

Ciudad de Buenos Aires, 9 de diciembre de 2016

SE PRESENTA COMO AMICUS CURIAE

Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Horacio G. A. Corti, en mi carácter de Defensor General del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (designado por Decreto N° 82/14, con acuerdo de la Legislatura adoptado por Resolución N° 354/LCABA/13, publicado el 24 de febrero de 2014) me dirijo a ustedes en el marco de la **Opinión Consultiva solicitada por el Estado de Costa Rica** el pasado 18 de mayo de 2016, referido a la interpretación de las obligaciones convencionales sobre identidad de género y cambio de nombre, y efectos patrimoniales del vínculo entre personas del mismo sexo, y a esos fines me presento y respetuosamente digo:

1. Objeto

Que en el carácter invocado vengo a presentar este memorial en calidad de *amicus curiae* en virtud de lo dispuesto por el artículo 73 inciso 3 y 44 del Reglamento de la Corte Interamericana, con el objeto de acercar la opinión de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires sobre el tema propuesto.

La Argentina fue pionera en el reconocimiento, primero por parte de los tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, y luego por parte del Congreso Federal, del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, con los mismos derechos y alcances que el vínculo entre personas de distinto sexo. Luego de varios fallos judiciales que declararon la inconstitucionalidad del antiguo Código Civil, la ley 26.618 en el año 2010 modificó el texto legal y extendió el instituto matrimonial a las parejas más allá del género y la orientación sexual de los contrayentes. La experiencia de nuestro país puede ser útil al momento de tomar una decisión en esta solicitud de opinión consultiva.

Algo similar ocurrió en nuestro país con el reconocimiento de la identidad de género. La ley 26.743 del año 2012 consagró el derecho de toda persona *“a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”* a través de una mera solicitud al Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, en las que se manifieste estar amparado/a por la ley. No requiere intermediación judicial, ni acreditar ningún otro extremo distinto a la declaración de voluntad. Entendemos también que esta ley es uno de los modelos más acabados de reconocimiento de la identidad de género a nivel mundial, y por ello será

importante que la Corte Interamericana las tenga en cuenta al momento de resolver la interpretación de la Convención Americana.

2. Introducción. La discriminación contra personas LGTBI

En los últimos años, el derecho internacional ha empezado a tomar medidas para revertir los casos de discriminación contra las personas lesbianas, gays, travestis, bisexuales, trans (en adelante, LGTBI). En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 17/19, en donde le solicitó a su Alta Comisionada la elaboración de un informe para documentar las prácticas discriminatorias y violentas que sufre este colectivo. Esa resolución dio lugar al primer informe de las Naciones Unidas sobre la temática, donde se relevaron las obligaciones de los estados con la población de la diversidad sexual.

Allí se reconoce que en todas las regiones, hay personas que sufren violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género. En muchos casos, la sola percepción de homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo. Estas personas sufren, entre otros, asesinatos, violaciones y agresiones físicas, torturas, detenciones arbitrarias, denegación de los derechos de reunión, expresión e información y discriminación en el empleo, la salud y la educación¹.

La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos se rige por los principios de universalidad y no discriminación consagrados en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, tienen derecho a gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos a la vida, la seguridad de la persona y la intimidad, el derecho a no ser sometido a torturas ni detenciones arbitrarias, el derecho a no ser sometido a discriminación y el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica.²

Los Estados tienen obligaciones bien establecidas de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluidas las personas LGTBI. Estas obligaciones abarcan el hecho de abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos, de prevenir los abusos por parte de terceros y de combatir de

¹ Informe de la ACNUDH *“Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”*, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, el 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párrafo 1.

² Ídem, párrafo 5.

forma proactiva los obstáculos al disfrute de los derechos humanos, en particular, en el presente contexto, las actitudes y las prácticas discriminatorias.³

Recientemente, el 30 de junio de 2016, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas resolvió designar un experto independiente con mandato para la protección de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. El 1 de noviembre pasado asumió el primer Experto Independiente, el Sr. Vitit Muntarbhorn (de Tailandia), quien dictó su programa para que los países avancen en poner fin a la discriminación y la violencia contra la comunidad mundial LGBT. Los cinco objetivos del programa son (1) la despenalización: la derogación de las leyes penales que afectan a las personas LGTB, (2) la despatologización: no seguir viéndolas como víctimas de un trastorno médico, (3) reconocimiento de la identidad de género: dar a todas las personas el derecho a que se reconozca su identidad de género en documentos oficiales, (4) Inclusión cultural: generar prácticas inclusivas, y (5) empatización: empatizar con las personas de diferente orientación sexual e identidad de género.

Vemos de este modo que tanto el reconocimiento de la identidad de género, como la inclusión cultural y no discriminación por motivos de orientación sexual son elementos clave de la lucha contra la violencia y la discriminación de la comunidad. Es por ello que en esta opinión consultiva, la Corte IDH puede dar un paso muy significativo en pos de concretar estos objetivos.

A nivel regional también se ha avanzado en este sentido. En el año 2008 la Asamblea General de la OEA emitió su primera declaración de rechazo a la violencia y a la discriminación contra sexualidades diversas en la región. Dicha resolución fue seguida por otras cinco resoluciones, en los años consecutivos, en las que los Estados Miembros de la OEA gradualmente acordaron en temas clave como la necesidad de prevenir e investigar delitos contra las personas LGBTI y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia, la necesidad de proteger a los defensores de personas LGBTI, la necesidad de garantizar a las personas LGBTI el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, la necesidad de adoptar políticas públicas para combatir la discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género, la necesidad de garantizar el acceso a la participación política, así como evitar las injerencias en la vida privada de las personas LGBTI y la necesidad de proteger a las personas intersex respecto de prácticas médicas que puedan violar sus derechos humanos, entre otros. Asimismo, en el año 2011 se puso en funcionamiento la Unidad sobre los Derechos de las Personas LGBTI en la órbita de la Comisión Interamericana. En el año 2013, en

³ Informe del ACNUDH “Discriminación y violencia contra las personas con motivos de orientación sexual e identidad de género”, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos el 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, como seguimiento de su informe anterior, y a solicitud de actualización por parte de la Resolución 27/32 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, párrafo 10.

un nuevo esfuerzo para dar atención especializada, la CIDH decidió crear una Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI, y se designó a su primera relatora⁴.

Fruto del trabajo de la Relatoría, la CIDH el 12 de noviembre de 2015 aprobó el informe *“Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”*, donde se documentan las violaciones a los derechos y los estándares aplicables a los Estados de la Región.⁵

Por último, el 15 de junio de 2016 se conformó el Grupo de Apoyo para los Derechos de las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex de la Organización de Estados Americanos, conformado por los Estados de Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Chile, México y Uruguay. En su primera declaración se comprometieron a apoyar la implementación de los mandatos contenidos en las resoluciones sobre derechos humanos, orientación sexual, identidad y expresión de género, así como los esfuerzos regionales y de la OEA dirigidos a asegurar que todas las personas ejerzan su derecho a una vida libre de violencia y discriminación, reconociendo la necesidad de abordar las múltiples formas de discriminación que enfrentan por diferentes factores, entre otros.⁶

Todo este desarrollo de los órganos universales y regionales de Derechos Humanos muestra que el tema de la lucha contra la discriminación de las personas LGTBI es de máxima actualidad y que existe un compromiso de los Estados en avanzar hacia la eliminación de todas las formas de discriminación por orientación sexual o identidad de género.

La Corte Interamericana no se ha quedado atrás en este desarrollo. Recientemente, las decisiones adoptadas en los casos *“Duque vs. Colombia”* sentencia del 26 de febrero de 2016, y *“Flor Freire vs. Ecuador”*, sentencia del 31 de agosto de 2016, han sido pasos esenciales para luchar contra el trato discriminatorio contra las personas LGTBI en la región. Este pedido de opinión consultiva que realiza el Estado de Costa Rica, puede ser la oportunidad para dar otro paso más en esta dirección.

3. La identidad de género autopercibida

La primera pregunta que formula el Estado a la Corte IDH está referida a la identidad de género, y la obligación del Estado de reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una. Así, se solicita la opinión de la Corte Interamericana sobre la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el art. 54 del Código Civil de la República de Costa Rica a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género. Esto implica que el peticionante deberá solicitar autorización judicial con las demoras y dificultades que ello implica ante la inexistencia de un procedimiento administrativo a tal fin. En concreto, se pregunta si el artículo 54 del código civil

⁴ Ver el sitio institucional en www.oas.org/es/cidh/lgtbi/

⁵ Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

⁶ Véase el comunicado de prensa en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/097.asp>

de Costa Rica para ser compatible con la CADH debería interpretarse en el sentido de que el Estado deba proveer un trámite administrativo, gratuito, rápido y accesible para ejercer este derecho humano⁷.

El informe “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América” que aprobó la CIDH en noviembre de 2015, dice lo siguiente⁸:

418. *El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha recomendado a los Estados adoptar leyes amplias para combatir la discriminación, incluyendo la protección contra la discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género⁹. Los Estados deben reconocer en su marco normativo los derechos humanos a todas las personas, sin discriminación alguna sobre la base de la orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal. La CIDH considera que para prevenir y combatir la violencia contra las personas LGBTI, los Estados deben adoptar un marco jurídico que específicamente proteja a las personas contra la discriminación basada en la orientación sexual, la identidad de género o diversidad corporal (por el hecho de ser intersex), debido al vínculo inherente entre violencia y discriminación que se examinó en el segundo capítulo de este informe.*

419. *En el contexto de este informe, la CIDH nota que esta obligación incluye la adopción de leyes de identidad de género. En los últimos años, la CIDH ha instado reiteradamente a los Estados Miembros de la OEA a adoptar leyes de identidad de género, que reconozcan el derecho a la identidad de las personas trans sin patologizarlas. **La Ley de Identidad de Género de Argentina constituye la mejor práctica en la región, en tanto no requiere ningún tipo de intervención o procedimiento médico, procedimiento judicial o certificación psiquiátrica o médica, para el reconocimiento del género de las personas.** Un estudio, publicado a dos años de la promulgación de dicha ley, afirma que la prevalencia de la violencia y la discriminación contra las personas trans en Argentina ha disminuido a partir de la adopción de dicha ley en 2012.¹⁰ Sin embargo, la CIDH continúa recibiendo información sobre homicidios y otros actos de violencia en contra de mujeres trans en diferentes provincias de Argentina.¹¹ (el destacado es propio).*

⁷ El Estado acompañó el texto de este artículo 54, que establece que “Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto.”

⁸ Informe citado en nota 5, párrafos 418 y 419.

⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Paraguay, CCPR/C/PRY/CO/3, 26 de marzo de 2013, párr. 9. Las citas son del original.

¹⁰ ATTTA y Fundación Huesped, Ley de Identidad de Género y Acceso al Cuidado de la Salud de las Personas Trans en Argentina, mayo de 2014, págs. 12-13.

¹¹ Ver por ejemplo: Cáscara Amarga, “La Federación Argentina LGBT pide justicia para una mujer transexual asesinada,” 12 de enero de 2015, (hace referencia al asesinato de Pamela Moreno, una mujer trans en Santiago del Estero); Clarín, “Con odio y saña, castra y asesinan a una chica trans en Córdoba,” 27 de julio de 2015 (hace referencia al asesinato de Laura Moyano in Córdoba); BBC, “Argentina transgender killing spark outcry,” 15 de

Someter el reconocimiento de la identidad de género a un trámite judicial previo –que necesariamente implicará la erogación de gastos y la demora en la decisión, así como el examen judicial sobre la acreditación de requisitos de cualquier índole, o análisis de la prueba existente, o cuanto menos, la exigencia de patrocinio letrado– implica erigir barreras indebidas al reconocimiento del derecho. El derecho a la identidad de género debe estar disponible para todas las personas que quieran ejercerlo, y el trámite de cambio de sexo en el documento oficial, debe ser tan sencillo y accesible como sea posible, y no requerir más que la declaración de voluntad al respecto.

No sería compatible con la Convención Americana ni con los tratados de derechos humanos a nivel universal la realización de prueba médica, o requerir algún tipo de operación quirúrgica para permitir el cambio de sexo en el documento. El relator especial de las Naciones Unidas contra la Tortura, Juan Méndez, en su informe del 5 de enero de 2016, ha dicho que *“Las personas transgénero suelen tener dificultades para acceder a una asistencia sanitaria adecuada, como la discriminación por parte de los trabajadores sanitarios y el desconocimiento de sus necesidades o la falta de sensibilidad con respecto a ellas. En la mayoría de los Estados se les niega el reconocimiento legal del género de su elección, lo que tiene graves consecuencias para el disfrute de sus derechos humanos, pues se obstaculiza su acceso a la educación, al empleo, a la atención sanitaria y a otros servicios básicos. **En los Estados que permiten modificar los indicadores de género en los documentos de identidad se pueden imponer requisitos abusivos, como la reasignación de sexo mediante una intervención quirúrgica, la esterilización u otros procedimientos médicos forzados o involuntarios (A/HRC/29/23). Incluso en aquellos lugares en los que no existe tal requisito legislativo, es frecuente la esterilización forzada de las personas que solicitan una reasignación de sexo. Estas prácticas tienen su origen en la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, violan los derechos a la integridad física y a la libre determinación de las personas y constituyen malos tratos o torturas”**¹².*

Por su parte, el informe del ACNUDH del 2015 también señala estos problemas. Entendió que *“69. Pese a los recientes avances registrados en varios países, por lo general las personas transgénero siguen sin poder obtener el reconocimiento legal de su género preferido, en particular cuando se trata de cambiar el sexo y el nombre de pila consignados en los documentos de identidad expedidos por el Estado. Debido a ello, estas personas afrontan múltiples problemas para hacer valer sus derechos, entre otras cosas en el ámbito laboral y de la vivienda, así como a la hora de solicitar un crédito bancario o prestaciones estatales, o cuando*

octubre de 2015 (hace referencia al asesinato de Diana Sacayán en Buenos Aires, cuyo cuerpo fue encontrado el 13 de octubre de 2015); Alto Comisionado de Derechos Humanos, Oficina Regional para Suramérica “Oficina Regional repudia muertes de personas transgénero en Argentina,” 21 de octubre de 2015 (hace referencia al asesinato de Marcela Chocobar en Santa Cruz e 16 de septiembre de 2015 y el de Fernanda “Coty” Olmos en Santa Fe, cuyo cuerpo fue encontrado el 14 de septiembre de 2015).

¹²

Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 5 de enero de 2016, A/HRC/31/57, párrafo 49. El destacado es propio.

viajan al extranjero. 70. La normativa en los Estados que reconocen los cambios de género a menudo impone condiciones abusivas como requisitos para el reconocimiento, por ejemplo que los solicitantes no estén casados o que se sometan a una esterilización forzada, a una reasignación de género forzada y a otros procedimientos médicos, en contravención de las normas internacionales de derechos humanos”¹³

La exigencia de requisitos asociados a psicodiagnósticos y/o pruebas periciales y/o exigir informes bioéticos, todo ello con el propósito de autorizar la rectificación de datos registrales o intervenciones médicas de asignación de género, es contrario a la normativa internacional; pues responde a criterios patologizadores de la noción misma de género y se opone al paradigma de derechos humanos. El mecanismo que más se adecua a este estándar es el de un procedimiento administrativo sencillo y gratuito, que solo requiera la declaración de voluntad de la persona que lo promueve. Eso es lo que establece la Ley Argentina 26.743, impulsada como proyecto por el Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género¹⁴ y que la Comisión Interamericana entendió que era el mejor modelo posible, ya que contempla la intervención judicial solo en el caso en que el/la solicitante sea una persona menor de edad y no cuente con el consentimiento de los padres. En estos casos, se garantiza a la persona un representante legal, el “abogado del/la niño/a”, y la justicia deberá resolver teniendo en cuenta el interés superior del/la niño/a y su capacidad progresiva tal como lo establece la Convención de los Derechos del Niño¹⁵.

Esta ley reconoce que el género no es un dato de la naturaleza, sino una construcción que está incluida en la autonomía de la voluntad. Lo mismo sucede con el cuerpo propio, que cada cuál puede disponer del modo que disponga según su propio plan de vida. La ley argentina revela un cambio cultural al mencionar la autopercepción, es decir, que adopta el dato de cómo se percibe o siente cada uno. Es inusual en la tradición jurídica darle lugar a los sentimientos. Es la influencia de nuevas corrientes de pensamiento, entre ellas el feminismo.

En el modelo argentino, cada uno puede elegir su nombre. Ya no hay razones de policía como se decía en el clásico derecho civil. Se trata, finalmente, de conceptos liberales (autonomía de la voluntad e igualdad) interpretados a la luz del derecho internacional de los derechos humanos

¹³ Véase informe citado en la nota 3, párrafo 69 y 70.

¹⁴ Véase el sitio frentenacionaleydeidentidad.blogspot.com

¹⁵ Los niños intersex suelen ser sometidos a reasignaciones de sexo irreversibles, y esto les provoca un gran sufrimiento psíquico y contribuye a su estigmatización. Por ello también debe contemplarse, en cumplimiento del interés superior del niño y su capacidad progresiva, su voluntad, aun siendo menor de edad. Asimismo, el artículo 11 de la ley establece el mismo procedimiento para obtener tratamientos integrales hormonales, que no requerirán autorización judicial o administrativa, salvo para el caso de los menores de edad que no tengan el consentimiento de algún representante legal. En nuestro país, estos tratamientos están incluidos en el Programa Médico Obligatorio, y deben proveerlo gratuitamente tanto los hospitales públicos como las obras sociales o empresas de medicina prepaga.

En el año 2013, el Ministerio Público de la Defensa, presentó ante la justicia el caso de una persona que habiendo llevado a cabo exitosamente el cambio registral de nombre, había iniciado los trámites administrativos para rectificar las partidas de nacimiento de sus hijas a fin de que se consignara la identidad de acuerdo al género por ella autorpercibido. Entre los antecedentes del caso, se había reseñado que muchos años antes de su opción por el travestismo, ella había formado pareja con una mujer – fallecida para la época en que solicitó el patrocinio jurídico del MPD – con quien había tenido tres hijas. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires le había denegado su petición de cambio de su nombre en las partidas de nacimiento de las tres niñas.¹⁶ Esta situación afectaba a la familia en su conjunto, pues quedaba en una grave situación de desprotección tanto legal como emocional. La solicitante no podía acreditar el vínculo filial con sus hijas, a excepción de exhibir su DNI anterior; esto es, fingiendo una identidad que no percibía como propia.

En la práctica, la familia se veía impedida de tomar decisiones con relación a su salud, viajar fuera del país, etc. Ante la negación de lo solicitado y reconocidos los perjuicios que ello implicaba, la solicitante junto con el patrocinio letrado de este Ministerio público, solicitó judicialmente una medida cautelar autónoma que obtuvo una pronta sentencia favorable de un Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA, mediante la cual se le ordenó al Registro Civil que rectifique las partidas de nacimiento de sus hijas. Se sostiene allí que “(...) en la actualidad las niñas se encuentran en una situación de extrema desprotección legal (...) debido a que su madre ha fallecido, y a que (la peticionante) – a pesar del nexo biológico imperante – no puede acreditarlo atento a que las partidas de nacimiento de las tres hijas no resultan acordes con la nueva realidad existente en la familia. (...) la medida aquí solicitada aparece como la única posibilidad de evitar el daño actual en el sostén de la actora y sus hijas, habida cuenta que de continuar sin rectificar dichas partidas, ello generaría, daños irreparables en las niñas, por no poder ejercer con plenitud los derechos y deberes que surgen de la patria potestad, máxime cuando la actora es el único adulto responsable a cargo de las mismas. (...) Así, si bien no se encuentra en discusión la condición de progenitora de la peticionante para con sus hijas; y a pesar de que esta continúa cumpliendo con las obligaciones emergentes de la patria potestad, no puede ejercer una serie de cuestiones específicas de la vida cotidiana de un niño (...) se aprecia con total claridad y atento a la evidente situación de urgencia que compromete la vida de las tres niñas,

¹⁶ La argumentación de la peticionante se expresa en los siguientes términos:“(...) Como seguramente será de su conocimiento, según lo previsto por la Ley 26.743 y lo prescripto en la ley 18.248, Art. 19, cabe la simultaneidad de cambio en las partidas de nacimiento de las menores. De lo contrario, quedarían consignados en dichos documentos públicos la identificación incorrecta de mi información, constituyendo él una violación del derecho al reconocimiento de la identidad de género y, asimismo, atentaría contra la correcta e inequívoca filiación de mis hijos (...) Finalmente, la ley 26.743 establece la oponibilidad a terceros de la modificación de la ley registral, lo cual es plenamente aplicable a la presente solicitud (...)”.

corresponde tutelar el derecho esgrimido por la peticionante (...) el transexualismo no tiene que ver con la proliferación de los géneros, antes bien lo que ofrece es un modo de poner en evidencia la incapacidad de los regímenes estatales para la identificación sexual de las personas (...) Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. (...) De la normativa transcripta se desprende claramente que la persona transgénero que adecua su nombre de pila y sexo no altera la titularidad de los derechos y obligaciones ni personales, ni patrimoniales. Es decir, que los derechos y obligaciones jurídicas que tenía quien en su nacimiento fue inscripto como "A" seguirán siendo los mismos después de haber cambiado el nombre de pila y sexo, a cargo de "S". Sin perjuicio de ello, tales derechos no surgirán explícitamente de las partidas de nacimiento de sus hijas, pues las mismas registran un nombre de un padre que no existe como sujeto de derecho, con lo cual, aun existiendo un vínculo biológico, y siendo el único adulto responsable a cargo de las niñas, tendrá dificultades para ejercer con plenitud la patria potestad que por ley le corresponde. (...) Los derechos y obligaciones que aquí nos ocupan se crean en interés de los hijos y no de los padres, y por esa razón requiere la remoción de cualquier obstáculo que impida el pleno ejercicio de los derechos que se pretenden proteger (...)"

Si bien la sentencia fue apelada por el GCABA por cuestiones estrictamente procesales el Tribunal de Alzada de la CABA, rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de grado que hacía lugar a la medida peticionada.

4. El vínculo entre personas del mismo sexo

La segunda pregunta está referida al vínculo entre personas del mismo sexo, y su necesaria equiparación patrimonial con los vínculos entre personas de distinto sexo. El estado quiere analizar la convencionalidad o inconvencionalidad de alguna institución similar al matrimonio pero que no genere las consecuencias patrimoniales de éste.

En este sentido, parece valioso recordar que en la Ciudad de Buenos Aires inicialmente se aprobó la ley local 1004 del año 2002, que permitía las uniones civiles entre dos personas, ya sean del mismo o de distinto sexo, brindando una protección en el plano de la seguridad social para la pareja pero excluyendo de este régimen el reconocimiento de derechos sucesorios, los que únicamente se derivaban del vínculo matrimonial. Sin embargo, el activismo LGBTBI consiguió, a través de una estrategia inicialmente judicial, y luego de cabildeo parlamentario, la sanción de la ley 26.618 del año 2010, que modificó el Código Civil y permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, con exactamente las mismas consecuencias patrimoniales que aquel entre personas de distinto sexo.

El debate sobre la legislación autorizando el matrimonio entre personas del mismo sexo comenzó en la Argentina a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo la consigna «Los mismos derechos, con los mismos nombres».

Es cierto que en el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos, interpretó el texto del artículo 23 segundo párrafo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en el año 2002 *“en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse.”*¹⁷. También es cierto que el texto del artículo 17 de la Convención Americana es idéntico al del PIDCyP, y también reconoce el derecho *“del hombre y la mujer a contraer matrimonio”*.

Sin embargo, también es cierto que como vimos en la introducción, están bien documentadas las violaciones a los derechos humanos que sufren las personas LGTBI por su orientación sexual, y que la imposibilidad de contraer matrimonio es una de las causas de este sufrimiento. Esto conlleva un estigma y menosprecio contra las parejas del mismo sexo, que los órganos de los tratados deben impedir, de acuerdo a la voluntad expresada por los distintos Estados Partes. Precisamente en un caso donde se examinaba violaciones a la Convención por discriminación por razones de orientación sexual, esta Corte IDH destacó que *“los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”*¹⁸. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas¹⁹.

Desde esa lógica entonces, se debe dar preminencia a aquella interpretación del artículo 17 de la Convención Americana que sea más armónica con el artículo 1.1 del mismo texto, con el objeto de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación por ninguna causa. En este sentido, esta Corte IDH ha establecido que *“el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”*. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma²⁰.

En este contexto, ha de entenderse entonces que, en tanto el matrimonio es un derecho consagrado *“al hombre y a la mujer”*, pero no necesariamente fue consagrado para que lo ejerzan solo *“un hombre y una mujer”*, si no que todo hombre y toda mujer pueden contraer matrimonio, con quien quieran, sea su pareja, hombre o mujer. Esta interpretación es la que más acabadamente respeta las obligaciones de los estados con el grupo de personas

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, *“Joslin et al vs. Nueva Zelanda”*, comunicación 902/1999, decisión del 30/07/2002.

¹⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 85, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota 83, párr. 271.

¹⁹ Corte IDH caso *“Atala Riffo y Niñas vs. Chile”* del 24 de febrero de 2012, Serie C, n° 239, párr. 80.

²⁰ Idem nota 19, párr. 78..

LGTBI, y evita que se generen matrimonios de primera clase y uniones de segunda clase para las personas LGTBI. Asimismo, esta interpretación es la más compatible con lo indicado al final del párrafo segundo del mismo artículo al expresar “...en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”. Así, queda claro que el artículo 17 somete la institución del matrimonio al principio de igualdad y no discriminación del artículo 1.1. El único modo de lograr esto es interpretando que este derecho puede ser ejercido por el hombre y la mujer para contraer matrimonio con quien quisiera, sin que la condición social o el sexo puedan dar lugar a la discriminación. Es que, “la exégesis debe ser hecha de forma tal que no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”²¹, y las interpretaciones que se hagan del texto de los tratados deben contemplar 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”²².

Las personas que se apartan de la elección sexual socialmente valorada son víctimas de situaciones de discriminación social y consecuentemente jurídica: es decir que también pertenecen a un sector vulnerable en cuanto al goce y ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones igualitarias.

Honoré de Balzac comenzaba su “Fisiología del Matrimonio” con unas palabras que atribuyó a Napoleón, supuestamente pronunciadas ante el Consejo de Estado cuando se discutía el Código Civil: “El matrimonio no proviene de la naturaleza –la familia oriental difiere totalmente de la occidental- el hombre es el ministro de la naturaleza en la cual está contenida la sociedad –las leyes se hacen para las costumbres y las costumbres varían. El matrimonio es, pues, susceptible del perfeccionamiento gradual al que todas las cosas humanas parecen estar sometidas” (Honoré de Balzac, “Fisiología del matrimonio o meditaciones de filosofía ecléctica relativas a la felicidad y desgracia de los casados”, Ed. Leyenda SA, México, 1945).

Pero a poco de ahondar en la coexistencia social pacífica, se puede ver que para preservarla es necesario el amparo y sostenimiento de las valoraciones, creencias y patrones éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios. La renuncia a dicha función traería aparejado el gravísimo riesgo de que sólo los valores y creencias de las que participa la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático.

²¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A n°4, párr. n° 29.

²² Idem nota 19, párr. 83.

Dicho esto entonces puede afirmarse que, el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, de acuerdo a la noción de identidad, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para protegerla para contrarrestar cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla restrictivamente. El sentido de la igualdad en un estado democrático y pluralista es el "derecho a ser diferente", que no puede confundirse nunca con la "igualación", que es un ideal dictatorial, que postula la igualdad entre iguales. La acepción clásica de identidad quería decir exclusivamente y quiere decir aun hoy que no hay más que una sola y misma cosa allí donde se podría pensar que hay dos, es decir que hay una cosa o un ser que posee la virtud de ser ella misma.

El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja. Esta es la única posibilidad de adscribir a la idea de un estado de derecho fundado en el respeto a los derechos fundamentales de las mayorías y de las minorías, un estado pluralista y no confesional, en el que no se confunda democracia con "populismo moral"; esto es, la doctrina por la que la mayoría debe determinar no quiénes deben gobernar sino cómo deben vivir los demás.

5. **Petitorio**

Por todo lo expuesto, solicito a la Honorable Corte Interamericana que me tenga por presentado en la calidad invocada, y que tenga presente este memorial para el dictado de la opinión Consultiva solicitada.



Horacio G. A. Corti
Defensor General
Ministerio Público de la Defensa
Ciudad Autónoma de Buenos Aires