

EL DERECHO  
A LA IDENTIDAD DE GÉNERO:  
¿UN DERECHO ABSOLUTO?  
ALGUNAS CONSIDERACIONES  
DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

THE RIGHT TO GENDER IDENTITY:  
AN ABSOLUTE RIGHT?  
SOME CONSIDERATIONS  
FROM THE PUBLIC INTERNATIONAL LAW

*Karl Müller Guzmán\**

RESUMEN: Con el propósito de contribuir a la reflexión de una materia fundamental para el desarrollo de todas las personas, se plantea en este trabajo que el derecho a la identidad de género, al igual que todo derecho humano, tiene límites. Luego de analizar su consagración en el derecho internacional, resulta necesario analizar algunos límites que en la actualidad se formulan a tal derecho, especialmente en el ámbito de la salud y del ejercicio de ciertos derechos humanos como la libertad de expresión, religión y educación.

PALABRAS CLAVES: derechos humanos, derecho internacional, identidad de género.

ABSTRACT: To contribute to the reflection of a fundamental matter for the development of all people, it is proposed in this work that the right to gender identity, like all human rights, has limits. After its legal recognition in international law, there are certain limits to the said right, especially in the field of health and the exercise of certain human rights such as freedom of expression, religion, and education, that need to be analyzed.

KEYWORDS: human rights, international law, gender identity.

---

\* Doctor, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Derecho Internacional Público, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Viña del Mar. Correo electrónico: karl.muller@uvm.cl

## INTRODUCCIÓN

La relevancia de las temáticas relacionadas con el sexo y el género se evidencia desde el momento que permea todos los ámbitos de la vida de las personas, tanto en lo público como en lo privado. Por lo mismo, es que se busca con este trabajo abordar algunos aspectos que permitan contribuir a reflexionar sobre esta materia a partir del análisis de los fundamentos de la regulación legal del reconocimiento y ejercicio del derecho a la identidad de género.

En particular, se abordará la consolidación del derecho a la identidad de género y si tal derecho presenta límites que puedan emanar del derecho internacional público. Dicho análisis se efectúa a partir de tratados, resoluciones, jurisprudencia y doctrina internacional

Si bien aún persisten voces críticas o que rechazan un derecho a la identidad de género, lo cierto es que tal reconocimiento y aceptación se ha consolidado en el derecho internacional público. Esto se ha logrado gracias a la jurisprudencia emanada tanto de los tribunales internacionales de derechos humanos como de informes y observaciones emitidos por organismos especializados de derechos humanos, universales y regionales, sin perjuicio de su reconocimiento en los más recientes tratados.

Lo anterior no obsta a que en esta materia existan posturas que formulen cuestionamientos desde el punto de vista de la lógica argumentativa respecto del fundamento de validez del derecho de identidad de género. Posturas que, valga la aclaración, reconocen que tal derecho se vincula con el derecho a la no discriminación, el cual no presenta cuestionamiento sustancial alguno, salvo en posturas radicales que siempre persisten. A su vez, existen ciertos ámbitos de la vida, vinculados a determinados derechos fundamentales, en los cuales se pone en entredicho el derecho a la identidad de género.

Uno de esos ámbitos corresponde al campo de la medicina, en el cual la evidencia científica, o bien la falta o lo limitado de tal evidencia, pone en duda o da una voz de alerta con respecto a los efectos del cambio de género, especialmente en relación con la supresión puberal.

El otro ámbito en el cual se formulan al menos dudas razonables sobre la plenitud del ejercicio de este derecho tiene relación con la existencia de incongruencias de tipo argumentativo, así como en la tensión o colisión entre derechos fundamentales, sin perjuicio de las tensiones sociales que ello puede generar en relación con los derechos fundamentales de libertad de religión y conciencia, de expresión y educación.

## I. ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE LA CONSOLIDACIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO DERECHO HUMANO

Si bien conceptualmente, la discusión o análisis del sustento o sustrato cultural de la identidad de género es de larga data<sup>1</sup>, su consagración positiva como derecho humano en el ámbito del derecho internacional es reciente. Incluso más, en los primeros tratados internacionales de derechos humanos no se consagraba la identidad de género como un derecho humano en particular<sup>2</sup>.

Lo que sí se reguló en dichos tratados fue el derecho a la no discriminación. Regulación que se efectuó mediante una cláusula muy similar en los diversos acuerdos internacionales, tanto en el ámbito de los sistemas universales como regionales de protección y promoción de los derechos humanos. Se menciona tal derecho, ya que, en gran medida, es a partir de él en que se sustenta el desarrollo del actual derecho a la identidad de género.

En dichos tratados se declara con una terminología similar, la obligación de los Estados de respetar y a garantizar los derechos humanos:

“sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”<sup>3</sup>.

Resulta necesario destacar que estos artículos en los cuales se materializa normativamente la no discriminación han permitido a la doctrina sostener que tal derecho también es un principio que resulta ser el sustento fundamental de todos los derechos humanos, sin el cual resultarían vulnerados en su esencia o simplemente denegados<sup>4</sup>. Se destaca lo anterior, ya que ello da pie para poner en duda la necesidad de reconocer a la identidad de género como un derecho humano en particular o, bien, para fijar límites a ese derecho porque se encuentra amparada por la prohibición de discriminar<sup>5</sup>. Aspecto que se analizará más adelante.

---

<sup>1</sup> BURGUETE (2018), p. 26.

<sup>2</sup> DE PISÓN (2022), p. 359.

<sup>3</sup> Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1 y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.2; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra, de manera explícita, en un artículo en particular, la prohibición de discriminación, en términos similares que en el ámbito de ONU, al indicar: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

<sup>4</sup> PASCUAL (2022), p. 26.

<sup>5</sup> DE LORA (2021), p. 49.

No obstante, como se indicó, es a partir de la literalidad de la consagración positiva del derecho de no discriminación y atendiendo al propósito y fin de los tratados de derechos humanos que, mediante una labor de interpretación, en la jurisprudencia y observaciones emanadas de tribunales y órganos especializados internacionales, se justifica la existencia de un derecho de identidad de género<sup>6</sup>.

### *1. Jurisprudencia internacional*

Si bien no es el propósito de este artículo analizar todos y cada uno de las sentencias, resoluciones e informes emanados de los órganos internacionales, sí se destacarán algunas de ellas de manera dar cuenta que, como consecuencia de la falta de reconocimiento del derecho a la identidad en los primeros tratados de derechos humanos, es precisamente la labor realizada por los organismos internacionales la que contribuyó al desarrollo del derecho a la identidad de género.

#### a) Consejo de derechos humanos

Sin duda que un órgano relevante en materia de derechos humanos es el Consejo de Derechos Humanos. Sin ir más lejos, es el principal órgano de Naciones Unidas encargado de la promoción y protección de los derechos humanos a escala global, y hacer recomendaciones al respecto, y además tiene competencia para realizar:

“un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados”<sup>7</sup>.

Dicho órgano también ha contribuido a la consolidación de los conceptos y derechos vinculados con las temáticas de género, destacándose el reciente informe del experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Este informe, junto con tomar conciencia sobre la materia, tiene el propósito de:

“fomentar la prevención, la participación, la protección, el socorro y la paz sostenible para las personas, las comunidades y los pueblos

---

<sup>6</sup> DE PISÓN (2022), p. 360.

<sup>7</sup> NACIONES UNIDAS (2006), p. 3.

que sufren la violencia y la discriminación en contextos devastados por la guerra en todo el mundo”<sup>8</sup>.

En relación con la materia abordada en este artículo, resulta relevante una de las conclusiones a las que se arriba en el informe al sostener: “[que] existen patrones sociales discriminatorios más amplios a raíz de la criminalización o de normas sociales excluyentes”<sup>9</sup> lo cual explica la violencia motivada por la orientación o identidad de género. Se destaca en el informe que debido a la:

“conexión entre las ideas preconcebidas, los estereotipos y las asimetrías de poder fundamentales para la comprensión más avanzada del género, y las causas profundas de la violencia relacionada con los conflictos basada en la orientación sexual y la identidad de género, [...] esos patrones y las normas de derechos humanos conexas son aplicables, *mutatis mutandis*, a las personas LGBTI y de género diverso”<sup>10</sup>.

De allí, entonces, que este informe representa un paso importante para consolidar el respeto y garantía de los derechos humanos a dichas personas y en particular su derecho a la identidad de género.

Lo antes sostenido se confirma desde el momento que el experto también concluye:

“Las definiciones más amplias del género deben ir más allá del molde binario para reconocer la identidad y los derechos de las personas no binarias, es decir, aquellas que pueden no identificarse exclusivamente como hombres o mujeres, niños o niñas”<sup>11</sup>.

De esta manera, este informe contribuye no solo a la consolidación y ampliación de los derechos humanos de las personas en relación con su género, sino que, también, a la ampliación de la noción de género y la relevancia de su protección al reconocer: “la diversidad de género como un activo para potenciar una cultura de paz allí donde se despliegue el personal”<sup>12</sup>.

Por lo mismo, el informe recuerda que el respeto y efectiva garantía de los derechos humanos de las personas en general, así como de los de las personas en relación con su género y, en particular de las personas LGTBI y de género diverso: “es un paso clave hacia sociedades más seguras, pacíficas e in-

---

<sup>8</sup> NACIONES UNIDAS (2022), p. 2.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 13.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 7.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 25.

clusivas [...]”<sup>13</sup>. Además, lo consagrado en este informe está en armonía con la doctrina de Naciones Unidas que sostiene:

“la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos son los pilares del sistema de las Naciones Unidas y los cimientos de la seguridad y el bienestar colectivos, y que el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos están vinculados entre sí y se refuerzan mutuamente”<sup>14</sup>.

#### b) Comité de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Por su parte, en el ámbito de los derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos, ha desarrollado el derecho a la identidad de género a partir del derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>15</sup>.

En este mismo sentido, pero en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, también se aprecia una evolución en su regulación y garantía al comprender diversos aspectos relacionadas con el género y, en particular, con la identidad de género. Es ilustrativo el desarrollo que se ha experimentado en esta materia a partir del concepto de salud adoptado en la Organización Mundial de Salud, el cual señala que es un estado de completo bienestar físico mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades<sup>16</sup>. De esta manera, a partir de tal concepto, se entiende, entonces, que la noción de salud no se circunscribe solamente a los factores biológicos, sino que influyen en ellas factores sociales.

En este contexto, es que se afirma:

“el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza religión ideología política o condición social o económica orientación sexual e identidad de género por lo tanto como derecho fundamental el proceso social de producción de la salud hombre tomar en consideración las discriminaciones y exclusiones general hacen razón de los prejuicios raciales religiosos políticos económicos y sexuales entre otros”<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> NACIONES UNIDAS (2022), p. 24.

<sup>14</sup> NACIONES UNIDAS (2006), p. 2.

<sup>15</sup> GAUCHÉ (2021), p. 66.

<sup>16</sup> Concepto de salud disponible en la página oficial de la Organización Mundial de Salud, véase [www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social](http://www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social)

<sup>17</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2014), p. 12.

c) Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>18</sup>

A propósito del deber de no discriminar, es emblemático<sup>19</sup> el caso Atala en relación con el reconocimiento de la identidad de género. En dicho caso, y a propósito del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró:

“la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”<sup>20</sup>.

Al respecto resulta esclarecedor tener presente que, si bien en dicho fallo la Corte habla tanto de identidad de género como de la orientación sexual, que son conceptos distintos, esta última “es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación”<sup>21</sup>, esto es, para que toda persona pueda determinar su propio género. Al mismo tiempo, la Corte aprovecha de recordar en este fallo las resoluciones adoptadas en el marco de la Organización de Estados Americanos que, a su vez, han contribuido al desarrollo y consolidación del derecho a la identidad de género<sup>22</sup>.

Asimismo, dicho tribunal internacional, ejerciendo su facultad no contenciosa, también ha desarrollado los argumentos y nociones tendientes a explicar las temáticas vinculadas con el género, en particular la identidad de género. Esta labor se ha materializado en la opinión consultiva OC-24/17, en la cual establece un glosario de términos que contribuye a precisar nociones esenciales en materia de género, entre ellas, la identidad de género.

Este esfuerzo de la Corte resulta particularmente necesario al tratarse de conceptos y nociones que aún generan discusión y son manifestación de una realidad muy dinámica y cambiante<sup>23</sup>. Y, si bien, las opiniones consultivas en estricto rigor no son vinculantes, sabido es que tienen una particular relevancia por la autoridad moral y profesional de los integrantes de la Corte, sin per-

---

<sup>18</sup> Para un análisis de la jurisprudencia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos véase GUACHÉ (2021); GAUCHÉ (2022); DE PISÓN (2022).

<sup>19</sup> GAUCHÉ (2021), p. 69; DE PISÓN (2022), p. 360.

<sup>20</sup> Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012) párrafo 85.

<sup>21</sup> Opinión consultiva OC-24/17, p. 17.

<sup>22</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), párrafo 86.

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párrafo 31.

juicio de ser consideradas como parte de la jurisprudencia de dicho tribunal internacional.

A su vez, en dicha opinión consultiva, teniendo a la vista las nociones y conceptos contenidos en el citado glosario, así como la interpretación dinámica que la Corte realiza de los derechos humanos<sup>24</sup>, este tribunal ha reconocido que en el ámbito americano:

“El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género autopercebida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines”<sup>25</sup>.

De esta manera, al relevar tal obligación, sin duda que se contribuye a que en los ordenamientos jurídicos nacionales se promueva el respeto y garantía de estos derechos.

#### d) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también ha contribuido al desarrollo y precisión del derecho a la identidad. En el informe titulado Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas, la Comisión hace suya el criterio conforme al cual el derecho a la identidad, pese a no estar explícitamente consagrado en los tratados de derechos humanos:

“a nivel internacional se ha reconocido la obligación de los Estados de no discriminar a las personas en razón de su orientación sexual y a la identidad de género”<sup>26</sup>.

Al respecto, la Comisión recuerda que este criterio se ha desarrollado mediante una reiterada labor de interpretación de los órganos internacionales de los respectivos sistemas de derechos humanos, tanto regionales como universales<sup>27</sup>.

A su vez, la Comisión, mediante el citado informe, realiza una interesante codificación de los estándares internacionales en materia de derechos y género<sup>28</sup>,

<sup>24</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párrafo 58.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 87.

<sup>26</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018), párrafo 33.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Op. cit.*, capítulo II.

comprendiendo en ellos a la identidad de género. Labor que, si bien viene realizando desde varios años, se consolida, en gran medida, al establecer en su capítulo segundo los estándares interamericanos sobre los derechos de las personas LGTBI.

A pesar de los diversos sentidos y alcances que se atribuyen a la noción de estándares internacionales<sup>29</sup>, estos resultan relevantes debido a que encuentran su fundamento en diversas fuentes formales del derecho, tanto nacional como internacional, las cuales, por cierto, son obligatorias. Por ello, resulta apropiada la noción de estándares de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, al señalar que corresponden al:

“conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término ‘estándares jurídicos’ asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>30</sup>.

De esta manera, la relevancia de fijar estos estándares radica en que, a pesar de que los Estados aprueben sus propias normas legislativas a fin de reconocer y garantizar los derechos humanos en materia de género, en particular la identidad de género, lo cierto es que lo hacen siempre a partir de “las circunstancias y experiencia particular. Por eso, como puede haber diferencias entre unos y otros”<sup>31</sup> es que se recurre a los estándares internacionales a fin de resolver eventuales colisiones normativas entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Junto con lo anterior, los estándares internacionales al tener su sustento en las fuentes formales del derecho internacional y, en particular, los tratados, resultan ser una clara manifestación de la interacción o diálogo entre los derechos nacionales e internacional, desde el momento que las obligaciones en materia de derechos humanos:

“para los Estados no van solo en beneficio de tales Estados, sino que tienen por fin salvaguardar la dignidad humana, por lo cual se miran como instrumentos vivos, esto es, su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> MOLINA (2018), p. 238.

<sup>30</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015), p. 13.

<sup>31</sup> DE PISÓN (2022), p. 375.

<sup>32</sup> GAUCHÉ (2021), p. 108.

## 2. *Acuerdos internacionales que consagran y regulan explícitamente la identidad de género*

Cómo se puede apreciar, fruto de la jurisprudencia antes mencionada, una de las razones que justifican el reconocimiento por vía de interpretación del derecho a la identidad de género ha consistido en que las normas que consagran la no discriminación lo hacen sobre la base de las denominadas categorías sospechosas<sup>33</sup>, las cuales se mencionan a título enunciativo y no taxativo. Además de esta labor de interpretación, en relación con la identidad de género en particular, cabe destacar su consagración positiva y explícita en los siguientes dos textos normativos internacionales.

Uno de dichos textos jurídicos relevante corresponde a los principios de Yogyakarta, los cuales se adoptan para complementar los tratados universales de derechos humanos y consagrar expresamente, aun cuando no de forma vinculante, la necesidad de proteger a las personas en su identidad de género. Eso se sustenta en que:

“La violación a los derechos humanos de las personas por su orientación sexual e identidad de género, real o percibida, constituye un patrón global arraigado”<sup>34</sup>,

de manera que debido a la debilidad de los sistemas internacionales de derechos humanos ante la protección y promoción del derecho a la identidad de género es que los mencionados principios buscan:

“explicar y comprender de manera consistente el régimen legal internacional de derechos humanos en su totalidad y de cómo éste se aplica a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género”<sup>35</sup>.

De esta manera, en su tercer principio no solo se declara el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, como ya lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>36</sup>, sino que, además, se complementa en el sentido de que se debe garantizar la plena capacidad jurídica de las personas cualquiera sea su orientación sexual o identidad de género.

Otro texto internacional relevante en esta materia, y vinculante para los Estados parte, es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Se destaca dicho tratado, ya que,

---

<sup>33</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2018), p. 190.

<sup>34</sup> *Principios de Yogyakarta* (2017).

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

además de ser el primer acuerdo multilateral que consagra los derechos humanos de las personas, hace referencia expresa a la identidad de género en su artículo 9, al reconocer el derecho de las personas mayores a la seguridad y a una vida sin violencia. Tal derecho lo sustenta esta Convención Interamericana en la no discriminación, mencionando diversas categorías sospechosas al respecto, entre ellas la identidad de género<sup>37</sup>.

### III. LÍMITES AL DERECHO DE IDENTIDAD DE GÉNERO

Partiendo de la base que todo derecho humano tiene límites<sup>38</sup>, el derecho a la identidad de género no escapa a dicha afirmación o realidad.

Limitando por ahora el análisis de este punto a partir solamente de su regulación en tratados sobre derechos humanos, resulta relevante apreciar que, a propósito del derecho a la vida privada y familiar la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 8 consagra:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Si bien esta norma, similar a la contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura que, especialmente el Estado, no intervenga en la vida privada de las personas de modo que les pueda obligar a dar a conocer su identidad de género, sí resulta razonable que lo haga y, por ende, no será discriminatorio, en caso que “los beneficios de recopilar la información superan la vulneración de la privacidad”<sup>39</sup>. De esta manera, si se tiene presente lo prescrito por la citada norma, el derecho a la identidad de género respecto de una

<sup>37</sup> Artículo 9: Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia. La persona mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la cultura, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, nacional, étnico, indígena e identidad cultural, la posición socio-económica, discapacidad, la orientación sexual, el género, la identidad de género, su contribución económica o cualquier otra condición.

<sup>38</sup> PASCUAL (2022), p. 23.

<sup>39</sup> UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL (2019), párrafo 29 (traducción personal).

persona que obtiene su cambio de identidad en toda documentación, no puede ser sostenido ni impuesto de forma absoluta en ciertos ámbitos como se podrá apreciar a continuación.

### *1. La salud cómo limite al derecho de identidad de género*

La evidencia científica, hasta el momento, da cuenta de que la eficacia de determinados tratamientos médicos depende del sexo biológico de la persona y no de su identidad de género, la cual, por cierto, podrá ser distinta a su sexo biológico. Es decir, la persona que biológicamente sea hombre, pero que se sienta, y legalmente se la identifique como mujer, no podrá imponer su derecho a la identidad de género exigiendo que se la trate médicamente como si fuera mujer, ya que dicho tratamiento no será eficaz<sup>40</sup>. Lo anterior es sin perjuicio de que la persona en cuestión, mediante un consentimiento informado, permita tal tratamiento conforme a su identidad de género y no su biología. Esto, a su vez, podrá entrar en colisión con un eventual derecho de objeción de conciencia de un médico que se niegue a tratar a un paciente en estas circunstancias debido a que el tratamiento no pueda ser eficaz.

Un ámbito particular de la salud que da cuenta que existen límites a la identidad de género, tiene relación con la supresión puberal. Al respecto se ha abogado por que se pueda controlar o intervenir en el desarrollo de la pubertad y así permitir que los niños, niñas y adolescentes puedan tener el tiempo adecuado para determinar su identidad de género, particularmente en casos de disforia de género. En esta materia, existen criterios y evidencia científica que dan cuenta de los aspectos positivos como negativos de la supresión puberal, incluso, se destaca la necesidad de mayor investigación y antecedentes para un acertado diagnóstico que redunde en un tratamiento eficaz<sup>41</sup>.

De esta manera, resulta necesario destacar que, si bien no cabe negar el derecho a la identidad de género a ninguna persona, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que:

“la infancia y la adolescencia conllevan identificaciones intensas y pasajeras. Por lo tanto, antes de iniciar la terapia de transición debería existir un período suficientemente largo previo a la mayoría de edad”<sup>42</sup>.

En atención a lo antes dicho, es que resulta conveniente recordar la relevancia de la libertad de las personas en cuanto a que:

---

<sup>40</sup> PÉREZ (2022).

<sup>41</sup> LÓPEZ y GONZÁLEZ (2018); GUERRERO, BARREDA y GONZÁLEZ (2015).

<sup>42</sup> PÉREZ (2022).

“podamos armonizar nuestros deseos con la valoración que hacemos de ellos. Y aquí se encuentra la clave para afrontar el tratamiento que debemos a los niños transgénero: el reconocimiento y el empoderamiento de su libertad para que puedan valorar sus propios deseos y gobernarse a sí mismos en orden al logro de su vida”<sup>43</sup>.

Lo cual, a su vez, se fundamenta en la libertad de religión y conciencia, de expresión y educación en cuanto derechos humanos.

*2. Libertad de religión y conciencia, de expresión y educación como manifestaciones de la libertad de las personas y límite a la identidad de género*

Se hace referencia a la religión y la educación, ya que ambas se encuentran estrechamente relacionadas. Esto se aprecia desde el momento que en los tratados de derechos humanos se ha reconocido que el derecho a la educación comprende el respeto del derecho de los padres a asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y morales<sup>44</sup>.

Al consagrar y regular en estos términos los derechos a libertad de religión, conciencia y educación, también representan un límite a la noción de identidad de género o, al menos, pueden dar lugar a una colisión de derechos. Esto se manifiesta si se formula la siguiente pregunta: ¿se podrá sancionar o censurar a una determinada agrupación religiosa que considere la sodomía o la homosexualidad u otra identidad de género, un pecado, inmoral o contra natura?, ¿se podrá prohibir o sancionar por predicar y enseñar en tal sentido a fin de no vulnerar el derecho a la identidad de otros? Tal pregunta se podrá formular en los mismos términos en el ámbito de la educación laica. La respuesta a esa pregunta podrá ser afirmativa, pero evidentemente entrará en colisión y tensión con creencias religiosas que son dogmas de fe. En idénticos términos se puede apreciar tal tensión a propósito de una eventual obligación del uso de cierta terminología relacionada con la identidad de género en el sentido de que:

“obligar a los individuos a que empleen los pronombres preferidos por otros, los poderes públicos atentan contra los derechos a la libertad de expresión de los ciudadanos y de manera efectiva silencian a quienes discrepan con una concepción favorecida de la realidad”<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> BURQUETE (2018), p. 35.

<sup>44</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12 y Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Protocolo adicional (1952), artículo 2.

<sup>45</sup> Informe de Center for Arizona Policy, citado en DE LORA (2021), p. 78.

Si la identidad de género es un sentir y, a su vez, las creencias religiosas o morales también se vinculan con el sentir de las personas, incluso, teniendo algún fundamento de racionalidad, lo cierto es que resulta complejo determinar qué sentir debe primar.

Más de alguna respuesta razonable se puede encontrar para resolver estas tensiones o colisiones normativas como, por ejemplo, si los dichos de una persona, incluso, en el ámbito religioso, resultan denigrantes, injuriosos o calumniosos o propios de un discurso de odio, podrá ser objeto de una sanción o prohibición de reiterarlos. Sin embargo, eso tampoco resulta del todo evidente, pues podría dar lugar a criminalizar la religión y limitar la libertad de culto. En este sentido, parece razonable sostener que los dogmas religiosos, *per se*, no pueden ser calificados como un discurso de odio o discriminatorio, especialmente considerándolos como manifestación de la fe en un ser superior, sin perjuicio que ello se pueda traducir en un llamado o motivación para incurrir en conductas discriminatorias o, incluso, delictivas.

De esta manera, se podrá, a su vez, sostener, y con razón, que tales dogmas pueden motivar a los creyentes a atentar contra las personas que no profesen las mismas creencias. Ejemplos brutales ha dado la historia. ¿Pero acaso, no se puede dar esta situación a la inversa también? Ya existen casos en que a personas que solo se han limitado a analizar de forma crítica las temáticas de género, especialmente en el mundo académico en que por antonomasia todo debe ser analizado y puesto en duda, han debido renunciar a sus puestos académicos por presiones de grupos activistas en materia de género<sup>46</sup>, o se les censura su presentación en seminarios académicos<sup>47</sup>.

Ante esto, un criterio que puede ayudar a encontrar puntos de encuentro, y que debe fundarse en un genuino sentimiento de un trato efectivo de respeto hacia el otro, se encuentra, por una parte, en lo que se ha acordado tanto en el ámbito universal<sup>48</sup> como regional a propósito de la libertad de conciencia y religión. Este criterio se sustenta en la objetividad, generalidad y no discriminación que se reconoce como atributo de la ley en un Estado democrático de derecho, de manera que toda limitación a dicha libertad solo podrá prescribirse: “por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”<sup>49</sup>. Dicho

---

<sup>46</sup> PÉREZ (2018).

<sup>47</sup> DE LORA (2021), pp. 13 y 16.

<sup>48</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

<sup>49</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 12. En términos similares se manifiesta la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 9. 2 al establecer: La

criterio, sin duda, debe complementarse con la regulación de la libertad de pensamiento y expresión en el sentido de que se prohíbe por ley:

“toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”<sup>50</sup>.

En tal sentido, mal podría prohibirse el análisis y estudio de las nociones vinculadas con el género, tanto en el mundo académico como religioso. Por una parte, porque lo propio del mundo académico y científico es el desarrollo del pensamiento crítico y, por otra parte, en el ámbito religioso las creencias se sustentan precisamente en esa libertad de conciencia. En este último sentido, por ejemplo, resulta difícil calificar como un discurso de odio la postura crítica que ha manifestado la Iglesia católica con respecto a lo que ella denomina ideología de género, desde el momento que, junto con criticarla, identifica:

“puntos de encuentro para crecer en la mutua comprensión. De hecho, a menudo los proyectos educativos tienen la necesidad, compartida y apreciable, de luchar contra cualquier expresión de injusta discriminación. Persiguen una acción pedagógica, sobre todo con el reconocimiento de los retrasos y las carencias. Ciertamente no se puede negar que a lo largo de los siglos se han asomado formas de injusta subordinación, que tristemente han marcado la historia y han influido también al interior de la Iglesia. Esto ha dado lugar a rigidez y fijeza que demoraron la necesaria y progresiva inculturación del mensaje genuino con el que Jesús proclamó igual dignidad entre el hombre y la mujer, dando lugar a acusaciones de un cierto machismo más o menos disfrazado de motivaciones religiosas”<sup>51</sup>.

---

libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

<sup>50</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

<sup>51</sup> CONGREGACIÓN PARA LA EDUCACIÓN CATÓLICA (de los Institutos de Estudios) (2019), p. 9.

De este modo, la Iglesia católica, al mismo tiempo que formula una autocrítica, manifiesta un punto de encuentro en el cual se puede evidenciar ese tratado efectivo de respeto hacia el otro que se mencionó anteriormente, y que corresponde a:

“la educación de niños y jóvenes a respetar a cada persona en su particular y diferente condición, de modo que nadie, debido a sus condiciones personales (discapacidad, origen, religión, tendencias afectivas, etc.) pueda convertirse en objeto de acoso, violencia, insultos y discriminación injusta. Se trata de una educación a la ciudadanía activa y responsable, en la que todas las expresiones legítimas de la persona se acogen con respeto”<sup>52</sup>.

En este mismo orden de ideas, en los propios principios de Yogyakarta se puede identificar un punto de encuentro a fin de avanzar en una mutua comprensión y desarrollo personal con pleno respeto de la dignidad humana, tal otro punto de encuentro se encuentre en los propios postulados que sustentan la identidad y diversidad de género. En tal sentido, un aspecto que resulta particularmente interesante se refiere a que el principio adicional 31, consagra el derecho al reconocimiento legal sin necesidad de referencia alguna al sexo, género, identidad de género, expresión de género o características sexuales. A lo cual se agrega que los Estados tienen la obligación de:

“Asegurar que los documentos de identificación oficiales sólo incluyan información relevante, razonable y necesaria, conforme exigido por la ley en virtud de un propósito legítimo y, por lo tanto, eliminar el registro del sexo y del género de la persona en documentos de identificación, tales como partidas de nacimiento, tarjetas de identificación, pasaportes y licencias de manejar, y como parte de su personalidad jurídica”;

Se destaca este aspecto, ya que viene a derrumbar una de las críticas a la identidad de género y la obligación del Estado a su reconocimiento en los documentos de identidad y demás documentación vinculada a la capacidad jurídica de la persona independientemente de su género. Efectivamente, uno de los argumentos para poner en entredicho la necesidad de consagrar un derecho a la identidad de género y que esta se manifieste en la documentación de un individuo, como una manifestación del deber del Estado y de la sociedad de no discriminar, consiste en sostener que se “eliminara de todo registro nuestra condición sexual y sus ulteriores repercusiones jurídico institucionales”<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> CONGREGACIÓN PARA LA EDUCACIÓN CATÓLICA (de los Institutos de Estudios) (2019), p. 10.

<sup>53</sup> DE LORA (2021), p. 49.

Se podrá considerar que este principio 31 generaría el peligro o temor de invisibilizar las temáticas relacionadas con el género, pero en realidad dicho principio nos enfrenta al reto de privilegiar la no discriminación en su sentido más puro y universal, desde el momento que dicho principio complementa el derecho a la identidad de género de manera tal que la persona no sea coaccionada o forzada en su decisión<sup>54</sup>. Sin embargo, al mismo tiempo, deja abierta la posibilidad de que el sexo o género no se registre en los documentos de identificación de las personas. Lo cual está en armonía con el grado de desarrollo en el mundo de la regulación jurídica de esta materia tanto en el ámbito nacional, pero especialmente en el universal, en el sentido de que resulta muy difícil encontrar actualmente alguna justificación razonable para sostener alguna distinción, exclusión o restricción en materia de género al momento de, por ejemplo, contratar a una persona o admitirla en alguna actividad. Ello es sin perjuicio de las limitaciones que se puedan sostener al respecto.

## CONCLUSIONES

Resulta claro que no existen derechos absolutos y que, si bien en la práctica aún falta mucho por avanzar a fin de lograr una efectiva equidad en materia de género, al menos en el mundo del deber ser, el mundo de las normas y particularmente del derecho internacional, el avance en la materia es tal, que la no discriminación impera, tornando difícil justificar razonablemente alguna distinción o exclusión por razones de género en algún ámbito de la vida.

Al mismo tiempo, resulta cuestionable que los derechos humanos, en este caso la identidad de género, se consagren a partir de las categorías sospechosas relacionadas con la discriminación, pues, de ser así, serían infinita las categorías que podrían dar nacimiento a nuevos derechos humanos. Tal situación puede llevar a duplicar regulaciones y derechos, sin perjuicio de tornar innecesariamente complejas determinadas regulaciones jurídicas.

Ahora bien, es del todo justo y razonable reconocer el derecho a la identidad de género de las personas que así lo deseen ejercer. También es justo y razonable que tal derecho tenga límites tal como se puede apreciar por las razones antes desarrolladas. Límites que, sin duda, variarán en el futuro e, incluso, podrán desaparecer. Lo que no debe nunca vulnerarse es la libertad de expresión, conciencia y educación. Dichas libertades se sustentan en un aspecto esencial de la dignidad de toda persona, a saber, que todos son dignos de tener creencias, sentimientos, y analizar críticamente alguna materia, ya que eso ha permitido el desarrollo de los individuos y de la sociedad.

---

<sup>54</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018), párrafo 105.

## BIBLIOGRAFÍA

- BURGUETE MIGUEL, Enrique (2018): "Revisión crítica de la ideología de género a la luz del realismo metafísico", *Cuadernos de Bioética*; vol. 29, n.º 95: pp. 25-37. Disponible en [www.redalyc.org/articulo.oa?id=87554503002](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87554503002)
- CONGREGACIÓN PARA LA EDUCACIÓN CATÓLICA (de los institutos de estudios) (2019): "*Varón y Mujer los creó*" para una vía de diálogo sobre la cuestión del gender en la educación. Disponible en [www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/ccatheduc/documents/rc\\_con\\_ccatheduc\\_mdoc\\_20190202\\_maschio-e-femmina\\_sp.pdf](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccatheduc/documents/rc_con_ccatheduc_mdoc_20190202_maschio-e-femmina_sp.pdf)
- DE LORA, Pablo (2021): *El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo* (Madrid: Alianza Editorial).
- DE PISÓN CAVERO, José Martínez (2022): "La construcción jurisprudencial del derecho a la orientación sexual y la identidad de género en el Sistema interamericano de Derechos humanos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXXII, número 283. Disponible en <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2022.283.82316>
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2018): "Las categorías sospechosas en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º L: pp. 189-218. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n50/0718-6851-rdpucv-50-00189.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n50/0718-6851-rdpucv-50-00189.pdf)
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2021): *Estándares internacionales sobre la orientación sexual e identidad de género. Referencias al caso Atala* (Santiago: DER Ediciones).
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2022): *Protección de la identidad de género. Perspectivas internacionales y nacionales* (Santiago: DER Ediciones).
- GUERRERO-FERNÁNDEZ, Julio; BARREDA-BONIS, Ana Coral; GONZÁLEZ-CASADO, Isabel (2015): "Pros y contras de los tratamientos hormonales desde el punto de vista de la endocrinología pediátrica", *Revista Española Endocrinol Pediatr*; vol. 6, Suppl Issue 2: pp. 45-51. Doi. 10.3266/RevEspEndocrinolPediatr.pre2015.Nov.326. Disponible en [www.endocrinologiapediatrica.org/modules.php?name=articulos&idarticulo=326&idlangart=es&preproduccion=&in\\_window=1](http://www.endocrinologiapediatrica.org/modules.php?name=articulos&idarticulo=326&idlangart=es&preproduccion=&in_window=1)
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2014): *Derechos económicos sociales y culturales y el Derecho humano de las mujeres al más alto Nivel de salud física y mental. Herramienta para su monitoreo*. Disponible en [www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2267/herramientas-desc-salud-mujeres-baja.pdf](http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2267/herramientas-desc-salud-mujeres-baja.pdf)
- LÓPEZ GUZMÁN, José; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, Carmen (2018): "Valoración de la supresión de la pubertad en menores con problemas de identidad de género", *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIX, núm. 97: pp. 247-256. Disponible en [www.redalyc.org/journal/875/87557374003/html/](http://www.redalyc.org/journal/875/87557374003/html/)
- MOLINA VERGARA, Marcela (2018): "Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 25, n.º 1: pp. 233-256. Disponible en [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532018000100233](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100233)

PASCUAL RICKE, Tomás I. (2020): *Manual de derecho internacional de los derechos humanos para la defensa penal pública*. Disponible en <https://biblio.dpp.cl/datafiles/16151-2.pdf>

PÉREZ SÁNCHEZ, Antonio (2022): “Revisión de críticas a la teoría de la identidad de género”, *Temas de Psicoanálisis*, Núm. 24. Disponible en [www.temasdepsicoanalisis.org/2022/07/18/revision-de-criticas-a-la-teoria-de-la-identidad-de-genero/](http://www.temasdepsicoanalisis.org/2022/07/18/revision-de-criticas-a-la-teoria-de-la-identidad-de-genero/)

### *Tratados internacionales y otros textos normativos internacionales*

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Convención Europea de Derechos humanos y Libertades Fundamentales.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

*Principios de Yogyakarta* (2017). *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Disponibles en <https://yogyakartaprinciples.org/>

### *Jurisprudencia*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012): caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017): opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

### *Resoluciones de organismos internacionales*

NACIONES UNIDAS (2006): Asamblea general del 15 de marzo de 2006, 60/251. Crea el Consejo de Derechos humanos. Disponible en [www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/a.res.60.251\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/a.res.60.251_sp.pdf)

NACIONES UNIDAS (2022): A/77/235: Informe del experto independiente sobre Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, Víctor Madrigal Borloz. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/440/44/PDF/N2244044.pdf?OpenElement>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018): *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. Disponible en [www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015): *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación*. Disponible en [www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf)

UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL (2019): *In-depth review of measuring gender identity*, ECE/ces/2019/19. Disponible en [https://unece.org/DAM/stats/documents/ece/ces/2019/ECE\\_CES\\_2019\\_19-G1910227E.pdf](https://unece.org/DAM/stats/documents/ece/ces/2019/ECE_CES_2019_19-G1910227E.pdf)