Una mirada inclusiva en la democracia representativa: los derechos políticos-electorales de las personas LGBTQ+

Elena Isabel Gómez[1]

[1] Abogada, profesora de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, prosecretaria de Cámara de la Cámara Nacional Electoral de Argentina.

I. Introducción

En los últimos años hemos visto como los derechos de participación política se han ido extendiendo, tanto en lo que se refiere al derecho de elegir como el de ser elegibles, ello debido a que cuanto mayor sea la participación habrá más pluralismo político y por tanto se fortalece más el sistema democrático.

Así, se ha ampliado el ejercicio del sufragio a los nacionales que residen en el exterior, como también -en algunas legislaciones locales- a los migrantes. Además, de los privados de libertad sin condena y, aunque en menor medida de los condenados, que en el caso de Argentina cuenta con pronunciamiento favorable del máximo Tribunal Electoral del país[2].

A su vez, en lo que se refiere a la participación política de las mujeres hay que destacar como a través de la lucha continua para la conquista y reivindicación del ejercicio efectivo del derecho de participación política, en algunos países como en Argentina se han dictado recientemente normas de paridad para el acceso a los cargos públicos a fin de remover los obstáculos que impedían que las mujeres puedan postularse a cargos de elección popular[3].

Sin embargo, en la actualidad se presentan nuevos desafíos para el derecho de participación política a partir del reconocimiento de la identidad auto-percibida que viene a modificar progresivamente la concepción binaria del género masculino y femenino, incidiendo directamente en los derechos de participación política y en la conformación de las listas partidarias máxime cuando éstas son cerradas y bloqueadas.

Por tal motivo, el presente trabajo tiene por objeto analizar el acceso a cargos públicos electivos, es decir el derecho a ser elegibles, de las personas LGBTQ+ y la implicancia que tiene la identidad auto-percibida en la integración de las candidaturas.

[2] Expte. N° CNE 3451/2014/CA1 “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. ‘e’, ‘f’ y ‘g’ C.E.N.)”, sentencia del 24 de mayo del 2016.

[3] Ley N° 27.412 (B.O. 15-12-2017).

II. La protección de los derechos de las personas LGBTQ+

Definiciones y protección en el Sistema Internacional de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- definió a las siglas LGBTQ+ como las que "se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos"[4]. Esta siglas incluyen, entre otras, a personas asexuales, queers, trasvestis y transexuales. Ello, sin perjuicio de no ser una definición permanente ya que es progresiva su evolución, además de contar con distintas acepciones conforme la cultura de que se trate.

Así como también indicó que 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, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar -o no- la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales"[5].

La identidad de género y su expresión toman distintas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres o se identifican como ambos.

Mientras que la misma Corte Interamericana describió a la orientación sexual como "a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona"[6].

[4] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, párr. 32, punto v).

[5] OC cit., párr. cit, punto f).

[6] OC cit., párr. cit., punto l.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- determinó la necesidad de tener un marco teórico y conceptual que cuente con nociones aceptadas para las categorías de sexo, género, orientación sexual, identidad de género y expresión de género, ya que en la sigla LGBTQ+ se incluyen corrientes, movimientos o eventos de reivindicación, solidaridad, movilización comunitaria o protesta, así como comunidades, grupos o identidades[7].

Ahora bien, tanto la orientación sexual como la identidad de género de las personas, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, así lo entendió la Corte IDH[8] a la luz de las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 CADH, los criterios de interpretación del artículo 29 CADH y lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de lo establecido en las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA y los estándares del Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas.

Por tanto, ello implica que cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona está prohibida por la Convención.

La Corte IDH subrayó que "ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género" [9].

En efecto, por un lado el artículo 29 CADH establece como pauta de interpretación el principio "pro persona", que implica que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" (inc. b), o de

[7] Estudio sobre "Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes" solicitado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), resolución AG/RES.2653 (XLI-O/11). Disponible en https://www.oas.org

[8] Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 91; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, párr. 105; Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C No. 315, párr. 118 y OC-24/17 cit., párr. 68.

[9] OC-24/17 cit., párr. 78.

"excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza" (inc. d).

Mientras, de otro lado, al interpretar la Corte IDH la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1 CADH, estableció que ésta permite incorporar otras categorías no establecidas taxativamente. Así pues, el término debe ser interpretado a la luz de la alternativa "más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo"[10].

Es de destacar que la Corte IDH en varias oportunidades manifestó que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"[11].

En este aspecto, se torna necesario resaltar que tanto la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (artículo 5) como la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (artículo 1.1) reconocen de forma expresa a la orientación sexual y a la identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación.

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado varias resoluciones expresándose contra los tratos discriminatorios basados en la orientación sexual e identidad de género[12]. Al igual que la Asamblea General de las Naciones Unidas que incorporó en el año 2008, la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género[13]. Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó, en 2011, una resolución sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género"[14]. Lo propio hizo el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[10] OC-24/17 cit., párr. 70.

[11] Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, cit., párr. 83.

[12] Resoluciones AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10) de 8 de junio de 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de 7 de junio de 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12) de 4 de junio de 2012; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) de 6 de junio de 2013; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) de 5 de junio de 2014; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) de 14 de junio de 2016 y AG/RES. 2908 (XLVII-O/17) de 21 de junio de 2017.

[13] A/63/635 de 22 de diciembre de 2008.

[14] Resolución 17/19, A/66/53, de 17 de junio de 2011.

Además, tanto el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer hicieron recomendaciones a fin de incluir a la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

El reconocimiento de la identidad de género

Vale aclarar que para la Corte IDH "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"[15].

El reconocimiento de la identidad de género es un derecho fundamental para el goce de otros derechos humanos e implica indefectiblemente el derecho a que los datos en los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero[16]. Por ende su falta de reconocimiento obstaculiza el ejercicio pleno de otros derechos -vgr. el derecho a una vida digna, el derecho de circulación, a la libertad de expresión, los derechos civiles y políticos, el derecho a la integridad personal, a la salud, a la educación, entre todos-[17].

Se encuentran protegidos por la CADH los derechos de cambio de nombre, la adecuación de la imagen, la rectificación del género en los registros y en los documentos de identidad para que sean concordantes a la identidad de género auto-percibida (artículo 18), así como también los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad) y 11.2 (derecho a la vida privada).

Manifestación de la voluntad de la identidad de género auto-percibida

En la Opinión Consultiva 24/17 la Corte IDH estableció como principio que "la rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la

[15] OC-24/17 cit., párr. 94.

[16] OC-24/17 cit., párr. 112.

[17] Cf. OC-24/17 cit., párr. 114.

medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente"[18].

Asimismo, determinó que el procedimiento más adecuado dependerá de la elección de cada legislador interno, es decir, corresponde al margen de apreciación nacional. Empero, para que supere el test de convencionalidad los procedimientos tienen que seguir los siguientes lineamientos: "a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales"[19].

En consonancia, requerir mayores condiciones generaría un trato diferenciado entre las personas cisgénero y transgénero en el reconocimiento y respeto de la identidad de su género[20].

III. Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas LGBTQ+

La propia Corte IDH reconoció que las personas LGBTQ+ sufren una histórica discriminación estructural, estigmatización, así como diversas manifestaciones de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales que hay que combatir por medio de la adopción de medidas, si bien algunos Estados de la región han dictado normas al respecto, estas son heterogéneas y hacen imposible el cumplimiento cabal de los derechos[21].

En este aspecto, la Corte IDH consideró relevante la consulta planteada por Costa Rica ya que le "permit[e] precisar las obligaciones estatales en

[18] OC-24/17 cit., párr. 161.

[19] OC-24/17 cit., párr. 160.

[20] OC-24/17 cit., párr. 131.

[21] Cf. OC-24/17 cit., párrs. 33, 44 y 45.

relación con los derechos de las personas LGBTI en el marco de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona"[22].

Entre tantos obstáculos que encuentran las personas transgénero, uno de ellos es el ejercicio pleno de los derechos políticos, principalmente en cuanto a la postulación de candidaturas. Las desventajas que sufren estos grupos son de tal magnitud que resultan ser invisibilizados, prueba de ello es que salvo en los principios de Yogyakarta no hay referencia a los derechos políticos-electorales de este colectivo.

En este marco, el principio 25 de Yogyakarta[23] señala que "[t]odas las personas que sean ciudadanas gozarán del derecho a participar en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a postularse a cargos electivos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de funcionarias y funcionarios públicos y al empleo en funciones públicas, [...], sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género".

Es usual que a las personas transgénero no se les garantice sus derechos políticos-electorales, atento a las discrepancias que suelen existir entre la identidad de género auto-percibida y la documentación que hace al registro electoral.

En ese sentido, esta situación puede ser subsumida en lo que se entiende por "discriminación electoral", definida como "la condición en la cual a una persona o un grupo de personas no se les permite gozar plenamente, y en igualdad de condiciones con sus conciudadanos, de sus *derechos políticos* en sus dos facetas, pasiva y activa -derecho a elegir y derecho a ser electo o electa- debido a su pertenencia a uno de los grupos históricamente marginados (tales como las mujeres, los indígenas, los afrodescendientes, entre otros). El resultado de esta condición es una democracia con una representación imperfecta o desigual, que equivale a una democracia que no es del todo incluyente" [24].

[22] OC.24/17 cit., párr. 21.

[23] Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

[24] MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde, "Discriminación electoral" en Diccionario Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Elecciones y Democracia, Tercera edición: IIDH/CAPEL y TEPJF, Costa Rica/México, 2017, pág. 322.

IV. El acceso a cargos públicos electivos de las personas LGBTQ+

Los derechos políticos se identifican como un derecho humano de importancia fundamental ya que "junto con otros derechos como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación [...], hacen posible el juego democrático"[25].

Se ha sostenido invariablemente que los derechos de participación política se encuentran relacionados con la democracia representativa, cuya esencia radica en el derecho de la ciudadanía a participar en los asuntos públicos y elegir libremente a sus gobernantes.

En tal sentido, se sostiene que "[e]n el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la participación política es el derecho político por excelencia ya que reconoce y protege el derecho y el deber de [la] ciudadan[ía] de participar en la vida política de su país"[26].

Así, se ha dicho que los derechos políticos "propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político"[27] ya que "el ejercicio efectivo de los [mismos] constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención"[28].

También, en ese entendimiento se ha destacado que "[d]e acuerdo con el preámbulo de la convención [europea], los derechos humanos fundamentales y las libertades son mejor mantenidas por una 'democracia política efectiva', porque consagra un principio propio de la democracia"[29].

[25] Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C N° 184, párr. 140.

[26] García Roca, Javier y Dalla Via, Alberto, R., *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, La ley, Buenos Aires, 2013, p. 3.

[27] Caso Castañeda Gutman cit., párr. 141; Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C N° 127; Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 192.

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Castañeda Gutman...", citado en Dalla Via, Alberto R., *La participación política y la reforma electoral en la Argentina*. Comunicación del académico Alberto Ricardo Dalla Vía en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 13 de julio de 2011.

[29] TEDH, Caso "Mathieu- Mohin and Clerfayt vs. Belgium", sentencia del 2 de Marzo de 1987, considerando 47.

El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. [...]".

Por su parte, la CADH en su artículo 23 señala "I. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades. a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior; exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

Al respecto, cada legislación de cada Estado establece además las condiciones que deben tener las candidaturas para el cargo donde se postula.

En lo que se refiere a la postulación de candidaturas, resulta pertinente distinguir entre el sufragio en su faz activa y pasiva, así se sostuvo que el "derecho pasivo de sufragio o derecho a ser elegi[ble] aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente, porque se espera de [las personas] elegid[as] cualidades singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no es solamente un derecho, sino también constituye la oferta electoral"[30].

Es decir, el derecho de sufragio en su faz pasiva "es el derecho individual a ser elegible y a presentar [la candidatura] en las elecciones para cargos públicos [electivos]"[31].

[30] Cámara Nacional Electoral, Fallos CNE 3275/03; 4195/09; Expte. N° CNE 3451/2014/CA1 "Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo - Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. 'e', 'f' y 'g' C.E.N.)", sentencia del 24 de mayo del 2016 y Expte. N° CNE 1959/2014/CA1, "Hodara, Rosa Viviana s/exclusión del padrón electoral – art. 3o C.E.N.", sentencia del 3 de noviembre de 2016.

[31] Aragón, Manuel, *Derecho Electoral: Sufragio Activo y Pasivo*, en *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Cap. X, Ed. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos BIIDH-, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal

Estándares internacionales para la reglamentación del ejercicio de los derechos políticos

Lo cierto es que los derechos políticos no son derechos absolutos y, por ende, pueden ser limitados pero la reglamentación debe observar los principios descriptos por el sistema internacional de los derechos humanos, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática[32].

Por tanto, una norma o acto que restrinja la posibilidad de acceder a un cargo público de elección popular debido a la identidad auto-percibida es per se contraria a la Convención y por tanto discriminatoria.

Toda norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas, contradice el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Ello es así, en virtud de que "[e]l instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención"[33].

Particularmente en materia de derechos políticos, se enfatizó que cuando hay varias opciones para alcanzar el fin perseguido, debe siempre elegirse la opción que restrinja menos al derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

Asimismo, siguiendo la pauta del artículo 29.a *in fine* CADH "ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella"[34].

En consecuencia, resulta también inadmisible para la Corte IDH una interpretación de los derechos que tienda a su limitación y no a su efectividad.

Ante todo "debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"[35], reafirmando de esta manera el principio de interpretación *pro homine*.

Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral BIFE- y Fondo de Cultura Económica, México, 2da. edición, 2007, p. 185.

[32] Caso Yatama vs. Nicaragua cit., párr. 206 y Caso Castañeda Gutman cit., párr. 174.

[33] OC-24/17 cit., párr. 84.

[34] Caso Castañeda Gutman cit., párr. 174.

[35] Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 5/85, de 13 de noviembre 185, Serie A N° 5, párr. 51.

En lo que aquí interesa, "no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial"[36].

¿Una categoría sospechosa?

No obstante, respecto a esta categoría en particular se debe tener presente que fue en la nota al pie N° 4 del caso United States v. Carolene Products Co (1938)[37] donde se acuño el término "categoría sospechosa" tendiente a identificar si una regulación a un derecho civil afectaba o no el principio de igualdad.

Lo particular de estas categorías es que "existe una presunción de que quienes pertenecen a alguna de las categorías así definidas se encuentran en una situación vulnerable. El examen estricto, con su exigencia agravada de justificación, permite que a través del control judicial se detecte si la distinción efectuada carece de justificación racional, por obedecer a prejuicios o estereotipos"[38].

La noción de igualdad en los términos de la Corte IDH que "se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza"[39].

Todas las personas tienen un derecho constitucionalmente protegido a participar en las elecciones en igualdad de condiciones con los demás

[36] Caso Yatama vs. Nicaragua, cit., párr. 204.

[37] Corte Suprema de los Estados Unidos, 304 EE.UU. 144, del 25 de abril de 1938.

[38] Treacy, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, Revista Lecciones y Ensayos, nro. 89, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, 2011, pág. 199.

[39] Corte IDH, OC 18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, del 17 de Septiembre de 2003, párr. 87; entre otras.

conciudadanos[40], por ende si se otorga el derecho al sufragio pasivo a algunos y se lo niega a otros, debe determinarse si tales exclusiones son necesarias para promover un interés apremiante del Estado ya que se trata de categorías sospechosas.

En tal sentido, se considera que el Estado tiene que probar que la privación de derechos es necesaria y responde a un interés legítimo; además, debe demostrar que la clasificación no excluye a demasiadas personas, y, finalmente, que no hay otras maneras razonables para alcanzar el objetivo del Estado con una menor carga.

V. La identidad auto-percibida en el concepto binario de género y el reconocimiento del tercer género

El caso del registro de candidaturas transgénero en México[41]

Un aspecto de la cuestión planteada ha sido abordada por el máximo Tribunal Electoral de México en ocasión de las elecciones del año 2018, donde en la localidad de Oaxaca personas que habían inscripto sus candidaturas bajo el género masculino, posteriormente -ante el requerimiento de la falta de adecuación a las normas de paridad- se inscribieron como femenino alegando que son personas muxes.

Al respecto, es de señalar que las personas muxes, que son zapotecas originarias de Oaxaca, específicamente de la región del Istmo de Tehuantepec, son hombres que adoptan la vestimenta y los roles entendidos como tradicionales de las mujeres; pero su identificación es de un tercer género. No obstante, otros se identifican plenamente como mujeres

[40] Cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, casos *Evans* v *Cornman*, 398 EE.UU. 419, 421-422, 426 (1970); *Kramer* v. *Unión Libre El Distrito Escolar*, 395 EE.UU. 621, 626-628 (1969), *Cipriano* v. *ciudad de Baton Rouge*, 395 701 EE.UU., 706 (1969), *Harper* v. *Virginia, la Junta de Elecciones*, 383 EE.UU. 663, 667 (1966); *Carrington* v, *Rash*, 380 EE.UU. 89, 93-94 (1965), entre otros.

[41] Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación, Sentencia del SUP-JDC-304/2018 y acumulados del 21/06/2018.

y otros recurren ocasionalmente al atuendo femenino, en función de festividades especiales.

En este caso, basándose en la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, la Sala Superior dijo que "la autoadscripción es el único elemento para determinar la identidad de las personas y el Estado no puede cuestionarla ni solicitar prueba alguna al respecto"[42]. Así pues, señaló que en materia político-electoral, "la autoadscripción sexo-genérica -como sucede con la indígena- tiene que hacérsele saber a la autoridad respectiva con una manifestación que denote claramente la voluntad de la persona en cuestión"[43].

Empero, la medida adoptada por la Sala Superior es concordante con la concepción binaria del género. Así, "no establece la creación de una cuota diferenciada, sino que permite la postulación de candidatos intersexuales, transexuales, transgénero o muxes dentro de la cuota reservada para hombres o mujeres, en función del género con el cual se identifican en el plano interno y que exteriorizan de manera pública"[44].

Así se ha dicho que "[e]n el transcurso de la controversia, la paridad fue el meollo del asunto, la obligación a su cumplimiento ocasionó la simulación de la identidad de género, la vulneración de derechos políticos de las mujeres trans y cisgénero. Sin embargo, más allá de ello, el caso contribuyó a repensar la construcción de la paridad y su aplicación en un sistema binario de los géneros"[45].

En efecto, la sentencia que nos ocupa responde -como se adelantó- al principio binario, masculino y femenino. Reconociendo un solo aspecto de la cuestión ya que permite la adscripción con la sola alegación del género; pero no visualiza la otra cuestión que presenta un importante desafío en nuestros tiempos, que es la adscripción a un tercer género o como se dice al "sin género".

[42] TRIFE, SUP-JDC-304/2018 cit., punto 282.

[43] TRIFE, SUP-JDC-304/2018 cit., punto 283.

[44] TRIFE, SUP-JDC-304/2018 cit., punto 298.

[45] Bustillo Marín, Roselia "Las candidaturas transgénero y la paridad electoral. Convecciones, desacuerdos y retos pendientes" en Desafíos de la democracia incluyente, Pérez Cepeda, María y Eguiarte Mereles, Carlos Rubén (coord.), Instituto Electoral del Estado de Querétaro y tirant lo blanch, México, 2019, p. 181. en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?pt=Bustillo+Mar%C3%ADn

Es del caso señalar que para el Tribunal Electoral de México serán los partidos políticos los encargados de informar las postulaciones de este tipo. Sosteniendo que "la ley debe ser un instrumento activo de la configuración de la política pública para reducir las brechas que separan a grupos en situación de vulnerabilidad" [46].

Al respecto el Consejo General del Instituto Nacional Electoral de México en vistas a las elecciones de junio de 2021 aprobó en la sesión extraordinaria del 15 de enero de 2021[47] una medida afirmativa para la postulación de candidaturas LGBTQ+.

En este sentido destacó que es impostergable e indispensable avanzar en la implementación de medidas que garanticen la inclusión y el avance en la protección de los derechos político-electorales de la comunidad de la diversidad sexual a efecto de que puedan participar de la construcción de la vida política en el país y con ello puedan incidir tanto en la agenda legislativa como en las políticas públicas, por tratarse de un grupo de la población que se inserta en categoría sospechosa por los sesgos de discriminación de que son objeto, lo cual es un compromiso convencional internacional revertir"[48].

Así determinó que para expandir los derechos políticos-electorales de las personas LGBTQ+ los partidos políticos o coaliciones deben postular "al menos 2 (dos) fórmulas de candidaturas integradas por personas de la diversidad sexual en cualquiera de los 300 Distritos que conforman el país, de mayoría relativa, y 1 (una) fórmula por el principio representación proporcional, la cual podrá postularse en cualquiera de las cinco circunscripciones, debiendo ubicarse en los primeros diez lugares de la lista". Asimismo, aclaró que las 3 (tres) postulaciones deben realizarse de manera paritaria (2/1) con la mínima diferencia por tratarse de un número non"[49].

[46] TRIFE, SUP-JDC-304/2018 cit., punto 248.

[47] INE/CG18/2021.

[48] INE/CG18/2021, pág. 88.

[49] INE cit., pág. 89.

El reconocimiento al tercer género

Para el Corte Constitucional Federal de Alemania[50] la ley de estado civil debe permitir una tercera opción de género, así lo resolvió el 10 de octubre de 2017. Allí se sostuvo que el derecho general de la personalidad también protege la identidad de género de aquellos a quienes no se les puede asignar el género "masculino" o "femenino".

Al respecto, destacó que la ley de estado civil actual es violatoria del derecho general de la personalidad en la medida en que descarta el registro de un género que no sea "hombre" o "mujer". Y, agregó que "[e]l derecho general de la personalidad también protege la identidad de género, que es regularmente un elemento constitutivo de la personalidad de un individuo. La asignación de género es de suma importancia para la identidad individual. Por lo general, desempeña un papel clave tanto para la auto-concepción de una persona como para la forma en que los demás la perciben. La identidad de género de las personas a las que no se les puede asignar sexo masculino o femenino también está protegida por este derecho"[51].

El estado de la cuestión

Claro está que las personas LGBTQ+ tienen derecho a postularse para acceder a los cargos electivos y, por tanto, el Estado tiene la obligación de remover cualquier obstáculo que restrinja ese derecho, así como de adoptar acciones positivas para permitir la protección efectiva del derecho de los grupos vulnerables.

Por su parte, cabe agregar que el registro civil "es la fuente primaria para la formación del *padrón electoral*. Aun cuando el *padrón electoral* se forma a partir del documento de identidad, este documento se forma a partir del *registro civil*, la fuente primaria"[52].

En nuestra región los documentos de identificación e identidad hacen al registro electoral y están confeccionados de manera tal que solo figuran

[50] Corte Constitucional Federal de Alemania, Sentencia 1 BvR 2019/16 –. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.pdf?__blob=publicationFile&v=1

[51] 1. § 21

[52] Navarro, Carlos Mariano y Ulloa, Félix, "Identificación electoral" en Diccionario Electoral, ob. cit., pág. 543.

hombres y mujeres. Así, el acta de nacimiento rectificada por cambio de sexo es el documento que otorga el reconocimiento del Estado a la expresión de género con el que una persona se autoadscribe en los planos subjetivo y exterior mientras que sea binario.

Ahora bien, en Argentina -ante situaciones de reconocimiento del tercer género o sin género[53] en el documento nacional de identidad- recientemente se dictó el Decreto 426/2021 que reconoce el derecho a la identificación a aquellas personas cuya identidad de género se encuentre comprendida en opciones tales como no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra opción con la que pudiera reconocerse la persona, que no se corresponda con el binario femenino/masculino[54].

Así la norma establece que "nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos en el campo referido al ´sexo´ podrán ser ´F´ -Femenino-, ´M´ - Masculino- o ´X´. Esta última se consignará, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del presente decreto, en aquellos supuestos de personas nacionales cuyas partidas de nacimiento sean rectificadas en el marco de la Ley N° 26.743, cualquiera sea la opción consignada en la categoría ´sexo´, siempre que no sea ´F´ -Femenino- o ´M´ -Masculino-, o bien si el ´sexo´ no se hubiere consignado" (art. 2°). Además la normativa agrega que "la nomenclatura ´X´ en el campo ´sexo´ comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino" (art. 4°).

A raíz de ello, en el padrón electoral del proceso electoral en curso se incorporó la noción de "sin género".

Sin embargo, la cuestión radica en determinar si en la postulación de candidaturas puede haber un equilibrio entre el principio de paridad de género construido desde una concepción binaria y la adscripción a ningún género.

Ello en virtud de que "[l]a construcción de la paridad, si bien busca la representatividad de toda la ciudadanía en los cargos de elección, es dada por un sistema binario en el cual solo existen los sexos hombre/mujer, y

[53] Resolución N° 420/2018 del Registro Civil de la Provincia de Mendoza.

[54] Publicación B.O. 21-07-2021.

en consecuencia, la forma de ser preconcebida del hombre/mujer o de lo masculino/femenino"[55].

Por tal razón, la democracia inclusiva exige mecanismos adecuados que remuevan los obstáculos discriminatorios para los grupos vulnerables y equilibre la representación evitando y sancionando las simulaciones en perjuicio de los grupos postergados, como las mujeres.

El Instituto Nacional Electoral de México -tal como se señaló ut supra- para los comicios del 2021 adoptó un criterio al respecto.

VI. Apreciaciones finales

Si bien es cierto que el principio de paridad en las candidaturas tiene como finalidad la inclusión de las mujeres como grupo históricamente desprotegido y discriminado, ello en nada implica que la admisibilidad de la sola manifestación de la auto-adscripción al género femenino, masculino o sin género vaya en detrimento de los derechos de las mujeres y su lucha.

En efecto, pretender enfrentar a colectivos que se encuentran estructuralmente discriminados no hace más que acentuar la discriminación hacia los mismos, en lugar de adoptar medidas protectorias para el ejercicio pleno y eficaz de los derechos.

Recordemos, que la propia Corte IDH, ha señalado que la interpretación debe realizarse "también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el 'mejor ángulo' para la protección de la persona"[56]. En este sentido, la realidad social actual exige que se interprete el derecho a ser votado en condiciones de igualdad, en conjunción con la identidad de género auto-percibida por las personas.

Por tanto, resulta necesario que los Estados, en su calidad de garantes de la pluralidad de derechos, adopten medidas tendientes a asegurar que todas las personas puedan vivir y desarrollarse con dignidad e impulsar la efectiva participación de grupos minoritarios a efectos de que puedan postularse para un cargo de elección popular.

Al respecto, como ya se señaló, en México se reconoció el derecho de las personas no binarias a postular candidaturas pero imponiendo un máximo

[55] Bustillo Marín, Roselia, ob. cit.

[56] Corte IDH, OC-24/17 cit., párr. 56.

de tres de personas que correspondan a dicho grupo. Ello en razón de que la medida no sea contraria al principio de paridad de género, "así como a prevenir y evitar simulaciones o fraude a la ley por parte de los partidos políticos y coaliciones"[57].

Los derechos de las personas con tercer género o sin género hoy por hoy se encuentran vulnerados ya que no existe posibilidad cierta de que sea reconocida su identidad auto-percibida en la conformación de las listas electorales.

Al mismo tiempo, hay que resaltar que la existencia del principio de paridad se vincula y se define estrictamente a partir del género. Es decir, de la concepción binaria del género, masculino y feminino, no considerando hasta el momento al tercer género.

El desafío de las legislaciones será, entonces, la inclusión de la categoría de las personas que eligen no adscribir a género alguno, otorgándoles la posibilidad de conformar instancias representativas en el sistema político constitucional y al mismo tiempo no afectar a otros grupos con una desventaja históricamente estructural.

Normatividad

BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. *Paridad de Género en âmbitos de representación política*. Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_ley27412_arg.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Disponível em: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/VIH/OtrasPublicacionesdeinteresrelacionadosconelVIH/ONU/Asamblea%20General%2022%20diciembre%202008%20onu.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA. *Sentencia 1 BvR 2019/16*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.pdf?__blob=publicationFile&v=1. Acesso em: 22 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - BIBLIOTECA. *Los Derechos políticos y electorales: Un orden público democrático*. Disponível em: https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/66535. Acesso em: 22 set. 2021.

[57] INE cit., pág. 90.

_____. *Caso Yatama Vs. Nicaragua Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=298. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Caso Duque Vs. Colombia sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepc iones Preliminares, Fondo, Reparac iones y Costas)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *La participación política y la reforma electoral en Argentina*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30075.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Evans v Cornman, 398 EE.UU. 419, 421-422, 426 (1970)*. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/398/419/. Acesso em: 22 set. 2021.

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL. *PROCURACION PENITENCIARIA DE LA NACION Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE s/AMPARO* - Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. "e", "f" y "g" C.E.N.). Disponível em: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Procuraci%C3%B3n%20Penitenciaria%20de%20la%20Naci%C3%B3n%20y%20otros%20c.%20Estado%20Nacional%20y%20otros.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

ESUBSCRIPTION TO UNITED NATIONS DOCUMENTS. *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Disponível em: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/66/53. Acesso em: 22 set. 2021.

HCDN.GOB.AR. *Resolución N° 420/2018 del Registro Civil de la Provincia de Mendoza*. Disponível em: https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=7000-D-2018. Acesso em: 22 set. 2021.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Diccionario Electoral* - Discriminación electoral en América Latina: Dos facetas de los derechos políticos. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1440/diccionario-electoral_tomo-i.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *ADVISORY OPINION OC-24/17 OF NOVEMBER 24, 2017 REQUESTED BY THE REPUBLIC OF COSTA RICA GENDER IDENTITY, AND EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION OF SAME-SEX COUPLES*. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_eng.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE LA DEFENSA - SECRETARÍA GENERAL DE CAPACITACIÓN Y JURISPRUDENCIA. *PROCURACION PENITENCIARIA DE LA NACION Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL* - MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE s/AMPARO - Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. "e", "f" y "g" C.E.N.). Disponível em: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Procuraci%C3%B3n%20Penitenciaria%20de%20la%20Naci%C3%B3n%20y%20otros%20c.%20Estado%20Nacional%20y%20otros.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. AG/*RES. 2435 (XXXVIII-O/08) DERECHOS HUMANOS, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO* (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008). Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2435_xxxviii-o-08.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género*: algunos términos y estándares relevantes. Disponível em: http://scm.oas.org/pdfs/2012/cp28504s.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

REFWORLD – LA AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS. *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007*. Disponível

em: refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2. Acesso em: 22 set. 2021.

TRATADO DE DERECHO ELECTORAL COMPARADO DE AMÉRICA LATINA. *Derecho Electoral*: Sufragio Activo y Pasivo. Disponível em: https://www.idea.int/sites/default/files/publications/tratado-de-derecho-electoral-comparado-de-america-latina.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

TREACY, Guillermo F. Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Revista Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, v. 89, n. 89, p. 199, 2011. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. *Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación, sentencia del SUP-JDC-304/2018 y acumulados del 21/06/2018*. Disponível em: https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-JDC-00304-2018#_Toc517392613. Acesso em: 22 set. 2021.

UNIVERSIDAD NACIONAL ATÓNOMA DE MÉXICO – BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL. *Las candidaturas transgénero y la paridad electoral. Convecciones, desacuerdos y retos pendientes*. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5755/11.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.