

LA CREACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: LA SENTENCIA VICKY HERNÁNDEZ Y OTRAS CONTRA HONDURAS DE 2021

THE CREATION OF THE RIGHT TO GENDER IDENTITY IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM: THE 2021 VICKY HERNÁNDEZ ET OTHERS V. HONDURAS JUDGMENT

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2023 | Fecha de aceptación: 2 de febrero de 2024

Mercedes IGLESIAS BÁREZ*

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto demostrar la disparidad que existe entre los datos normativos y jurisprudenciales de los derechos del colectivo LGBTI+ en América Latina y su realidad en los países latinoamericanos, centrándose para ello en el análisis de la sentencia Vicky Hernández y otras contra Honduras. También se comparan las visiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal constitucional español, específicamente en lo que atañe a los derechos de las mujeres transgénero.

Palabras clave: Derechos de las personas trans, comunidad LGBTI+, Derechos Humanos.

Abstract

This paper aims to demonstrate the disparity between the normative and jurisprudential data on LGBTI+ rights in Latin America and their reality in Latin American countries, focusing on the analysis of the Vicky Hernández et al. v. Honduras ruling. It also compares the views of the Inter-American Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court, specifically with regard to the rights of transgender women.

Keywords: Transgender rights, LGBTI+ community, Human Rights.

* Profesora de la Universidad de Salamanca, España. <https://orcid.org/0000-0003-4418-3980>. Publons AGE-5336-2022

SUMARIO: I. Los derechos del colectivo LGTBI+ en América Latina: teoría y realidad. II. Normativa de reconocimiento de los derechos del colectivo LGTBI+. III. El verdadero motor de reconocimiento de los derechos del colectivo: la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana. IV. La creación del derecho a la identidad de género en la Sentencia Vicky Hernández y otras contra Honduras de 2021. V. La problemática extensión del sujeto político de la violencia contra las mujeres en los casos de identidad de género. El debate jurisprudencial en la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional español. VI. Referencias

I. LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGTBI+ EN AMÉRICA LATINA: TEORÍA Y REALIDAD

La garantía de los derechos del colectivo LGTBI+ en América Latina es uno de esos tristes ejemplos donde se devela el hiato que puede existir entre lo avanzado del dato normativo y jurisprudencial, y la realidad sociológica; en definitiva, entre la teoría y la realidad.

El reconocimiento de los derechos del colectivo en América Latina está atravesado por dos paradojas. Por un lado, algunos Estados latinoamericanos han sido pioneros en la garantía de los derechos de la diversidad sexual, incluso a nivel mundial, como es el caso de Argentina¹; o bien han constitucionalizado los derechos de la diversidad sexoafectiva como ha sucedido en las Constituciones de Bolivia, Cuba, Ecuador (el tercero a nivel mundial) y México². Además, la Corte Interamericana es la más progresista del mundo en el reconocimiento de la diversidad sexual. No obstante, este dato normativo y jurisprudencial (teoría) contrasta con los elevados índices de violencia ejercida contra el colectivo en la región. Una violencia no solo practicada por particulares, sino especialmente por agentes públicos, mostrando el carácter arraigado de una violencia institucional y estructural³.

1 Alicia Cárdenas Córdón, *El reconocimiento jurídico de la identidad de género en América Latina: Reflexiones y aprendizajes para el debate jurídico español*, 47 Derechos y Libertades, 274 (2022). En 2002, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue la primera de América Latina en reconocer la unión civil entre parejas del mismo sexo. La Ley 26.743 de 2012 en Argentina, por su parte, estableció un procedimiento administrativo y sin requisitos patológicos para el cambio de sexo registral. Además, el Decreto 476/2021 quebró el binarismo sexo-genérico. Para un análisis del tratamiento de los derechos del colectivo en la región en los distintos países vid Alicia Cárdenas Córdón op cit 2022 e Isaac Marcelo Basaure Miranda, *Los estándares de protección de las personas LGTBI en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, en Diario Constitucional.cl, 2022, <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/05/28/los-estandares-de-proteccion-de-las-personas-lgbt-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-por-isaac-basaure-miranda/> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.

2 Isaac Marcelo Basaure Miranda, op cit, 4.

3 Isaac Marcelo Basaure Miranda, op cit; Linda Alexandra Ruíz Urrea e Iran Guerrero Andrade, *Los alcances de la orientación sexual y la identidad de género en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 162 Boletín mexicano de

Así, de conformidad al Observatorio Sin Violencia LGTBI y de su reciente Informe 2022: Ser LGTBI+ en la región más violenta del mundo, 344 personas fueron asesinadas en diez países de la región en 2022. Según este Informe, “al igual que en años anteriores, la mayor parte de los casos se registró en Colombia (148), México (85) y Honduras (43). A nivel sub-regional, la mayor parte de los hechos se concentraron en Centroamérica y el Caribe (177). El número de homicidios de personas LGTBI aumentó de manera significativa en varios países de esta región y, de hecho, 2022 fue el año más violento del que se tiene registro en Honduras, Guatemala y la República Dominicana desde que comenzó el trabajo de documentación de casos de la Red Sin Violencia. En la región Andina, en cambio, se registraron menos casos que en Centroamérica (167) y se redujo el número de homicidios de personas LGTBI registrados en cada país (sobre todo en Colombia y, en menor medida, Ecuador y Perú)”⁴. En el mismo sentido, la Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans en su Primer Informe sobre las violaciones de derechos humanos de las personas trans durante la pandemia del Covid-19, publicado en 2020, destaca que la segunda causa de mortalidad de las personas trans en la región está vinculada con la violencia institucional, ejercida por los Estados a través de sus fuerzas de seguridad (12,6%)⁵. Y el Informe UNESCO de 2020 sobre la educación del colectivo LGTBI muestra también la violencia y el acoso en las aulas ejercidos sobre sus miembros⁶.

Por otra parte, (y aquí hallamos la segunda paradoja) los derechos del colectivo LGTBI+ han sido reconocidos antes en la región que algunos de los derechos de las mujeres, como los derechos reproductivos y sexuales.

II. NORMATIVA DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGTBI+

Tanto en Europa como en América Latina (así como en Naciones Unidas) el reconocimiento de los derechos del colectivo no se asienta en un texto normativo

Derecho comparado (2022), y Nery Chaves García y Bárbara Ester, Los derechos LGTBI+ en América Latina, en Celag Data 2021, <https://www.celag.org/los-derechos-lgbti-en-america-latina/> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.

⁴ Red Sin Violencia LGTBI, <https://sinviolencia.lgbt/informe-2022-ser-lgbti-en-la-region-mas-violenta-del-mundo/> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

⁵ Redlatrans, 2020 http://redlatrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2020/08/PRIMER-INFORME-COVID19_REDLACTRANS.pdf consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

⁶ El acoso al alumnado LGTBI ...está generalizado. Un estudio sobre el clima escolar en siete países de la región reveló que cuatro de cada cinco personas LGTBI en Chile se sentían inseguras en la escuela. En Colombia, el 15% del alumnado había sido víctima de violencia escolar debido a su orientación sexual. En México, el 75% de la juventud LGTBI sufría acoso verbal y había sido insultado en la escuela. En el Perú, casi el 17% del alumnado LGTBI había denunciado ataques físicos el año anterior. En el Brasil, el 60% del alumnado se sentía inseguro sobre su orientación sexual, y el 43% señaló que esa inseguridad se debía a la expresión de género” UNESCO, Informe de seguimiento de la educación en el mundo, 2020, América Latina y el Caribe: inclusión y educación: todos y todas sin excepción, 89, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374615> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.

vinculante, de *ius cogens*⁷. Su regulación tiene lugar en normas de *soft law*, lo que ha generado un debate en relación a la determinación de su vinculación para los Estados y su alcance en el control de convencionalidad, en el caso interamericano, y el margen de apreciación del Estado, para el supuesto europeo.

Por ello, la normativa para sustentar las reclamaciones judiciales tiene lugar por medio de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante CADH o Convención), especialmente con fundamento en los artículos 1.1, 11 y 24, que regulan respectivamente las obligaciones de los Estados de respetar los derechos del Pacto de San José sin que exista discriminación, la protección de la honra y la dignidad y el derecho de igualdad.

No obstante, en el ámbito interamericano, como ocurre en otros territorios jurídicos, existen normas de *soft law*, informes y documentos donde se reconocen ampliamente los derechos de la diversidad sexual. Así, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante Asamblea de la OEA) ha emitido distintas resoluciones: la Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de 3 de junio de 2008 y la AG/RES. 2653 (XLI-O/11) Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011⁸.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha creado en 2014 la Relatoría de los derechos de la personas LGTBI que tiene como principal atribución controlar y vigilar la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en la región. Entre sus funciones se encuentra la elaboración de informes y recomendaciones dirigidos a los Estados miembros en todos los ámbitos de las políticas públicas, ya sean legislativas como judiciales. Así, son especialmente interesantes el Informe sobre la violencia contra las personas LGTBI de 2015⁹ y el Informe Avances y desafíos hacia el reconocimiento de derechos de las personas LGTBI en las Américas de 2018¹⁰. Por su parte, la Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) ha elaborado el Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de 2020¹¹.

7 José Martínez de Pisón Caverio, *La construcción jurisprudencial del “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 283 Revista de la Facultad de Derecho de México, 359 (2022).

8 Vid respectivamente, https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2435_xxxviii-o-08.pdf y https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2653_xli-o-11_esp.pdf consultados por última vez el 9 de julio de 2024.

9 <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/violencia-lgbti.html> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

10 <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

11 <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

La Relatoría de los derechos de las personas LGTBI ha destacado recientemente la labor que le corresponde desempeñar en la defensa de los derechos del colectivo en el Plan Estratégico 2023-2027 de la CIDH¹². Así, ha manifestado que pondrá su atención en:

- i. “responder al fenómeno de la violencia basada en los prejuicios y la discriminación, con especial atención a la situación de impunidad que se produce en estos casos;
- ii. impulsar el cumplimiento de los deberes vinculados al derecho a la identidad y la expresión de género;
- iii. fomentar el pleno reconocimiento de las familias conformadas por personas LGBTI y los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes LGBTI;
- iv. abordar los efectos de las prácticas encaminadas a modificar la orientación sexual y la identidad y la expresión de género;
- v. promover y defender los derechos de las personas intersex, en particular los niños, las niñas y los adolescentes;
- vi. examinar la exclusión social de las personas LGBTI;
- vii. analizar las causas estructurales de la discriminación desde la óptica de la necesidad de transformaciones socioculturales,
- viii. luchar contra la discriminación de las personas LGBTI mediante la promoción y la garantía de su libertad de expresión”¹³.

III. EL VERDADERO MOTOR DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA

Más allá de la normativa de *soft law*, el verdadero reconocimiento y protección de los derechos de la diversidad sexual en el sistema interamericano tiene una construcción pretoriana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la Corte) arranca su doctrina en 2012 con el Caso Atala Riffo y más contra Chile y hasta la actualidad ha emitido más de una decena de fallos, así como ha resuelto la consulta de Costa Rica en la Opinión Consultiva n. 24 de 2017. Uno de las decisiones más relevantes ha sido el Caso Vicky Hernández contra Honduras de 2021, que reconoce por vez primera el derecho a la identidad de género.

¹² <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/planestrategico/2023/default.asp#1> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

¹³ <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/CIDH/r/DLGBTI/pe.asp> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

El sistema interamericano ha destacado especialmente en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial de los derechos de la diversidad sexual, que incluso es más avanzada y progresista que la que procura el sistema europeo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). La principal diferencia entre el tratamiento de la diversidad sexual en el TEDH y la Corte Interamericana es que este último tribunal ha fundamentado la protección de la orientación sexual y la identidad de género en el principio de igualdad y no discriminación de los arts. 1.1 y 24 del Pacto de San José, mientras que el TEDH lo ha reconocido como un contenido principalmente derivado del derecho a la vida privada del art. 8 del CEDH¹⁴.

A continuación sintetizamos los principales avances de la Corte Interamericana en la garantía de los derechos LGTBI+. La razón de que se enmarque el Caso Vicky Hernández contra Honduras de 2021 en la doctrina general de los derechos de la diversidad sexual de la Corte es que, en realidad, solo es posible entender cabalmente el fallo a analizar como decantación de la jurisprudencia previa de la Corte.

Los primeros fallos de la Corte IDH abordan el reconocimiento de la orientación sexual. En el Caso Atala Riffo y más contra Chile de 2012¹⁵ se ventila la primera decisión de orientación sexual. Se trata del supuesto de una mujer chilena, jueza y lesbiana, que decide convivir con su pareja mujer y ello le cuesta la pérdida de la guarda de sus tres hijas menores en los tribunales chilenos, frente a la reclamación judicial de su exesposo. Los principales argumentos de los tribunales chilenos para fallar a favor del padre giran en torno a que la convivencia de una pareja de lesbianas con las hijas menores iba a provocar una discriminación social de las menores, que les generaría además una confusión de roles, así como la lesión del derecho de los menores a una “familia normal y tradicional”.

La Corte condena al Estado chileno, entre otras cuestiones, por discriminar a la Sra. Riffo por razón de su orientación sexual. Así, Chile, fue condenado por vulnerar la igualdad (art. 24 en relación al art. 1.1 CADH) y por una lesión de la vida privada (art. 11.2 CADH), pues considera que la orientación sexual también es un elemento fundamental de la vida privada.

En el fallo la Corte IDH estima que la falta de un consenso a nivel regional entre los Estados en relación a la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación no es justificación suficiente para que los Estados miembros del sistema interamericano ignoren y violenten los derechos de las minorías sexuales. En este mismo sentido, tampoco esta falta de consenso legitima a los Estados para perpetuar una discriminación que es histórica y estructural.

¹⁴ José Martínez de Pisón Cavero, *op cit*, 359.

¹⁵ Linda Alexandra Ruíz Urrea e Iran Guerrero Andrade, *op cit*, pp. 16 y ss; y, Fernando Rey Martínez, *Caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Atala Riffo y niñas contra Chile”*, 30 Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 237-249 (2014).

La Corte deduce el derecho a la orientación sexual de la cláusula abierta del art. 1.1 CADH “o cualquier otra condición social”¹⁶. Para extender el principio de no discriminación y reconocer la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación garantizada convencionalmente se apoya en tres argumentos principales¹⁷. En primer lugar, emplea el Derecho comparado, especialmente la STEDH Salgueiro Da Silva c. Portugal de 1999 – si bien en el caso europeo el reconocimiento de la orientación se deduce del art. 8 CEDH- y la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de 2010 sobre la adopción de parejas homosexuales, a la que cita también para determinar la falta de conexión negativa entre la homosexualidad y la protección de los derechos de las menores. El segundo gran argumento, que a la postre sustentaría la fundamentación principal para el reconocimiento generalizado de los derechos de la diversidad sexual – no solo para la orientación sexual, sino también para la identidad de género y la expresión de género- es el canon de la interpretación evolutiva¹⁸. Este criterio permite la adaptación de las normas a la realidad social sin necesidad de modificar los textos, y se ha convertido a la postre en la puerta de entrada en todos los sistemas regionales del reconocimiento de nuevos derechos o de nuevos contenidos de los derechos. Finalmente, la Corte IDH también se refiere al Derecho Internacional de los derechos humanos y al principio *pro homine*.

La Corte alude también al alcance de la prohibición de discriminación por orientación sexual, que abarca tanto el espacio privado e íntimo, como el público, es decir, su “expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”¹⁹. Esta cuestión es fundamental porque el reconocimiento de la orientación sexual puede hacerse exclusivamente desde la perspectiva de la privacidad o también desde la fundamentación de la igualdad y la prohibición de discriminación. En este último supuesto, las garantías de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual no tendrían solo su reflejo en el ámbito privado, sino también en el ámbito público con lo que el alcance de protección de los derechos del colectivo es mayor.

El Caso Duque contra Colombia de 2016 también versa sobre un supuesto de discriminación por razón de orientación sexual, pero resulta sumamente interesante porque, a diferencia del Asunto Atala Riffo – donde se sustanciaba

¹⁶ “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”.

¹⁷ Fernando Rey Martínez, *op cit*, 2014.

¹⁸ Sobre interpretación evolutiva vid Raúl Fernando Núñez Marín, *Estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género: interpretación evolutiva en el derecho interamericano*, 43 Prolegómenos: derechos y valores, 9-20 (2019).

¹⁹ Párr.133.

el control de la Corte sobre decisiones judiciales-, plantea el control de convencionalidad de una ley colombiana que establecía un régimen jurídico desigual en el derecho de pensión cuando se trataba de parejas del mismo sexo, pues el derecho de pensión solo se permitía para parejas heterosexuales.

La Corte entiende que el Estado está obligado a respetar y garantizar sin discriminación los derechos reconocidos en el Pacto de San José y esta obligación se extiende también al propio legislador, no solo a los jueces, que debe respetar en la regulación interna los derechos convencionales. Así, la Corte entiende que para determinar el carácter discriminatorio de una diferencia de trato operada por el legislador se debe analizar, en primer término, si esa diferencia establecida por el legislador tenía una justificación objetiva y razonable, es decir, si perseguía un fin legítimo; y, en segundo lugar, si existía una relación de proporcionalidad. La Corte opera aplicando el principio de proporcionalidad mediante un test que construye y que refuerza mediante un escrutinio estricto. Así, para determinar si una ley interna vulnera el derecho de igualdad y no discriminación se deben aplicar tres criterios consecutivos: en primer lugar, analizar si la ley interna establece efectivamente una diferencia de trato; además, si esa diferencia de trato puede ser identificada con alguna de las categorías sospechosas de discriminación del artículo 1.1 de la Convención y, finalmente, si supuso un hecho discriminatorio, es decir, que esta diferencia de trato ni es razonable ni objetiva.

El Estado colombiano no probó estas exigencias y por ello la Corte dictaminó que la ley colombiana era discriminatoria por razón de orientación sexual y violaba los artículos 24 y 1.1 de la Convención.

En el Caso Flor Freire contra Ecuador de 2016 lo que la Corte IDH controla es una norma reglamentaria disciplinaria que discrimina por razón de orientación sexual a un militar presuntamente gay. El asunto trae causa de la retirada del Ejército del militar Flor Freire como consecuencia de haber sido acusado de mantener relaciones sexuales en dependencias militares con otro hombre. Ante estas acusaciones, el militar negó su homosexualidad.

La Corte aplica también en este caso su escrutinio estricto de proporcionalidad de la norma reglamentaria ecuatoriana para concluir que Ecuador no probó la proporcionalidad de la norma. Las grandes novedades de este fallo radican, por un lado, en que el Alto Tribunal entiende que tanto la discriminación real como la percibida (o bien errónea) están prohibidas por la Convención; y, por otro lado, en también refuerza y extiende la fundamentación de la orientación sexual como condición protegida mediante el derecho a la autodeterminación personal y el libre desarrollo de la personalidad, pues vincula este derecho con la noción de “libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus

propias opiniones y convicciones”²⁰. Se reconocería así una suerte de derecho de autodeterminación sexoafectiva²¹, abriendo así la puerta al reconocimiento de otros supuestos como la identidad de género²².

Además, el Estado ecuatoriano fue declarado responsable de la violación del derecho a la honra y la dignidad de Flor Freire, ya que la medida disciplinaria de separación de las Fuerzas Armadas, estaba íntimamente relacionada y afectaba de plano al contexto social de la víctima.

La Opinión Consultiva planteada por Costa Rica y resuelta en 2017, Opinión Consultiva OC-24/17, de Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo²³ (en adelante Opinión Consultiva o bien OC-24), aborda la discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género²⁴.

Lo que destacamos como principal fundamentación de los derechos de la diversidad sexual de la OC-24 al objeto de este estudio es que la Corte considera que la Convención es un instrumento vivo²⁵ y, por ello, extiende la argumentación empleada en la orientación sexual en sus decisiones anteriores a la identidad de género, mediante la aplicación del criterio de la interpretación evolutiva, al amparo del artículo 1.1, 11.2 y 24 de la Convención.

Ahora bien, el reconocimiento de la identidad de género no solo deriva de la no discriminación, sino que también tiene otros asientos convencionales: el derecho a la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad, y la autonomía de la personalidad²⁶. A su vez, la identidad de género se relaciona estrechamente con la dignidad humana, el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal.

Lo interesante también de la OC-24 es que la Corte reconoce el derecho a la identidad de género en su versión fuerte, es decir, como derecho a la autodeterminación de género -sin duda influida por los Principios de Yogyakarta- pues la concibe como “la vivencia interna e individual del género, como cada persona las siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”²⁷. Es decir, la identidad de género solo depende del sentimiento

20 Párr. 103.

21 Sobre el derecho de autodeterminación sexoafectiva vid Paul B. Preciado, Yo soy el monstruo que os habla. Informe para una academia de psicoanalistas (Nuevos Cuadernos Anagrama, n. 29, 2020); Octavio Salazar Benítez, *El reconocimiento jurídico constitucional de la diversidad afectiva y sexual*, 157 Revista de Estudios Políticos, 45-81 (2012).

22 José Martínez de Pisón Caveró, *op cit*, p. 363.

23 https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf Consultado por última vez el 9 de julio de 2024. En la misma, la Corte Interamericana responde a la consulta de Costa Rica sobre cuestiones varias como las obligaciones estatales en materia de cambio de nombre en los registros, la identidad de género, así como los derechos que derivan de los vínculos entre parejas del mismo sexo.

24 José Martínez de Pisón Caveró, *op cit*; Alicia Cárdenas Cordón, *op cit*.

25 Párr. 69.

26 Párrs. 88 y 89.

27 Párr. 94.

subjetivo de la persona y no debe estar sometida a exigencias externas, especialmente legales. Esto lleva a entender a la Corte que categorías de análisis como el sexo, el género o la identidad son categorías performativas²⁸, ya que “no son contenidos objetivos e inmutables, sino que a la postre terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de cada persona y que descansan en una identidad de género autopercebida, relacionadas con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada”²⁹.

Más allá de su carácter relacional con otros derechos como la dignidad humana, la Corte considera que el derecho a la identidad de género se conforma como un derecho propio y autónomo. Además, cuando analiza el derecho a la identidad de género destaca su valor instrumental, como presupuesto para el reconocimiento y ejercicio del resto de derechos de las personas trans. Así mismo, insiste en las obligaciones negativas de los Estados de protección a las personas trans contra la tortura, la violencia o los malos tratos; y sus deberes positivos de proporcionarles salud, educación, empleo, vivienda y un acceso a la Seguridad Social, así como que se proteja su libertad de expresión y asociación.

Una de las cuestiones más interesantes que aborda la Corte es el derecho al reconocimiento legal de la identidad de género autopercebida mediante la implementación de un procedimiento adecuado para el cambio de nombre y sexo en los documentos y registros oficiales. En este sentido, la Corte entiende que este derecho se halla garantizado por el art. 18 de la Convención, que reconoce el derecho al nombre, el art. 3 que establece el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el art. 7.1 que recoge el derecho a la libertad y finalmente el art. 11.2 del derecho a la vida privada. Establece como una obligación de los Estados la de reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para su reconocimiento y además construye una doctrina en relación a los principios que deben cumplir estos procedimientos: “estar enfocados a la adecuación integral de la identidad autopercebida; deben estar basados en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que se puedan exigir certificados médicos y/o psicológicos que puedan resultar irrazonables o patologizantes; deben ser confidenciales; deben ser expeditos y tender a la gratuidad; no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales”³⁰.

La Corte reconoce un margen de apreciación a los Estados para que estos elijan bien la vía judicial o bien la vía administrativa para garantizar estos procedimientos; si bien, muestra una preferencia en el procedimiento por la vía administrativa o bien notarial³¹.

28 Judith Butler, *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity* (Routledge, 1999).

29 Párrs. 95 y 101.

30 Párr. 160.

31 Ídem.

El Caso Azul Rojas Marín y otros contra Perú de 2020³² es un asunto todavía de orientación sexual. Relata la violencia que sufre Azul Rojas Marín, un hombre gay al tiempo en que se sucedieron los hechos y que más tarde se autopercibe como mujer transgénero. Azul es detenida mediando violencia física y psicológica por el servicio municipal de vigilancia y seguridad pública (serenazgo) y agentes de policía. Es trasladada a comisaría y allí es violada sexualmente mediante un bastón policial por el ano, así como insultada y golpeada. Finalmente fue liberada. La Corte estimó que Perú había violado los arts. 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 11.1 y 25.1 de la Convención y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Es el primer caso en el que la Corte aborda un delito de odio con violencia sexual a un miembro de la comunidad LGTBI+. En este asunto la Corte estableció los siguientes estándares:

- i. Un acto de violencia ejercido contra personas que pertenecen al colectivo LGTBI debe ser considerado un supuesto de violencia por prejuicio. Para ello, emplea la presunción *iuris tantum* en el sentido de que cuando la víctima de violencia es un miembro del colectivo se presume que es un acto de violencia por prejuicio. En este tipo de supuestos de violencia por prejuicio no solo nos encontramos ante un acto discriminatorio, sino también ante un acto de odio no solo individual, sino contra el colectivo, por lo que se tiene que tener en cuenta que este ataque también una finalidad simbólica, la de comunicar un mensaje de exclusión y subordinación³³.
- ii. Un acto de violencia sexual cometido por agentes estatales contra personas que pertenecen al colectivo LGTBI tiene la consideración jurídica de acto de tortura. Y aplica a los hechos la doctrina del Caso Bueno Alves contra Argentina de 2007 donde a la hora de valorar la gravedad del acto se tienen en cuenta no solo factores exógenos, sino también endógenos, como las características personales de la víctima, en este caso, la orientación sexual. Y entre los fines perseguidos en la práctica de la tortura se puede encontrar también el propósito de discriminar.
- iii. La detención injustificada de una persona que pertenezca al colectivo LGTBI se presume como discriminatoria.
- iv. Afina el deber del Estado de asegurar las garantías judiciales, así como el deber de debida diligencia en los casos de violencia practicada contra miembros del colectivo, extendiendo los deberes de investigación penal del Estado que expuso en el Caso Fernández Ortega y otros contra México en 2010 -que se refería a un caso de violencia sexual contra mujeres- a

32 Isaac Marcelo Basaure Miranda, *op cit*, pp. 8 y 9.
 33 Párrs. 92 y 93.

la orientación sexual³⁴. En aplicación de esta doctrina del deber de investigación penal la Corte requiere que: “i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del género que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso”³⁵.

La Corte constató que Perú no había cumplido con estos estándares y que, por tanto, incumplió su deber de debida diligencia.

La Corte introdujo a partir de este caso también el deber estatal de que en los supuestos de violencia por prejuicio donde esté presente la tortura se deban tomar todas las medidas posibles que sean razonables para descubrir si existen posibles motivos discriminatorios, lo cual va a implicar que se aplique a la investigación la perspectiva de violencia por prejuicio. En este sentido, ordenó un conjunto de medidas para evitar la repetición de actos de violencia por prejuicio:

1. Adoptar un protocolo sobre investigación y administración de justicia en casos de violencia contra personas LGTBI.
2. Sensibilización y capacitación de agentes estatales sobre violencia contra las personas LGBTI.
3. Diseñar e implementar un sistema de recopilación y producción estadística de supuestos de violencia contra personas LGTBI.
4. Eliminar el indicador de erradicación de homosexuales y travestis en los planes de seguridad ciudadana de las regiones y distritos de Perú.

34 Párrs. 178 y ss.

35 Párr. 180.

IV. LA CREACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA SENTENCIA VICKY HERNÁNDEZ Y OTRAS CONTRA HONDURAS DE 2021

Finalmente, en el Caso Vicky Hernández contra Honduras de 2021³⁶ la Corte aborda el primer caso de identidad de género de una mujer trans. Se trata de una mujer trans, defensora de los derechos humanos y trabajadora sexual, que fue asesinada en San Pedro Sula durante el toque de queda que emitió el Gobierno hondureño el 28 de junio de 2009, existiendo indicios de participación de agentes estatales en su muerte³⁷.

Por un lado, la Corte considera que Honduras violó el derecho a la vida y la integridad personal (4 y 5 de la CADH) de Vicky Hernández al estimar que la violencia ejercida contra Vicky lo fue en razón de su “expresión o identidad de género”; así como que se ha producido también una violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad personal, la privacidad y la libertad de expresión y al nombre de Vicky Hernández, de conformidad a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 3, 7, 11, 13 y 18).

Además, este Caso sirve también para repensar sobre las categorías de sexo/género y la violencia de género y la violencia interseccional aplicadas a las mujeres trans, ya que la Corte estimó que Honduras había violado también la Convención de Belem do Pará (arts. 7 y 9). Por otro lado, la Corte estimó que su muerte no fue investigada con la debida diligencia por parte del Estado hondureño, por lo cual, se han vulnerado también las garantías del debido proceso y a la protección judicial de los artículos 8 y 25 de la Convención, así como la obligación establecida en el artículo 7.b de la Convención de Belem do Pará, en perjuicio de sus familiares. En el mismo sentido se falló sobre la violación del derecho a la integridad personal

36 Ana Micaela Alterio, *La interpelación en clave feminista al sistema binario de protección de derechos humanos en América Latina*, 116 AJIL Unbound, 318-322 (2022), consultado por última vez el 13 de julio de 2024 en: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/la-interpelacion-en-clave-feminista-al-sistema-binario-de-proteccion-de-derechos-humanos-en-america-latina/314C4547CBE2595020700C9884EB33CC>; Matilde Rey Aramendía, *El género (sigue) en disputa. Algunas reflexiones a la luz de la sentencia Vicky Hernández et al. vs. Honduras*, 24 Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 118-136 (2023).

37 Los hechos se sucedieron en la localidad de San Pedro Sula en la noche en que se promulgó el toque de queda del 28 de junio de 2009, motivado por el golpe de Estado en Honduras que ocurrió ese mismo día. Vicky se encontraría esa noche en la calle, junto con otras dos compañeras, presuntamente, ejerciendo la prostitución. Las tres mujeres fueron interceptadas en la calle por la policía, que intentó detenerlas, pero no lo consiguió porque huyeron. Al día siguiente agentes de la Dirección Nacional de Investigación Criminal recibieron una comunicación sobre el hallazgo del cuerpo de Vicky. La causa estimada de la muerte fue una laceración cerebral producida por una perforación con un arma de fuego. Las autoridades hondureñas iniciaron una investigación en relación a la muerte de Vicky, pero esa investigación no ha dado resultados fructíferos y los hechos permanecen impunes. Vicky pertenecía al Colectivo Unidad Color Rosa que defiende los derechos humanos de las personas trans en Honduras.

de sus familiares, por los efectos y consecuencias que para ellos tuvo la muerte de Vicky y porque las circunstancias de su muerte siguen sin aclararse. Honduras reconoció parcialmente su responsabilidad por la vulneración de los artículos 8 y 25 de la CADH.

Por un lado, la Corte aplica de nuevo el criterio de la interpretación evolutiva del art. 1.1 CADH para reconocer la identidad de género como categoría sospechosa de discriminación³⁸. Estima que el colectivo LGTBI ha sido históricamente víctima de discriminación estructural y que sobre el mismo se ha ejercido de forma permanente diferentes tipos de violencia. Para el Tribunal, no solo la orientación sexual sino también la expresión de género y la identidad de género son categorías sospechosas de discriminación y, por tanto, están protegidas por la Convención Americana. Esta garantía implica el surgimiento de un deber negativo por parte del Estado de no atentar o violentar los derechos del colectivo. Además, como ya había reconocido previamente para los casos de orientación sexual, la violencia que se ejerce contra los miembros del colectivo LGTBI y, especialmente contra las personas trans, es una violencia cualificada y específica, pues tiene un fin simbólico: el de transmitir un mensaje de exclusión y subordinación con el objetivo de limitar y anular los derechos de las personas trans.

El sentido del fallo es consecuencia directa de la doctrina que la Corte ya expuso en la Opinión Consultiva de 2017 y que, como ya hemos apuntado, entiende la identidad de género como un derecho de autodeterminación, que deriva de la propia voluntad del sujeto. Concibe la identidad de género como “el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género”³⁹. En esta Opinión se refleja la crítica posmoderna del género, que además también recoge los estándares de los Principios de Yogyakarta⁴⁰, por lo que podemos ver que en esta cuestión existe una circulación de modelos y un diálogo entre Naciones Unidas y la Corte IDH.

Además, la Corte entiende que el derecho a la identidad sexual y de género se encuentra protegido por la Convención por medio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los arts. 7 y 11.2, el derecho a la vida privada del art. 11.2, el derecho de la personalidad jurídica del art. 3, el derecho a la libertad de expresión del art. 13 y el derecho al nombre del art. 18. De ahí, que también se produjera la lesión de estos derechos en tres momentos diferentes: como consecuencia del homicidio de Vicky Hernández, donde no se tuvo en cuenta la conexión de

38 Párrs. 64 y ss.

39 Existe una confusión por parte de la Corte IDH entre los conceptos de identidad de género e identidad sexual. Párrs. 94 y ss de la Opinión Consultiva.

40 Sobre el sistema de Naciones Unidas vid Ignacio Álvarez Rodríguez, *Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, derechos humanos y Naciones Unidas*, 1 Estudios de Deusto, 127-163 (2019). Ignacio Álvarez Rodríguez, *La organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual identidad de género: apuntes para un debate*, 17 Revista General de Derecho Constitucional, 1-34 (2013).

su muerte con la identidad de género; en el transcurso de las investigaciones relacionadas con el homicidio, por no aplicar la perspectiva de la identidad de género y, finalmente, en lo que se refiere al marco jurídico hondureño por su falta de reconocimiento de los derechos del colectivo LGTBI, especialmente de los derechos de las personas trans y del derecho a la identidad de género. Así, la imposibilidad legal de que Vicky Hernández pudiera ser reconocida legalmente en Honduras como una mujer trans tuvo efectos directos en las investigaciones policiales y judiciales y, al menos, pudo fomentar o propiciar una forma de discriminación y de exclusión por expresar dicha identidad. Por la relación estrecha que existen entre las garantías judiciales y a la protección judicial y la identidad de género en este caso, Honduras fue condenado por la Corte como vulnerador del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, a la libertad personal, a la vida privada, a la libertad de expresión y el nombre.

Más allá de estas cuestiones, la otra gran novedad del Caso es que la Corte también estimó que Honduras violó el art. 7 de la Convención de Belém do Pará⁴¹. Es la primera vez que la Corte aplica este tratado en el caso de una mujer trans. Se extendió el ámbito de aplicación de esta Convención a las situaciones de violencia basada en su identidad de género que sufren las mujeres trans. Para la mayoría de la Corte la violencia ejercida contra Vicky Hernández tuvo su razón de ser en su identidad de género de mujer trans. La Corte interpretó el art. 7 de la Convención en conjunto con los arts. 1 y 9 de la misma. El Estado hondureño fue declarado responsable de incumplir la Convención de Belem do Pará. En primer lugar, por infringir las obligaciones estatales que dimanaban del art. 7.a en perjuicio de Vicky Hernández, con motivo del hecho de su muerte, y del art. 7. b en perjuicio de los familiares de Vicky Hernández, debido a que el Estado incumplió el deber de debida diligencia reforzada de una investigación suficiente, adecuada, con la debida diligencia y libre de estereotipos de género.

La fundamentación que empleó la Corte para aplicar la Convención de Belem do Pará fue una vez más la interpretación evolutiva, aplicada en este supuesto, al concepto de mujer, género, violencia de género e interseccionalidad. Para el Tribunal, la Convención de Belem de Pará no está ligada a la genitalidad (sexo), así considera que “el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad”⁴².

Esta sentencia refleja así la tensión actual en el seno del movimiento feminista y el enfrentamiento entre el feminismo radical y los movimientos de protección de

41 Párrs. 126 y ss. En el Párr. 133 se establece que “de conformidad con lo anterior y atendiendo a una interpretación evolutiva, la Corte estima que el ámbito de aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer se refiere también a situaciones de violencia basada en su género contra las mujeres trans, como sucede en este caso.”

42 Párr. 129.

los derechos de las personas trans. Por un lado, las llamadas feministas radicales, conocidas como transexcluyentes, se apoyan en el concepto biológico de mujer. Para estas, la mujer biológica sería la única posible víctima de la violencia de género, la única titular de los derechos reforzados de las mujeres y a las que se deberían dirigir las políticas públicas. El género es entendido y concebido para el feminismo radical como una dimensión o variable estructural y de asimetría y no como una mera cuestión individual. No sería, pues, aplicable ni a los hombres ni a las mujeres trans.

Para las feministas incluyentes y transfeministas, en cambio, el sexo es una categoría histórica, dinámica y no binaria y, por tanto, el sujeto político del feminismo tiene una dimensión social y no biológica. El término género abarcaría cualquier manifestación, ya sea identitaria o ya sea de expresión individual.

La mayoría de la Sentencia se adscribe a esta última posición. No obstante, la Sentencia de Vicky Hernández tiene dos votos disidentes: el de la Presidenta Elizabeth Odio Benito y el del magistrado Eduardo Vio Grossi.

Por otra parte, también la mayoría interpretó evolutivamente las situaciones de vulnerabilidad de la mujer que recoge el art. 9 de la Convención de Belem do Pará y las extendió a las mujeres trans, al deducirlas de la cláusula abierta “entre otras”⁴³. Así, recoge estos supuestos de vulnerabilidad relacionados con la interseccionalidad, donde para la Corte también incluiría la identidad de género. Ello le lleva a aplicar de forma extensiva el art. 7 en las letras a y b, que establece los deberes estatales de abstención de actos de violencia contra la mujer y la necesidad de tomar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar estos actos.

En relación a la lesión del derecho a la vida y a la integridad personal de Vicky (arts. 5 y 5 de la CADH)⁴⁴, la Corte conjuga los indicios que constan de la participación de los agentes estatales en los hechos con un elemento interpretativo trascendental como es el contexto. En Honduras está muy presente un contexto general de violencia contra el colectivo LGTBI, a lo que se une un contexto particular de violencia ejercida contra las mujeres trans que se dedican a la prostitución -contexto de violencia histórica y estructural-⁴⁵. En este caso, la Corte habla en concreto de un contexto generalizado de violencia, detenciones

43 En este sentido, la Corte interpreta en los párrs. 128 a 133 el art. 9 de Belem do Pará a la luz del Informe sobre violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. El art. 9 habla de raza, condición étnica, migrante, refugiada o desplazada, “entre otras”. El Tribunal aplica el principio de la interpretación evolutiva al art. 9, y lo extiende a la orientación sexual y a la identidad de género Párr. 129.

44 Hay indicios de lesión del derecho a la vida del artículo 4.1, en relación con los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH. Por las circunstancias en las que se produjeron los hechos relatados la víctima, en opinión de la Corte debe haber experimentado dolor y angustia en los momentos previos al homicidio, por lo cual el Tribunal deduce una lesión de la integridad física y moral de Vicky Hernández, de conformidad al artículo 5.1 CADH.

45 Párrs. 30 y ss.

arbitrarias, homicidios y discriminación de las personas del colectivo en Honduras. Dentro del grupo más afectado se encontrarían las mujeres transexuales que trabajan en la prostitución⁴⁶. Además, se ha demostrado la participación en muchas ocasiones de la policía en el ejercicio de la violencia contra el colectivo y especialmente contra las mujeres trans trabajadoras sexuales. Por tanto, se añade como elemento interpretativo un contexto de violencia institucional, ejercida especialmente por la policía. En esas fechas se constató también el incremento desmesurado de la violencia, asociada a la identidad de género y la expresión de género.

En esta decisión, el Tribunal habla de nuevo de la violencia por prejuicio, pero ahora referida a la identidad de género y la expresión de género. Se trataría así de una violencia “basada en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes. En el caso de las personas LGBTI se refiere a prejuicios basados en la orientación sexual, identidad o expresión de género. Este tipo de violencia puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”⁴⁷.

Por otra parte, la Corte señala la situación de impunidad generalizada que vive el colectivo de las mujeres trans frente a las agresiones que sufren. Se trataría, pues, de una violencia institucional donde el protagonismo lo tienen la policía y el aparato judicial.

Se constata también el incumplimiento por parte de Honduras de su deber de investigación suficiente del caso, por no atender el deber de diligencia debida y no investigar el caso en un plazo razonable, por lo que se produciría una lesión de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los arts. 8.1 y 25 de la CADH⁴⁸, en perjuicio de los familiares de la víctima.

Así, la Corte IDH constató el incumplimiento de los siguientes estándares en el curso de la investigación: no se tuvo en cuenta el contexto de discriminación y violencia policial que existe en Honduras contra el colectivo y especialmente contra las mujeres trans que son trabajadoras sexuales; no se atendió tampoco el empleo en la investigación de la perspectiva de la identidad de género que hubiera sido necesario implementar para vincular el hecho con la identidad de género, con la condición de Vicky Hernández de prostituta y de activista de los derechos de las personas trans; no se tuvo en cuenta la eventual participación en los hechos de los agentes estatales, ni tampoco la posible agresión o violencia sexual que se ejerció sobre Vicky Hernández⁴⁹.

Además este deber estatal debe ser reforzado por pertenecer la Sra. Hernández

46 Vid el Informe de fondo número 157/18 con fecha de 7 de diciembre de 2020 de 2018, sobre lesiones de derechos por parte de Honduras.

47 Párrs. 69 y ss.

48 Honduras reconoció al menos parcialmente el incumplimiento de su deber de llevar a cabo una investigación adecuada y suficiente.

49 Párr. 108.

a varios grupos vulnerables. Una cuestión interesante que refleja la Sentencia es el rol que desarrolla Vicky Hernández como activista o defensora de los derechos humanos. La Corte considera que los defensores de los derechos humanos en América Latina pertenecen a un grupo vulnerable y, por ello, el Estado tiene como obligación un deber reforzado de investigar los delitos cometidos contra estos activistas⁵⁰.

Este deber estatal reforzado es además cualificado por el contexto en el que se produjo el asesinato de Vicky Hernández, pues tuvo lugar durante el toque de queda declarado por el gobierno hondureño, donde por la propia naturaleza de este estado excepcional, la fuerza pública es la única autorizada para transitar por las calles.

La Corte exige también aplicar a los Estados en su valoración del cumplimiento del deber de vigilancia, la perspectiva de identidad género, tanto en el desarrollo de la investigación, como en el propio juzgamiento.

Otro elemento interesante es el despliegue de reparaciones⁵¹ ordenadas por la Corte:

1. En primer lugar, requiere que se mantenga la obligación de investigar penalmente de manera diligente, efectiva y dentro de un plazo razonable con el objetivo de esclarecer los hechos, depurar las responsabilidades, establecer sanciones y evitar así la impunidad. Estas investigaciones deben llevarse a cabo por medio de funcionarios capacitados en atención a víctimas de discriminación y violencia contra personas trans⁵².
2. Como medidas de satisfacción incluye la publicación de la sentencia, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, la concesión de una beca educativa a favor de Argelia Johana Reyes Ríos, sobrina de Vicky Hernández, la grabación de un documental audiovisual sobre la situación de discriminación y violencia que enfrentan las mujeres trans en Honduras y la creación de la beca educativa "Vicky Hernández" para mujeres trans.
3. Como medidas de rehabilitación se disponen medidas de atención en salud física y mental que ayuden a la rehabilitación de los familiares de Vicky Hernández.
4. Para cumplir con las garantías de no repetición se insta por parte de la Corte a la creación de programas de formación, sensibilización y capacitación para

50 Párr. 98 "A lo expresado se suma la obligación reforzada que tienen los Estados de investigar las afectaciones a los derechos de las defensoras y defensores de derechos humanos como lo son los colectivos que defienden los derechos de las personas LGBTI y de las mujeres trans, más aún cuando esas vulneraciones a sus derechos se producen en el marco de un toque de queda en el cual la fuerza pública es la única autorizada a circular por las calles".

51 Párrs. 144 y ss.

52 Párr. 152.

los cuerpos de seguridad del Estado en materia de violencia por prejuicio contra personas LGBTI⁵³; un procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género⁵⁴ de conformidad a los estándares establecidos en la Opinión Consultiva de 2017; la adopción de protocolos especiales de investigación⁵⁵; y el diagnóstico, recopilación de datos y elaboración de estadísticas⁵⁶.

5. Indemnizaciones compensatorias por los daños material e material producidos.

Mediante estas reparaciones, la Corte pretende superar una situación de discriminación estructural e institucional de las personas trans en Honduras, y propicia también que los organismos de la sociedad civil generen mecanismos para solicitar al Estado el cumplimiento de estas decisiones.

53 Párr. 167. “(...) esta Corte estima pertinente ordenar al Estado crear e implementar, en el plazo de dos años, un plan de capacitación permanente para agentes de los cuerpos de seguridad del Estado para: a) sensibilizar a los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado en cuanto al respeto de la orientación sexual y expresión de género en sus intervenciones a civiles; b) capacitarlos sobre los estándares en materia de debida diligencia en la conducción de investigaciones relacionados con hechos de violencia contra personas LGBTI; c) insistir sobre el carácter discriminatorio que tienen los estereotipos de orientación sexual y expresión de género y el impacto negativo que su utilización tiene sobre las personas LGBTI, e d) instruir sobre los derechos de las personas que desarrollan actividades vinculadas con el trabajo sexual, con la labor de defensa de derechos humanos de la población LGBTI, y con las personas que viven con VIH, así como sobre la forma de desempeñar sus funciones en relación con esas mismas personas. Este plan de capacitación debe ser incorporado en el curso de formación regular de los cuerpos de Policía”.

54 Párrs. 170-173.

55 Párrs. 174-176. “En consecuencia, la Corte considera conveniente ordenar al Estado adoptar, en el plazo de dos años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, un protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI víctimas de violencia. El protocolo debe tener carácter vinculante de acuerdo con la normativa interna. Este protocolo deberá estar dirigido a todos los funcionarios públicos que intervengan en la investigación y tramitación de procesos penales en casos de personas LGBTI víctimas de violencia, así como al personal de salud público y privado que participe en dichas investigaciones. Dicho protocolo deberá incluir la obligación de que los agentes estatales se abstengan de hacer uso de presunciones y estereotipos discriminatorios al momento de recibir, procesar e investigar las denuncias. En la elaboración del protocolo, el Estado deberá tener en cuenta los criterios desarrollados en esta Sentencia y en la jurisprudencia de la Corte. El mismo deberá ser conforme con los estándares desarrollados en los párrafos 106 a 109 de la presente Sentencia”.

56 Párrs. 177 a 179. “la Corte ordena al Estado que diseñe inmediatamente e implemente en un plazo de un año, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra las personas LGBTI, con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI, desglosando los datos por comunidades, el origen étnico, la religión o las creencias, el estado de salud, la edad, y la clase o la situación migratoria o económica. Además, se deberá especificar la cantidad de casos que fueron efectivamente judicializados, identificando el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Esta información deberá ser difundida anualmente por el Estado a través del informe correspondiente, garantizando su acceso a toda la población en general, y deberá garantizar la reserva de identidad de las víctimas. A tal efecto, el Estado deberá presentar a la Corte un informe anual durante tres años a partir de la implementación del sistema de recopilación de datos, en el que indique las acciones que se han realizado para tal fin”.

V. LA PROBLEMÁTICA EXTENSIÓN DEL SUJETO POLÍTICO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS CASOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO. EL DEBATE JURISPRUDENCIAL EN LA CORTE INTERAMERICANA Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El fallo de la Corte Interamericana en el Caso Vicky Hernández y otras contra Honduras de 2021 plantea el interesante problema de la extensión del sujeto político de la violencia contra las mujeres de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans⁵⁷. Hemos abordado ya cómo la Corte aplica el criterio de la interpretación evolutiva a los arts. 7 y 9 de la Convención; no obstante, esta decisión no fue unánime. Junto al fallo de la mayoría se emitieron tres votos particulares: dos votos parcialmente disidentes, uno de la Presidenta, la juez Elizabeth Odio y otro del juez Eduardo Vío Grossi, y un voto concurrente del juez L. Patricio Pazmiño Freire⁵⁸.

El juez Pazmiño muestra su conformidad con la aplicación de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans, si bien difiere en la argumentación asumida por la Corte para proceder a su aplicación. Así, en su opinión, la mayoría que sustenta el fallo opera un salto argumentativo, al entender que la Corte debería haber estimado, en primer término, que las mujeres trans están sujetas a la Convención por el mero hecho de ser mujeres. En este sentido, la mayoría debería haber aplicado sin más la jurisprudencia ya asentada y contenida la Opinión Consultiva OC-24 que concibe la identidad de género como un derecho de autodeterminación de género, que no depende de la genitalidad⁵⁹. Por lo cual, “(...) que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona

57 Vid para aproximarse a la argumentación sobre el denominado “borrado de mujeres” <https://contraelborradodelasmujeres.org> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.

58 Párr.10.

59 Párr. 11. “(...) la identidad de género (es) la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales. En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad”, Opinión Consultiva OC-24/17 párr. 94.

tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad”⁶⁰. Por tanto, la Opinión Consultiva quebró ya la cisnormatividad al considerar que se ha disuelto la concepción de que “todas las personas son cisgénero, y que aquellas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres”⁶¹.

Por el contrario, el voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi discrepa de la mayoría en relación al ámbito de aplicación de la Convención y de su decisión de extender el sujeto político a la mujer trans. En su opinión, la Convención es solo aplicable a las mujeres biológicas. No habría, pues, incumplimiento por parte del Estado de Honduras de las obligaciones dimanantes de los arts. 7. a y 7.b de la Convención. No obstante, debemos destacar que el análisis de este voto discrepante no interesa tanto al debate teórico que plantea la extensión del sujeto político en temas de violencia contra las mujeres a las mujeres trans. El juez básicamente se centra en el incumplimiento por parte de la Corte del respeto y seguimiento de los parámetros de interpretación de los tratados de conformidad al art. 31.1 de la Convención de Viena: la buena fe, el sentido habitual de los términos en su contexto y la interpretación teniendo en cuenta el objeto y el fin. Si aplicamos estos estándares de interpretación a la Convención de Belem do Pará tendríamos que concluir que la Convención fue pensada y solo es aplicable para las mujeres biológicas⁶² y que, por tanto, no existe ningún elemento contextual que permita el uso de la interpretación evolutiva. Por ello, los derechos de las personas trans deben ser protegidos empleando el instrumento del Pacto de San José, pero no la Convención de Belem do Pará que, en su caso, solo sería aplicable si se enmendara previamente⁶³. Por otra parte, también advierte que la Corte debe distinguir cuándo en su proceso de fundamentación de su decisión hace uso del Derecho comparado, aludiendo a normativas que son de *soft law*, o bien normas vinculantes⁶⁴.

El voto particular más interesante para nuestro objeto de estudio, porque es el que aporta más al debate teórico, es el de la Presidenta, Elizabeth Odio Benito.

Se muestra favorable al reconocimiento de los derechos del colectivo, pero no a que la vía que se utilice para esta finalidad sea la sustitución de la categoría

60 Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 95.

61 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 32.

62 Párrs. 31 y ss.

63 Párr. 32.

64 Párr. 24. Con ello se refiere especialmente a cuando la Sentencia alude a ciertas resoluciones como la Recomendación General número 28 de 2010 de la CEDAW.

del sexo por la del género. En este sentido, para la Presidenta no sería aplicable a este caso la Convención de Belem do Pará. Así, considera que Honduras no ha incumplido los arts. 7.a y 7.b de la Convención, tal y como se sentencia en el punto resolutive 6 del fallo. También discrepa de las medidas establecidas en la reparaciones que compelen al Estado hondureño a promulgar una ley de identidad de género en la que se establezca un procedimiento que permita el cambio registral de sexo, sin que se requiera ningún tipo de exigencia; así como de la obligación del Estado de laborar estadísticas sobre la violencia ejercida contra las personas trans, pues sería imposible para el Estado, en su opinión, hacer frente simultáneamente a ambas obligaciones⁶⁵.

En opinión de la Presidenta buena parte de la confusión de la mayoría proviene de la ausencia en ciertos ámbitos académicos y especialmente judiciales de un marco teórico-conceptual adecuado para encuadrar este problema.

Así, en primer lugar, sería necesario distinguir entre el concepto de sexo, con un contenido y configuración biológica, del concepto de género, una construcción social y jerárquica. El sexo no lo determina una construcción social, ni tampoco es una cuestión meramente subjetiva o un sentimiento personal. Por el contrario, el género, al ser una construcción social, es un concepto más flexible y que tiene una impronta histórica, por lo que podría mutar si la sociedad y los estereotipos se modificaran.

De la misma forma, habría que disolver la muy extendida errónea equiparación entre la categoría de la identidad de género y el sexo. La identidad de género como categoría sospechosa de discriminación está protegida por la Convención Americana y por la Opinión Consultiva OC-24. Para la jueza buena parte del problema que plantea la Sentencia viene derivado de la posición que tomó la Corte en 2017 con la Opinión consultiva al concebir la identidad de género en su versión fuerte, bajo el criterio del derecho a la autodeterminación de género. Esta asunción teórica, que ahora lamenta la jueza⁶⁶, ha provocado en la práctica que la identidad de género sustituya al sexo biológico y borre a las mujeres⁶⁷. No se habla ya de hombres ni mujeres, sino solo de personas. Incluso también el concepto de género como construcción social, que constataba la subdiscriminación de las mujeres frente a los hombres, también ha sido sustituido por el de la identidad de género. Esta sustitución no es gratuita y supone la pérdida del sujeto político de

65 Párr. 3.

66 Párr. 7.

67 Párrs. 5, 12 y 13 “Pero lo ocurrido de un tiempo a esta parte, y a ello se inclina la sentencia de la Corte en el caso de *Vicky Hernández*, es radicalmente diferente. Sin fundamento científico alguno, se pretende que “identidad de género”, un sentimiento que incluso puede cambiar de un día al otro, sustituya y borre el sexo con el cual se nació. Ya no se hablará más de mujeres y hombres con sus características propias, sino de “personas”. En neutro, en indefinido. Parece que “género” -construcción cultural- también desaparece. Todo se vuelca a que solo exista la “identidad de género”, vivencia individual y personal de cada uno de nosotros y nosotras. Con el agravante de que el género nunca fue considerado una identidad”.

la lucha feminista, que es la mujer, por lo que puede implicar también la propia desaparición del propio feminismo. Además, esta acotación de la concepción del sujeto político “mujer biológica” es esencial también para la lucha contra la violencia de género porque permite detectar las violencias históricas, que han estado asociadas al sexo. La jueza destaca a mayor abundamiento que el origen y las causas de la violencia sufrida por la mujer, que tienen su fundamentación o razón de ser en el sexo, son muy diferentes de las causas de la violencia que sufren los miembros del colectivo trans, una violencia que se asienta en su propia identidad de género. No realizar un diagnóstico certero de estos dos diferentes tipos de violencia tendrá una repercusión trascendental a la hora de construir por parte de los Estados políticas públicas efectivas para la disolución de estos fenómenos violentos⁶⁸.

A continuación la jueza Elizabeth Odio explica las razones concretas de su disenso en la extensión de la aplicación de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans. La argumentación de su rechazo se fundamenta en una razón teleológica, a la vez que práctica, y en dos razones de naturaleza más técnica.

La finalidad de la Convención es luchar contra la violencia que sufren las mujeres por **razón** de su sexo, es decir, por el hecho de ser mujeres. En el caso sentenciado, sin embargo, la violencia sufrida por Vicky Hernández difiere del tipo de violencia protegida por la Convención pues tal y como señala la Sentencia la violencia sufrida por Vicky Hernández tiene su razón de ser en la identidad de género, es decir, en su condición de persona trans y no en su condición de mujer.

En lo que se refiere a las razones técnicas del empleo erróneo de la Convención, la jueza estima, por una parte, que la mayoría aplica la Convención al caso, remitiéndose al art. 9, que prevé los supuestos de interseccionalidad, por entender que dentro de los mismos se garantiza la condición de interseccionalidad de la identidad de género. Ahora bien, para la jueza este artículo solo es aplicable siempre y cuando se cumpla la premisa principal de que el sujeto es una mujer, por lo que la Sentencia también incurre en una tacha lógico-jurídica, al incluir la categoría identidad de género como categoría protegida por la Convención⁶⁹.

68 Párrs. 16 y ss párrs. 22 y ss. Y especialmente el párr. 34 “Entender las causas de la violencia contra colectivos en situación de vulnerabilidad (en este caso, mujeres y personas trans) es esencial para poder atacar la raíz del problema. Mezclar o incluso fusionar estas diferentes realidades lo único que produce es una confusión –y, por tanto, una obstaculización– que no beneficia a ninguno de los dos colectivos. Es por ello que la sentencia, al equiparar el “género” con la “identidad de género”, comete el error de ignorar los elementos diferenciadores de estos tipos de violencia y distorsiona por completo el análisis de las causas y consecuencias de dichas violencias. En suma, es opinión de quien suscribe el presente voto que la sentencia objeto de este análisis crítico debería haberse centrado en la violencia que recibió la señora Hernández por ser percibida por sus agresores como una persona trans, y no por ser mujer”.

69 Párrafo 38 en relación al párr. 129 de la Sentencia, “Tal y como se puede observar, tras indicar que las categorías protegidas en el artículo 9 no constituyen un *numerus clausus*, una mayoría conformada por mis compañeros jueces concluye, sin el deseable ejercicio interpretativo (más allá de la referencia a un criterio “evolutivo”), que la categoría trans debe incluirse en el ámbito de pro-

No cabe duda de que el sistema interamericano de la diversidad sexual es el más progresista jurídicamente y su estudio es imprescindible en Derecho comparado. El camino a recorrer, en mi opinión, no está tanto en rankinizar la doctrina de la región; sino en, por una parte, trabajar más profundamente en los marcos teóricos y sus implicaciones, es decir, en construir un fuerte Derecho antidiscriminatorio de la diversidad sexual y, por otra, en hacer realidad los derechos del colectivo atajando la violencia, especialmente la institucional, para evitar que el modelo deje de ser mera retórica.

En España, el Tribunal Constitucional también se ha enfrentado a este problema. En dos decisiones, la STC 67/2022, de 2 de junio y en la reciente STC 44/2024, de 12 de marzo, la magistrada María Luisa Balaguer Callejón ha contribuido a plantear el debate de la extensión del sujeto político de la violencia a las mujeres trans⁷⁰.

La decisión de la STC 67/2022⁷¹, resuelve el recurso de amparo constitucional presentado por D. Serge Christian M. Scevenels contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Madrid, de 10 de octubre de 2017; la Sentencia de 24 de julio de 2018 de la Sección Tercera, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Auto de 11 de julio de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que avalaron el despido del demandante por parte de la empresa Thea System, S. A. El recurrente entiende que el despido trae causa de su expresión de género pues acudía en ocasiones a la empresa con falda, por lo que se trataría de un acto discriminatorio por razón de su identidad de género, por su condición de transgénero, que habría lesionado su derecho a la igualdad del art. 14 CE, así como su derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE. Por su parte, la empresa alega que el despido responde a la no superación por el trabajador del período de prueba en el empleo. La ponente de la Sentencia es la magistrada Balaguer.

La especial trascendencia constitucional del caso, que permite al Tribunal admitir a trámite el recurso de amparo constitucional, es que no existe doctrina del mismo sobre la discriminación por razón de identidad de género en las relaciones laborales. Por lo tanto, este asunto permite al Tribunal resolver nuevas cuestiones interpretativas, como la de determinar si la identidad de género se integra dentro de las categorías sospechosas de discriminación del

tección de dicho artículo y, por tanto, también es cubierta por el paraguas de la Convención de Belém do Pará en su totalidad. Así, si bien las categorías señaladas en dicho artículo 9 no constituyen una lista taxativa de ejes de opresión, lo cierto es que no se está incluyendo una categoría adicional, lo cual es perfectamente aceptable, sino que lo que hizo la sentencia es incluir a una persona que no está contemplada en el artículo 1 de la Convención cuando estipula que “violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, ...”, es decir, cualquier acción o conducta contra una persona de sexo y género femenino”.

⁷⁰ También puede consultarse su extensa obra sobre estudios de género y especialmente la monografía María Luisa Balaguer Callejón, *El feminismo del siglo XXI. Del MeToo al movimiento Queer* (Ediciones Huso, 2021).

⁷¹ Paz Fernández Rivera, *Sexo y Género: de la tradicional intercambiabilidad de los términos a la necesaria precesión conceptual de la STC 67/2022, de 2 de junio*, 15 Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, 173-195 (2022).

artículo 14 CE, y en concreto en cuál de ellas y qué efectos despliega en las relaciones laborales. Además, este caso es interesante desde la perspectiva o dimensión objetiva, porque el Tribunal tampoco se ha pronunciado ni tiene una doctrina sobre el derecho a la expresión de género, vinculado al derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la Constitución, así como el libre desarrollo de la personalidad.

En opinión del Tribunal este problema “tiene relevancia constitucional y está íntimamente relacionado con la definición y construcción constitucional del sexo y el género como categorías jurídicas diversas sobre las que habrá de proyectarse, en el modo que definamos, la interdicción de discriminación prevista en el artículo 14 CE”⁷².

La Sentencia denuncia la carencia de un marco teórico definido y asentado sobre el concepto y las diferencias entre las categorías del sexo y género, que provoca que tanto el legislador como los propios jueces las intercambien. La determinación del significado de estos conceptos no es meramente retórica o de puro interés académico, sino sumamente trascendental pues se proyecta de forma directa sobre los derechos fundamentales y sus distintos aspectos dogmáticos.

Por ello, en primer lugar, el Tribunal considera que es necesario determinar qué marco conceptual afecta al demandante. Y para ello se sirve de la necesaria distinción entre tres supuestos de discriminación: la discriminación por razón de sexo, la discriminación por razón de identidad de género y la discriminación vinculada a la expresión de género. En segundo término, el Tribunal entiende que es imprescindible dilucidar si la situación que afecta al demandante -el tipo de discriminación que se le aplicaría en base al marco conceptual- está reconocida como cláusula antidiscriminatoria dentro del art. 14 CE, o no. En tercer lugar, si está protegida constitucionalmente, entonces entraría en juego la garantía de su eficacia no solo frente a los poderes públicos, sino también en su dimensión horizontal, en las relaciones entre particulares, lo que provoca la aplicación de la inversión de la carga de la prueba *inter privados*.

A continuación, la Sentencia distingue entre las nociones de sexo y género⁷³. El sexo se asocia con una cuestión biológica referida a las características primarias y secundarias de las personas. Estas características son por regla general excluyentes -salvo excepciones como es el caso de los intersexuales- y sobre las mismas se ha construido una clasificación binaria -y solo excepcionalmente terciaria-. Por su parte, el género tiene que ver con una construcción social, y si bien no está desconectado con las características biológicas, ni se opone a ellas, debemos tener en cuenta que es una categoría que supera estas características.

72 FJ 2.

73 FJ 3.

Lo que aporta el concepto de género es “identificar fundamentalmente la identidad social de una persona asociada a una construcción social, que por medio de roles y estereotipos atribuyen al hombre y a la mujer una posición diferenciada”⁷⁴. Por ello, el sexo describe características que son objetivamente identificables y medibles, mientras que el género se asocia a caracteres que son relativos y coyunturales y que, por tanto, pueden variar de una sociedad o otra, o bien se pueden modificar a lo largo del tiempo. Esta diferenciación conceptual es importante porque conlleva diferencias jurídicas. Ahora bien, “no podemos hablar al menos en un sentido estricto de que ambas nociones sean concebidas como derechos”⁷⁵, sino como condiciones que tienen su reflejo en el ejercicio de derechos fundamentales y que “pueden conformar el derecho de autodeterminación, o a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad humana, la propia identidad sexual”⁷⁶.

A continuación el Tribunal define dos tipos de discriminación asociadas a la diversidad sexual que suelen confundir: la orientación sexual y la identidad de género, también como dos condiciones personales diferentes que generan dos tipos de discriminación diversas. Esta distinción permite al Tribunal establecer que el caso a resolver debe ser enmarcado conceptualmente en la identidad de género al autodefinirse el demandante como persona transgénero -si bien el Tribunal opta por la expresión de persona trans-⁷⁷, y su manifestación a través de la expresión de género⁷⁸, en las relaciones entre particulares.

En esta decisión el Tribunal en ocasiones habla de identidad de género, en otras se refiere a la identidad de género y su manifestación por medio de la expresión de género, y en otras directamente a la discriminación por expresión de género. En realidad, nos encontraríamos en el supuesto de la expresión de género, que se entiende “como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética”⁷⁹.

Una de las grandes aportaciones de la Sentencia es que vincula directamente la expresión de género con el derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, pues

74 Ídem.

75 Ídem.

76 Ídem.

77 FJ 3. “Una cuestión también problemática es la diversidad de identificaciones personales que se engloban dentro de la noción de identidad de género; por ello, el tribunal opta por la expresión trans, que es omnicomprensiva, consciente de que esta expresión ha sido sometida a crítica por la doctrina. “Acudir al término trans asume un cierto riesgo de imprecisión técnica, porque puede incluir una amplia diversidad de situaciones (transexuales hombres y mujeres, personas no binarias, travestis, queer, personas de género fluido, asexuales, polysexuales, quienes definen su género como «otro»).”

78 FJ 3.

79 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

considera, en una interpretación ampliada del precepto constitucional, que la expresión de género forma parte del derecho a la propia imagen⁸⁰.

El Tribunal Constitucional entiende que la identidad de género debe ser catalogada como causa sospechosa de discriminación prohibida por el artículo 14 CE⁸¹, que además protege a las personas no solo transexuales, sino también a las personas trans, tal y como es entendido este concepto en la propia Sentencia. Por todo ello, la prohibición de discriminación por razón de identidad de género rige en las relaciones laborales entre particulares, donde operaría también la inversión de la carga de la prueba. No obstante, de la aplicación de esta doctrina al caso concreto el Tribunal estimó que la empresa no nos discriminó al demandante por razón de identidad de género.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre esta cuestión en la STC 44/2024, de 12 de marzo, donde el Pleno falló sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 1719-2021 interpuesto por 84 diputados y disputadas del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra los arts. 1, 2, 3 y 16 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

Más allá de los problemas competenciales que se suscitan en la Sentencia, y que no interesan al objeto de estudio de este trabajo, los demandantes alegan que el art. 1 de la Ley 17/2020, al modificar el art. 2.2 de la Ley 5/2008 e incluir a las “mujeres, niñas y adolescentes transgénero”, lo que hace en realidad es integrar a este grupo en la condición de sujetos pasivos de la violencia de género. Así, la norma equipara jurídicamente a estos efectos a las mujeres biológicas y las mujeres que han rectificado su mención registral del sexo -que ya eran víctimas de la violencia de género- con las mujeres transgénero, que no han llevado a cabo esta rectificación registral del sexo, y que pasarían tras la reforma legislativa a ser también víctimas de la violencia de género, en los términos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LOVG); y, por ello, sujetos pasivos de los tipos penales que castigan las diversas formas de violencia de género. En su opinión, mientras que el legislador estatal ha utilizado la categoría del sexo para determinar el sujeto pasivo de la violencia de género, en la ley catalana lo que se opera es una sustitución de la categoría conceptual de sexo por la de identidad de género, incluso por la de expresión de género.

La Abogada del Gobierno de la Generalitat de Cataluña defiende la constitucionalidad del art. 1 de la Ley 17/2020, pues a su entender es una proyección del reconocimiento internacional de la autodeterminación de

80 FJ 3.

81 FJ 4.

género, que conlleva la falta de necesidad de cumplir exigencias para reconocer la nueva identidad de género⁸² sin que, por otra parte, estas modificaciones legislativas tengan alcance penal. También en defensa de la constitucionalidad de la reforma se pronuncia la Letrada del Parlamento de Cataluña, al entender que el art. 1 no modifica ni sustituye el criterio del sexo como fundamento de la normativa sobre violencia machista, ya que para que incluya a las niñas, adolescentes y mujeres transgénero, estas deben cumplir la obligación de rectificar registralmente su sexo; tratándose además de una legislación a efectos meramente administrativos⁸³.

El Tribunal Constitucional⁸⁴, a la hora de analizar la constitucionalidad de la reforma operada por el art. 1 de la Ley 17/2020, diferencia entre la violencia ejercida contra la mujer y la violencia de género. Para que nos hallemos en el supuesto de violencia de género, “el agresor debe ser un hombre que haya sido, o sea cónyuge, o que esté o haya estado ligado a la mujer por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia, además de que la violencia ha de ser “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres””⁸⁵. Por otra parte, la víctima de la violencia de género tiene que ser una mujer en sentido legal, es decir, que tenga la condición de mujer cisgénero o bien que haya rectificado registralmente su sexo (condición de transexual), pero no cuando no existe rectificación registral y sea una mujer transgénero. Por ello, para la mayoría del Tribunal, la previsión del art. 1 no es inconstitucional en tanto en cuanto no produce una ampliación del sujeto pasivo de la violencia de género desde la perspectiva penal, pues no solo no contiene un tipo penal, sino que una mujer transgénero no se consideraría sujeto pasivo penalmente. La reforma, por tanto, solo opera en materias de políticas públicas de género sin relevancia penal⁸⁶. Esta misma argumentación sirve al Tribunal para rechazar las tachas de inconstitucionalidad del art. 3 de la Ley 17/2020, que recoge diversas formas de violencia machista, pues entiende que no implica la tipificación de nuevos ilícitos penales; o bien se emplea también para desestimar la impugnación relativa a la vulneración de la competencia exclusiva del Estado, en relación con la ordenación de los registros públicos, al entender que solo se pretende el reconocimiento y extensión a las mujeres transgénero de su condición de ser víctimas de violencia machista solo en el sentido de que accedan a un conjunto de medidas de carácter asistencial.

A esta Sentencia se formulan dos votos particulares: el de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón y el del magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla. Este último

82 Antecedente 6. Especialmente se refiere a los Principios de Yogyakarta y a la adaptación a la legislación autonómica del Convenio de Estambul.

83 Antecedente 7.

84 FJ 3.

85 Ídem.

86 Ídem.

entiende que se debería haber estimado el recurso de inconstitucionalidad en estos aspectos porque el problema competencial lo resuelve el Tribunal confundiendo materia y competencia, y no teniendo en cuenta que en las políticas de género hay competencias que concurren. En su opinión, se debería haber aplicado, en todo caso, una interpretación conforme de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 17/2020⁸⁷.

Como es habitual en los casos de sexo y género, la magistrada Balaguer incide, no tanto en la cuestión competencial, sino en la dimensión material del problema, que en este supuesto es el debate sobre el sujeto político al que se destina la norma impugnada y que incide sobre el ámbito subjetivo de las violencias machistas. La cuestión de fondo de la ley catalana estriba en determinar si esta nueva normativa ha supuesto una variación en el concepto de víctima de las violencias machistas, y si la ley ha modificado la definición y alcance de las violencias machistas.

Para la magistrada, la normativa autonómica implica un cambio en el alcance del concepto de víctima de las violencias machistas, ya que incluye a las mujeres biológicas, las mujeres transexuales y las mujeres transgénero. Así, en su opinión, lo que ha avalado el Tribunal en su sentencia y no ha sido suficientemente meditado “es que una ley autonómica redefine el sujeto al que van dirigidas las políticas de prevención de la violencia machista y de la protección y tutela frente a la misma, aumentándolo y asumiendo una conceptualización de mujer como sujeto político y de personas trans (tanto sexual como género) muy controvertida, respecto de la que este tribunal todavía no se ha pronunciado”⁸⁸. El régimen jurídico autonómico se asienta en una conceptualización que muchas ocasiones incurre en la confusión de términos; que emplea conceptos que no son propiamente jurídicos como el de las mujeres cis y que, por otra parte, son seriamente discutidos por la doctrina. De tal forma que “este tribunal de garantías de los derechos y libertades fundamentales no debería haber pasado por alto que la ley impugnada incorpora una ampliación del concepto de víctima que supone alterar, como se ha dicho, el concepto mismo de mujer como sujeto político”⁸⁹.

La cuestión que se suscita no es la de negar o no reconocer los derechos de las mujeres transgénero, sino la de determinar si este reconocimiento tiene que

87 “(...) declarando, en consecuencia, en el fundamento jurídico correspondiente, que esos preceptos legales impugnados se entienden conformes con la Constitución siempre que se interprete que las definiciones contenidas en los mismos lo son a los efectos de la aplicación de las medidas de carácter asistencial establecidas por el legislador autonómico en el ámbito de las políticas de género y en el ejercicio de sus competencias, sin interferir en modo alguno en las potestades reservadas a la jurisdicción penal ni afectar, por tanto, a la competencia estatal exclusiva en materia de legislación penal. Interpretación de conformidad que, como ya se dijo, habría debido llevarse al fallo de la sentencia”.

88 Voto particular.

89 Voto particular.

venir de la mano de una determinada cobertura jurídica, como es la redefinición o rectificación del sujeto político mujer. Y esta cuestión, en realidad, todavía no ha sido enfrentada directamente por el Tribunal Constitucional español, que tendrá que abordarla a la hora de resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por Vox y el Partido Popular contra la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁹⁰. En ese momento, el Tribunal español, como la Corte IDH, tendrá que posicionarse por fin sobre el debate que es hoy uno de los mayores problemas en los estudios de género y diversidad sexual: la tensión entre las feministas radicales y el movimiento trans.

VI. REFERENCIAS

Alicia Cárdenas Cordón, *El reconocimiento jurídico de la identidad de género en América Latina: Reflexiones y aprendizajes para el debate jurídico español*, 47 Derechos y Libertades, 273-305 (2022).

Ana Micaela Alterio, *La interpelación en clave feminista al sistema binario de protección de derechos humanos en América Latina*, 116 AJIL Unbound, 318-322 (2022), consultado por última vez el 13 de julio de 2024 en: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/la-interpelacion-en-clave-feminista-al-sistema-binario-de-proteccion-de-derechos-humanos-en-america-latina/314C4547CBE2595020700C9884EB33CC>

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

Fernando Rey Martínez, *Caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Atala Riffo y niñas contra Chile”*, 30 Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 237-249 (2014).

Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17.

Ignacio Álvarez Rodríguez, *Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, derechos humanos y Naciones Unidas*, 1 Estudios de Deusto, 127-163 (2019).

—, *La organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual identidad de género: apuntes para un debate*, 17 Revista General de Derecho Constitucional, 1-34 (2013).

Isaac Marcelo Basaure Miranda, *Los estándares de protección de las personas LGTBI en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, en Diario Constitucional.

90 Para Balaguer hubiera sido deseable que el Tribunal hubiera resuelto previamente estos recursos con la finalidad de establecer un marco conceptual aclaratorio y luego aplicarlo a este supuesto. Voto particular.

- cl, 2022, <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/05/28/los-estandares-de-proteccion-de-las-personas-lgbti-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-por-isaac-basaure-miranda/> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.
- José Martínez de Pisón Caveró, *La construcción jurisprudencial del “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 283 Revista de la Facultad de Derecho de México, 345-375(2022).
- Judith Butler, *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity* (Routledge, 1999).
- Linda Alexandra Ruíz Urrea e Iran Guerrero Andrade, *Los alcances de la orientación sexual y la identidad de género en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 162 Boletín mexicano de Derecho comparado (2022).
- María Luisa Balaguer Callejón, *El feminismo del siglo XXI. Del MeToo al movimiento Queer* (Ediciones Huso, 2021).
- Matilde Rey Aramendía, *El género (sigue) en disputa. Algunas reflexiones a la luz de la sentencia Vicky Hernández et al. vs. Honduras*, 24 Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 118-136 (2023).
- Nery Chaves García y Bárbara Ester, *Los derechos LGTBI+ en América Latina*, en Celag Data 2021, <https://www.celag.org/los-derechos-lgbti-en-america-latina/> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.
- Octavio Salazar Benítez, *El reconocimiento jurídico constitucional de la diversidad afectiva y sexual*, 157 Revista de Estudios Políticos, 45-81 (2012).
- Paul B. Preciado, *Yo soy el monstruo que os habla. Informe para una academia de psicoanalistas* (Nuevos Cuadernos Anagrama, n. 29, 2020).
- Paz Fernández Rivera, *Sexo y Género: de la tradicional intercambiabilidad de los términos a la necesaria precesión conceptual de la STC 67/2022, de 2 de junio*, 15 Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, 173-195 (2022).
- Raúl Fernando Núñez Marín, *Estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género: interpretación evolutiva en el derecho interamericano*, 43 Prolegómenos: derechos y valores, 9-20 (2019).
- Recomendación General número 28 de 2010 de la CEDAW.
- Red Sin Violencia LGBTI, <https://sinviolencia.lgbt/informe-2022-ser-lgbti-en-la-region-mas-violenta-del-mundo/> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.
- Redlatrans, 2020 http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2020/08/PRIMER-INFORME-COVID19_REDLACTRANS.pdf consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

UNESCO, Informe de seguimiento de la educación en el mundo, 2020, América Latina y el Caribe: inclusión y educación: todos y todas sin excepción, 89, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374615> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.