identidad sexual, tanto a nivel doctrinario como legal y jurisprudencial, es verdaderamente escasa. Es justamente por esto que ha

surgido el interés de realizar esta investigación con el propósito de poner sobre la mesa la necesidad de que se visibilice el derecho a la identidad de género, el cual, como se ha observado a nivel internacional, es un derecho que merece ser tutelado.

Los mecanismos globales de derechos humanos en el ámbito internacional, así como las sentencias de los organismos regionales de derechos humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido categóricos en el reconocimiento del derecho a la identidad sexual como una consecuencia del principio de igualdad y del respeto de la dignidad humana.

3.2.2.2.1 Jurisprudencia constitucional

Es la Sala Constitucional la que ha tenido que enfrentarse al derecho a la identidad sexual producto de sendos recursos de amparo en los cuales se le ha exigido su reconocimiento en el Derecho costarricense y consiguiente tutela en el ordenamiento interno.

A estos efectos, la primera sentencia constitucional en la cual la Sala trata el tema del derecho a la identidad sexual es el voto No.2007-007128 del 23 de mayo de 2007, en el cual se le presenta un recurso de amparo en contra de la Caja Costarricense del Seguro Social.

En lo particular y relativo al reconocimiento del derecho a la identidad sexual, la Sala ha afirmado en su considerando tercero del voto No.2007-007128 lo siguiente:

El derecho a la identidad sexual sí tiene la importancia necesaria y sí se le debe considerar como un derecho inherente a la persona, pero también al derecho a la salud en la medida en que su reconocimiento puede implicar un ajuste de la psiquis del interesado con su cuerpo, una adaptación de lo que es a lo que siente que debe ser y con ello preservar y garantizar su derecho a la salud desde el punto de vista emocional y psíquico. El sexo es una realidad múltiple configurada por varios factores: el componente genético o cromosomático (XX para la mujer, XY para el hombre); el componente morfológico (los órganos genitales que el niño y la niña muestran al nacer); y por último, el componente psico-social (el género: masculino o femenino). Constituye una cualidad que identifica a la persona y sirve, al mismo tiempo, para diferenciarla de los demás, es uno de los datos que forman parte del estado civil, no es inmutable, de modo tal que el derecho debe prever, mediante disposiciones, aquellos casos en los que ciertos individuos no han seguido la línea pronosticada en la evolución de su identidad sexual y a pesar de que tienen un sexo, quieren pertenecer al otro y para ello solicitan el ajuste de su cuerpo a lo que sienten en su psiquis, como lo hace el recurrente en este caso concreto. Al día de hoy se puede decir que se ha superado la tradicional consideración de que el sexo sólo viene determinado, tanto por el criterio monolítico de la fórmula cromosomática XX para la mujer y XY para el hombre (que puede resultar además irregular), como por la conformación anatómica de la persona en el nacimiento, pues se entiende que el sexo es el resultado final de una yuxtaposición, normalmente perfecta, entre sus llamados elementos objetivos o biológicos (sexo genético o cromosómico, cromatínico, gonádico, germinal, hormonal, cerebral y morfológico o somático) y los elementos subjetivos (sexo psicológico

y sociológico) que conforman la llamada identidad sexual de la persona o sentimiento íntimo y social de pertenencia a uno de los dos sexos, de modo que superada esa tradicional concepción ahora sí se admite la posibilidad de que el elemento subjetivo psicológico permita también la determinación del sexo de una persona. (Voto No. 007128, Sala Constitucional, 2007)

Este voto de la Sala da pie para analizar varios aspectos de la identidad sexual, así como del derecho propiamente dicho. En primer lugar, se aprecia nuevamente la polisemia de los conceptos de identidad sexual e identidad de género, pareciera que a criterio de la Sala, ambos términos son sinónimos e, inclusive, prefiere el término identidad sexual sobre el de identidad de género.

La definición del sexo como una construcción multifactorial es también un importante aporte de la Sala que permite la derivación de la identidad sexual y su posterior construcción jurídica. Así como se estudió en el capítulo primero de esta investigación, la Sala también concluye que el fuero interno y la edificación del sexo psicológico es igual o inclusive, más importante que el sexo anatómico.

En segundo término, el reconocimiento expreso que hace la Sala del derecho a la identidad sexual sienta un precedente fundamental y de cierta manera obliga a las instituciones jurídicas del país a adecuarse a las necesidades de la población que ve violentado este derecho.

La afirmación del derecho a la identidad sexual, como un derecho fundamental en el ordenamiento nacional, es consecuente con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. La génesis de este derecho como fruto de otros tan fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la identidad, la libertad e inclusive, el derecho a la salud, constituye su transversalidad jurídica.

El voto No.2009-016877 del 4 de noviembre del 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, vuelve a tratar el tema de la identidad sexual y en este caso en particular, son relevantes los votos salvados de los magistrados Ernesto Jinesta y Adrián Vargas, quienes señalan que:

A partir del reconocimiento de la dignidad intrínseca a toda persona y del derecho general a la identidad de la persona, surge el derecho a la identidad sexual. Como parte del contenido esencial de ese derecho emerge y se reconoce la facultad de toda persona de cambiar de sexo u obtener su reasignación –como parte de la libre autodeterminación o el libre desarrollo de la personalidad- cuando el mantener el sexo con el que se nació (biológico) provoca un trastorno de identidad sexual, un malestar permanente con su propio sexo y un sentimiento grave e intenso de inadecuación con su rol. Debe tomarse en consideración que la sexualidad se manifiesta en todas las vertientes o esferas de las relaciones humanas y de la convivencia social. Este derecho pueden ejercerlo los transexuales, siendo que la transexualidad supone una contradicción entre la identidad de género (sexo psicosocial) y el sexo biológico. (Voto No.016877, Sala Constitucional, 2009)

Los votos salvados de los magistrados Jinesta y Vargas ofrecen elementos también valiosos que, en conjunto con los criterios externados en el voto No.007128-07, dan un sentido más coherente e integral al derecho a la identidad sexual, sus orígenes y efectos.

La incorporación de la libre autodeterminación o el libre desarrollo de la personalidad, y el reconocimiento de la dignidad personal como elementos que dan origen al derecho a la identidad sexual, son criterios que no dejan dudas

sobre lo fundamental del derecho que acá busca ser tutelado como inherente a la persona humana.

De los votos de la Sala Constitucional analizados anteriormente no se desprende incertidumbre alguna sobre el reconocimiento que el Derecho de la Constitución le concede a la identidad sexual o identidad de género y su afirmación como un derecho fundamental.

Los magistrados constitucionales han tenido por correcta la tesis de que el sexo no puede ser concebido solamente desde su perspectiva biológica, sino que han incorporado elementos psicológicos y sociales como configuradores del sexo desde una perspectiva integral.

Es gracias a este enfoque sistemático del sexo, de una interpretación moderna y actual del esquema sexo/género, junto con la correcta interpretación jurídica de la dignidad humana, la identidad, la personalidad, la libertad y la igualdad desde un enfoque basado en el derecho internacional de los derechos humanos, lo que ha llevado al reconocimiento constitucional del derecho a la identidad sexual.

Se ha estudiado en esta sección el derecho a la identidad sexual, su tratamiento en los principales mecanismos de protección de los derechos humanos, internacionales como regionales y su trato, por vía jurisprudencial, en el ámbito costarricense. Corresponde ahora estudiar la transexualidad como situación fáctica en la que el derecho a la identidad sexual se vuelve materializable y asume su relevancia jurídica primordial.

Sección 3: La transexualidad

Los votos salvados de los magistrados Vargas y Jinesta en la sentencia No.16877-09 de la Sala Constitucional, afirman al referirse al derecho a la identidad sexual que “este derecho pueden ejercerlo los transexuales, siendo que la transexualidad supone una contradicción entre la identidad de género (sexo psicosocial) y el sexo biológico”.

De lo anterior se desprende, pues, la relevancia que tiene dentro de este capítulo y en esta sección en particular estudiar el transexualismo, en el tanto en que es en el transexual en donde el derecho a la identidad sexual se visibiliza y adquiere la necesidad de ser tutelado, respetado y reglado según las normas más básicas de los derechos humanos.

3.3.1 Concepto

Antes de brindar algún acercamiento conceptual sobre el transexualismo o el/la transexual, es importante aclarar que al igual que con los términos de identidad sexual o identidad de género, no existe un acuerdo unánime que sea aceptado como concepto unívoco, por lo que las definiciones deben entenderse desde una perspectiva abierta y dinámica.

Hecha la salvedad anterior, Gustavo A. Bossert (2011) define la transexualidad y en lo específico al transexual, como aquel individuo que:

Nace con genitales internos y externos de un sexo, pero se identifica sexualmente con el otro y padece la constante tortura de sentirse “encerrado en un cuerpo que no le pertenece”, un cuerpo cuyos órganos sexuales no se corresponden con su sexo profundo, su

psiquis, sus hábitos, sus gustos y su definida y auténtica inclinación amorosa y erótica. (pág. 389)

Por su parte, Eva Giberti (2009) presenta el concepto de transgénero como un término “sombrija”, el cual aglutina una serie de posibilidades. En lo particular afirma que:

Las personas transgénero incluyen transexuales (los que sienten que nacieron con el sexo físico equivocado), ya sean preoperados/as, post-operados/as; crossdresseros/as (anteriormente llamados travestis o travestidos/as), los que usan ropa del sexo opuesto con el fin de expresar mejor una identidad interior de crossgénero; personas intersexuales (anteriormente llamados hermafroditas) y muchas otras identidades demasiado numerosas como para enumerarlas aquí. (pág. 41)

Otra definición la proporciona Carlos Manavella (2006), quien define la transexualidad como “una contradicción entre la identidad de género (sexo psíquico) y el sexo biológico, o sea, la persona que teniendo un sexo biológico determinado, tiene sin embargo la convicción íntima y el deseo de pertenecer al sexo opuesto”. (pág. 49)

El psicoanalista Néstor Yellati define al transexual como “una persona que desea, y en muchas ocasiones efectivamente realiza la transformación de su cuerpo en la del sexo opuesto a partir de la certeza de que su verdadera identidad sexual es contraria a su sexo biológico”. (pág. 1)

Ana Virginia Pérez Li (2001) define al transexual como “aquel individuo que está en desarmonía con sus caracteres sexuales totales, hasta el punto de detestar la

pertenencia al propio sexo y los propios órganos genitales que constituyen para él una auténtica deformidad.” (pág. 15)

La Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de España y el *Grup d'Identitat de Gènere i Transexualitat del Col·lectiu LAMBDA*, definen al hombre transexual como:

Una persona que se siente, piensa y actúa como hombre aunque naciera con genitales femeninos. Habitualmente se utilizan las siglas MaH (FtM en inglés), refiriéndose a que su cuerpo transita de mujer a hombre. Por consiguiente, se le debe tratar en masculino como a los demás hombres. (pág. 2)

Al referirse a la mujer transexual, ambas organizaciones la definen como:

Una persona que se siente, piensa y actúa como mujer aunque naciera con genitales masculinos. Habitualmente se utilizan las siglas HaM (MtF en inglés), refiriéndose a que su cuerpo transita de hombre a mujer. Por consiguiente se le debe tratar en femenino como a las demás mujeres. (pág. 2)

Las definiciones sobre el individuo transexual o el transexualismo que se han presentado acá, mantienen una misma línea conceptual en el tanto hacen referencia a ese sentimiento profundo de pertenencia al género opuesto, en el tanto no existe concordancia entre el sexo biológico dado y el género interno sentido.

Una vez que ha quedado claro lo que mayoritariamente se entiende por transexualidad o transexualismo, es importante dedicar un apartado a estudiar

algunas de las teorías existentes sobre las causas u orígenes de la transexualidad.

3.3.2 Causas

Quizá sería necesario iniciar este acápite mencionando que no existe, en la actualidad, una teoría que sea mayoritariamente aceptada por la comunidad científica internacional sobre las probables causas y/o situaciones que provocan la transexualidad, razón por la cual acá se hará un acercamiento a algunas de las posibilidades que han sido exploradas más recientemente.

Al igual que con la construcción del sexo como una condición dinámica, sistémica y multifactorial, así también las teorías en relación con el origen de la transexualidad presentan componentes biológicos-psicológicos, así como otros sociales o relacionados con el ambiente en el que se desarrolla la persona transexual.

En el estudio realizado por Cohen-Kettenis y Gooren (1999), se explica que históricamente se ha asumido que ciertos condicionantes familiares podrían explicar la aparición del *trastorno de la identidad de género*³. La hipótesis que para los investigadores aún mantiene alguna vigencia es la que sostiene que los padres que presentan psicopatologías influyen hasta cierto grado en un desarrollo atípico de la identidad de género de hijos que padecen disforia de género; sin embargo, aún no puede concluirse o aceptarse con total certeza.

³ El trastorno de la identidad de género fue incorporado en la cuarta edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (APA) en sustitución del término transexualismo. En la quinta y última versión publicada en mayo de 2013 (DSM-V), el término de trastorno de la identidad de género fue retirado del Manual y actualmente sólo se mantiene el concepto de disforia de género.

Asimismo, sostienen y concluyen que las características ambientales, las psicopatologías de los padres y las formas de crianza de los hijos pueden influir en algunos, pero no en todos los tipos de trastornos de la identidad del género, pareciera que para los casos más leves sí son razones suficientes, no así para los profundos.

Dentro de los aspectos biológicos como causantes de la transexualidad, los investigadores nombrados anteriormente citan un estudio de Zhou y otros de 1995, en el que se observó la estructura de un cerebro femenino en transexuales genéticamente masculinos, cuya causa podría deberse a una dismorfia en varios núcleos hipotalámicos⁴.

Otra de las hipótesis planteadas desde la Biología como causantes del trastorno de la identidad de género, era una excesiva exposición prenatal a hormonas sexuales; sin embargo, un estudio realizado por Hiroshi y otros (2009) no la ha podido verificar en su totalidad. (Hiroshi, y otros, 2009)

Otro estudio desde la perspectiva biológica publicado en 2009, ha asociado el transexualismo de HaM (Hombre a Mujer) con un polimorfismo del receptor androgénico. Este estudio también asoció al receptor androgénico y a genes involucrados en la esteroidogénesis como actores claves en el transexualismo de hombre a mujer. (Baird N., y otros, 2009)

Por su parte, Eva Giberti (2009) menciona que una de las causas podría ser “el baño del feto en hormonas del sexo opuesto, o quizá por alguna mutación genética espontánea”. (pág. 42)

⁴ En el capítulo 1 se estudiaron los aspectos biopsicosociales involucrados en la configuración del sexo en el ser humano; el eje hipófisis-hipotálamo juega un papel preponderante en la formación y desarrollo sexual debido a la producción hormonal o endocrina que toma parte en este proceso.

Pérez Li (2001, citando a Vargas, Vargas y otros, 1987) explica que la teoría psicológica que pretende explicar el transexualismo lo hace desde una perspectiva conductista, en la cual se afirman cuatro situaciones posibles como causas:

- Vestir al niño con ropa del sexo opuesto. (pág. 46)
- Vestir al niño con ropa del sexo opuesto como castigo. (pág. 46)
- El papel favoritista que tiene la niña hace que el varón desee ser una y tener así sus privilegios. (pág. 46)
- Contacto cercano con una mujer (madre o abuela), estando muy unido a la imagen femenina y con poca relación con la imagen paterna o masculina. (pág. 46)

Sin embargo, estas teorías son cada vez menos aceptadas, tal como quedó constatado en el estudio de Cohen-Kettenis y Gooren (1999, citando a Zucker y Bradley, 1995), quienes afirmaron que no existen bases empíricas fuertes que apoyen estas hipótesis.

Como se afirmó al comienzo de esta sección, queda claro que no existe un acuerdo en cuanto a las razones, causas o factores que se ven involucrados en el desarrollo de la transexualidad; sin embargo, pareciera que existe un mayor avance o tendencia a buscar las respuestas en la Biología sin dejar de lado alguna influencia del entorno.

En este sentido, el Jefe de la División de Genética Médica y profesor de Genética Humana, Pediatría y Urología de la Universidad de California, Los Ángeles, Dr.

Eric Vilain, ha afirmado que es muy posible que ser transgénero radique en una combinación de factores genéticos y ambientales. (Glicksman, 2013)

3.3.3 Hacia una despatologización de la transexualidad

Todo indica que la ciencia va encaminada hacia una despatologización de la transexualidad. En el año 2010, Francia se convirtió en el primer país del mundo en eliminar el transexualismo de su lista de enfermedades mentales. En 2011, la Junta de Salud y Bienestar de Suecia dejó de reconocer la transexualidad como un trastorno, convirtiéndose así en el segundo país en hacerlo. (Amecopress.net, 2011) (SentidoG, 2010)

La prueba más reciente de esta tendencia internacional es la publicación de la quinta edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (APA), en el que se ha eliminado el trastorno de la identidad de género, manteniéndose solamente la disforia de género, entendida ésta como el malestar o la angustia que sufre la persona que no está identificada con su sexo biológico. (Parry, 2013)

Pareciera ser que la transexualidad está recorriendo el mismo camino que transitó la homosexualidad en las décadas de los 70 y 80, en donde pasó de ser considerada una enfermedad mental, hasta eliminarse completamente cualquier alusión a la misma en el año 1986 y con ello, los homosexuales han logrado, en algunos países, conquistas legales relevantes en procura de una equiparación y reconocimiento de sus derechos fundamentales. (Alfageme, 2012)

Eliminar la transexualidad como una enfermedad, trastorno, desequilibrio, síndrome o cualquier otro término que le endilgue una condición médica anormal

permitirá, como en el caso de la homosexualidad, que la lucha por la conquista de los derechos más elementales de la población transexual ya no pase por el prisma de la estigmatización y el rechazo social, o al menos ya no existirá una “justificación médica” para hacerlo.

Es por lo anterior y que a pesar de la relevancia científica que pueda tener encontrar las causas definitivas de la transexualidad, jurídicamente no es posible esperar a que la ciencia dé su resolución final para tutelar derechos que por fundamentales que son, deben ser garantizados con total celeridad.

Independientemente de los orígenes subyacentes de la transexualidad consta una realidad, y ésta es que existen seres humanos que no pueden realizarse a plenitud y explotar todo su potencial debido a que el ordenamiento jurídico les impide el derecho a identificarse, saberse y hacerse conocer con la identidad con la cual se perciben plenamente.

Vivir cotidianamente con una identidad que no corresponde a la sentida en lo más profundo e íntimo de la esencia individual-personal es una situación fáctica a la que ningún ser humano debe verse obligado a concurrir. El Derecho tiene los mecanismos, herramientas e instrumentos para solventar el drama que viven quienes sufren esta discordancia entre su sexo físico y psicológico, en apego a la legalidad y los principios inspiradores de los derechos fundamentales.

En este tercer capítulo se estudió el derecho a la identidad sexual o identidad de género y su estrechísima relación con los derechos de la personalidad, con los cuales tiene una correspondencia vertical y horizontal directa, así como su tratamiento jurídico a nivel internacional, regional y nacional.

El capítulo dos brindó las bases necesarias para comprender los derechos fundamentales y sus características respectivas que los configuran como tales. Los elementos esenciales del derecho a la identidad sexual contienen los atributos necesarios para que pueda ser considerado como un derecho que merece ser tutelado en arreglo con el principio de igualdad constitucional.

En Costa Rica, a pesar del reconocimiento expreso que ha hecho la Sala Constitucional del derecho a la identidad sexual y salvo por algunos tímidos avances declarativos en materia administrativa, este derecho sigue sin ser efectivo en la praxis y, con ello, la población transexual ve excluida la posibilidad de un ejercicio real y completo de su personalidad jurídica.

En el capítulo cuarto de este trabajo investigativo se analizarán los aspectos legales necesarios para que en Costa Rica, el derecho a la identidad sexual pueda ser ejercido con toda su fuerza y alcance, de forma tal que en conformidad con el principio de igualdad formal, todos y todas tengan las mismas posibilidades de ejercicio y disfrute de sus derechos más fundamentales.

Capítulo IV. Implicaciones Legales del Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual en Costa Rica

Ha quedado establecido en el capítulo anterior, el reconocimiento del derecho a la identidad sexual en el ordenamiento jurídico costarricense, al menos por vía de la jurisprudencia constitucional. Sería, entonces, lógico derivar que si a nivel constitucional dicho derecho está reconocido, en niveles infraconstitucionales también debería de estarlo.

Sin embargo, como se estudiará en este capítulo, las posibilidades reales de que la población transexual pueda hacer efectivo su derecho a la identidad sexual son verdaderamente escasas, por no decir nulas. Los avances en ámbitos de Derecho Registral, Derecho de Familia o Derecho Laboral han sido sumamente reducidos, lo que trae consigo una violación a los derechos fundamentales de esta población.

Así las cosas, será de estudio en este capítulo la situación actual en el Derecho a la Salud, Derecho Registral, Derecho de Familia y Derecho Laboral del derecho a la identidad sexual y cuáles modificaciones serían necesarias para convertirlo en un Derecho de praxis real en la esfera jurídica nacional.

Finalmente, se analizará el estado de la cuestión en el Derecho Comparado, en donde ya han surgido algunas soluciones interesantes al reconocimiento del derecho a la identidad sexual en algunos ordenamientos americanos y europeos y con ello, un cumplimiento al mandato del derecho internacional de los derechos humanos.

Sección 1: Derecho a la salud

Será de revisión en esta sección, el derecho a la salud como un elemento relacional del derecho a la identidad sexual, en lo particular en aquello relativo a la operación de readaptación sexo-orgánica para aquellos transexuales que desean acceder a dicho procedimiento médico.

Así como el sexo y la sexualidad son concebidos desde una perspectiva integral, así también la salud debe entenderse desde una visión sistemática, en el tanto está compuesto no solo por la ausencia de dolencia física, sino que también incluye aspectos mentales y sociales.

Así pues, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptado por la Conferencia Sanitaria Internacional en 1946, define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. (Organización Mundial de la Salud, 2013)

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud también se adscribe a la definición de salud brindada por la Organización Mundial de la Salud en el tanto es considerada como un bienestar integral, que incluye los ámbitos físicos, mentales y sociales. (Organización Panamericana de la Salud, 2013)

Retomando el concepto de salud integral, la salud mental forma una parte fundamental y como tal es definida por la Organización Mundial de la Salud como “un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera, y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”. (Organización Mundial de la Salud, 2007)

En este sentido y como fue analizado en el capítulo tercero, las ciencias médicas van encaminadas hacia una despatologización del transexualismo en el tanto ha dejado de considerarse como un trastorno por parte de la Asociación Americana de Psicología; sin embargo, se ha mantenido el término de disforia de género para explicar ese sentimiento de profunda contradicción entre el sexo biológico y el psicológico.

Es importante recalcar que el eje central de esta investigación es el derecho a la identidad de sexual y no la operación de readaptación sexo-orgánica, que si bien es una parte importante del Derecho, su análisis merece un tratamiento separado, por lo que no serán analizados en profundidad todos los aspectos inmersos en ella.

Hecha la salvedad anterior, se entiende que en apego al derecho a la salud que tienen todos los individuos, y entendida ésta como un bienestar físico, mental y social, los transexuales que busquen acudir a un procedimiento quirúrgico con el propósito de armonizar su sexo anatómico con su identidad de género deberían tener la oferta médica requerida para acceder a ella.

4.1.1 Readaptación sexo-orgánica

Como se mencionó anteriormente, no es objeto de esta investigación analizar con precisión y detenimiento las características de la operación de cambio de sexo, ya que esto sería objeto de una exploración totalmente diferente e independiente; sin embargo, sí resulta necesario analizarla como un derecho al que debería poder acudir.

En este sentido, la Sala Constitucional ha tenido que hacer frente al menos a dos recursos de amparo en los cuales se solicitaba a la Caja Costarricense del Seguro Social la realización de la operación de readaptación sexo-orgánica, también conocida como operación de cambio de sexo.

El voto No.007128 del 23 de mayo del 2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y reproducido a su vez en el voto No.016877 del 4 de noviembre del 2009, es sumamente claro y significativo al analizar el derecho a la reasignación sexo-orgánica como derivativo del derecho a la salud y consustancial con el derecho a la identidad sexual. En este sentido, el magistrado Mora Mora apunta lo siguiente:

Desde la perspectiva del derecho a la salud, se puede argumentar que una cirugía de cambio de sexo se justificaría para evitar efectos negativos sobre la salud del interesado, con lo cual, en caso de que se niegue esa posibilidad, se estaría ocasionando un grave atentado contra el derecho a la salud. Por el contrario, si obtiene atención y tratamiento adecuados, la persona transexual empezará el proceso de transexualización y podrá acceder a una cirugía de reasignación sexual con la que podrá modificar su cuerpo adaptándolo al sexo que siente y con ello preservar y garantizar su derecho a la salud, sobre todo a nivel de salud emocional y psíquica.

Al reconocerse que el transexual tiene derecho a adaptar irreversiblemente su anatomía a la identidad sexual que siente y vive, se le está reconociendo su derecho a la identidad sexual, que es expresión del libre desarrollo de la personalidad y de su dignidad, pero también su derecho a la salud, porque ello permite un ajuste entre su psiquis y su cuerpo.

La jurisprudencia constitucional demuestra una lucidez encomiable al considerar, correctamente, que el procedimiento quirúrgico en el transexual no es fruto de la vanidad o simple placer estético, sino más bien de la necesidad real de armonizar su sexo genital con su sexo psicológico, con tal de conseguir una salud plena e integral.

La Sala asocia y relaciona, de manera adecuada, el derecho a la salud y el derecho a la identidad sexual, y les da un tratamiento destacado en tanto constituyen derechos fundamentales que deben ser garantizados y tutelados por el ordenamiento jurídico costarricense. Sin embargo, la resolución de la Sala se muestra insuficiente en la exigibilidad y justiciabilidad real de este derecho en el país.

En este sentido, en la resolución del fallo supracitado se explica que:

En el país no existe, de momento, la infraestructura necesaria para atender reclamos como el que se observa en este asunto concreto y por ende, todavía no es posible que el recurrente cuente con una transformación quirúrgica anatómico genital que le aproxime a los caracteres morfológicos típicos del sexo que desea y vive como propio, según lo manifiesta. Bajo juramento se ha informado que el recurrente solicita un tratamiento que no se encuentra dentro de los dispuestos por la Caja Costarricense de Seguro Social, pues esta institución únicamente cuenta con programas de cirugía reconstructiva dirigidos a la cirugía curativa de tipo maligno. Tampoco se cuenta con un marco normativo que disponga cómo resolver luego la situación de quien naciera con un sexo externo determinado y recibiera el trato de tal, cuando mediante intervención

quirúrgica se logra una adaptación de esa expresión sexual por la que realmente quiere.

Dada la carencia que hay en el país de profesionales capacitados para realizar procedimientos quirúrgicos como el que pide el recurrente, así como la falta de experiencia en esa área, se considera que es acertado desestimar el amparo porque de lo contrario se podría estar ocasionando un perjuicio mayor al recurrente al obligar a la institución a brindar un tratamiento médico para el cual no tiene experiencia, equipo, ni profesionales adecuados y ello en materia de salud es muy grave.

Son comprensibles las razones esgrimidas para rechazar el amparo; sin embargo, la Sala tampoco insta a que la Caja Costarricense del Seguro Social tome las medidas necesarias para garantizar, en un futuro próximo, la oferta de este tipo de procedimientos quirúrgicos en apego al derecho a la salud y al derecho a la identidad sexual, con lo cual parece jurídicamente insuficiente la resolución del amparo.

La Sala Constitucional ofrece como solución que dicho procedimiento sea realizado en el extranjero amparado en el Reglamento para el Otorgamiento de Ayudas para Tratamiento Médico en el Exterior de la Caja Costarricense del Seguro Social; sin embargo, en el artículo 2 de dicho reglamento es posible leer que “esta ayuda se otorgará únicamente en casos especiales con alta posibilidad de recuperación”.

Pese a lo anterior, la cláusula de condicionalidad enunciada en el artículo 2 del reglamento citado anteriormente podría demostrar ser un obstáculo real para que la intervención requerida sea autorizada, ya que justamente, la inexperiencia

inclusivo en el diagnóstico de la disforia de género podría influir negativamente en la autorización de la misma.

Es por lo anterior que resulta imprescindible que exista una mayor profundidad e interés de las ciencias médicas y psicológicas en el país en la exploración y atención de este tipo de procedimientos quirúrgicos para que, entonces, sí sea posible afirmar que existe una tutela efectiva del derecho a la salud y el derecho a la identidad sexual.

Mientras no exista la posibilidad de acceder gratuitamente a la operación de cambio de sexo o readaptación sexo-orgánica como parte de los procedimientos ofrecidos por los servicios de salud pública del país, el derecho a una salud integral y el derecho a la identidad sexual serán, pues, derechos incompletos e imperfectamente cumplidos.

Sección 2: Derecho registral

Las implicaciones legales del reconocimiento del derecho a la identidad sexual tienen, quizá, uno de sus mayores alcances en el Derecho Registral. Es a través de la relación entre el individuo y la sociedad y la manera en cómo desea ser conocido, que se visibiliza y exterioriza la individualidad personal.

Como se estudió al tratar el tema de los derechos de la personalidad, la identidad personal es un derecho fundamental que el Derecho siempre ha buscado proteger y ante el cual se le ha dado un tratamiento particularmente rígido en el tanto representa el aspecto individualizador por excelencia y funge como elemento básico y necesario para el ejercicio de la personalidad jurídica.

En este sentido, el nombre y el sexo son dos elementos configuradores del estado civil de la persona y existe una estrechísima relación horizontal de dependencia entre uno y otro. Al reconocerse el derecho a la identidad sexual, es derivación lógica deducir que el nombre y el sexo registral deben coincidir con esa identidad de género.

La no posibilidad de modificar ambos, a través de un proceso sencillo y gratuito, es una afrenta a la realización plena de la identidad sexual personal y en el género representa, a su vez, un agravio a los derechos de la personalidad, en particular al genérico derecho a la identidad.

4.2.1 Cambio de nombre

La posibilidad del cambio de nombre está contemplado en el Código Civil y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, en cuyas normas está establecido el procedimiento a seguir para realizar modificaciones en el estado civil de las personas.

En este sentido, el Código Civil, en los artículos 54, 55, 56 y 57, establece que:

Artículo 54.

Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal, lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto.

Artículo 55.

Una vez presentada la solicitud de cambio, el Tribunal ordenará publicar un edicto en el Diario Oficial, concediendo 15 días de término para presentar oposiciones.

Artículo 56.

En toda solicitud de cambio o modificación de nombre será oído el Ministerio Público y antes de resolver lo procedente, el Tribunal recabará un informe de buena conducta anterior y falta de antecedentes policíacos del solicitante. Igualmente lo hará saber al Ministerio de Seguridad Pública.

Artículo 57.

El cambio o alteración del nombre no extingue ni modifica las obligaciones o responsabilidades contraídas por una persona bajo su nombre anterior.

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil establece en sus artículos 64, 65, 66 y 67, el procedimiento del recurso como herramienta a utilizar en los casos en los que se hubiese cometido algún error material al momento de inscribir algún dato del estado civil de la persona.

En este sentido, los artículos 64, 65, 66 y 67 rezan lo siguiente:

Artículo 64

Las inscripciones hechas en el Registro, cuando resultare la evidencia de haberse incurrido en algún vicio que implique nulidad, o de que los datos que sirvieron para practicar el asiento contenían

alguna falsedad, deberán ser canceladas por el Director del Registro, de oficio, a solicitud de parte interesada.

Para que sea procedente la cancelación, es indispensable que previamente se consigne al margen del asiento respectivo una nota de advertencia y se llenen los trámites que indican los artículos 66 y 67.

La cancelación no perjudicará a tercero de buena fe, sino a partir de la fecha de la indicada anotación marginal.

La resolución final del Registro, de no ser apelada, se elevará en consulta al Tribunal Supremo de Elecciones.

Artículo 65

Las enmiendas o modificaciones en las inscripciones del Departamento del Estado Civil, se harán en virtud de sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Elecciones en vía de recurso o por sentencia dictada por los Tribunales Civiles en juicio ordinario.

No obstante, el Registrador General rectificará mediante resolución los errores puramente materiales o de copia en los asientos, cuando en el despacho exista el documento original que demuestre el error, pero la rectificación podrá ser revocada a su vez, si parte interesada demuestra al Registrador motivo justo.

Igualmente el Registrador General rectificará, a petición de parte interesada, los asuntos referentes a ésta, a sus causantes o a quienes represente legalmente, siempre que se trate de simples

errores ortográficos, o de errores en los nombres, apellidos o sexo, si de las alegaciones que se le hicieren o documentos que se le presentaren fuere evidente que se trata de una simple equivocación. La rectificación deberá ordenarse por resolución que se publicará en el Diario Oficial; podrá revocarse en cualquier momento, si parte interesada se opusiere a ella, y en ningún caso perjudicará a tercero, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. La rectificación se hará constar al margen del asiento respectivo, con indicación de la resolución que la ordenó.

Artículo 66

Cuando el Registrador tuviere conocimiento de un error que no sea de los que indican los párrafos segundo y tercero del artículo anterior, pondrá en el asiento respectivo una nota marginal de advertencia, y publicará por tres veces en el Diario Oficial un aviso sobre el particular para que los interesados, dentro de ocho días posteriores a la primera publicación, aleguen sus derechos.

Vencido el término indicado se agregará a las diligencias en todo caso, una certificación del asiento; y si los hubiere, los documentos o alegatos presentados por los interesados, así como las indicaciones que estime pertinentes el Director, el cual enviará al Tribunal los autos, para su resolución definitiva.

La resolución que dicte el Director elevando los autos al conocimiento del Tribunal se notificará a los interesados que se hubieren apersonado.

Artículo 67

Dentro de los quince días siguientes al recibo de lo actuado y las certificaciones de los asientos conducentes del Registro, el Tribunal dictará la resolución que corresponda.

Dictada la resolución por el Tribunal, se devolverán los autos al Registro, para su ejecución.

Las normas anteriores presentan solamente dos escenarios posibles, ya sea el cambio de nombre por voluntad del titular, en cuyo caso el procedimiento es por vía judicial o bien por vía del recurso en aquellos casos de errores ortográficos o muy evidentes al momento de la inscripción.

Queda en evidencia que el cambio de nombre no es un procedimiento sencillo ni fácil, sino todo lo contrario, es un proceso burocrático extenso y riguroso que para quienes su identidad sexual no coincide con su sexo biológico representaría un logro casi inalcanzable, según se desprende de la resolución No.1179 de las ocho horas del cinco de julio de 1985 del Tribunal Superior Primero Civil.

La jurisprudencia del Tribunal Superior Primero Civil afirma que:

Si por medio de un cambio de nombre un varón desea llevar el nombre de una mujer, ello es un aspecto que no puede menos que provocar ciertos trastornos en la sociedad e incluso, podría crear un caos si se populariza la medida o si a la inversa, determinadas mujeres optan por nombres masculinos; es cierto que hay apelativos comunes a ambos sexos, como Carmen, Mercedes o Rosario, pero ello responde más a una inspiración religiosa, y dichas modalidades son prohibidas en otras legislaciones; si por la vía de cambio de

nombre se permite que se confunda el sexo de la persona, el tribunal sin considerarse puritano estima que se afecta el orden colectivo y es preferible negarlo sin que se viole como lo alega el inconforme el artículo 36 del Código Civil, pues la ley sólo establece reglas generales sin proveer situaciones como la presente, tal vez porque en su momento se estimaban imprevisibles.

Se aprecia de la sentencia transcrita anteriormente que no existe una posibilidad real y efectiva de ejercer el derecho a la identidad sexual. La resolución No.1179 del Tribunal Superior Primero Civil omite toda consideración de las diferenciaciones entre sexo y género, así como la construcción de uno y de otro desde una visión sistémica e integral. Sin embargo, una resolución más reciente del Tribunal Primero Civil, a saber la resolución No.257 de las siete horas treinta y cinco minutos del 24 de marzo de 2010, da un giro de la resolución No.1179 al afirmar el Juez Parajeles Vindas que:

Incluso, es criticable que El Estado, por medio de los jueces, mantenga esa labor fiscalizadora de la confección del nombre. Se trata de una función eminentemente administrativa. Bajo esa línea de pensamiento, salvo situaciones excepcionales, la facultad del Juzgado es verificar el cumplimiento de los requisitos legales para conceder la autorización. El yerro del Juzgado se produce porque invade un debate ajeno a este asunto; es decir, lo relativo al género y sexualidad de las personas. Las atribuciones se reducen a conceder el cambio de nombre, sin cuestionar otras esferas íntimas del promovente.

La resolución dictada por el Tribunal Primero Civil en el año 2010 es reveladora en varios aspectos. Primeramente aprecia, de manera correcta, que la judicialización

de los procesos de cambio de nombre representa un inconveniente innecesario dadas las trabas procesales que ello representa para quien decida acudir a estas instancias, ofreciendo la opción por vía administrativa como la más adecuada.

En un segundo momento y ya en relación con el tema de la identidad sexual, considera el tribunal, de manera totalmente novedosa en relación con la sentencia de 1985 al afirmar que el juzgado no puede, en su análisis sobre la autorización o no del cambio de nombre, considerar lo relativo al género y la sexualidad, ya que son esferas íntimas de quien solicita el trámite y son irrelevantes para la decisión.

Entre la resolución No.1179 del cinco de julio de 1985 y la resolución No.257 del 24 de marzo de 2010 existen consideraciones que se encuentran en las antípodas las unas de las otras. Esto no es más que una prueba de la evolución básica que tienen las sociedades humanas y que el Derecho, como institución humana, debe ajustarse a aquellos cambios en apego al desarrollo de los derechos humanos y derechos fundamentales.

Así pues, resulta posible afirmar que dejar el derecho a la identidad sexual como un derecho analizado casuísticamente por los tribunales en la figura del cambio de nombre, representa una inseguridad jurídica de naturaleza odiosa, en el tanto, como se ha reiterado, la identidad personal, dentro de la que la identidad sexual es parte consustancial, es un derecho fundamental garantizado constitucionalmente necesario para el libre desarrollo de la personalidad y como consecuencia del principio de igualdad constitucional.

4.2.2 Cambio del sexo registral

Si el cambio de nombre representa, ya de por sí, un obstáculo procesal para quienes armonizan su sexo anatómico con su sexo psicológico, y en aquellos en los que tal condición no existe, representa una dificultad adicional en el tanto el ejercicio de su derecho a la identidad sexual queda supeditado al análisis judicial; realizar el cambio de sexo registral para que refleje la verdadera identidad de género es legalmente imposible.

El artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, al tratar las inscripciones de los nacimientos, estipula que:

Artículo 51

Además de las declaraciones generales, toda inscripción de nacimiento deberá contener las huellas de las plantas de los pies de la persona recién nacida, junto con el nombre de su padre y madre.

Deberán constar también los siguientes datos:

- a) Lugar, hora, día, mes y año del nacimiento.
- b) Sexo y nombre de la persona recién nacida.
- c) Nombres, apellidos, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad y domicilio de los padres, cuando ambos hayan de ser declarados y en los demás casos, solo los del progenitor que declare el nacimiento.

Si la persona de cuya inscripción se trata, ha tenido uno o más hermanas o hermanos del mismo nombre, se declarará su orden en la filiación y se anotarán las partidas de muerte en las inscripciones de nacimiento correspondientes a los hermanos anteriores que lleven el mismo nombre.

Del artículo 51 supratranscrito, el inciso c es el que interesa a efectos de esta investigación. El sexo es un elemento configurador del estado civil y como tal debe estar inscrito desde el nacimiento junto con un nombre que refleje su género registral.

No existe en el ordenamiento jurídico costarricense ninguna norma que contemple la posibilidad del cambio del sexo registral por razones de identidad sexual. La única posibilidad es por la vía del recurso en casos de que haya existido algún error por parte del registrador al momento de la inscripción del nacimiento.

En este sentido, el artículo 65 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, en su párrafo primero y tercero, explica el procedimiento que se describe a continuación:

Artículo 65

Las enmiendas o modificaciones en las inscripciones del Departamento del Estado Civil, se harán en virtud de sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Elecciones en vía de recurso o por sentencia dictada por los Tribunales Civiles en juicio ordinario.

Igualmente el Registrador General rectificará, a petición de parte interesada, los asuntos referentes a ésta, a sus causantes o a quienes represente legalmente, siempre que se trate de simples

errores ortográficos, o de errores en los nombres, apellidos o sexo, si de las alegaciones que se le hicieren o documentos que se le presentaren fuere evidente que se trata de una simple equivocación. La rectificación deberá ordenarse por resolución que se publicará en el Diario Oficial; podrá revocarse en cualquier momento, si parte interesada se opusiere a ella, y en ningún caso perjudicará a tercero, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. La rectificación se hará constar al margen del asiento respectivo, con indicación de la resolución que la ordenó.

Como se aprecia de la norma anterior, la única posibilidad de aplicar una modificación registral del sexo inscrito es debido a errores ortográficos o simple equivocación. Pareciera improcedente solicitar por medio del recurso y amparado en el derecho a la identidad sexual, que se modifique el sexo registral cuando no coincide con el sexo psicológicamente vivido.

Ha quedado establecido en el transcurso de esta investigación, que el derecho a la identidad sexual o identidad de género es un derecho reconocido por normas internacionales de derechos humanos, por tribunales regionales en derechos humanos e inclusive, por la jurisprudencia constitucional nacional.

Derivado del principio de igualdad y el principio de no discriminación es procedente afirmar que el derecho a la identidad sexual, entendido como el derecho que tiene cada ser humano de ser identificado como profundamente vive su género interior, debe ser reconocido y garantizado a todos y todas, sin distingo de si existe o no coincidencia entre el sexo físico y el psicológico.

Impedir la posibilidad de modificar de una manera sencilla y accesible su sexo registral a quien no armoniza su sexo anatómico con su sexo psíquico, representa

un agravio evidente al principio de igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad personal y naturalmente al derecho a la identidad sexual o de género.

Obligar a cualquier ser humano a vivir bajo una identidad que no siente suya, de la cual no puede apropiarse y con la cual identificarse cotidianamente, representa una reiteración de que sus derechos de la personalidad son de segunda categoría; situación ya de por sí, en colisión frontal con el principio de igualdad formal, pareciera ser insostenible.

4.2.3 Derecho a la propia imagen

Según lo estudiado en lo relativo a la propia imagen y derechos de la personalidad, este derecho no hace alusión únicamente a la tutela de que no se reproduzca la imagen personal sin el consentimiento personal, sino también a que se respete la expresión de la misma.

Debe de reconocérsele al Tribunal Supremo de Elecciones y el Registro Civil, el avance hecho con la promulgación del Reglamento de Fotografías para la Cédula de Identidad, decreto N.º 08-2010, en cual se hace alusión expresa al derecho a la identidad sexual y que, como tal, debe ser respetada al momento de la fotografía de la cédula de identidad.

En este sentido, en el artículo 2 de dicho reglamento se lee:

Artículo 2.- Alcance.

Toda persona tiene derecho a que se respete su imagen y su identidad sexual al momento de tomarse la fotografía que se inserta

en la cédula de identidad. Ese derecho debe conciliarse con el interés público de contar con un documento de identificación idóneo, seguro y confiable. Lo anterior hace necesario que, en la fotografía, se muestren los rasgos faciales, de forma tal que permitan la identificación de la persona portadora del documento de identidad.

Por su parte, el artículo 3 precisa ciertas definiciones a efectos de mejor aplicación del reglamento, en este sentido, y para los efectos de esta investigación, se afirma lo siguiente:

Artículo 3.- Definiciones.

Para facilitar la interpretación y aplicación de este reglamento, se integran los siguientes conceptos:

Género Registral: sexo declarado por los padres del gestionante u autoridad competente en la inscripción de su nacimiento y que consta en el Registro Civil.

Identidad sexual: "La identidad sexual refiere al sentimiento de pertenencia de uno u otro sexo (...)" (Defensoría de los Habitantes - Oficio N° 1251-2009-DHR-PE).

Imagen de la persona: "(...) forma en la cual se presenta (el ciudadano) ante el resto de las personas, es un rasgo determinante de su personalidad y, por ende, de su identidad (...)" (Defensoría de los Habitantes - Oficio N° 1251-2009-DHR-PE. Lo escrito entre paréntesis no corresponde al original).

El artículo 4, al tratar los deberes de los funcionarios, lo hace desde un enfoque de identidad sexual, ante lo cual es posible leer:

Artículo 4.- Deberes de los funcionarios.

Los encargados de la recepción e ingreso de los datos suministrados por el gestionante de la cédula de identidad, así como quienes llevan a cabo su estudio, velarán porque se resuelva cada gestión en el marco de una filosofía de pleno respeto al derecho a la imagen, y a la identidad sexual de la persona usuaria y acatando las disposiciones de la Ley Orgánica y de este reglamento.

Este primer paso hacia el ejercicio real del derecho a la identidad sexual, a pesar de ser en suma loable, se presenta insuficiente sin una legislación que permita acceder de manera sencilla, gratuita y libre de toda estigmatización a una concordancia entre la propia imagen, el nombre y el género registral en estricto apego a la autonomía de la voluntad y la dignidad humana.

El Derecho Registral costarricense tiene aún mucho camino por recorrer para poder asegurar que el derecho a la identidad sexual se encuentra plenamente incorporado en esta rama del Derecho; rama que representa, quizá, la máxima expresión a través de la cual este elemento fundamental de la personalidad puede materializarse y visibilizarse.

Sección 3: Derecho de Familia

El Derecho de Familia representa otro reto interesante del reconocimiento del derecho a la identidad sexual, en el tanto plantea algunas interrogantes

relacionadas principalmente con el matrimonio, así como la filiación y cómo debe ser el tratamiento de los mismos.

En temas de derechos de minorías sexuales, el Derecho de Familia costarricense se encuentra aún entrabado en discusiones sobre la unión civil de personas del mismo sexo, ni siquiera matrimonio, por lo que cuestiones relativas a lo “trans” es aún distante de ser discutido.

4.3.1 Matrimonio

El Código de Familia, en su artículo 11, establece que “el matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio”. Sin embargo, el código no precisa una definición de familia y tampoco brinda un acercamiento sobre este concepto.

Para analizar si el matrimonio del transexual se encuentra prohibido en el Derecho de Familia costarricense, es necesario leer lo respectivo a los impedimentos para contraer matrimonio. En este sentido, el artículo 14 del Código de Familia establece que:

Artículo 14. Es legalmente imposible el matrimonio:

- 1) De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior.
- 2) Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad.

El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad.

- 3) Entre hermanos consanguíneos.
- 4) Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; y el adoptante y el excónyuge del adoptado.
- 5) Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.
- 6) Entre personas del mismo sexo.
- 7) De la persona menor de 15 años.

De la lectura del artículo anterior queda claro que no existe una prohibición expresa para que el transexual pueda unirse en matrimonio, en tanto dicha unión no incurra en ninguna de las causales de imposibilidad legal del artículo 14 anteriormente citado.

La relación existente entre el Derecho Registral y el Derecho de Familia a efectos de legitimar el matrimonio del transexual, es de una dependencia sumamente estrecha. En este sentido, desde el momento en que se reconozca el cambio de sexo registral del individuo que lo solicita, éste podría, bajo la legislación actual, contraer nupcias con cualquiera de su sexo opuesto.

De existir en el país un reconocimiento a la unión de personas del mismo sexo, no haría pues diferencia el sexo registral que se halle inscrito a efectos del

matrimonio, ya que no habría cabida a la negatoria existente actualmente en relación con los matrimonios homosexuales.

El legislador deberá decidir, al momento de aprobar leyes específicas sobre identidad sexual o identidad de género, si exige como requisito para el cambio registral del sexo algún procedimiento médico encaminado a la readaptación genital o si bien, con la simple expresión de no pertenecer al sexo anatómico con el que se nació basta para rectificar el acta de nacimiento del reclamante.

Somos de la opinión que exigir tratamientos médicos invasivos como requisito para poder ejercer el derecho a la identidad sexual, coloca a los individuos que no armonizan su sexo anatómico con el psicológico en una situación de desigualdad y discriminación no justificada frente a los otros en los que sí existe coincidencia entre su sexo interno y externo.

Otra situación que merece análisis al hablar sobre transexualidad y matrimonio, es cuáles serían los efectos jurídicos si el cambio de sexo registral opera una vez contraído el vínculo, es decir, posterior a la celebración del matrimonio, con lo cual se estaría ante una figura *sui generis* de un matrimonio homosexual con un origen legalmente constituido.

De existir el reconocimiento del matrimonio homosexual y mientras haya acuerdo de ambos cónyuges, pareciera ser que no existiría impedimento legal alguno para la continuidad del vínculo matrimonial en vista de que el cambio del sexo registral no produciría efectos de nulidad en el matrimonio.

Sin embargo, la realidad nacional es otra distinta, por lo que habría que analizar si el matrimonio sería anulable o, bien, de no existir acuerdo del cónyuge no

transexual para continuar el vínculo matrimonial, si las causales de divorcio establecidas en el Código de Familia serían de aplicabilidad en este particular.

En este sentido, el Código de Familia, en su artículo 15, señala las condiciones por las cuales un matrimonio puede ser anulable. Reza el artículo lo siguiente:

Artículo 15.- Es anulable el matrimonio:

1) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;

2) De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva. *(Así reformado el inciso anterior por el artículo 80 de la Ley N°.7600 de 2 de mayo de 1996, "Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad")*

3) *(Derogado por el artículo 4° de la Ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)*

4) Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y

5) Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.

En relación con las causales de divorcio, el artículo 48 del mismo cuerpo normativo señala las siguientes:

1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;

- 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;
- 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;
- 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;
- 5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges. *(Así reformado este inciso de acuerdo con la anulación parcial ordenada por resolución de la Sala Constitucional N° 3951 del 24 de febrero de 2010.)*
- 6) La ausencia del cónyuge, legalmente declarada; y
- 7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento deberá presentarse al Tribunal mediante convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación. *(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976) (Así reformado el inciso anterior, mediante resolución de la Sala Constitucional N° 16099-08 del 29 de octubre del 2008.)*

- 8) La separación de hecho por un término no menor de tres años. *(Así adicionado el inciso anterior por el artículo 2 de la Ley “Adiciona Código de Familia para Regular la Unión de Hecho”, No.7532 del 8 de agosto de 1995)*

Ante este mismo cuestionamiento sobre si se procedería por una anulación o bien a través del divorcio, Gustavo A. Bossert (2011) plantea lo siguiente en lo referente al matrimonio del transexual post-operado en la legislación argentina:

Al respecto se ha sostenido que cabe el divorcio por injurias graves solicitada por el cónyuge de transexual, por haber creado el transexual la imposibilidad de continuar manteniendo relaciones sexuales normales (...)

Sin embargo, parece posible sostener la procedencia de la acción de nulidad del matrimonio por error o dolo “acerca de la persona del otro contrayente” (arts. 175 y 220, inc. 4, Cód. Civil), ya que el vicio determinante no sería la intervención quirúrgica y la modificación de partidas, actos posteriores a la celebración del matrimonio, sino la ignorancia del otro contrayente respecto del transexualismo de su cónyuge (...)

Resultan en suma interesantes las soluciones planteadas por Bossert sobre el tratamiento que debiera dársele al matrimonio en los casos en los cuales las modificaciones registrales y/o físicas han sucedido posterior a la celebración del acto matrimonial.

En el caso costarricense, el artículo 48 del Código de Familia, en su inciso 4, justifica a la sevicia como una de las causales de divorcio; sin embargo, parecería

difícil encuadrar la situación surgida a raíz de la transexualidad en ese supuesto fáctico, en el tanto debería demostrarse el trato cruel o excesivamente cruel que dicha condición ha traído sobre el cónyuge no transexual.

Sin embargo, al igual que en la legislación argentina, el artículo 15, inciso 1, estipula el “error en la identidad del otro” como una causal de anulabilidad del matrimonio. Del desarrollo que se ha hecho en esta investigación se ha podido concluir que la identidad sexual forma una parte consustancial de la identidad personal, por lo que de no haber conocimiento y certeza plena de la verdadera identidad sexual del cónyuge, pareciera posible proceder con la anulación del vínculo matrimonial.

Ahora bien, puede presentarse el caso en que ambos cónyuges, una vez verificado el cambio del sexo registral e independientemente de si haya habido un procedimiento quirúrgico de por medio, deseen mantener el vínculo matrimonial. Esta situación solamente sería salvable por medio de la aprobación del matrimonio homosexual, en el tanto solamente así la nueva situación fáctico-registral de estar en la presencia de cónyuges del mismo sexo registral sea subsanable.

4.3.2 Filiación y patria potestad

Aunque pudiese parecer un tema menor, podría existir la duda sobre cómo debe proceder el Derecho en lo relativo a la filiación y patria potestad de un padre o madre transexual con respecto a sus hijos o hijas. A efectos de estudiar estos hechos, se analizarán las principales normas del Código de Familia.

En este sentido, el primer artículo que se debe comentar es el artículo 3 del citado cuerpo normativo, en el cual se estipula que “se prohíbe toda calificación sobre la

naturaleza de la filiación”, es decir, queda acá claro que legalmente no podría dársele un tratamiento distinto a la relación de filiación de un padre o madre transexual y sus hijos derivada de su sola condición de transexualidad.

En relación con la patria potestad, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define correctamente como “conjunto de deberes y derechos que conforme a la ley tienen los padres sobre sus hijos menores no emancipados”. (Real Academia Española, 2013).

Por su parte, Ingrid Brena (2000), en relación con la patria potestad, señala que:

El término patria potestad fue acuñado en una época en que se quería expresar el poder que el padre ejercía sobre la familia, pero la organización familiar ha cambiado. Actualmente la patria potestad ha dejado de ser “patria” en vista de que se ejerce por igual, tanto por el padre como por la madre y, a veces, por los otros ascendientes, abuelo o abuela. Tampoco es la “potestad”, porque ya no da la idea de poder sino que se manifiesta como una serie de facultades de quien la ejerce pero en razón directa de los deberes que tiene que cumplir con respecto a sus descendientes.

Una vez precisada la definición de patria potestad y la imposibilidad de calificación sobre la naturaleza de la filiación, resulta procedente analizar las causales de suspensión de la patria potestad con el propósito de verificar si la transexualidad sería causal válida para su terminación.

En este sentido, el artículo 158 del Código de Familia establece que:

La patria potestad termina:

a) Por el matrimonio o la mayoría adquirida.

b) Por la muerte de quienes la ejerzan.

c) Por la declaratoria judicial de abandono, que se produzca por encontrarse la persona menor de edad en riesgo social, de acuerdo con el artículo 162 (*) de este Código y no exista oposición de los padres o cuando, suspendido el derecho, ellos no demuestren haber modificado la situación de riesgo del menor de edad, en el plazo que el Juez les haya otorgado.

d) Cuando la persona menor de edad haya sido objeto de violación, abusos deshonestos, corrupción o lesiones graves o gravísimas de quienes la ejerzan.

() (Actualmente artículo 175)*

(Así reformado por el artículo 3 de ley N° 7538 del 22 de agosto de 1995)

(Así corrida su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 145 al 158)

En cuanto a la suspensión de la patria potestad, el artículo 159 del Código de Familia establece que:

Artículo 159.- La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal y atendiendo al interés de los menores, además de los casos previstos en el artículo 139 (*), por:

- 1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.
- 2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres dieren a sus hijos.
- 3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles.
- 4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible.
- 5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y
- 6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.

Las sanciones previstas en este artículo podrán aplicarse a los padres independientemente de los juicios de divorcio y separación judicial.

() (Actualmente artículo 152)*

(Así corrida su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 146 al 159)

De la lectura de los artículos anteriores queda claro que la transexualidad no es una causal establecida como válida para la suspensión o terminación de la patria potestad, por lo que quien haciendo ejercicio su derecho a la identidad sexual modifique su sexo registral, seguirá conservando su estatus de padre o madre y los deberes y derechos emanados de tal condición.

En este sentido, es necesario recordar el caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile* (2012), en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló como una discriminación separar a los hijos de sus padres basado solamente en la orientación sexual, lo cual por derivación se hace extensivo a la identidad de género en tanto categoría protegida por el principio de igualdad y no discriminación.

Sección 4: Derecho Laboral

El Derecho Laboral costarricense incorpora en su normativa sendas disposiciones encaminadas a la protección de grupos que han sido tradicionalmente considerados como vulnerables, a saber, mujeres y niños. En este sentido, el Código de Trabajo costarricense estipula en su capítulo séptimo, las regulaciones sobre el trabajo de las mujeres, cuya relevancia no es menor dentro de las implicaciones del reconocimiento del derecho a la identidad sexual en ordenamiento jurídico nacional.

4.4.1 Del trabajo de las mujeres

En este sentido, el artículo 87, párrafo primero del Código de Trabajo, estipula que:

Queda absolutamente prohibido contratar el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años para desempeñar labores insalubres, pesadas o peligrosas, en los aspectos físico o moral, según la determinación que de éstas hará en el reglamento. Al efecto, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tomará en cuenta las disposiciones del artículo 199. También deberá consultar, con las organizaciones de trabajadores y de empleados interesados y con las asociaciones representativas de mujeres, la forma y condiciones del desempeño del trabajo de las mujeres, en aquellas actividades que pudieran serles perjudiciales debido a su particular peligrosidad, insalubridad o dureza.

El artículo 88 del mismo cuerpo normativo, en su inciso b), reza que queda absolutamente prohibido:

El trabajo nocturno de las mujeres, con excepción de las trabajadoras a domicilio o en familia, enfermeras, visitadoras sociales, servidoras domésticas y otras análogas quienes podrán trabajar todo el tiempo que sea compatible con su salud física, mental y moral; y de aquellas que se dediquen a labores puramente burocráticas o al expendio de establecimientos comerciales, siempre que su trabajo no exceda de las doce de la noche, y que sus condiciones de trabajo, duración de jornada, horas extraordinarias, etc., estén debidamente estipulados en contratos individuales de trabajo, previamente aprobados por la Inspección General del ramo.

El artículo 94 regula lo relativo a los despedidos de mujeres en estado de embarazo y/o en período de lactancia, en donde se lee:

Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido.

Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social. *(Así reformado por el artículo 32, de la Ley No. 7142 del 8 de marzo de 1990)*

Los artículos del 95 al 100 continúan regulando temas relacionados con la lactancia, licencia de maternidad y similares, es decir, todos artículos destinados exclusivamente a la mujer en razón de sus propiedades biológicas como madre, único ser con la capacidad orgánica de engendrar.

Correspondía estudiar estas normas laborales porque el reconocimiento del derecho a la identidad sexual también traería consecuencias a esta rama del Derecho, en el tanto regula de manera distinta, ciertos ámbitos del derecho al trabajo según el género que se posea.

En este sentido, se sostiene la tesis de que al verificarse el cambio registral del sexo, independientemente de que exista o no una operación quirúrgica de

modificación sexo-orgánica, son de aplicación todas aquellas normas según el género registral que se posea.

Desde el momento en que opere un cambio registral de sexo de hombre a mujer, todas las normas laborales que son aplicables al género femenino lo serían también para aquella persona que en el ejercicio de su derecho a la identidad sexual haya hecho dicha transición. Y de la forma contraria, aquella mujer que “migre” hacia el género masculino por vía registral, ya no podrá verse amparada por la normativa tendiente en este sentido, salvo en lo relativo a la maternidad.

La ciencia no ha sido capaz, hasta el momento, de construir artificialmente un aparato reproductor femenino en el cual sea posible el proceso de fecundación, concepción y posterior desarrollo de un embrión o feto viables; sin embargo, no sería responsable negar que algo así sea posible en un futuro próximo, por lo que aquella en estado de embarazo y/o lactancia, independientemente de su sexo y género, se verá beneficiada con las normas dirigidas a su protección.

Sección 5: Derecho comparado

El reconocimiento del derecho a la identidad sexual ha sido un derecho reconocido ya por algunos ordenamientos jurídicos del hemisferio, así como en el Continente Europeo. En este sentido, pareciera relevante revisar cuáles han sido las soluciones encontradas en algunas legislaciones sobre el tratamiento dado al derecho que acá nos atañe.

Como se analizará a continuación, existen algunos países que han optado por una regulación más restrictiva y en la cual se ejerce un control más detallado sobre los

requisitos necesarios para que se verifique el tránsito de un género a otro, mientras que otras legislaciones son mucho más permisivas.

4.5.1 España

El 16 de marzo de 2007 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En relación con quiénes están legitimados a solicitar el ejercicio de este derecho se tiene que:

Artículo 1. Legitimación.

1. Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral.

2. Asimismo, la persona interesada podrá incluir en la solicitud la petición del traslado total del folio registral.

El artículo 4 de la Ley 3/2007 explica los requisitos necesarios para proceder con el cambio del sexo registral. En lo particular indica que:

Artículo 4. *Requisitos para acordar la rectificación.*

1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite:

a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género.

La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona, que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

Finalmente, el artículo 5 menciona los efectos que tendrá el cambio del sexo registral en el ordenamiento español:

Artículo 5. *Efectos.*

1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.

2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

3. El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

4.5.2 Bélgica

Bélgica promulgó el 10 de mayo de 2007, la *Loi relative à la transexualité*, en la cual se buscaba tutelar el derecho a la identidad de género y en particular, lo relativo a la población transexual.

En este sentido, en el artículo 1 se establece la modificación al artículo 62 bis del Código Civil, a fin de que todo belga o extranjero inscrito en los registros de la población que tenga la convicción íntima, constante e irreversible de pertenecer a un sexo contrario a aquel que consta en el acta de nacimiento y cuyo cuerpo haya sido adaptado a ese sexo contrario, en toda medida que sea posible y justificado desde el punto de vista médico, puede declarar esta convicción al oficial del estado civil.

Establece la ley belga el requisito de suministrar al oficial del estado civil una declaración del psiquiatra y cirujano, en calidad de médicos tratantes, en donde se exprese que el interesado tiene la convicción íntima, constante e irreversible de pertenecer al sexo opuesto del que consta en el acta de nacimiento.

Asimismo, se impone como obligación que el interesado haya sido sometido a una reasignación sexual que le haga corresponder al sexo opuesto, a aquel al que siente la convicción de pertenecer, según las posibilidades y justificaciones médicas existentes.

También es necesario hacer constar que el interesado ya no es capaz de procrear ni concebir según su sexo precedente. Sin embargo, la rectificación del sexo registral no modifica en nada los lazos de filiación y los derechos, poderes y obligaciones existentes de previo.

A efectos de proceder al cambio de nombre, la ley belga exige que el interesado demuestre la convicción constante, íntima e irreversible de pertenecer al sexo opuesto del registrado en el acta de nacimiento, a través de una declaración de los psiquiatras y endocrinólogos tratantes, que hagan constar que esa convicción íntima, así como estar o haber estado en el proceso de terapia hormonal, a fin de adaptar su sexo actual al sexo deseado.

4.5.3 Uruguay

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay decretaron, el 25 de octubre de 2009, la Ley No.18.620 sobre el Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios. Dicha ley guarda muchos elementos comunes con la ley española revisada anteriormente.

El artículo 1 de la ley uruguaya define el derecho a la identidad de género de la siguiente manera:

Artículo 1º. (Derecho a la identidad de género).

Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro.

Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del

Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.

En el artículo 2 se establecen las legitimaciones en el ejercicio del derecho a la identidad de género:

Artículo 2º. (Legitimación).- Toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género.

El artículo 3 dicta los requisitos necesarios para solicitar la modificación de los documentos registrales correspondientes con la nueva identidad de género:

Artículo 3º. (Requisitos).- Se hará lugar a la adecuación registral de la mención del nombre y en su caso del sexo, toda vez que la persona solicitante acredite:

- 1) Que el nombre, el sexo -o ambos- consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género.
- 2) La estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la presente ley.

En ningún caso se exigirá cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral de la mención del nombre o del sexo que fuere disonante de la identidad de género de la persona a que se hace referencia en dicho documento.

Cuando la persona haya procedido a la cirugía de reasignación sexual, no le será necesario acreditar el extremo previsto en el numeral 2) del presente artículo.

En lo relativo a los efectos que producen el reconocimiento a la nueva identidad de género, el artículo 5 establece:

Artículo 5º. (Efectos).-

1) La resolución que autorice la rectificación de la mención registral del nombre y en su caso del sexo, tendrá efectos constitutivos a partir de la fecha en que se haga efectivo dicho cambio en la partida de nacimiento.

Frente a terceros, la inscripción del acto que corresponda registrar en la Dirección General de Registros, será oponible a partir de la fecha de su presentación al Registro.

2) En ningún caso alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas de la persona cuyo registro se modifica ni será oponible a terceros de buena fe.

3) El cambio registral del sexo permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

4.5.4 Argentina

El 24 de mayo de 2012 fue publicada en el Boletín Oficial, la Ley No.26.743, Ley de Identidad de Género. La ley argentina, como se verá a continuación, rompe de

manera casi revolucionaria con el tratamiento que venía dándosele al derecho a la identidad de género en otras legislaciones.

Al igual que la ley uruguaya, la ley argentina establece el derecho a la identidad de género en su artículo 1:

Artículo 1º - Toda persona tiene derecho:

- a) Al reconocimiento de su identidad de género.

- b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género.

- c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

El artículo 2 define la identidad de género de la siguiente manera:

Artículo 2º -

Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

En el artículo 3 se establece la legitimación para el ejercicio del derecho a la identidad de género:

Artículo 3°

Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.

El artículo 4 de la ley argentina dictamina los requisitos para el cambio del sexo registral, en el cual se puede leer:

Artículo 4°

Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:

1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley.
2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.
3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

La ley argentina incluye cómo proceder en caso de los menores de edad. En este sentido, el artículo 5 de dicho cuerpo normativo establece:

Artículo 5°

En relación con las personas menores de dieciocho (18) años de edad, la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.

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

Los efectos que produce el cambio de sexo registral se regulan en el artículo sétimo de la Ley de Identidad de Género:

Artículo 7°

Los efectos de la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la presente ley, serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s.

La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.

En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.

4.5.5 Algunas consideraciones adicionales

De la revisión de cuatro de las legislaciones más recientes sobre el reconocimiento del derecho a la identidad sexual o identidad de género, merece resaltar primeramente el avance en el Derecho Comparado, tanto en Europa como en algunos países americanos, de construir sociedades más inclusivas en las cuales los derechos fundamentales individuales de sus ciudadanos son tutelados en toda su extensión.

El análisis comparativo de las legislaciones españolas, belgas, uruguayas y argentinas en la materia arroja algunos elementos que son necesarios comentar, ya que a pesar de que todas regulan el mismo derecho, existen diferencias sustanciales en el enfoque realizado.

Así, por ejemplo, la legislación belga podría considerarse como una excesivamente rígida en la cual, el peso de los tratamientos clínicos y de las opiniones de expertos médicos juegan un rol preponderante al momento de ejercer el derecho a la identidad sexual.

Las soluciones legislativas españolas y uruguayas podrían denominarse intermedias, en el tanto el peso de lo médico sigue estando presente, pero ya no se exigen tratamientos hormonales o quirúrgicos invasivos como requisitos para solicitar los cambios registrales que se necesiten en aras de hacer valer el derecho a la identidad sexual.

En las antípodas de la legislación belga se encuentra la ley argentina, en la cual no existe más requisito que la simple expresión de la voluntad ante funcionario competente para solicitar el cambio de sexo y nombre en el registro de personas que corresponda.

Es importante notar el avance en tan corto tiempo entre una y otra legislación. La ley belga fue promulgada en 2007 y la argentina en 2012, es decir, en cinco años, el tratamiento del mismo derecho evolucionó en su forma y método de acercamiento de manera muy disímil.

Costa Rica tendrá que enfrentarse tarde o temprano, lamentablemente quizá más tarde que temprano, a reconocer en toda su amplitud y plenitud el derecho a la identidad sexual como un componente fundamental de los derechos de la personalidad y como una consecuencia del principio de igualdad en el tanto, coartar el derecho a la identidad personal individual plantea serias afrentas a derechos fundamentales básicos.

La variedad en las soluciones al reconocimiento del derecho a la identidad sexual que han sido planteadas en otros ordenamientos, han sido diversas y similares en algunos elementos; sin embargo, es plausible la valentía de asumir posiciones poco populares en favor de los derechos fundamentales de individuos tradicionalmente invisibilizados y relegados al ostracismo. El legislador costarricense está obligado a lo mismo.

Conclusión

Realizar conclusiones sobre un derecho que ni siquiera ha iniciado pareciera una contradicción insuperable. Sin embargo, es justamente esa falta de inercia en el reconocimiento del derecho a la identidad sexual en el ordenamiento jurídico nacional, lo que motivó esta investigación desde su comienzo.

La sexualidad y el sexo, la comprensión de los mecanismos biológicos, químicos, psicológicos, sociales y ambientales involucrados en su desarrollo y conformación, sigue siendo tema de discusión e investigación en las ciencias básicas y sociales. Cada vez existe más certeza sobre la complejidad de los procesos multifactoriales involucrados en ese reto que implica el estudio de la sexualidad humana.

Lo cierto es que desde el comienzo de la historia humana, el acercamiento a la sexualidad ha pasado por fuertes opuestos; desde una prohibición absoluta, arbitraria y autoritaria, hasta pasar por sociedades permisivas y mucho más tolerantes. El péndulo, en este sentido, continúa en perpetuo movimiento.

La diversidad sexual, ya sea entendida como orientación y/o identidad, derivada justamente de ese complejo entramado de factores que intervienen en el proceso de la sexualización humana, ha sido desde siempre objeto de análisis e interpretación, y por supuesto, el Derecho no ha podido evitar intervenir.

Es en este contexto de desconocimiento en el cual surge el derecho a la identidad sexual. Es natural que el ser humano tema a aquello que no conoce o que le es infrecuente, lo que no es aceptable es que basado en esas razones, se instauren y legitimen sistemas en los cuales existan derechos individuales fundamentales que no sean reconocidos.

Los derechos fundamentales y derechos humanos son ejes centrales y consustanciales de la existencia plena y digna de los seres humanos. Son propiamente estos derechos, y los acuerdos tácitos o no, que como sociedades se han creado, los que han permitido los avances más asombrosos y prodigiosos del quehacer humano.

Sin embargo, estos derechos fundamentales y humanos también surgen y se fortalecen cuando, lamentablemente, tales avances van encaminados a la destrucción de la persona humana en sí misma, o bien en el establecimiento de sistemas opresivos que imposibilitan la libertad y la realización completa de los individuos.

La historia y evolución de los derechos fundamentales, así como el proceso de internacionalización de los derechos humanos, surge justamente en este tenor, como freno frente a un poder abusivo del soberano en el caso de los primeros, o bien, frente a la crueldad y la barbarie en el caso de los segundos.

El Derecho, como institución social, es dinámico, movable, variable y son estas características las que le permiten ajustarse a las condiciones imperantes. Sin embargo, el Derecho por su función de control social, tiende también a la rigidez e inflexibilidad, lo que muchas veces le impide avanzar al mismo paso que las demandas sociales en un momento dado.

Es en esta condición de permanente contradicción y tensión, entre la necesidad de regular nuevos hechos y la de mantener el *status quo*, en la cual deben fraguarse los procesos de lucha por obtener derechos fundamentales, que fruto de ese dinamismo y evolución de las sociedades, merecen y deben ser tutelados.

Sería ideal que no fuese necesaria la lucha de grupos e individuos, que a lo largo de la historia han tenido que enfrentarse a la imposibilidad real y material de ejercer sus derechos más básicos, derechos que deberían serles reconocidos por el simple hecho de su innata condición de humanidad. Sin embargo, este no es el caso.

Uno de esos derechos más básicos que funge, asimismo, como principio rector del ordenamiento, es el principio de igualdad. El derecho a la igualdad o el principio de igualdad ha sido moneda de uso común, al menos filosóficamente, desde tiempos remotos, pero su puesta en práctica ha presentado serios inconvenientes.

Es posible afirmar y concluir que el principio de igualdad ha tenido una evolución histórica importante desde su tratamiento por los griegos y romanos antiguos hasta nuestros días; sin embargo, su esencia y fundamento se conserva incólume.

Si se acepta la necesidad de un derecho a la igualdad o un mandato de regir el ordenamiento por un principio de igualdad, es porque lógicamente existe entonces la desigualdad, y como tal, es indeseable en el tanto crea condiciones de imposibilidades para algunos y de posibilidades para otros.

Se tuvo por cierta en esta investigación, la tesis de que la identidad sexual debe considerársele un derecho en el tanto integra y mantiene una relación de género a especie con los derechos de la personalidad, derechos que representan la mayor intimidad, individualidad e identidad del ser humano.

Es en esa dinámica relacional entre lo biológico, psicológico y social en donde se configura la identidad sexual o identidades de los individuos. Pareciera apropiado el plural de identidades, en el tanto estas no son inmutables, estables ni fijas, sino todo lo contrario; pueden no coincidir lo que significa una ruptura del “orden”.

Ese “orden” ha quedado establecido que es fruto de constructos sociales, es decir, de intereses humanos puestos a trabajar según el momento socio-histórico en que se suceden con el propósito, muchas veces, de mantener situaciones de desigualdades o privilegios que favorecen a algunos en perjuicio de otros.

Las sociedades occidentales actuales, principalmente las latinoamericanas, regidas aún con mucha intensidad desde un modelo patriarcal, binario y heteronormativo, imponen usos sociales que entran en colisión y en crisis cuando son cuestionados desde lo más profundo de su discurso. El reconocimiento del derecho a la identidad sexual produce, efectivamente, uno de esos cuestionamientos.

Es justamente en la imposición de una sola identidad sexual y en el reconocimiento de una sola identidad sexual “perfecta y armónica”, en donde se da el rompimiento con el principio de igualdad. Reconocer el derecho a la identidad sexual es una consecuencia del principio de igualdad en el tanto, todos en el ejercicio de esa igualdad, pueden asumir la identidad que sienten profundamente como suya.

Dentro de ese mundo descrito anteriormente como binario, patriarcal y heteronormativo, la identidad sexual es un elemento fundamental y consustancial de la genérica identidad personal. Hasta el día de hoy, el sexo y el género siguen jugando un rol fundamental en las sociedades occidentales, por lo que impedir el libre ejercicio del derecho a la identidad sexual a quienes no armonizan su sexo físico y su género psicológico, produce una transgresión de los derechos más básicos de la personalidad.

Producto de esa evolución dinámica y progresiva a la que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ve sometida en defensa de los derechos más básicos y fundamentales, es donde el derecho a la identidad sexual o identidad de género ha tenido sus victorias más representativas.

Es así como instituciones y organismos de la categoría de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todos, han emitido documentos, declaraciones y sentencias encaminadas al reconocimiento del derecho a la identidad sexual o identidad de género.

El reconocimiento expreso de instituciones y organizaciones de tal calibre de las dedicadas a la protección de los derechos humanos, ha contribuido a que varios países hayan incorporado leyes relativas al derecho a la identidad sexual o bien, se modifiquen algunas otras ya existentes, principalmente de la rama del Derecho Registral, a fin de que su ejercicio sea real y efectivo.

Dicha influencia internacional ha permeado también, aunque de manera sumamente tímida, el ordenamiento nacional. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido expresamente el derecho a la identidad sexual como un derecho fundamental, en tanto es copartícipe de los derechos de la personalidad. Sin embargo, el reconocimiento pleno y la posibilidad de un ejercicio activo del derecho a la identidad sexual en nuestro país, están lejos de ser una realidad.

A pesar del reconocimiento constitucional, no ha habido la voluntad política de legislar, o bien, adaptar las leyes necesarias a fin de permitir que quienes no tienen coincidencia entre su sexo anatómico y su sexo psicológico, puedan vivir bajo la identidad que sienten, en lo más profundo de su interior, como suya.

Costa Rica ha sido un país que tradicionalmente se ha definido, asimismo, como defensor y garante de los derechos humanos, como un estado social, democrático y de derecho. El no reconocimiento del derecho a la identidad sexual significa una contradicción grosera con esos principios que estima como propios.

Es comprensible, aunque no excusable, que el Derecho en su función de control social no avance con la rapidez que exigen los tiempos actuales; no obstante, pareciera que en Costa Rica, la dilación en la regulación de derechos considerados fundamentales en el Derecho de la Constitución y como humanos en el ámbito internacional, es excesiva.

Pareciera existir una tendencia a considerar los derechos de grupos denominados minoritarios, como exigencias tan minoritarias como ellos mismos, dándoseles un trato de ciudadanos de una categoría inferior y que, como tales, deben esperar pacientemente a ser escuchados.

La búsqueda de una sociedad más inclusiva y solidaria debe pasar, necesariamente, por la inserción de los derechos de grupos tradicionalmente relegados, no solamente por su condición de minorías, pero por su condición de humanos y de poseer la capacidad real de disfrutar y ejercer sus derechos en la misma proporción y naturaleza que los demás.

El derecho a la identidad sexual o de género es un derecho que vive ese proceso, está a la espera de ser escuchado, reconocido plenamente y ejercido por una

población que tiene el derecho fundamental de que se les reconozca su identidad tal cual, como es, autopercibida, para que de esta manera puedan ejercer plenamente su personalidad interior pero también jurídica.

La inacción e inopia de quienes están llamados a legislar a favor del reconocimiento del derecho a la identidad sexual o identidad de género, contribuirá a consolidar, cada vez más, una sociedad peligrosamente excluyente y cerrada en sí misma, creadora de estigmas y estereotipos.

Tal pasividad de asumir responsabilidades y decisiones de la mayor importancia legal a lo único que conlleva es a legitimar la afrenta continua de la esencia misma del ser humano, su identidad personal más profunda y su derecho más íntimo a vivir su vida según sus convicciones más personales, en claro respeto de la libertad y la igualdad.

Bibliografía

- Aguilar Cavallo, G. (2010). *Derechos Fundamentales-Derechos Humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?* Recuperado el 1º de octubre de 2013, de eJournal:
<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex127/BMD000012701.pdf>
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2da. ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alfageme, A. (5 de diciembre de 2012). *Los transexuales ya no son enfermos mentales*. Recuperado el 16 de noviembre de 2013, de El País:
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/12/04/actualidad/1354628518_847308.html
- Amecopress.net. (26 de agosto de 2011). *La transexualidad ya no es enfermedad en Suecia*. Recuperado el 16 de noviembre de 2013, de AmecoPress:
http://amecopress.net/IMG/article_PDF/article_7547.pdf
- Amnistía Internacional. (2013). *Orientación Sexual e Identidad de Género*. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de Amnistía Internacional:
<http://www.amnesty.org/es/sexual-orientation-and-gender-identity>
- Argentina. (2012). *Ley de Identidad de Género*. Recuperado el 25 de noviembre de 2013, de Defensor del Pueblo: <http://www.defensorba.org.ar/pdfs/Ley-de-Identidad-de-Genero-y-Aspectos-Destacados.pdf>
- Arias Méndez, M. G., Calzada, A. V., Campbell Barr, E., López, M., Montenegro Trejos, R., Muñoz Q, H. A. y Piszcz, S. (1998). *Justicia y Discriminación en Costa Rica*. San José: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ).
- Atala Riffo y Niñas versus Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012). Recuperado el 14 de noviembre de 2013, de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Baird N., P., Bernard, P., Hare, L., Harley R., V., Kennedy, T., Sánchez J., F. y Vilain, E. (enero de 2009). Androgen Receptor Repeat Length Polymorphism Associated with Male-to-Female Transsexualism. *Biological Psychiatry*, LXV(1), 93-96. doi:10.1016/j.biopsych.2008.08.033

- Bardi, L. A., González, E., Leyton, C. y Martínez, V. (2005). *Identidad Sexual: Proceso de definición en la adolescencia*. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de Revista Docencia: Colegio de Profesores de Chile:
<http://www.revistadocencia.cl/pdf/20100731202502.pdf>
- Becerra, M. C. y Melo, O. M. (s.f.). *Identidad Sexual y Desarrollo de la Personalidad*. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de Asociación Mundial de Educadores Infantiles:
<http://www.waece.org/biblioteca/pdfs/d006.pdf>
- Bélgica. (2007). *Loi relative à la transexualité*. Recuperado el 25 de noviembre de 2013, de ILGA:
http://trans_esp.ilga.org/trans/bienvenidos_a_la_secretaria_trans_de_ilga/biblioteca/legislacion_internacional/europa
- Blasco Gascó, F. D. (2008). *Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen*. Recuperado el 31 de octubre de 2013, de Asociación de Profesores de Derecho Civil:
<http://www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%20CUESTIONES%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20PROPIA%20IMAGEN.pdf>
- Bossert, G. A. (2011). *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Bou Valverde, Z. y Pérez Vargas, V. (1977). *Los Valores Fundamentales de la Personalidad y sus Medios de Tutela*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica.
- Brena Sesma, I. (2000). *Derechos del hombre y de la mujer divorciados*. Recuperado el 23 de noviembre de 2013, de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/62/tc.pdf>
- Cabanillas, C. (2011). *La protección del derecho a la identidad como presupuesto para la inclusión social*. Recuperado el 5 de noviembre de 2013, de Enfoque Derecho: <http://enfoquederecho.com/la-proteccion-del-derecho-a-la-identidad-como-presupuesto-para-la-inclusion-social/>
- Campos, A. (2001). *La Transexualidad y el Derecho a la Identidad Sexual*. Recuperado el 9 de noviembre de 2013, de Universidad de Vigo:
http://webs.uvigo.es/xenero/profesorado/arantza_campos/identidad.pdf

- Centro de Derechos Humanos. (1992). *Los Derechos de las Minorías*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Cohen-Kettenis, P. y Gooren, L. (1999). Transsexualism: A Review of Etiology, Diagnosis and Treatment. *Journal of Psychosomatic Research*, XLVI(4), 315-333. doi:10.1016/S0022-3999(98)00085-3
- Cokyeen Moc, O. M. (1999). *Los Derechos de la Personalidad como Límite al Derecho de la Información* (Tesis de Licenciatura, inédita). San José: Universidad de Costa Rica.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes*. Recuperado el 12 de noviembre de 2013, de Organización de Estados Americanos: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf
- Comisión Internacional de Juristas. (2007). *Principios de Yogyakarta - Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Recuperado el 12 de noviembre de 2013, de Organización de Estados Americanos: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf
- Consejo de Europa. (1950). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Obtenido de http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Costa Rica. (19 de abril de 1886). *Código Civil*. Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/18650a.pdf>
- Costa Rica. (1943). *Código de Trabajo*. Recuperado el 25 de noviembre de 2013, de Ministerio de Trabajo: http://www.mtss.go.cr/images/stories/Doc_Scribd/Codigo-de-Trabajo-y-sus-Reformas.pdf
- Costa Rica. (10 de mayo de 1965). *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil*. Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de Tribunal Supremo de Elecciones: http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leyorganicaTSE.pdf?zoom_highlight=registro+civil#search=%22registro%20civil%22

- Costa Rica. (21 de diciembre de 1973). *Código de Familia*. Recuperado el 22 de noviembre de 2013, de Sistema Costarricense de Información Jurídica: http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=91411&strTipM=TC
- Costa Rica. (1º de julio de 2010). *Reglamento de Fotografías para la Cédula de Identidad*. Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de Tribunal Supremo de Elecciones: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/reglamentodefotografias.pdf>
- De Bartolomé Cenzano, J. C. (2003). *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- De la Parra Trujillo, E. (2001). *Los Derechos de la Personalidad: Teoría General y su Distinción con los Derechos Humanos y las Garantías Individuales*. Recuperado el 31 de octubre de 2013, de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr10.pdf>
- Díez-Picazo, L. M. (2008). *Sistema de Derechos Fundamentales* (3era. ed.). España: Thomson-Civitas.
- Enciclopedia Cubana en la Red. (2013). *Sistema Genital Femenino*. Recuperado el 18 de julio de 2013, de EcuRed: http://www.ecured.cu/index.php/Sistema_genital_femenino
- España. (2007). *Ley Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas*. Recuperado el 25 de noviembre de 2013, de Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/pdfs/A11251-11253.pdf>
- Frago, S. y Silberio, S. (2004). *Sexo y Sexualidad: la identidad sexual*. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de Instituto de Sexología y Psicoterapia: <http://www.amaltea.org/content/news/67/sd2is.pdf>
- Gagnon, J. H. (1977). *Human Sexualities*. Glenview: Scott, Foresman and Company.
- Gamucio, M. E. (2010). *Desarrollo Psicosocial y Psicosexual en la Adolescencia*. Recuperado el 8 de agosto de 2013, de Pontificia Universidad Católica de Chile: <http://escuela.med.puc.cl/paginas/OPS/Curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

- García Martínez, D. y Ynchausti Pérez, C. (2012). *Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal*. Recuperado el 5 de noviembre de 2013, de Revista Derecho y Cambio Social: http://www.derechoycambiosocial.com/revista029/derechos_inherentes_a_la_personalidad.pdf
- Giberti, E. (2009). Transgénero: Síntesis y aperturas. En: D. Maffía, *Sexualidades migrantes: Género y transgénero* (págs. 38-66). Buenos Aires: Librería de Mujeres Editoras.
- Glicksman, E. (abril de 2013). *Gender identity: Biology or environment?* Recuperado el 15 de noviembre de 2013, de American Psychological Association: <http://www.apa.org/monitor/2013/04/biology.aspx>
- Grup d'Identitat de Gènere i Transexualitat del Col·lectiu LAMBDA. (s.f.). *Transexualidad: El derecho a la propia identidad sexual*. Recuperado el 15 de noviembre de 2013, de Departamento de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco: http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.net/r45-continm/es/contenidos/informacion/berdindu/es_berdindu/adjuntos/Gu%C3%ADa%20sobre%20transexualidad%20FLGT.pdf
- Haas, K. y Haas, A. (1987). *Understanding Sexuality*. St. Louis: Times Mirror/Mosby.
- Hammarberg, T. (2009). *Derechos Humanos e Identidad de Género*. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de Consejo de Europa: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1556791&SecMode=1&DocId=1576358&Usage=2>
- Harmatz, M. G. y Novak, M. (1983). *Human Sexuality*. New York: Harper & Row, Publishers, Inc.
- Hernández Valle, R. (2010). *Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales* (2da ed.). San José: Editorial Juricentro.
- Hiroshi, U., Kyohei, O., Mikiya, N., Kazushi, I., Aiko, S., Tomoko, O., . . . Shigetoshi, K. (Octubre de 2009). Association study of gender identity disorder and sex hormone-related genes. *Progress in Neuro-Psychopharmacology and Biological Psychiatry*, XXXIII(7), 1241-1244. doi:10.1016/j.pnpbp.2009.07.008

- Hyde, J. S. y DeLamater, J. (2006). *Sexualidad Humana*. México: McGraw-Hill Interamericana.
- Katchadourian, H. A. y Lunde, D. T. (1981). *Las bases de la sexualidad humana*. México: Compañía Editorial Continental, S.A.
- Leonardi, C. y Rossi, F. (2013). *Identidad de género, un derecho en avance*. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de Cuestión de Derechos: <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/ADC%20-%20Doc%20de%20difusion%20N%203%20-%20Identidad%20de%20genero.pdf>
- Lerner, N. (1990). *Minorías y Grupos en el Derecho Internacional. Derechos y Discriminación*. México, D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Manavella Cavallero, C. (Enero de 2006). Derecho a la identidad sexual, transexualidad y cuestiones fáctico-registrales del cambio de sexo. *IVSTITIA*, XX(229), 49-51.
- Montilla Valerio, J. (2008). *Las dificultades sociales de las personas transexuales*. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de Universitat Jaume I: <http://www.uji.es/bin/publ/edicions/iso4c.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2012). *Nacidos Libres e Iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de los derechos humanos*. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Recuperado el 9 de noviembre de 2013, de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_S P.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de: http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml
- Organización de las Naciones Unidas. (1963). *Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*. Obtenido de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2025.pdf>

- Organización de las Naciones Unidas. (1969). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Obtenido de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>
- Organización de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
- Organización de los Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Obtenido de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Organización Mundial de la Salud. (3 de setiembre de 2007). *¿Qué es la salud mental?* Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/features/qa/62/es/index.html>
- Organización Mundial de la Salud. (2013). *¿Cómo define la OMS la salud?* Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>
- Organización Panamericana de la Salud. (2013). *¿Cuál es la definición de salud según la OMS?* Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de Organización Panamericana de la Salud: http://www.paho.org/col/index.php?option=com_content&view=article&id=28&Itemid=142#12
- Organización para la Unidad Africana. (1981). *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*. Obtenido de: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf?view=1>
- Parry, W. (4 de junio de 2013). *Gender Dysphoria: DSM-5 Reflects Shift In Perspective On Gender Identity*. Recuperado el 16 de noviembre de 2013, de The Huffington Post: http://www.huffingtonpost.com/2013/06/04/gender-dysphoria-dsm-5_n_3385287.html
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.

- Pérez Li, A. V. (2001). *El Derecho a la Transexualidad. Propuesta para Legislar los Procesos de una Cirugía de Cambio de Sexo*. (Tesis de Licenciatura, inédita). San José: Universidad de Costa Rica.
- Pérez Portilla, K. (2005). *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*. México D.F, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 15 de octubre de 2013, de Biblioteca Jurídica Virtual:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1589>
- Piza Rocafort, R. E. (1997). *Igualdad de Derechos: Isonomía y No Discriminación*. San José: Universidad Autónoma de Centro América.
- Polaino-Lorente, A. (1992). *Sexo y Cultura: Análisis del Comportamiento Sexual*. Madrid: Ediciones Rialp, S.A.
- Press Unit of the European Court of Human Rights. (Octubre de 2013). *Gender Identity Issues - From the Rees Case to the Christine Goodwin Case*. Recuperado el 12 de noviembre de 2013, de European Court of Human Rights: http://echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf
- Rabossi, E. (2007). Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación. En: M. Alegre y R. Gargarella, *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario* (págs. 45-60). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina S.A.
- Real Academia Española. (2013). *Cultura*. Recuperado el 12 de agosto de 2013, de Diccionario de la Lengua Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=cultura>
- Real Academia Española. (2013). *Discriminar*. Recuperado el 17 de octubre de 2013, de Diccionario de la Lengua Española:
<http://lema.rae.es/drae/?d=drae&val=discriminar&x=0&y=0>
- Real Academia Española. (2013). *Identidad*. Recuperado el 5 de noviembre de 2013, de Diccionario de la Lengua Española:
<http://lema.rae.es/drae/?val=identidad>
- Real Academia Española. (2013). *Patria Potestad*. Recuperado el 23 de noviembre de 2013, de Diccionario de la Lengua Española:
<http://lema.rae.es/drae/?val=patria+potestad>
- Resolución No.1.179 (Tribunal Superior Primero Civil, 5 de julio de 1985).

Resolución No.257 (Tribunal Primero Civil, 24 de marzo de 2010).

Romero Coloma, A. M. (1985). *Los Bienes y Derechos de la Personalidad*. Madrid: Trivium S.A.

Saba, R. (2007). (Des)Igualdad Estructural. En M. Alegre y R. Gargarella, *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario* (págs. 163-197). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina S.A.

Schwarz, O. (1969). *The Psychology of Sex*. Bungay: Penguin Books Ltd.

SentidoG. (18 de mayo de 2010). *Francia pide a la OMS que retire la transexualidad de su catálogo de enfermedades mentales*. Recuperado el 16 de noviembre de 2013, de SentidoG:
<http://www.sentidog.com/lat/2010/05/francia-pide-a-la-oms-que- retire-la-transexualidad-de-su-catalogo-de-enfermedades-mentales.html>

Siverino Bavio, P. (2010). *El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas*. Recuperado el 5 de noviembre de 2013, de Bioetica.org:
http://www.bioetica.org/umsa/produccion/Derecho_a_la_identidad,_manifestaciones_y_perspectivas_Gaceta_2010.pdf

Universidad Nacional de Colombia. (2013). *Morfofisiología*. Recuperado el 18 de julio de 2013, de Dirección Nacional de Innovación Académica:
<http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/enfermeria/2005359/contenido/reproductor/1.html>

Uruguay. (2009). *Ley sobre el Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios*. Recuperado el 25 de noviembre de 2013, de Parlamento del Uruguay:
<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18620&Anchor=>

Vera-Gamboa, L. (1998). *Historia de la Sexualidad*. Recuperado el 16 de noviembre de 2013, de Revista Biomédica:
<http://www.revbiomed.uady.mx/pdf/rb98927.pdf>

Voto No.007128 Sala Constitucional (Corte Suprema de Justicia, 23 de mayo de 2007).

Voto No.016877 Sala Constitucional (Corte Suprema de Justicia, 4 de noviembre de 2009).

Voto No.15.057 Sala Constitucional (Corte Suprema de Justicia, 1º de noviembre de 2005).

Voto No.3.341 Sala Constitucional (Corte Suprema de Justicia, 14 de julio de 1993).

Yellati, N. (29 de octubre de 2013). *Transexualismo*. Recuperado el 15 de noviembre de 2013, de VI ENAPOL:
http://www.enapol.com/es/template.php?file=Textos/Transexualismo_Nestor-Yellati.html