**VOTO CONCURRENTE DEL**

**JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**Opinión Consultiva OC-24/17**

**de 24 de NOVIEMBRE de 2017**

**Solicitada por la República de COSTA RICA**

**IDENTIDAD DE GÉNERO, E igualdad Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO**

**OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)**

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito formular a continuación el presente voto concurrente anexo a la Opinión Consultiva – 24/17 (en adelante “OC-24”) con la intención de presentar de forma detallada las razones por las cuales voté a favor de los puntos resolutivos 3 y 5 de la decisión. Para llevar a cabo el referido análisis, se seguirá el siguiente orden: A. Introducción; B. La reserva de ley en la Convención Americana; C. La reserva de ley y las funciones de la ley frente a los derechos humanos, y D. El caso costarricense.
2. **INTRODUCCIÓN**
3. El presente voto propone desarrollar un aspecto relacionado con un punto concreto que si bien fue abordado por el Tribunal en el texto de la OC-24, no fue desarrollado de manera más completa y amplia y es el que se relaciona con la fundamentación de la potestad del Ejecutivo, para que en determinados casos pueda regular mediante reglamentos derechos humanos. En este sentido, el presente voto tiene como hipótesis principal demostrar que el principio legalidad y la garantía de la reserva de ley no pueden ser usados para impedir el pleno ejercicio de los derechos humanos, por cuanto dicho principio y su subsiguiente garantía también ostentan límites.
4. Con relación a ese tema, el párrafo 161 de la decisión establece que “se puede […] señalar que la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y 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 medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente”[[1]](#footnote-1).
5. Por su parte, el párrafo 171 de la OC-24 determina, con respecto al procedimiento costarricense de cambio de datos de identidad para que éstos sean conformes a la identidad de género auto-percibida del requirente, que “[e]l Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela”[[2]](#footnote-2).
6. Este voto tiene, entonces, la intención de presentar de forma detallada las razones por las cuales voté a favor de los puntos resolutivos 3 y 5 de la OC-24 y en términos más generales, pretende profundizar en el fundamento internacional mediante el cual la Corte IDH determinó la necesidad de que los Estados introduzcan – a través de un reglamento, y en determinados supuestos – vías alternas a los procedimientos de jurisdicción voluntaria relacionados con las solicitudes de cambios de datos en los registros y los documentos oficiales por motivos de identidad de género auto-percibida. En ese sentido, se trata de describir cual es, en mi opinión, la *ratio decidendi* de la decisión que determina que el Poder Ejecutivo, o la Administración – según corresponda – pueda expedir, en ciertas hipótesis como la que corresponde a este caso, reglamentos que se encarguen de hacer eficaz la vigencia de los derechos humanos.
7. **LA RESERVA DE LEY EN LA CONVENCIÓN AMERICANA**
8. A mi juicio, la presente Opinión de la Corte no se pronuncia de forma sistemática y clara sobre cuáles son los supuestos en los que una “ley” en sentido formal y material[[3]](#footnote-3) es necesaria para que los Estados den cumplimiento a sus obligaciones internacionales. La Opinión adoptada por la Corte se refiere a la posibilidad de que el procedimiento de adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género en los respectivos registros, no sea regulado necesariamente por medio de una ley, sino que pueda hacerse a través de un reglamento o un decreto del Poder Ejecutivo.
9. Durante la audiencia pública celebrada los días 16 y 17 de mayo de 2017 la delegación de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se refirió a la problemática que subyace en la postura de algunas instituciones públicas que sostienen la necesidad de que se aplique la reserva de ley para permitir el ejercicio de un derecho como el de la identidad de género. Al respecto, dicha entidad indicó que “en la jurisprudencia […] y en realidad en el discurso principalmente en la Asamblea Legislativa se tiende a revertir la idea del principio de reserva de ley, es decir cada vez más vemos tanto una Sala Constitucional como pronunciamientos de legisladores en el sentido de que es necesario emitir una ley para permitir un ejercicio, no necesariamente para limitarlo […]. [P]ara la Defensoría de los Habitantes en el marco normativo que actualmente tiene el registro civil, no sería necesario una reforma sino simple y sencillamente una interpretación de esta Corte que permita aplicar directamente un control de convencionalidad para interpretar que no existe una restricción al derecho a la identidad que limite la posibilidad de cambiar el nombre en vía administrativa” [[4]](#footnote-4).
10. Sobre la reserva de ley, corresponde recordar que ésta es una figura que históricamente surge con el propósito distribuir la competencia legislativa entre el congreso (Parlamento) y el ejecutivo (Rey) en un momento en el que el fundamento de la legitimidad del Estado era producto de la concurrencia entre el principio democrático y el principio monárquico. No obstante, en la actualidad el valor normativo de las Constituciones se deriva del principio democrático (llámese soberanía popular, o soberanía nacional), y el fundamento de validez y de eficacia de los derechos en el ámbito interno se encuentra en la voluntad popular.
11. Dentro de esta lógica de legitimidad democrática los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Convención Americana encuentran en el principio democrático y en los valores propios del Estado de Derecho uno de sus principales fundamentos. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que “[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”[[5]](#footnote-5).
12. Sin perjuicio de lo anterior, considero oportuno recordar que el Tribunal ha señalado que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto los derechos humanos[[6]](#footnote-6). En ese sentido, la Corte ha sido de la opinión que “[l]a legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales”[[7]](#footnote-7). Es una realidad histórica que los derechos y en particular de sectores minoritarios o sujetos a estereotipos discriminatorios arraigados en la sociedad, pueden ser objeto de abusos por las mayorías parlamentarias.
13. Por otra parte, el Tribunal se pronunció sobre la reserva de ley en asuntos vinculados a derechos fundamentales en la resolución de supervisión de cumplimiento del caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs Costa Rica.* En esa decisión, la Corte Interamericana señaló que la necesidad de regular la técnica de la *fecundación in vitro* “no debía representar un impedimento para el ejercicio de los derechos humanos a la vida privada y familiar”[[8]](#footnote-8) pues éstos debían de “tener una eficacia jurídica directa”[[9]](#footnote-9). Atendiendo a este razonamiento, sumado al hecho que la Corte no indicó específicamente qué tipo de norma debía ser emitida para dar cumplimiento a la Sentencia[[10]](#footnote-10), el Tribunal consideró que la técnica de *fecundación in vitro* “podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable”[[11]](#footnote-11). Lo anterior, fue establecido en aras de evitar que el ejercicio de los derechos protegidos por la Sentencia de la Corte resultase ilusorio[[12]](#footnote-12). Lo anterior se entiende “sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia” [[13]](#footnote-13).
14. Ahora bien, es innegable que la Corte ha sido consistente en requerir la reserva de ley para determinados actos del poder público, específicamente aquellos dirigidos a limitar derechos fundamentales. Desde muy temprano en su jurisprudencia, esta Corte ha señalado que “[el principio de legalidad], dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’, que se traduce, *inter alia*, en (…) el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común” [el subrayado no es del original][[14]](#footnote-14).
15. Teniendo en cuenta lo anterior, considero que el artículo 2 de la Convención[[15]](#footnote-15) resulta especialmente relevante para determinar si es necesaria la expedición de normas en sentido formal para respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”[[16]](#footnote-16). En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile)*[[17]](#footnote-17).
16. En este sentido, considero que el alcance del artículo 2 no puede leerse como si esta norma implicara que los derechos y libertades fundamentales requieren siempre de un desarrollo legislativo o de una “interpretación legislativa”. En mi consideración, sería un razonamiento *ad absurdum* entender que no puede aplicarse, respetar, hacer efectivo ningún derecho humano o fundamental si no existe un desarrollo legislativo. Por estos motivos, los tratados de derechos humanos típicamente son considerados como tratados *self executing* o auto ejecutables. Por ejemplo, resultaría irracional considerar que sin leyes que permitan la objeción de conciencia en temas educativos, el derecho a la libertad de conciencia no puede hacerse efectivos si no existe una ley que establezca la objeción de conciencia en materia educativa.
17. La reserva de ley no es entonces una figura que pretende enervar la eficacia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ni tampoco puede ser una figura que suspenda su vigencia. Por el contrario, la Convención Americana exige una lectura integral y con base en ello, los Estados deben garantizar el efecto útil de la misma.
18. En este orden de ideas, es pertinente tener presente que desde la histórica sentencia de *Velásquez Rodríguez Vs Honduras*, la Corte ha considerado que el deber de garantía implica el deber de los Estados Partes de “[…] organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”[[18]](#footnote-18).
19. Ahora bien, la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por este Tribunal implica que no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención[[19]](#footnote-19).
20. Lo anterior significa que la Convención –y los derechos allí reconocidos– tienen eficacia jurídica directa, que supone o implica que todos los operadores jurídicos tienen un mandato de aplicación directo, que no requiere por regla general de *interpositio legislatoris*, de interpretación legislativa.
21. Por estos motivos, a mi juicio, es necesario ponderar las exigencias de la legalidad con el imperativo categórico de vigencia y eficacia de los derechos humanos y con la eficacia directa de los tratados internacionales que los reconocen y protegen. Las únicas restricciones o limitaciones permitidas, como apuntaba anteriormente, son aquellas que exigen la intervención de la representación popular a través del Poder Legislativo de los Estados. Esto, sin embargo, no quiere decir que leyes en el sentido formal o material sean necesarias en todo momento para hacerlos efectivos o asegurar su respeto y garantía. En efecto, sería un error considerar que la reglamentación de un derecho es equiparable a la restricción o limitación del mismo. La garantía de “reserva de ley”, como se expuso, busca crear un sistema de pesos y contrapesos que exija una mayor legitimidad democrática a la hora de restringir el ejercicio de un derecho, pero no es viable requerir este mismo estándar cuando el objetivo es garantizar un derecho determinado, más aún cuando se intenta proteger personas que afrontan múltiples inequidades.
22. **LA RESERVA DE LEY Y LAS FUNCIONES DE LA LEY FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS**
23. De conformidad con lo planteado en el acápite anterior, si bien se ha subrayado la importancia que reviste la garantía de reserva de ley como un resguardo y un límite a la restricción a los derechos contenidos en la Convención por parte del Estado, también se advirtió que esa misma reserva de ley no puede erigirse en un instituto que opere como un obstáculo para el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales o que suspenda la plena vigencia de los derechos humanos. Ni la reserva de ley, ni el principio de legalidad ni la voluntad de las mayorías parlamentarias puede instrumentarse para hacer nugatorios los derechos humanos, éstas figuras no pueden enervar la eficacia de los derechos, no pueden servir de fundamento para oprimir determinados sectores de la sociedad.
24. Un argumento recurrente para entender que la reserva de ley es una figura que exige siempre una *interpositio legislatoris* para la aplicación y goce de los derechos humanos, consiste en entender que la reserva de ley es el mecanismo para establecer en que consiste el núcleo esencial de los derechos humanos o fundamentales (según corresponda al ámbito internacional o nacional). Solo podemos determinar el contenido intangible de los derechos humanos si el legislador lo precisa en una ley. Esta lógica de argumentación pretende hacer de la ley un requisito *sine qua non* para el goce efectivo del derecho. Esta manera de comprender la vigencia de los derechos convencionales y eventualmente constitucionales fundamentales (en tanto haya coincidencia, insisto) parte de entender que siempre que se regula un derecho se debe producir una ley “formal” esto es, expedida por el órgano legislativo, esta logica de argumentacion es equivocada, entre otras razones, porque el concepto mismo de núcleo o contenido esencial impide que la ley pueda derogarlo o modificarlo[[20]](#footnote-20).
25. El punto de partida sobre la necesidad de utilizar la reserva de ley es que si bien *prima facie* es necesario, es una exigencia convencional, en determinados supuestos la *interpositio legislatoris*, puede ser conveniente pero no indispensable para el efectivo goce de los derechos humanos contemplados en la Convención.
26. La distinción que opera entre estos dos escenarios en los cuales aplicaría o no el principio de reserva de ley, puede ser evaluada y analizada a través de un abordaje de la problemática de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales desde la perspectiva de las funciones que cumple la ley frente a esos derechos.
27. Sobre este punto, se podría entender en términos generales que las funciones que cumple la ley frente a los derechos humanos fundamentales son esencialmente tres: i) la de articularlos al interior del ordenamiento jurídico mediante su ponderación y armonización; ii) la función de configurar o definir los derechos humanos, y iii) la de actualizar el contenido de los derechos humanos.
28. En lo que respecta la primera de las funciones de las leyes, a saber la que consiste en articular los derechos humanos del ordenamiento jurídico mediante su ponderación y armonización, se recuerda que efectivamente esos derechos irradian la totalidad del ordenamiento jurídico. En esa medida toda la normatividad guarda relación directa o indirecta con ellos, bien sea mediante el establecimiento de límites, condiciones o supuestos para su ejercicio o mediante la definición de relaciones de precedencia *prima facie* en el caso de colisiones entre derechos humanos o de éstos con otros bienes internacionalmente protegidos.
29. Sin embargo, cuando el derecho y sus contenidos esenciales están claramente descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos o eventualmente en el derecho interno (por ejemplo en la Constitución), la posibilidad de que existan leyes para ponderarlos o armonizarlos no resulta indispensable (si bien siempre es deseable). En esos supuestos, puede ser suficiente en casos concretos con la protección jurídica prevista en los ordenamientos jurídicos internos. Por ejemplo, lo anterior podría hacer efectivo mediante una tutela efectiva de estos derechos bien sea con mecanismos ordinarios o excepcionales como el amparo o el recurso de tutela. Atendiendo a lo expresado, las leyes que ponderan pueden no ser necesarias no obstante su importancia y conveniencia. La necesidad de ponderar y armonizar los derechos que puedan entrar en conflicto no niega la vigencia de los derechos que están redactados de manera clara. La exigencia de ponderación es un concepto que no se opone a la vigencia efectiva de los derechos convencionales.
30. De conformidad con lo expuesto, se colige, tomando en cuenta el principio *pro persona*, que las leyes de ponderación no constituyen un requisito *sine qua non* para la vigencia o para la protección de varios derechos humanos como el derecho a la vida y a la dignidad. En efecto el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la Convención Americana dispone que ninguna disposición de la Convención Americana puede ser interpretada en el sentido de: “a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, y b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados […]”[[21]](#footnote-21). Una interpretación correcta, *favor libertatis,* no entiende que la reserva de ley es un requisito previo de vigencia o de goce efectivo del derecho a la vida, o como en este caso, al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica*.*
31. En lo que atañe a la segunda función, la cual se relaciona con la de configurar o definir los derechos humanos, se entiende que por regla general los enunciados normativos de derechos fundamentales contenidos en la Convención y en las Constituciones de los Estados presentan un alto grado de abstracción y generalidad, por lo que corresponde a los intérpretes, en particular los legisladores, fijar los alcances de estos derechos así como su ámbito de aplicación y de señalar sus contornos y sus límites internos. Por tanto, de acuerdo a esta función, de conformidad con la cual se requiere que existan leyes de desarrollo cuando el derecho cuando está “meramente enunciado”, en ese supuesto el ámbito de la reserva de ley se hace pertinente cuando existe una redacción vaga, o ambigua del derecho que no permite, con niveles aceptables de objetividad, la aplicación y/o el respeto del derecho en casos concretos. En consecuencia, en el evento de que se pretenda aclarar el contenido de derechos humanos, se requiere la emisión de una ley formal y opera la reserva de ley.
32. Sobre este punto, corresponde aclarar que no toda disposición que defina el ámbito de conductas protegidas por un derecho humano debe ser materia de ley formal y material pues esto supondría, por una parte, una carga imposible de cumplir por parte del legislador a quien se le exigiría configurar en abstracto todas las posibles manifestaciones del derecho fundamental regulado. Por otra parte, lo anterior implicaría el riesgo que aquellas conductas que hacen parte del ámbito de protección del derecho y no hayan sido enunciadas, no podrían ser objeto de protección por medio de los mecanismos internos de defensa de los derechos humanos.
33. La tercera función que la ley cumple es la de actualizar el contenido de los derechos humanos. En efecto, el sistema jurídico, debe evolucionar a la par de la sociedad y no puede desconocer los cambios que en ésta se operan, so pena de tornarse ineficaz. En este orden de ideas, respecto a los derechos humanos, la ley debe mantener vigentes el alcance de las garantías y libertades reconocidas por la Convención y por el derecho interno. Así, corresponde a la ley, regular nuevas maneras de ejercicio de los derechos humanos, estrechamente ligadas a los avances y desarrollos tecnológicos. Al igual que la función de configuración, las leyes que actualizan indican significados, alcances, contenidos que en el momento en el que se creó el derecho no se previeron o simplemente no existían. Un ejemplo de ello sería el alcance de la libertad de expresión y el habeas data los cuales no eran imaginables hace 50 o 100 años atrás. Sin embargo, tampoco es posible pretender que la actualización del alcance de las normas se dé exclusivamente bajo la expedición de nuevas normas, pues el legislativo no suele tener la capacidad para responder de forma pronta a las nuevas necesidades, razón por la cual en muchos casos, dicha evolución es realizada por los órganos competentes para interpretar los tratados de derechos humanos o las Constituciones de los Estados.
34. En conclusión la eficacia jurídica directa, el valor normativo de los derechos establecidos en la Convención Americana es compatible con la existencia de reserva de ley en tanto esta es necesaria o conveniente según las funciones de configuración, armonización de derechos, o actualización. Sin embargo la vigencia de los derechos convencionales y la obligación de garantizar el goce efectivo de éstos permite que en ausencia de ley los jueces puedan decidir de manera tal que amparen a las personas a quienes se les conculquen sus derechos. Además, en supuestos en los que las exigencias de configuración, ponderación o armonización de derechos no sean esenciales para determinar las obligaciones derivadas del derecho convencional, además de la protección judicial se puede, es más, existe el deber de que mediante reglamento se proteja el derecho.
35. **EL CASO COSTARRICENSE**
36. Con relación a la situación concreta que se configura en las preguntas planteadas por Costa Rica en la solicitud de Opinión Consultiva en relación con la regulación del procedimiento de adecuación de los datos de los registros y documentos oficiales de conformidad con la identidad de género auto-percibida, se constata que el derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentran contemplados en la Convención Americana[[22]](#footnote-22). Por otra parte, la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana ha sido clara en establecer que el derecho a la identidad era un derecho protegido por la Convención Americana a pesar de no estar expresamente establecido en las disposiciones del tratado[[23]](#footnote-23).
37. Como consecuencia de lo anterior, en lo que se refiere a los supuestos para el procedimiento de cambio de nombre por identidad de género no cabe duda sobre el derecho que está en juego ni sobre sus manifestaciones. Por ende, en el supuesto que se plantea en la OC-24 sobre la naturaleza jurídica de esos procedimientos, su reglamentación para hacer efectivo la identidad de género de las personas no constituye una ley de “desarrollo” en el sentido de que la norma que los regula deba cumplir con funciones de actualización o configuración. Asimismo, tampoco nos encontramos frente a un supuesto que implica necesariamente una función de la norma de armonización o de ponderación en tanto los procedimientos relativos al reconocimiento de la identidad de género no se refieren ni deben referirse a un tema litigioso, a un proceso de conocimiento, a la resolución de una controversia o a la determinación de derechos.
38. Por el contrario, como se ha indicado en esta opinión consultiva, se trata de un procedimiento que debe ser de naturaleza únicamente declarativa y “no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento”[[24]](#footnote-24). En efecto, se estableció que “una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente”[[25]](#footnote-25).
39. Por tanto, la posición que se sostiene en este voto, y es mi comprensión de esta OC, plantea que la naturaleza de la norma que regula los procedimientos relativos al reconocimiento de la identidad de género auto-percibido corresponde a aquellas que configuran o definen derechos humanos que se encuentran claramente descrito en la Convención Americana (derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica – artículos 18 y 3 de la Convención Americana) o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (derecho a la identidad). Siendo así, tomando en cuenta que ese tipo de regulación sobre la vía para el reconocimiento del derecho al cambio de nombre no necesariamente debe estar contenido en ley, pero si contenido en norma jurídica general (*supra* párr. 27), ese tipo de procedimiento puede ser regulado por reglamentos administrativos o decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de los Estados[[26]](#footnote-26).
40. **CONCLUSIÓN**
41. A partir de lo anteriormente expuesto, estimo que quedan mejor detalladas las razones por las cuales estuve de acuerdo con la posición de la Corte Interamericana en esta materia. Este es un tema de suma importancia para el goce efectivo de los derechos humanos, no sólo en Costa Rica, sino también en otros países de la región donde una interpretación restrictiva de la garantía de reserva de ley ha impedido o paralizado la reglamentación de los mismos. A manera de ejemplo, en algunos Estados de la región, este mismo argumento ha sido utilizado para frenar la reglamentación de dos temas en los que urge tener claridad sobre su aplicación, como lo son el acceso al aborto en las tres causales permitidas o el tipo de procesos que se deben adelantar para poder aplicar la eutanasia de forma legal. De manera, que espero que el presente Voto contribuya para que los Estados tengan en cuenta que la garantía de reserva de ley no puede ser un obstáculo para el desarrollo de los derechos y mucho menos para el cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional que adquirieron al momento de ratificar tratados de derechos humanos como lo es la Convención Americana

Humberto A. Sierra Porto

Juez

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

1. OC-24, párr. 161. [↑](#footnote-ref-1)
2. OC-24, párr. 171. [↑](#footnote-ref-2)
3. Veáse en este sentido La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 26, 27, 32. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Cfr.* Audiencia Pública de 16 de mayo de 2017, intervención de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. [↑](#footnote-ref-4)
5. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Cfr.* *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239. [↑](#footnote-ref-6)
7. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Cfr.* *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 35. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Cfr.* *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36. [↑](#footnote-ref-13)
14. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 179. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Cfr.* *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 288. [↑](#footnote-ref-17)
18. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Cfr.* *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 338. [↑](#footnote-ref-19)
20. La problemática de cuándo debe entenderse que es necesario exigir reserva de ley o cuáles son los límites y el objeto de esta figura ha sido objeto de debates en la jurisprudencia constitucional colombiana a propósito del ámbito de competencia de ley estatutaria para regular derechos fundamentales (art. 152 lit a.). El criterio central que tradicionalmente se ha manejado por la Corte Constitucional colombiana consiste en utilizar el concepto de “contenido esencial” como criterio para determinar la necesidad de leyes de desarrollo. Algunos aspectos de esta discusión se pueden apreciar en mi aclaración de voto a la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-662 de 2009 sobre objeciones presidenciales al proyecto de Ley Sandra Ceballos, por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29. [↑](#footnote-ref-21)
22. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Artículo 18. Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. [↑](#footnote-ref-22)
23. *Cfr.* *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122; *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 123, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 116. Asimismo, OC-24, párr. 90: “[…]específicamente con respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso . El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. Al respecto, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no el único. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)”. [↑](#footnote-ref-23)
24. OC-24, párr. 158. [↑](#footnote-ref-24)
25. OC-24, párr. 160. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Cfr.* OC-24, párrs. 161 y 171. [↑](#footnote-ref-26)