

Doctor
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica

Referencia: Observaciones a la solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Costa Rica

Respetado Dr. Saavedra:

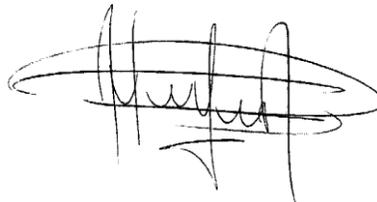
En nuestra condición de organización de la sociedad civil, la Comisión Colombiana de Juristas, corporación civil sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida mediante Resolución No. 1060 de agosto de 1988 de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. con estatus consultivo reconocido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) nos dirigimos a usted, y por su digno intermedio, a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de presentar nuestras observaciones a la solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Costa Rica el 18 de mayo de 2016, en respuesta a la invitación extendida por la H. Corte para presentar las opiniones pertinentes respecto de los puntos sometidos a consulta.

Aprovechamos esta oportunidad para reiterar nuestra más alta consideración a la Honorable Corte.

Atentamente,



GUSTAVO GALLÓN GIRALDO
Director
Comisión Colombiana de Juristas



FREDY ALEJANDRO MALAMBO OSPINA
Coordinador Litigio Internacional
Comisión Colombiana de Juristas



CAROLINA SOLANO GUTIÉRREZ
Abogada
Comisión Colombiana de Juristas

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	4
2. OPINIÓN LEGAL RESPECTO DE LAS PREGUNTAS PLANTEADAS EN LA SOLCITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA.....	6
2.1 SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO	6
2.1.1 El derecho a la identidad de género en el derecho comparado	6
2.1.2 ¿El Estado debe reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?	14
2.1.3 El procedimiento judicial para el cambio de nombre	19
2.1.4 La interpretación del artículo 54 del Código Civil de Costas Rica a la luz de la CADH 22	
2.2 SOBRE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO	23
2.2.1 El reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas de diferente sexo a las parejas del mismo sexo a la luz de la CADH.....	23
2.2.2 La existencia de un vínculo jurídico para el reconocimiento de los derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo	30

INTRODUCCIÓN

La Comisión Colombiana de Juristas, organización sin ánimo de lucro, legalmente constituida en Colombia con estatus consultivo ante la Organización de Naciones Unidas (ONU), cuyo objetivo se centra en la defensa a nivel nacional e internacional de los derechos de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos, presenta a consideración de la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante H. Corte, la Corte o Corte IDH) opinión escrita en relación con la solicitud de opinión consultiva elevada por la República de Costa Rica ante la Secretaría de la H. Corte con el fin de que el Tribunal se exprese sobre los siguientes puntos: a) sobre la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una; b) sobre la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley No. 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención; y c) sobre la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Lo anterior en respuesta a la invitación pública realizada por la H. Corte de acuerdo con el artículo 73.3 de su reglamento, en concordancia con nuestro compromiso histórico con el respeto y garantía plena de los derechos humanos de todos los ciudadanos, y con el fin de aportar elementos de análisis a la H. Corte para el estudio de la solicitud elevada por la República de Costa Rica.

El presente escrito se desarrollará en 2 secciones. Una primera parte (1) en donde se presentarán unas cuestiones previas en relación con identidad de género y orientación sexual, y un segundo capítulo (2) en donde se esgrimirán elementos jurídicos de análisis en relación con cada una de las 2 preguntas, y las subsiguientes preguntas, elevadas por la República de Costa Rica a fin de la presente solicitud de opinión consultiva.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La solicitud de opinión consultiva elevada por la República de Costa Rica ante la H. Corte se presenta en el marco del desarrollo jurisprudencial de la Corte en materia de los derechos de la población LGBTI en el continente, desarrollada mediante las sentencias *Atala Riffo vs. Chile*, *Ángel Alberto Duque vs. Colombia* y más recientemente en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*. Si bien la precitada jurisprudencia ha sentado las bases en el desarrollo de los derechos de la población LGBTI a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la misma se ha referido de manera exclusiva a temas relacionados con la orientación sexual de las personas, mediante el análisis de su idoneidad como padres, los derechos patrimoniales de parejas del mismo sexo y la discriminación en instituciones públicas por dicha orientación sexual. Así, la H. Corte no ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de la identidad de género y los derechos de la población transexual, transgénero, cisgénero, y otras manifestaciones diversas del género, a la luz de la Convención Americana. En razón de lo anterior, en el presente documento se considera importante presentar unas consideraciones previas en la materia, con el fin de otorgar a la H. Corte elementos adicionales de análisis al momento de presentar su opinión consultiva.

Las siglas LGBTI se han constituido como un elemento que identifica una “minoría sexual” históricamente discriminada dentro de los contextos jurídicos y políticos a nivel mundial. Estas siglas han sido utilizadas por movimientos sociales, grupos políticos, comunidades y asociaciones con el fin de promover el respeto y la garantía de los derechos de esta población. No obstante, es menester resaltar que la conformación del grupo LGBTI tiene una particularidad en cuanto a la conjugación de diversas, y en muchos aspectos disímiles, luchas en la búsqueda del reconocimiento pleno de derechos. En este sentido, dentro del colectivo de personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas encontramos aquellas personas identificadas por la siglas L (lesbianas), G (gais) y en cierta medida B (bisexuales), quienes han buscado históricamente el reconocimiento de derechos patrimoniales, maritales y familiares dentro de los contextos políticos en los diferentes países. Por otro lado, se encuentran aquellas personas identificadas bajo la sigla T (trans¹) quienes enfocan su lucha en el reconocimiento de su identidad de género y la posibilidad de vivir en la sociedad de acuerdo a la misma. Finalmente se encuentran aquellos identificados bajo la sigla I (intersex) que han luchado por el restablecimiento de sus derechos de conformidad a un sexo determinado que no siempre corresponde a las modificaciones realizadas al momento del nacimiento. Si bien es evidente que estos grupos se presentan como movimientos disímiles con diversos propósitos, la lucha en contra de la discriminación por razones de orientación sexual, identidad de género y /o expresión de género en sociedades con entendimientos binarios y heterosexuales de la sexualidad y la identidad los consolida como un solo grupo en la búsqueda del reconocimiento de sus derechos.

¹ Como elementos del transgenerismo Lillith Natasha Border Line establece “la expresión “trans” remite a aquellos rasgos comunes de la experiencia transgenerista: tránsito, transgresión y transformación. Entendamos por tránsito ese permanente proceso de búsqueda entre lo masculino y lo femenino; entre el macho biológico y la mujer cultural, entre lo prohibido y lo permitido, entre lo dado y lo adquirido construido, entre la identidad y la subjetividad. Transgresoras por moverse entre las fronteras del cuerpo, por bordear los límites impuestos por la sociedad heteropatriarcal, por no acogerse – ni estética, ni corporal, ni cultural, ni moral, ni jurídica, ni política, ni psicológicamente a las normas sancionadas con respecto a los cuerpos, el sexo y el género” Line, L. N. (2012). *Identidades transgresoras, identidades hechas cuerpo: El ¿colectivo? o la ¿comunidad?* transgenerista en la ciudad de Medellín. Medellín: Colectivo Académico (in)visibles, páginas 2-4

Esta situación ha sido estudiada a profundidad por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y presentada en el informe sobre *“Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”* elaborado en cumplimiento de la Resolución AG/RES 2653 (XLI-O/11). En dicho informe se resalta que *“la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas”*². Al igual que lo ha hecho la H. Corte en los casos precitados, la CIDH considera en su informe que la discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género se configura como una categoría sospechosa y se encuentra comprendida dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana.³

Ahora bien, de conformidad con los principios de Yogyakarta, la identidad de género es *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar 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”*⁴. En esta línea, la Comisión Interamericana⁵ reconoce que, dentro de la identidad de género se incluyen tradicionalmente el transgenerismo⁶, el transexualismo⁷, y otras subcategorías que no necesariamente implican modificaciones corporales⁸. Por otro lado, la expresión de género ha sido definida como *“la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”*⁹. Finalmente, la orientación sexual se ha definido como *“la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o*

² Stuart Hall, *Identidad Cultural y Diáspora*, en *Identidad*, J.Rutherford (ed.), Lawrence y Wishart, pp. 222–237, 1990

³ CIDH, *“Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”*, página 6

⁴ Principios de Yogyakarta, p. 6, nota al pie 2. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

⁵ CIDH, *“Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”*, página 7

⁶ Se refiere a la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos

⁷ Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

⁸ Travestís (aquellas que expresan su identidad de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico), cross-dressers (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto), drag kings (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos), drag queens (mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos) y transformistas (hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos)

⁹ Rodolfo y Abril Alcaraz, *El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género*, Textos del caracol, núm. 4. Dante núm. 14, CONAPRED 2008, p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Guía para Profesional No. 4, 2009, p. 23.

de más de un género, así como a la capacidad (sic) mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”¹⁰.

La importancia de la distinción entre orientación sexual, identidad de género y expresión de género y el reconocimiento de estas situaciones a nivel legal en los Estados radica en los aspectos de la vida privada de las personas que se ven directamente afectados por este reconocimiento o la falta del mismo. En este sentido, en relación con los tratamientos de salud y la atención en instituciones médicas, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) *“recomienda que al atender a una persona en un centro de salud, se le pregunte su sexo asignado al nacer (“masculino, femenino, u otro”) y cómo se identifica en términos de su identidad de género (“femenina, masculina, mujer trans, hombre trans, persona trans, travesti u otro”)”*¹¹ con el propósito de poder establecer el tratamiento adecuado que debe recibir la persona. Esta misma situación se presenta igualmente cuando el sistema penal, en específico el sistema carcelario de los Estados, no reconoce la identidad o expresión de género de una persona al momento de establecer la condena y reclusión en centro carcelario, exponiendo al recluso a situaciones de discriminación y posible violencia al interior del penal. Los anterior ha sido documentado a través de un estudio realizado por Colombia Diversa en Colombia, en donde encontró que *“la identidad y las expresiones de género de las personas trans no son reconocidas y su falta de reconocimiento alimenta los prejuicios y la discriminación en la vida diaria. “A las mujeres trans no las dejan usar aretes: si el guardia se da cuenta, nos quitan los aretes”. “Una mujer trans “para la cárcel sigue siendo un hombre y por tanto, sometido a los mismos criterios o incluso a peores tratos””*.¹² Adicionalmente, el reconocimiento de la identidad de género, y en algunos casos de la orientación sexual, de las personas tiene relevancia en diversos temas tales como la edad de pensión, los derechos patrimoniales de las parejas, la identificación nacional e internacional a través del documento de identidad y el pasaporte y el régimen de servicio militar obligatorio.

Las anteriores consideraciones evidencian la importancia de la solicitud de opinión consultiva elevada por la República de Costa Rica en aspectos que superan el ámbito legal y trascienden al espectro íntimo de las personas, al igual que su relacionamiento con la sociedad, todos protegidos por la Convención Americana de diferentes maneras, por lo que deben ser tenidas en cuenta por la H. Corte al momento de emitir su opinión consultiva en la materia.

2. OPINIÓN LEGAL RESPECTO DE LAS PREGUNTAS PLANTEADAS EN LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

2.1 SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

2.1.1 El derecho a la identidad de género en el derecho comparado

¹⁰ Principios de Yogyakarta., p. 6, nota al pie 1. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

¹¹ Véase OPS: *Blue print for the provision of comprehensive care to transgender and transsexual persons and their communities in Latin America and the Caribbean (LAC); in association with IAPAC; mimeograph, limited distribution*, p. 7.

¹² Colombia Diversa, “Del amor y otras condenas: Personas LGBT en las cárceles de Colombia” 2013-2014, página 24, disponible en: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-personas-LGBT-en-carceles-de-colombia-2013-2014.pdf>

Antes de proseguir a las consideraciones jurídicas respecto de las preguntas elevadas ante la H. Corte por la República de Costa Rica, es menester hacer referencia al estado del derecho a la identidad de género a nivel regional, con miras a llenar de contenido las observaciones que se presentarán en dicho respecto.

La población transgénero es posiblemente una de las poblaciones más vulnerables a violaciones a derechos humanos a nivel mundial, en la medida en que dichas violaciones generalmente se presentan en una pluralidad de ámbitos fuertemente relacionados entre sí. Así lo ha considerado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al encontrar que *“la mayoría de las mujeres trans se encuentran inmersas en un ciclo de violencia, discriminación y criminalización que generalmente comienza desde muy temprana edad, por la exclusión y violencia sufrida en sus hogares, comunidades y centros educativos. Esta situación se suma a una ausencia, en la mayoría de los países de la región, de disposiciones legales o administrativas que reconozcan su identidad de género”*. En este mismo sentido, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha constatado que los derechos humanos que más sistemáticamente les son vulnerados son el derecho a la salud, al reconocimiento legal de su identidad de género y el derecho a la protección frente a la violencia y discriminación.¹³ Esta situación se ve agravada si se tiene en cuenta que el desarrollo y la garantía de cada uno de estos derechos están intrínsecamente relacionados con el ejercicio efectivo de los demás derechos. Así, la falta de acceso a documentos de identidad que estén acordes a su identidad de género se ha configurado como uno de los principales obstáculos en la materialización de derechos como el trabajo o la salud, en la medida en que las personas se ven sujetas a patrones tradicionales de género que les generan una fuerte discriminación en ámbitos laborales, educativos y de salud, entre otros. En este mismo sentido, un informe presentado en el año 2011 para el “Tercer encuentro del grupo asesor de la Comisión Global del Derecho y VIH” constató que los principales obstáculos en la materialización del derecho a la salud de la población transgénero a nivel mundial son la marginalización económica, el aislamiento social y la insatisfacción de necesidades médicas, entre las cuales se encuentra el acceso real a cirugías de reasignación de sexo¹⁴. El mencionado estudio resalta igualmente que uno de los principales obstáculos para acceder a tratamientos médicos se presenta en la imposibilidad de acceder a documentos de identidad que estén acordes a su identidad de género, poniéndolos en una situación de mayor vulnerabilidad frente a enfermedades como el VIH.¹⁵ Igualmente, al indagar por la marginalización de las personas transgénero en Estados Unidos y su situación laboral, se ha constatado que éstas sufren de discriminación en el momento de aplicar a un trabajo, en especial en aquellas situaciones en que sus documentos de identidad no concuerdan con su identidad y manifestación de género¹⁶.

Ahora bien, cabe resaltar que para garantizar efectivamente el derecho a la identidad de género, los Estados se enfrentan a dos situaciones disímiles pero intrínsecamente relacionadas entre sí, a saber, a) el cambio de nombre en los documento de identidad para reflejar de manera adecuada el

¹³ Discussion Paper Transgender Health and Human Rights (December 2013) The United Nations Development Programme (UNDP), disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/HIV-AIDS/Governance%20of%20HIV%20Responses/Trans%20Health%20&%20Human%20Rights.pdf>

¹⁴ Baral., SD., Beyrer., C., & Poteat., T., (2011), Human Rights, the Law, and HIV among Transgender People. Working Paper prepared for the Third Meeting of the Technical Advisory Group of the Global Commission on HIV and the Law, 7-9 July 2011.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Movement Advancement Project, Center for American Progress, Human Rights Campaign, National Center for Transgender Equality (Septiembre de 2013), A BROKEN BARGAIN FOR TRANSGENDER WORKERS

nombre con el que la persona se identifica ante la sociedad y b) el cambio de sexo en los mismos documentos para reflejar de manera adecuada el género con el que la persona se identifica. Si bien la solicitud de opinión consultiva elevada por la República de Costa Rica ante la H. Corte se refiere de manera exclusiva al primer supuesto, es decir, a la posibilidad de reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con su identidad de género, en este escrito haremos referencia a ambos supuestos, en el entendido de que el solo cambio de nombre no garantiza de manera efectiva la identidad de género de la población transgénero y no protege a dicha población de la discriminación y afectación de sus derechos anteriormente mencionada. En este sentido, el PNUD ha identificado importantes problemáticas a nivel mundial en la identificación adecuada de personas transgénero, estableciendo que en muchos casos en los cuales estas pueden cambiar algunos documentos, o únicamente algunos aspectos de sus documentos de identidad (como sería el cambio de nombre sin el cambio de sexo) las personas transgénero encuentran una gran dificultad en establecer una historia personal coherente, situación que los pone en riesgo de ser sospechosos de fraude de identidad¹⁷ y que les puede generar una afectación emocional y psicológica significativa. Adicionalmente, establece el PNUD que el derecho a la privacidad de las personas atraviesa esta problemática, toda vez que revelar el sexo original de una persona transgénero la pone en evidencia y la deja en una situación de discriminación basada en su identidad de género.

En razón de lo anterior, se hace imperante ver el desarrollo que ha tenido la protección a la identidad de género en algunos países a nivel regional, con el fin de aportar elementos de análisis a la H. Corte para la determinación de las preguntas formuladas en la respectiva opinión consultiva.

En Argentina, luego de diversos fallos judiciales, el 9 de mayo de 2012 se produjo el mayor desarrollo en la materia bajo estudio a través de la expedición de la Ley 26.746 sobre el Derecho a la identidad de género de las personas transgénero, la cual fue promulgada el 23 de mayo del mismo año.¹⁸ El fundamento legal con el cual se adelantó la mencionada normativa se encuentra en el derecho a la identidad establecido en la Constitución de Argentina a través de los artículos 33 y 75, inciso 19 párrafo 4 en donde se establece que el Congreso “*debe dictar normas que protejan la identidad y pluralidad cultural*”. Así mismo, el artículo 19 establece que “*[l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

De esta manera, basándose en la normativa constitucional descrita, en una decisión relativa a la personería jurídica de una asociación transgénero, el 21 de noviembre de 2006 la Corte Suprema de Justicia de Argentina estableció que:

“(…) el sentido del objeto de la asociación conlleva a fomentar prácticas ciudadanas más democráticas e inclusive que tiendan a la eliminación de la discriminación a la que son sometidos determinados grupos por su orientación sexual y apariencia física... [explica que] el pronunciamiento de la alzada denota un alto contenido discriminatorio, ya que el fin de esa entidad no consiste en impulsar o promover estilos de vida o prácticas sexuales determinadas a las que consideran propias de su derecho a la intimidad sino que como

¹⁷ UNDP Paper, ob cit, supra , página 23

¹⁸ Derecho a la identidad de género de las personas transgénero. Ley 26.746 Argentina. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

surge con claridad del texto del estatuto tiende a que se reconozca que los travestis y los transexuales cuentan con una identidad propia, eliminándose prácticas marginatorias y estigmatizantes que vinculan al travestismo con la violencia y la prostitución como única alternativa de vida"¹⁹.

Seguido de lo anterior, en el fallo del 21 de septiembre de 2007 "C.J.A. y otra- Solicitan autorización"²⁰, la Corte Superior del Gobierno de la Provincia de Córdoba autorizó la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, el cambio de sexo en la partida de nacimiento y el cambio de nombre de pila, para una transexual menor de edad. En dicho caso, la Corte argumentó:

"el transexual goza del derecho a su identidad sexual [resultando] ilustrativas las pautas que proponen distinguir entre el sexo en un sentido estático (el biológico—cromosómico) y el sexo en su sentido dinámico (el psicosocial). (...) Negar la existencia del derecho a la identidad constituiría un ataque directo a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos como valores supremos en la Constitución Nacional." De esta manera, el Tribunal resolvió el caso en los siguientes términos: *"que se proceda a la rectificación registral de que se trata, y a la expedición de un nuevo DNI, a fin de uniformar o armonizar el sexo registral con su sexo psicosocial, aportando con ello decididamente a paliar la afectada identidad personal del menor, como así también a minimizar cualquier posibilidad de futura discriminación social, derivada de su particular condición"*²¹.

Las anteriores disposiciones jurisprudenciales llevaron a la promulgación de la Ley 26.746 relativa al derecho a la identidad de género de las personas transgénero que garantiza el derecho de las personas transgénero a solicitar la modificación registral del nombre y el sexo en los documentos de identidad cuando éstos no coincidan con su identidad de género auto percibida. En este caso, la ley argentina no exige como prerequisite una intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial, ni la acreditación de terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.²² Cabe mencionar adicionalmente que en este caso se optó por un procedimiento administrativo expedito, en la medida en que establece que el registrador debe notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila, emitir una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento de identidad que reflejen el precitado cambio.

Uruguay, por su parte, expidió la ley No 18.620 el 12 de octubre de 2009 relativa al Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos de Identificación, por medio de la cual se establece que toda persona que sienta discordancia entre su nombre, sexo o ambos y la forma en que se percibe, podrá solicitar el cambio de los anteriores en los registros de identidad. Al

¹⁹ Corte Suprema de Justicia Argentina. (n.d.). *Recurso de hecho. Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/ Inspección General de Justicia*. 21 de noviembre de 2006: <http://inadi.gob.ar/institucional/marco-juridico-general/diversidad-sexual/a-2036-xl-recurso-de-hecho-asociacion-lucha-por-la-identidad-travesti—transexual-c-inspeccion-general-de-justicia/>.

²⁰ Corte Superior del Gobierno de la Provincia de Córdoba. Fallo del 21 de septiembre de 2007 "C.J.A. Y OTRA - SOLICITAN AUTORIZACIÓN", disponible en: <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciacordoba.gob.ar%2Fjusticiacordoba%2FfileAdjunto.aspx%3Fid%3D94&ei=u1jU9v3D9LmsATknoGABQ&usg=AFQjCNE2ZU3aNZQ6CASolnMjx7h8YEIQ&sig2=BeHOZleROZtsy7J9r8Y81w&bvm=bv.72676100.d.cWc>

²¹ Tratado de Daños a las personas. Daños a la dignidad. 1. Identidad. Honor. Intimidad. Ed. Astrea, pág. 155/156, Buenos Aires, año 2011

²² Artículo 4 Ley 26.746

igual que en Argentina, la Ley de identidad de género no exige que la persona interesada en el cambio tenga que haberse practicado una reasignación de sexo, tratamiento hormonal alguno o transformaciones morfológicas o estéticas. Sin embargo, de no haberse realizado la cirugía o los tratamientos, la persona debe acreditar que el nombre y sexo de su Registro Civil de Nacimiento son discordantes con su identidad de género y debe haber vivido conforme al género del que se siente durante al menos dos años, de manera persistente y estable. No obstante, en este caso la ley uruguaya estableció que el procedimiento se debía hacer por vía judicial y no administrativa, con el propósito de evitar que un trámite administrativo pudiera modificar instituciones jurídicas tales como el matrimonio.

En el caso de Colombia, de conformidad con el decreto 1260 de 1970 se permite el cambio de nombre de cualquier persona (sea por un nombre del mismo sexo o por un nombre que se ajuste a su identidad de género) a través de una escritura pública elevada ante notario por medio de la cual la persona modifica el nombre que se encuentra consignado en su registro civil. Como consecuencia de dicha actuación, se debe realizar de igual manera una modificación de todos los documentos legales que identifican a la persona (i.e. cédula, registro civil de matrimonio, entre otros) para que el nuevo nombre se ajuste al consignado en el registro civil de la persona.

El artículo 94 del mencionado decreto establece que el cambio de nombre se podrá realizar por una sola vez por la persona. No obstante lo anterior, con el propósito de salvaguardar el derecho a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad de las personas transgénero, en sentencia T-977 de 2012 la Corte Constitucional consideró que “[t]odo individuo tiene el derecho a escoger libremente un plan de vida y a desarrollarlo a plenitud respetando los límites constitucionales. La fijación del nombre, como atributo de la personalidad, resulta determinante para el libre desarrollo del plan de vida individual y para la realización del derecho a la identidad, en la medida en que constituye el signo distintivo del sujeto en el plano relacional”²³, razón por la cual permitió, en el caso concreto de una persona transgénero que deseaba modificar por segunda vez su nombre en su registro civil de nacimiento, el cambio excepcional por segunda vez. Esta jurisprudencia fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia T-086 de 2014 al considerar que “la facultad que tiene toda persona de fijar su identidad a través del nombre que prefiriera es un reconocimiento de la autonomía de la persona para definir su proyecto de vida como manifestación de la dignidad”²⁴.

En relación con el cambio de sexo en los documentos de identidad, la jurisprudencia colombiana ha evolucionado paulatinamente desde los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto. En sus inicios, la sentencia T-504 de 1994 concebía la identidad sexual como un atributo “objetivo” de la personalidad que requería de comprobación judicial. En esta instancia de la evolución jurisprudencial en Colombia, para realizar la modificación del sexo en los documentos de identidad se hacía necesario presentar ante el juez de conocimiento prueba de la cirugía de reasignación sexual, al igual que testigos que dieran fe de la identidad de género con la cual la persona se presentaba ante la sociedad²⁵. Posteriormente, mediante sentencias T-918 de 2012 y T-

²³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-977 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada, exp. T-3480973, sentencia de 22 de noviembre de 2012.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-086 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. T-4.081.413, sentencia de 17 de febrero de 2014.

²⁵ En la sentencia T-504 de 1994 se establece que el sexo es un componente objetivo del estado civil por ser de naturaleza física y no depender de una apreciación subjetiva. De esta manera, teniendo en cuenta que el artículo 89 del

231 de 2013 la Corte Constitucional reconoció el derecho fundamental que le asiste a toda persona a que el sexo registrado en el registro civil coincida con la identidad sexual y de género efectivamente asumidas y vividas por las personas. En este caso, se requería de la cirugía de reasignación de sexo para poder acceder a dicho cambio. En lo relativo al procedimiento para la realización del cambio de sexo en los documentos de identidad, la sentencia T-918 de 2012 realiza un ligero cambio respecto a la providencia anterior al considerar que se amerita la intervención del juez de tutela cuando están en juego circunstancias específicas que comprometan el derecho a la identidad del accionante. En este sentido, concede que mediante tutela se pueda obtener el cambio del estado civil en consideración de dos circunstancias especiales: (i) que el mecanismo ordinario no resulte eficaz y; (ii) que existan condiciones que dificulten el acceso a la operación de reasignación de sexo. Así pues, mientras se sustente con pruebas médicas o psicológicas la condición de transgénero del accionante se podrá solicitar al juez de tutela la modificación del estado civil.

Finalmente, mediante sentencia T-063 de 2015, la Corte Constitucional consideró que el requerimiento de acceder a la jurisdicción voluntaria para la realización del cambio de sexo en el registro civil de nacimiento era una carga innecesaria y gravosa de los derechos de las personas transgénero, que además representa un trato discriminatorio en relación con las personas cisgénero que sí podían modificar su sexo en los documentos de identidad mediante un procedimiento administrativo ante un notario. En este sentido, estableció que el cambio se podrá realizar mediante una modificación en el registro civil de la persona a través de una escritura pública, al igual que se hace con el cambio de nombre. Al analizar el derecho a la identidad de género, en relación con los documentos de identidad, la Corte Constitucional de Colombia consideró:

“El derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos consignados en el registro civil correspondan a su definición identitaria, se encuentra constitucionalmente protegido por las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14 CP), y el respeto de la dignidad humana en las tres manifestaciones antes identificadas: (i) derecho a vivir como uno quiere; (ii) derecho a vivir bien; (iii) derecho a vivir sin humillaciones. En el presente caso se ven concernidas las tres dimensiones, especialmente la primera y la tercera, en tanto la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal (del derecho a vivir como uno quiera), lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás (derecho a vivir sin humillaciones) y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una vida digna (derecho a vivir bien)”²⁶.

Decreto 1260 de 1970 determina que hay dos posibilidades para modificar el estado civil por disposición de los interesados o por decisión judicial y que el artículo 5° del Decreto 2272 de 1989 dicta que cuando la situación requiera de valoración la competencia se asigna al juez de familia, la Corte considera que el cambio de sexo en el registro civil debe ventilarse en los estrados judiciales. Así, la Corte estableció que el cambio de sexo en el registro civil debe hacerse mediante sentencia judicial, adjuntando prueba que constata la realización de una cirugía de reasignación genital, toda vez que el Decreto 2272 de 1989 determina que será competencia de un juez modificar las partidas de estado civil cuando exista indeterminación de la situación, esto es, a juicio de la Corte, el cambio de sexo.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-063 de 2015, M.P. María Victoria Calle, exp. T-4541143, sentencia de 13 de febrero de 2015.

En lo relacionado al procedimiento para el cambio, la Corte Constitucional de Colombia, en reiteración de jurisprudencia anterior²⁷ consideró que *“la obligación de acudir a la jurisdicción voluntaria para cambiar el sexo en el registro civil puede erigirse en un obstáculo adicional a los que ya enfrentan las personas transgénero para lograr ser reconocidas y aceptadas como tales por el resto de la sociedad”*²⁸ en la medida en que *“la vía judicial requiere que las personas actúen a través de abogado [de conformidad con la ley colombiana], lo que se convierte en un obstáculo de entrada, en tanto, como se mencionó previamente, la gran mayoría de personas trans, carecen de empleos estables o fuentes económicas suficientes para garantizar sus condiciones mínimas de existencia”*²⁹. Adicionalmente, la Corte encontró un segundo obstáculo que *“se deriva del tiempo de espera que demanda un proceso judicial, que puede prologarse durante varios meses en los cuales estas personas se ven sometidas a las discriminaciones y exclusiones de orden laboral, social y jurídico derivadas de la falta de correspondencia entre su identidad sexual y los datos consignados en el registro civil, pues hasta tanto se corrijan estos últimos se dificulta el acceso al mercado laboral o a la función pública, la posibilidad de realizar actos o negocios jurídicos o desplazarse por fuera de las fronteras territoriales, entre otros”*³⁰. Por lo anterior, consideró la Corte Constitucional que la exigencia impuesta a las personas transgénero de acudir a un procedimiento jurisdiccional para solicitar el cambio de sexo en el registro civil de nacimiento y demás documentos legales supone la afectación de múltiples derechos fundamentales protegidos por la Constitución colombiana al igual que por los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Si bien las anteriores consideraciones se configuran únicamente como acercamientos sumarios a la diversa legislación a nivel regional en lo relativo a la identidad de género, permiten esgrimir unos aspectos relevantes para el estudio de la H. Corte en la presente solicitud de opinión consultiva. En primera medida, varios países a nivel regional han adoptado legislaciones que protegen el derecho a la identidad de género de la población transgénero con el fin de garantizar los derechos a la privacidad, la identidad, y el nombre, entre otros. Adicionalmente, muchas de las legislaciones que protegen el derecho a la identidad de género de la población transgénero han entendido la relación entre el cambio de nombre y el cambio de sexo y/o género en los documentos de identidad como elementos inescindibles en la búsqueda de una adecuada protección a dicha población. Finalmente, se evidencia que los procedimientos seleccionados por cada uno de los países analizados en este aparte varían en su naturaleza, demostrando un amplio espectro de posibilidades que entraremos a analizar en torno a la pregunta 1.1 elevada por la República de Costa Rica.

El desarrollo jurisprudencial realizado por los países aquí presentados, entre otros, sirve como base para el estudio y las determinaciones que debe realizar la H. Corte sobre la materia bajo el principio de fuente subsidiaria de derecho internacional público, espectro jurídico bajo el cual se encuentra inmersa la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, el artículo 38 (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que será un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho *“la jurisprudencia y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las*

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-918 de 2012, MP Jorge Iván Palacio Palacio; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁸ Sentencia T-063 de 2015, *supra nota*.

²⁹ Según un estudio realizado por la Corporación Opción en dos mil nueve (2009), de cuarenta y siete (47) mujeres *trans* encuestadas en Bogotá, todas declararon trabajar en el mercado laboral informal y treinta y ocho (38) de ellas declararon tener un salario menor al mínimo legal vigente. Informe presentado por el Ministerio de Justicia y del Derecho (folios 213 al 218 del cuaderno de Revisión).

³⁰ Sentencia T-063 de 2015, *supra nota*.

naciones.” Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas para la “Formación y prueba del derecho internacional” Sr. Michael Wood, reconoció el rol que puede jugar la jurisprudencia nacional en la determinación de normas de carácter internacional al considerarla como una fuente subsidiaria de derecho³¹.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le ha dado una creciente importancia a la jurisprudencia nacional al momento de tomar decisiones jurídicas respecto de nuevos derechos en aquellas circunstancias en donde se evidencia un creciente consenso europeo en el tratamiento de una determinada materia. Así *“a la hora de interpretar las provisiones del convenio, el Tribunal ha prestado tradicionalmente especial atención a la moral cambiante en los países miembros del Consejo de Europa, al estimar que «el convenio es un instrumento vivo [...] que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales»*³². En este sentido, al momento de estudiar la penalización de las relaciones entre parejas del mismo sexo, consideró relevante para su estudio que numerosos estados partes del convenio, incluyendo la República Federal de Alemania y el Reino Unido (en Inglaterra y Gales), hubieran despenalizado años atrás las prácticas homosexuales entre adultos. Este mismo análisis ha sido realizado por el Tribunal Europeo al estudiar la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio³³ y la aplicación del principio de irretroactividad en materia penal³⁴, al considerar que existe un creciente consenso en el continente frente a la materia.

Ahora bien, en el caso de la Corte Interamericana el estudio del consenso latinoamericano o consenso regional no se ha presentado de la misma manera que en el sistema Europeo. Sin embargo, la H. Corte en *Atala Riffo vs. Chile*, utilizó conceptos, definiciones y decisiones de otros sistemas de protección y de Altas Cortes en el derecho comparado que reflejaban claramente una tendencia de los últimos 20 años respecto a la necesidad de ampliar la protección de las minorías sexuales y se refirió a la falta de consenso regional sobre la materia en los países miembros de la Convención al establecer que: *“la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”*³⁵.

Con base en las anteriores consideraciones, se entrarán a presentar las observaciones respectivas a cada una de las preguntas elevadas ante la H. Corte por la República de Costa Rica en la solicitud

³¹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo VI “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, 2015, párrafo 70. Disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2015/spanish/chp6.pdf>

³² *Tyrer c. Reino Unido*, solicitud 5856/72, de 25 de abril de 1978, párr. 31. *«In interpreting the Convention, the Convention institutions avowedly follow an evolutive and dynamic method, rather than a static and historical one. This means that the concepts used in the Convention are to be understood in the context of the democratic European society of today, and not (...) when the Convention was drafted»*, MATSCHER, F., «methods of interpretation of the convention» en MACDONALD, R. ST. J., MATSCHER, F., y PETZOLD, H. (eds.), *op. cit.*, nota 11, p. 68.

³³ TEDH *Bayatyan vs. Armenia*, de 7 de julio de 2011

³⁴ TEDH *Scoppola vs. Italia (2)*, de 17 de septiembre de 2009.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C. No 239, párrafo 92

de opinión consultiva, haciendo referencia a la importancia de una jurisprudencia creciente a nivel regional sobre la materia.

2.1.2 ¿El Estado debe reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?

A continuación, nos referiremos a la pregunta elevada por la República de Costa Rica en los siguientes términos: Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?

Como bien lo establece la República de Costa Rica, la identidad de género y la orientación sexual son categorías protegidas a nivel internacional, y en específico por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta protección ha sido igualmente establecida en órganos internacionales de protección de derechos humanos, tales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas al declarar que “se reconoce la identidad de género dentro de las razones prohibidas de discriminación, por ejemplo, aquellas personas que son transgénero, transexuales o intersexuales afrontan a menudo graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en la escuela o en el lugar de trabajo”³⁶. De igual manera, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en el caso *P. v. S. and Cornwall County Council*, dictaminó específicamente que: “la discriminación proveniente (...) de la reasignación de género de las personas” se considera discriminación por razón de sexo. Dicho dictamen ha sido confirmado y ampliado en posteriores sentencias del TJCE³⁷. Sobre este último punto cabe mencionar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado reiteradamente que dicha ampliación de la protección en contra de la discriminación por razón del sexo sólo es aplicable a aquellas personas que se hayan sometido a una cirugía de reasignación sexual, más no puede ser aplicada en casos de personas transgénero, cross-dressers y travestis³⁸. No obstante, se debe resaltar que tanto a nivel internacional como a nivel regional los órganos de protección de derechos humanos han ratificado la protección en contra de la discriminación y la categoría de protección especial de que gozan las personas trans, en consonancia con la protección otorgada bajo los artículos 1 y 24 de la Convención Americana.

Ahora bien, la primera pregunta elevada por la República de Costa Rica ante la H. Corte hace referencia al derecho a la identidad de las personas, manifestada de manera pública a través de la información consignada en los documentos de identidad de cada Estado, en especial en lo relativo al nombre y al género o sexo de la persona. En este sentido, cabe resaltar que “el derecho a la

³⁶ Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No 20 sobre No Discriminación*.

³⁷ TJCE, Caso C-13/94, *P v. S. and Cornwall City Council*, sentencia de 30 de abril de 1996, ECR [1996] I2143, TJCE, Caso 117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, sentencia de 7 de enero de 2004, TJCE, Caso C-423/04, *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, sentencia del 27-04-2006. Véase para una explicación del carácter progresivo de las sentencias: Agencia Europea de los Derechos Fundamentales, *Homophobia and Discrimination on the grounds of sexual orientation in the EU Member States, Part I Legal Analysis*, p. 124.

³⁸ Agencia Europea de Derechos Fundamentales, *Homophobia and Discrimination on the grounds of sexual orientation in the EU Member States, Part I Legal Analysis*, p. 126.

*identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas*³⁹. En materia legal, este derecho ha sido consagrado, entre otras regulaciones, a través del derecho a la personalidad jurídica y el derecho al nombre en los diferentes instrumentos nacionales e internacionales.

El derecho al reconocimiento ante la ley ha sido establecido en diversos tratados de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 16), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 15), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 8), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 3) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 5). En este mismo sentido, al tratarse del reconocimiento ante la ley de la identidad de género, los Principios de Yogyakarta establecen directrices sobre cómo la legislación internacional de los derechos humanos se aplica a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. En su principio tercero se asevera que la identidad de género que cada persona defina para sí misma es esencial para su personalidad, y de manera clara se establece que en virtud del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica los estados deben reconocer legalmente la identidad de género. Así mismo, se sugiere a los estados que adopten todas las medidas necesarias para que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indiquen el género o el sexo de una persona, reflejen la identidad de género que la persona ha definido para sí misma. La Corte Interamericana ha resaltado la importancia del derecho a la personalidad jurídica para el ejercicio de otros derechos contenidos en la Convención Americana. En este sentido, en el *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* la Corte observó que a las menores se le restringió su derecho al reconocimiento de personalidad jurídica, y como consecuencia de ello, se les imposibilitó el acceso, goce y disfrute de otros derechos, tales como la educación y la salud⁴⁰.

En lo relativo al derecho al nombre, la Corte ha establecido⁴¹ en su jurisprudencia que *“el derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona”*⁴² y ha considerado que sin este la persona no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado⁴³. En este mismo sentido, la Corte Europea ha considerado que *“como medio de identificación personal y de relación o de incorporación a la familia, el nombre de una persona afecta la vida [...] familiar de esta”*⁴⁴.

³⁹ El derecho a la identidad como derecho humano, Secretaría de Gobierno, Dirección General de Consulta y Compilación del Orden Jurídico Nacional, Bucareli No. 99, Col. Juárez, Del. Cuauhtémoc, CP 06600, México, DF., México, 2011, página 15

⁴⁰ Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, *supra nota* 38.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C. No. 211, párrafo 192.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 184.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C. No 221, párr. 127; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. *Supra nota* 37, párr. 182, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, *supra nota* 36, párr. 192.

⁴⁴ Eur. Court. H.R., *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Serie A no. 280 – 3, p. 28 para. 24 “[...] Article 8 (art. 8) of the Convention does not contain any explicit provisions on names. As a means of personal identification and of linking to a family, a person’s name none the less concerns his or her private and family life”.

Las anteriores consideraciones llevan a analizar la importancia que tiene el nombre de una persona en su desarrollo emocional y su interacción social, al igual que en el reconocimiento de sus derechos ante diversos órganos del Estado y frente a instituciones privadas. En este sentido, cabe mencionar un estudio realizado por la Fundación Huésped, con el apoyo de Open Society Foundations, relacionado con la Ley de Identidad de Género en Argentina, que observó grandes diferencias en el ejercicio de derechos civiles y políticos por parte de las mujeres trans luego de la aprobación de la precitada Ley de Identidad de Género. El Estudio identifica que “[p]revio a mayo del 2012, sólo 19 de los 452 participantes habían cambiado su DNI y la gran mayoría (85,7%) no había cambiado sus partidas de nacimiento, no se había casado ni adoptado un hijo. Sin embargo,[...] esta situación ha cambiado desde que la nueva ley fue implementada y 6 de cada 10 personas entrevistadas han realizado el cambio de nombre en sus partidas de nacimiento y DNI”⁴⁵ y señala que el 79,6% de las personas que aún no han realizado una modificación de su DNI están dispuestas a hacerlo. En este mismo sentido, encontró el estudio que en materia de los derechos a la educación y al trabajo de hombres trans “desde que se aprobó la Ley de Identidad de Género, el 28,6% de la muestra se reincorporó al sistema educativo; 3 de cada 10 personas han cambiado sus nombres en los registros de las instituciones educativas a las que asisten actualmente y el 17,3% ha cambiado su nombre en los títulos y diplomas otorgados anteriormente”⁴⁶. Adicionalmente, “6 de cada 10 personas entrevistadas comenzaron a trabajar o reiniciaron la búsqueda de nuevas oportunidades laborales desde la aprobación de la ley”⁴⁷. Con base en estas y otras consideraciones, el estudio concluye que “la aplicación de la Ley de Identidad de Género, al garantizar los derechos humanos de las personas trans, redundó en mejoras en su calidad de vida. En este sentido, se observó que la ley dio lugar a un incremento en el acceso a la salud, la educación, el trabajo, al ejercicio de derechos políticos y civiles principalmente. Conjuntamente, su aplicación permitió disminuir las situaciones de [exclusión y discriminación] en todos los ámbitos estudiados”⁴⁸.

En razón de lo anterior, se puede concluir que en aquellas situaciones en donde el nombre de una persona no se adecúa a su identidad de género y la forma como esta se presenta ante la sociedad, se generan una diversidad de barreras e incluso violaciones a derechos protegidos por la Convención Americana, como lo son el derecho a la personalidad jurídica y la no discriminación y a derechos consagrados en otros instrumentos interamericanos como los derechos a la salud y a la educación protegidos por los artículos 10 y 13, respectivamente, del Pacto de San Salvador.

Adicionalmente, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de garantizar y respetar los derechos humanos sin discriminación alguna. Tal y como se estableció con anterioridad, la Comisión Interamericana al igual que la Corte Interamericana han considerado que la población LGBTI se enmarca dentro de la protección otorgada por el precitado artículo dentro de la definición de “otra condición social”. Adicionalmente, el artículo 2 de la Convención establece la obligación de los Estados de adoptar disposiciones a nivel interno que garanticen las protecciones establecidas en los artículos de la Convención. Lo anterior implica, en relación con la situación bajo estudio, que los Estados se encuentran en la obligación de

⁴⁵ Fundación Huésped y Asociación Traverstis, Transexuales Transgéneros Argentina, “Ley de Identidad de Género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina”, Realizado por el apoyo de Open Society Foundations, Buenos Aires, Argentina, 2013, página 35

⁴⁶ Ibidem, página 48

⁴⁷ Ibidem, página 51

⁴⁸ Ibidem, página 59

implementar medidas diferenciales para garantizar la garantía y respeto de los derechos de la población trans, que en este caso se traducen en la posibilidad del cambio de nombre y/o género en los documentos de identidad.

Por otra parte, el artículo 11.2 de la CADH establece que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. En atención a lo anterior, se deben analizar las consecuencias, en la vida privada de las personas, que tiene la modificación del nombre y/o género en sus documentos legales. Tal y como se ha establecido con anterioridad, la identidad de género de las personas, y su identificación legal mediante el nombre que aparece consignado en sus documentos, tiene una relación estrecha con el derecho a la no discriminación al igual que en el reconocimiento de diversos derechos contenidos en la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos. En el caso de las personas transgénero, la vida privada, la honra y la dignidad de éstas se encuentra estrechamente ligado con el reconocimiento a la identidad de género, en la medida en que la falta de reconocimiento público de la identidad de género asumida los mantiene en una situación de vulnerabilidad que nos les permite vivir libre de discriminación. En este sentido, la relación entre el principio de no discriminación protegido por el artículo 24, y el derecho a la honra y la dignidad contenido en el artículo 11.2 se encuentran fuertemente relacionados en lo relativo a la identidad de las personas transgénero o con identidad de género diversa.

Por otra parte, como se estableció con anterioridad, en el presente documento se considera que para poder garantizar de manera adecuada la identidad de género de las personas transexuales bajo la Convención Americana, en especial en relación con los artículos 1.1, 2, 11.2 y 24, es necesario que el Estado permita la modificación no sólo del nombre de la persona, sino igualmente del sexo o género que aparezca reconocido en documentos públicos y privados. Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, expidió la Resolución 17/19 (A/HRC/RES/17/19) del 14 de julio de dos mil once (2011) sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género⁴⁹, con base en la cual se produjo el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/19/41) del 17 de noviembre de 2011 en donde se recomienda a los miembros que “Faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos”.⁵⁰

En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Goodwin contra Reino Unido⁵¹, entre otros⁵², estableció que la negativa de las autoridades de un país para rectificar el sexo en el documento de identificación de una persona transgénero equivale a una violación al derecho a la vida privada (protegido en el ordenamiento interamericano por el artículo 11.2 de la CADH) y a la

⁴⁹ Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/19 (A/HRC/RES/17/19), disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/148/79/PDF/G1114879.pdf?OpenElement>

⁵⁰ Consejo de Derechos Humanos, Resolución (A/HRC/19/41) “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género.” Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf

⁵¹ Corte Europea de Derechos Humanos, Goodwin vs. the United Kingdom, no. 65723/01, § ..., 22 January 2008

⁵² Véase *Eur. Ct. HR, B v. France, sentencia de 25 de marzo de 1992 (Series A No 232-C) (distinguiendo las sentencias de Rees y Cossey)*, *Eur. Ct. HR, Sheeld and Horsham v. the United Kingdom, sentencia de 30 de julio de 1998*, *Eur. Ct. HR, Christine Goodwin v. the United Kingdom, acusación 28957/95, sentencia de 11 de Julio de 2002*. *Eur. Ct HR (4a sección)*, *Grant v. the United Kingdom, acusación No 32570/03, sentencia de 23 de mayo de 2006*.

familia, en los términos de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estos pronunciamientos del Tribunal Europeo se dan luego de una larga historia del mismo en relación con los derechos de las personas transgénero y transexuales. Con anterioridad a los casos *Goodwin vs. Reino Unido* e *I vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo había llegado a diferentes conclusiones⁵³ al considerar que los Estados no se encontraban en la obligación, bajo el Convenio, de permitir el cambio de nombre, el cambio de sexo o el matrimonio de las personas transgénero con el fin de que concordaran con su identidad de género.

El cambio en *Goodwin* se da al considerar que el Convenio “es un *“instrumento vivo,”* que ha de interpretarse siempre atendiendo a las circunstancias específicas de cada momento histórico, y que sólo recientemente ha empezado a vislumbrarse un consenso europeo favorable al reconocimiento de la transexualidad con todas sus consecuencias”⁵⁴. En el asunto *Goodwin*, el TEDH llegó a la conclusión de que el Reino Unido había traspasado su margen de apreciación al impedir que Christine Goodwin, un transexual convertido del sexo masculino al sexo femenino, contrajera matrimonio con un hombre, en la medida en que no reconocía su transexualidad y su legislación no permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵⁵.

Al respecto, es menester resaltar que en *Goodwin e I.*, el TEDH admitió que aun cuando en 2002 no existía una opinión totalmente unánime en los Estados partes en el CEDH hacia el reconocimiento de todos los derechos que reclaman los transexuales, había una opinión más favorable hacia este colectivo, que lo llevan a tutelar los derechos de las personas transexuales en los casos bajo estudio. Para sustentar su posición, el TEDH cita prácticas y leyes recientemente adoptadas en algunos Estados europeos⁵⁶. La anterior apreciación es de especial importancia teniendo en cuenta la jurisprudencia citada en el aparte de derecho comparado respecto de la legislación existente en varios Estados parte de la Convención Americana. En este sentido, atendiendo a que existe una creciente tendencia a nivel regional en el reconocimiento de los derechos de la población transgénero para permitir la modificación su nombre y sexo en documentos de identidad, se puede entender que la H. Corte debe tutelar los derechos de esta población mediante la presente opinión consultiva.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha continuado evolucionando en su protección de los derechos de la población transgénero. Así, en el caso *Van Kück v. Alemania*⁵⁷ el Tribunal consideró que la identidad sexual de las personas es una de las cuestiones más íntimas de la vida

⁵³ Al respecto ver: *Van Oosterwijck v. Bélgica*, Demanda No. 7654/76, Corte E.D.H. (1980), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57549>; *Rees v. Reino Unido*, Demanda No. 9532/81, 9 Corte E.D.H. 56 (1986), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564>; y *Cossey v. Reino Unido*, Demanda No. 10843/84, Corte E.D.H. (1990), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641>.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, *Société Colas y otros v. Francia*, 2002-III Corte E.D.H. párr. 41, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-III.pdf (donde se enfatiza que la Convención es un instrumento vivo, y que el Tribunal tiene esto en cuenta al interpretar el significado de los términos “domicilio” y “hogar”)

⁵⁵ Véase *Goodwin v. Reino Unido*, ob cit., párrafo 103

⁵⁶ Véase *I.*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. párr. 64 (donde se menciona que se vislumbra un consenso emergente entre los Estados miembros del Consejo de Europa para ofrecer reconocimiento legal a la reasignación de sexo), párr. 64 (donde se informa de que en Australia y Nueva Zelanda, los tribunales parecen estar alejándose de la opinión tradicional de evaluar solamente el sexo biológico del momento del nacimiento).

⁵⁷ *Van Kück*, 2003-VII Corte E.D.H. párr. 64–65, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2003-VII.pdf.

privada. Esta consideración es de suma importancia para la solicitud de opinión consultiva elevada por la República de Costa Rica, en la medida en que, tal y como lo encontró la Corte Constitucional de Colombia, la imposibilidad de modificar el nombre y el sexo de las personas transgénero, en especial en lo relativo a sus documentos de identidad, pone en evidencia la transexualidad de la persona al evidenciar la discordancia entre lo consignado en dichos documentos y la forma en cómo la persona se presenta ante la sociedad.

Con base en las anteriores consideraciones, la presente intervención escrita invita a la Corte a considerar que bajo los artículos 1.1, 3, 11.2, 18 y 24 los Estados están en la obligación de permitir el cambio de nombre y el cambio de sexo o género de las personas de acuerdo con su identidad de género.

2.1.3 El procedimiento judicial para el cambio de nombre

A continuación, nos referiremos a la pregunta elevada por la República de Costa Rica en los siguientes términos: ¿Se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?

Tal y como se estableció en el aparte de derecho comparado en la materia, los procedimientos establecidos en los diferentes países de la región en torno al cambio de nombre y/o de sexo de las personas es bastante diverso. En razón de lo anterior, y atendiendo a la pregunta elevada por la República de Costa Rica es menester estudiar la imposición de un procedimiento judicial bajo los artículos 8, 11.2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos con el fin de determinar la convencionalidad de la medida.

En primera medida, el artículo 8.1 establece que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”* (Subrayado por fuera del texto original). En este sentido, el artículo 8, que establece las garantías judiciales de todos los ciudadanos, ratifica que el acceso a los sistemas jurisdiccionales se hace con el propósito de, entre otras cosas, determinar el contenido de los derechos y obligaciones de las personas. Por otra parte, el artículo 11.2 de la CADH establece que *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”*. Para poder analizar de manera adecuada el mecanismo idóneo para la modificación del nombre y/o el sexo de las personas con el fin de que éste se ajuste a su identidad de género, es menester entonces estudiar el alcance que tienen estos dos derechos en dichas situaciones fácticas.

La modificación del nombre y/o el sexo de una persona por medio de un procedimiento jurisdiccional conlleva una serie de consecuencias que deben ser analizadas a la luz de los precitados artículos. Tal y como lo establece el artículo 8 de la Convención Americana, el acceso a un procedimiento jurisdiccional es un derecho de todos los ciudadanos que se puede ejercer con el propósito de que la autoridad competente determine el alcance de los derechos que se buscan proteger. En el marco del cambio de nombre y/o sexo, lo anterior implica que la persona que desea modificar su nombre debe poner a disposición de la autoridad jurisdiccional la determinación del derecho que busca proteger,

es decir, que decida sobre la legalidad o no de la modificación que está solicitando. Lo anterior implica que por medio del proceso jurisdiccional se faculta al funcionario judicial para que realice valoraciones sobre la condición sexual de la persona trans y sus razones para cambiar sus documentos de identidad, lo que se traduce en una re-victimización y exposición de la condición de quien hace la petición. Adicionalmente, la naturaleza misma de un proceso judicial puede llevar a que lo solicitado sea denegado en esta instancia.

En este mismo sentido se han pronunciado diversas organizaciones sociales en Colombia al considerar que *“el cambio legal [...] en los documentos de identidad para las personas con identidad de género no normativa es un procedimiento que judicializa y psiquiatiza la decisión autónoma, digna y válida de una persona sobre su proyecto de vida. Vulnera varios de sus derechos y libertades básicas, y le impide acceder a derechos como el trabajo y la salud. Además, es una forma de reproducción de los estereotipos sobre el género y sobre las personas transgénero en particular. Por eso, autores como Dean Spade identifican en las normas y sistemas administrativos relativos al cambio de sexo en los documentos de identificación, un lugar privilegiado para transformar las lógicas actuales del Estado y disminuir la discriminación contra las personas transgénero, porque es a través de sus categorizaciones, prácticas y procedimientos como se ejerce la violencia institucional contra esta población”*⁵⁸.

Ahora bien, a la luz del artículo 11.2 de la Convención Americana la mencionada actuación de la autoridad judicial en la determinación de la persona transgénero de modificar su nombre y/o sexo, se configura como una injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de la persona, toda vez que no se encuentra una justificación adecuada que permita limitar la protección otorgada por el precitado artículo. Al respecto, cabe resaltar que, tal y como lo ha considerado la Corte Constitucional de Colombia⁵⁹, la identidad de género se debe entender como una adscripción que cada persona efectúa de manera autónoma y que sólo corresponde a las autoridades estatales y al resto de la sociedad reconocer y respetar, y que bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha configurado como una categoría protegida⁶⁰, por lo que someter a verificación y posible denegación judicial una decisión autónoma e íntima de la persona se configura como una violación del artículo 11.2 de la Convención.

Por otro lado, es menester resaltar que someter dicha decisión a un proceso jurisdiccional genera afectaciones adicionales a la persona transgénero, en relación con el artículo 11.2 de la Convención. Lo anterior, en la medida en que como bien se ha establecido en el presente escrito, un proceso de jurisdicción voluntaria se configura como una barrera en el acceso de las personas transgénero en el reconocimiento pleno de su identidad de género por dos razones principales. En primera medida, atendiendo a la situación de pobreza en la que vive gran parte de la población transgénero, la contratación de un abogado, necesaria para la interposición de un recurso jurisdiccional, crearía una barrera y una limitación al derecho a la protección judicial contemplada en el artículo 25.1 de la Convención Americana. Adicionalmente, el transcurso del tiempo que requiere la autoridad judicial

⁵⁸ Concepto de las organizaciones Colombia Diversa, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS), el Grupo de Derecho de Interés Público (GDIP), DeJusticia, Colectivo Entre Tránsitos, el Grupo de Acción y Apoyo a personas Transgénero (GAAT), la Fundación Procrear, Santamaría Fundación y Parces ONG a la Corte Constitucional de Colombia el estudio de la sentencia T-063 de 2015.

⁵⁹ T-063 de 2015, *supra*.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C. No 239.

para el estudio del caso mantiene a la persona en una situación de vulneración de derechos, en la medida en que continúa siendo objeto de discriminación toda vez que su identidad de género y su manifestación del mismo no se encuentran conformes a lo registrado en sus documentos de identidad. Esta misma posición fue presentada a la Corte Constitucional de Colombia por el Semillero de Investigación en Derecho de Familia de la Universidad Eafit, quien manifestó que la espera propia y prolongada del trámite judicial produce *“perjuicios colaterales en la vida de relación de la persona transgenerista, dado que mientras se encuentre pendiente su situación jurídica (durante el procedimiento judicial) va a ver restringidas las posibilidades de acceso a un trabajo digno, a cargos en la función pública, al ejercicio pleno de sus derechos políticos (elegir y ser elegido), el ejercicio al libre desplazamiento entre fronteras territoriales (inmigración, emigración), etc.”*; igualmente se presenta *“la suspensión en el desarrollo y culminación de negocios o actos jurídicos de contenido tanto patrimonial como extra patrimonial, mientras se encuentre en trámite el proceso de jurisdicción voluntaria respectivo, con notorios perjuicios para las partes contratantes”*⁶¹.

En este sentido, cabe resaltar que, al analizar los requisitos del recurso efectivo, la Corte Interamericana ha considerado que el mismo debe ser sencillo y rápido para el amparo de los derechos lesionados por las violaciones cometidas⁶² y ha señalado que el recurso debe resolverse *“dentro de un plazo que permita amparar la violación [...] que se reclama”*⁶³. En este sentido, la imposición de un recurso jurisdiccional para garantizar el reconocimiento de la identidad de género de las personas no se configura como un recurso eficaz que permita amparar de manera adecuada los derechos de la población transgénero, atendiendo a los trámites y tiempos tradicionales de dichos procesos.

Ahora bien, por oposición a los trámites judiciales, los procedimientos administrativos se configuran como una garantía de eficacia y celeridad en la modificación del nombre y/o el género de la población transgénero, garantizando de manera adecuada sus derechos, en la medida en que consisten en procedimientos sumarios ante notario en donde se consigna la modificación solicitada por el reclamante, sin que la misma sea sometida a estudio alguno.

Finalmente, en atención a lo establecido en los artículos 2 y 25.2 de la Convención Americana, los Estados están en la obligación de desarrollar los recursos judiciales necesarios para garantizar los derechos de todas las personas. Atendiendo a las consideraciones relativas a la idoneidad del recurso judicial para realizar la modificación del nombre y/o el sexo por parte de las personas transgénero y a la protección a la vida privada y personas de las mismas, se tiene que los Estados deben establecer procedimientos administrativos adecuados para garantizar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones en la garantía y protección de los derechos de las personas transgénero.

Con base en las anteriores consideraciones, la presente intervención escrita invita a la Corte a considerar que bajo los artículo 1.1, 2, 11.2, 24 y 25 se entiende que es contrario a la Convención Americana que las personas interesadas en modificar su nombre de pila solamente puedan acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa.

⁶¹ Informe presentado por los estudiantes miembros del Semillero de Investigación en Derecho de Familia- SIDEFA, adscrito al área de Derecho Privado de la Universidad Eafit a la sentencia T-063 de 2015

⁶² Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 89.

⁶³ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 245.

2.1.4 La interpretación del artículo 54 del Código Civil de Costa Rica a la luz de la CADH

A continuación nos referiremos a la pregunta elevada por la República de Costa Rica en los siguientes términos: ¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?

El artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica establece: “*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*”. Para dar respuesta a la pregunta elevada por la República de Costa Rica, en primera medida nos remitimos a las consideraciones establecidas en el aparte anterior, en lo relativo a la interpretación y aplicación del artículo 25 de la Convención Americana.

Adicionalmente, es menester analizar el artículo 54 del Código Civil bajo el *control difuso de convencionalidad*, en lo relativo a la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, contenido en el artículo 2 de la Convención Americana, según el cual las autoridades del Estado deben “*acoplar su legislación interna a lo preceptuado en el pacto de San José, de tal manera que haya perfecta armonía y congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención*”⁶⁴. Desde la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,⁶⁵ relativa a los alcances interpretativos de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana, se consideró que dentro de la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto se comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos y en *adecuar la normatividad inconventional existente*. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que dicha norma obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional.⁶⁶

Así, la Corte Interamericana ha establecido que “[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la

⁶⁴ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José*, en: *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de abogados y la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington, OEA, 1980, p.34

⁶⁵ Cfr. Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

⁶⁶ Corte IDH. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Excepciones preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 50 Ver también: Corte IDH Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 48

Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁶⁷ (Subrayado por fuera del texto original). En este sentido, cuando el artículo 2º de la Convención Americana se refiere al compromiso de los Estados Partes de adoptar “*las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”, ésta debe entenderse como la obligación de todas las autoridades, dentro de sus respectivas competencias, de asegurar la efectividad de los derechos. En este sentido, tal y como lo establecen Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Moller, “*la expresión “o de otro carácter” implica cualquier medida eficaz para tales propósitos, como pueden ser “interpretaciones conformes” de la normatividad nacional con el Pacto de San José o incluso dejar de aplicar las disposiciones internas cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional*”⁶⁸. Lo anterior implica que el Estado debe aplicar una interpretación de las normas contenidas en su ordenamiento interno que se adecúen a las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Adicionalmente, la Corte ha considerado que ninguna disposición del Estado puede presentarse como una barrera para la protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. En este sentido, en el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay de 2010⁶⁹, la Corte IDH reiteró que “*el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek recuperasen sus tierras tradicionales; representando un incumplimiento del deber estatal establecido en el artículo 2º de la Convención, de adecuar su derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria*”⁷⁰ (Subrayado por fuera del texto original). En este sentido, una interpretación restrictiva del artículo 54 del Código Civil de Costa Rica se configuraría en una barrera para la materialización de los derechos de la población transgénero en lo relativo al reconocimiento de su identidad de género que, tal y como se estableció en los apartes anteriores, configuraría un violación de los artículo 1.1, 11.2, 18, 24 y 25 de la Convención Americana, en la medida en que no garantiza, en la práctica, la concreción de dicho derecho.

Con base en dichas consideraciones, la presente intervención escrita invita a la Corte a considerar que bajo los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica se debe interpretar en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano.

2.2 SOBRE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

2.2.1 El reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas de diferente sexo a las parejas del mismo sexo a la luz de la CADH

⁶⁷ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178

⁶⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, pág. 98

⁶⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, No. 214.

⁷⁰ Ibidem, párr. 154.

A continuación nos referiremos a la pregunta elevada por la República de Costa Rica en los siguientes términos: Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo? Antes de iniciar el estudio de la solicitud elevada a la Honorable Corte, se hace menester resaltar que, si bien la redacción de la pregunta de la República de Costa Rica es confusa, en el presente escrito se entiende que se refiere al estudio, bajo la Convención Americana, de la extensión de los derechos patrimoniales reconocidos a las parejas heterosexuales para las parejas del mismo sexo.

La Corte Interamericana 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”*⁷¹. 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 misma⁷².

Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar *“sin discriminación”* los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a *“igual protección de la ley”*⁷³. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que *“[l]a no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación”*⁷⁴. Asimismo, la Corte ha precisado que:

*“en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales[...] que permea todo su corpus juris, es [...] el principio de la igualdad y la no-discriminación. [...]. La discriminación es definida esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal”*⁷⁵.

En este mismo sentido, la Corte ha concluido que *“el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o*

⁷¹ Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, *supra*.

⁷² Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 53, y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 214.

⁷³ Opinión Consultiva OC-4/84, párrs. 53 y 54, y Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 217

⁷⁴ Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrafo 83.

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 59.

de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*⁷⁶.

Ahora bien, el principio de no discriminación⁷⁷ y el derecho a la igualdad ante la ley⁷⁸ están universalmente reconocidos y protegidos por el Derecho Internacional, de tal suerte que, como lo ha afirmado la Corte Interamericana, “*existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico*”⁷⁹. En ese mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁸⁰, el cual ha precisado que la no discriminación y la igualdad ante la ley conllevan también obligaciones positivas de velar por la efectividad de los derechos humanos, mediante la adopción de legislación y medidas que permitan el goce efectivo de los derechos y el otorgamiento de recursos efectivos en caso de violación de estos⁸¹.

La protección otorgada por las normas internacionales precitadas, en relación con la no discriminación, ha sido extendida a la no discriminación por razón de la orientación sexual. Sin bien esta categoría no está expresamente enumerada en la lista de las razones o motivos prohibidos de discriminación en los principales tratados internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales no pretendían ser exhaustivos en su enumeración de condiciones, y la referencia a “cualquier otra condición” es la indicación más clara de la intención de abarcar la protección de categorías no mencionadas. Así lo ha confirmado la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos⁸²; del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁸³; del Comité contra la

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 101.

⁷⁷ Artículos 1 (3) y 55 de la Carta de las Naciones Unidas; Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículos 2, 4 (1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño; Artículo 7 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; Protocolo N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos; Artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Artículo 3 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño; Artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículos 3 y 11 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, y Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁷⁸ Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 26 del PIDCP; Artículo 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos; Artículo 11 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, y Artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁷⁹ Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrafo 86.

⁸⁰ Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 18, No discriminación*, párrafo 1.

⁸¹ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, párrafo 8.

⁸² Ver entre otros: Dictamen de 31 de marzo de 1994, *Caso Nicholas Toonen c. Australia*, Comunicación No. 488/1992; Dictamen de 6 de agosto de 2003, *Caso Edgard Young c. Australia*, Comunicación No. 941/2000; y Dictamen de 30 de marzo de 2007, *Caso X c. Colombia*, Comunicación N° 1361/2005.

⁸³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12)*, párrafo 18; y *Observación General No. 15: El derecho al agua*, párrafo 13.

Tortura⁸⁴; del Comité de los Derechos del Niño⁸⁵; y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁶. Pero igualmente, nuevos instrumentos y normas de derechos humanos han incorporado la “orientación sexual” entre las razones prohibidas de discriminación⁸⁷. Los órganos políticos de sistemas intergubernamentales han igualmente condenado la discriminación por motivos de orientación sexual: la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸⁸; la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁸⁹; y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos⁹⁰. Cabe destacar que, en su resolución “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” de 2011, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos resolvió “[c]ondernar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”⁹¹.

En igual sentido, la Corte Interamericana ha establecido que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas⁹². Adicionalmente, sobre la orientación sexual, la Honorable Corte ha señalado que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países al momento de los hechos sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para

⁸⁴ Comité contra la Tortura, Observación General No 2: Aplicación del Artículo 2 por los Estados Partes, párrafos 21 y 22.

⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 4: Salud y Desarrollo de los Adolescentes*, párrafo 6, y *Observación General No. 3, VIH / SIDA y los derechos del niño*, párrafo 8.

⁸⁶ Ver entre otras: Sentencia de 27 de septiembre de 1999 (Final, 27 de diciembre de 1999), Caso *Lustig-Prean and Beckett c. Reino Unido*, Aplicaciones N° 31417/96 y 32377/96; y Sentencia de 21 de diciembre de 1999 (Final, 21 de marzo de 2000), caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, Aplicación N° 33290/96.

⁸⁷ Véanse, entre otros, los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad*, aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2008; la *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes* (entrada en vigor en 2008); la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Artículo 21.1), y la *Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002. Cabe igualmente destacar, entre otros: La *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos* de la Comunidad Andina (Artículo 10); el *Tratado de Ámsterdam* de la Unión Europea de 1997 (Artículo 13); la Directiva del Consejo de la Unión Europea 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

⁸⁸ Véase, por ejemplo: las Resoluciones sobre “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” No. 61/173 de 19 de diciembre de 2006, No. 59/197 de 20 de diciembre de 2004 y No. 57/214 de 18 de diciembre de 2002

⁸⁹ Véanse, entre otros, Recomendación 924 (1981) 1, sobre la discriminación contra los homosexuales, adoptada el 1 de octubre de 1981; Recomendación 1470 (2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas, y sus parejas, respecto al asilo y la migración en los Estados miembros del Consejo de Europa; Recomendación 1474 (2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa, y Recomendación 1635 (2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre lesbianas y gays en el deporte.

⁹⁰ Resoluciones “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2600 (XL-O/10) y AG/RES. 2653 (XLI-O/11).

⁹¹ Resolución “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de 7 de junio de 2011, párrafo resolutivo 1°.

⁹² *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr.133

negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.⁹³

Atendiendo a las anteriores consideraciones, es menester entonces estudiar si el no reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas de diferente sexo a parejas compuestas por personas del mismo sexo se entiende como una vulneración al principio de no discriminación en razón de la orientación sexual de las personas y por consiguiente es violatorio del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana abordó ya dicho estudio en el *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia* al analizar las disposiciones legales en materia pensional correspondientes a parejas de diferente sexo y compararlas con aquellas aplicables para parejas del mismo sexo, con el fin de analizar la posible existencia de una discriminación por parte del Estado por razón de la orientación sexual. En el precitado caso, la Corte Interamericana reiteró que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable⁹⁴, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de *proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido*⁹⁵. Asimismo, la Corte estableció que “tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”⁹⁶. En igual sentido se pronunció recientemente la Corte IDH al establecer que en aquellas situaciones en donde existan diferencias en la regulación en materia de derechos de personas homosexuales, los Estados deben brindar una explicación sobre la necesidad social imperiosa, la finalidad de la diferencia en el trato, o presentar una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad⁹⁷.

Por su parte, el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al estudiar el derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo ha considerado que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud, orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda, o tenga por efecto, anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social⁹⁸.

⁹³ *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No.315, párr 124, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 92, y *Caso Duque Vs. Colombia*, *supra*, párr. 123

⁹⁴ *Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile*, párr. 200, y *E González Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 219.

⁹⁵ *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. L 257. Asimismo, *Mutatis mutandi*, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 124, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 228.

⁹⁶ *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia*, *supra nota*, párr 106; *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. L 257. Asimismo, *Mutatis mutandi*, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 124, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 228.

⁹⁷ *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, *supra*, párr 126.

⁹⁸ Consejo Económico y Social (CESCR), *Observación General N° 19: el derecho a la seguridad social (artículo 9)*, 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, párr. 29.

Por otra parte, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género⁹⁹.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en diversas ocasiones¹⁰⁰ que la orientación sexual es una categoría protegida bajo el artículo 14 del Convenio Europeo, por lo que cualquier limitación al ejercicio de los derechos de una persona con orientación sexual diversa debe tener una justificación legal particularmente convincente, y no puede basarse únicamente en la orientación sexual de la persona:

*“77. Sexual orientation is a concept covered by Article 14. The Court has repeatedly held that, just like differences based on sex, **differences based on sexual orientation require “particularly convincing and weighty reasons” by way of justification** (see, for example, *Smith and Grady*, § 90; *Karner*, §§ 37 and 42; *L. and V. v. Austria*, § 45; and *X and Others v. Austria*, § 99, all cited above). Where a difference in treatment is based on sex or sexual orientation **the State’s margin of appreciation is narrow** (see *Karner*, § 41, and *Kozak*, § 92, both cited above). **Differences based solely on considerations of sexual orientation are unacceptable under the Convention** (see *Salgueiro da Silva Mouta*, § 36; *E.B. v. France*, §§ 93 and 96; and *X and Others v. Austria*, § 99, all cited above)”¹⁰¹.*

En este mismo sentido se han pronunciado diversos ordenamientos legales en donde se ha protegido el derecho a la no discriminación por orientación sexual, en específico en lo relativo al reconocimiento de los derechos patrimoniales reconocidos a parejas de diferente sexo. Así, una de las primeras decisiones relativas a los derechos patrimoniales fue rendida por la Corte Suprema de Vermont, en Estados Unidos en 1999¹⁰². Según ésta, el Estado debía proveer acceso, a las parejas de mismo sexo, a los mismos beneficios matrimoniales que se les reconocían a las parejas de distinto sexo. En efecto, los demandantes eran titulares de un derecho constitucional a obtener los mismos beneficios y protecciones otorgados por la ley de Vermont a las parejas de distinto sexo, para lo cual el poder legislativo tenía dos opciones: o incluir las parejas de mismo sexo dentro del estado civil o crear un régimen de asociación de hecho. Al respecto, consideró la Corte Suprema:

*“We hold only that plaintiffs are entitled under Chapter I, Article 7, of the Vermont Constitution to obtain the **same benefits and protections afforded by Vermont law to married opposite-sex couples**. We do not purport to infringe upon the prerogatives of the Legislature to craft an appropriate means of addressing this constitutional mandate, other than to note that the record here refers to a number of potentially constitutional statutory schemes from other jurisdictions. **These include what are typically referred to as “domestic partnership” or “registered partnership” acts, which generally establish an alternative legal status to marriage for same-sex couples, impose similar formal requirements and limitations, create a parallel licensing or registration scheme, and***

⁹⁹ Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, March 2007. Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social.

¹⁰⁰ ECHR, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 December 1999, No. 33290/96, §28; ECHR, *Vallianatos and others v. Greece*, 7 November 2013, §77.

¹⁰¹ ECHR, *Vallianatos and others v. Greece*, 7 November 2013, §77.

¹⁰² Vermont Supreme Court, *Baker v. State of Vermont, et al.*, November 1999, No. 98-032.

extend all or most of the same rights and obligations provided by the law to married partners¹⁰³ (resaltado y subrayado por fuera del texto original).

De manera bastante similar, la Corte Suprema del New Jersey estimó en 2010 que los derechos y beneficios del matrimonio civil debían ser igualmente reconocidos a las parejas de mismo sexo, en la medida en que lo contrario implicaría violar la garantía de igual protección contenida en la Constitución de New Jersey¹⁰⁴. En este caso, nuevamente la Corte Suprema exigió una acción del poder legislativo: o extender el matrimonio a las parejas de mismo sexo o permitirles acceder a un régimen similar¹⁰⁵.

En igual sentido se han pronunciado las Cortes de Argentina,¹⁰⁶ Brasil,¹⁰⁷ Chile¹⁰⁸ y Colombia¹⁰⁹ al estudiar el derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, todas analizadas por la Honorable Corte en el caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Al respecto, y atendiendo a las consideraciones de la Honorable Corte sobre el principio de no discriminación establecidas anteriormente, no cabría aceptar que las parejas del mismo sexo cuenten con un derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente de sus parejas, derecho actualmente protegido bajo la Convención Americana y ya reconocido en varios de los Estados de la región, más no ostenten el mismo derecho en relación con los demás derechos patrimoniales reconocidos a las parejas de diferente sexo.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al estudiar la extensión de los derechos patrimoniales que nacen de la unión marital de hecho reglamentada en la Ley 54 de 1990 a las parejas compuestas por dos personas del mismo sexo. En este caso, la Corte Constitucional consideró que “[e]n relación con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad, destaca la Corte la relevancia que el reconocimiento jurídico de las relaciones económicas que por la naturaleza de las cosas surgen entre quienes optan por vivir en pareja, tiene para la posibilidad de realización de un proyecto de vida en común en condiciones de dignidad” y que “la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil,

¹⁰³ Vermont Supreme Court, *Baker v. State*, 886.

¹⁰⁴ New Jersey Supreme Court, *Lewis v. Harris*, 3 May 2010, §§214-217.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 200 & 224.

¹⁰⁶ La Ley 1004 precisa que, en cuanto al ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios, “los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges”. A nivel nacional, el matrimonio de las parejas del mismo sexo es legal desde el 2010. La ley precisa que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Además, desde el año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo. En 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo a partir de la muerte de su pareja

¹⁰⁷ En Brasil, el 10 de diciembre de 2010, un decreto ejecutivo reconoció el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de su pareja. Además, el 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal reconoció las parejas de mismo sexo y les garantizó los mismos derechos que los de las parejas heterosexuales. Asimismo, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia declaró que no es posible negar el matrimonio o las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo sobre la base del principio de no discriminación.

¹⁰⁸ En Chile, a partir de octubre de 2015, los convivientes civiles de mismo sexo tienen los mismos derechos en materia de pensión que las parejas heterosexuales

¹⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-238 de 22 de marzo de 2012.

*quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar*¹¹⁰. Adicionalmente, considera la Corte colombiana que el no reconocimiento de los derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo conlleva importantes consecuencias no solo para la pareja sino a nivel legal, porque no solo *“obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación”*¹¹¹.

Las anteriores consideraciones evidencian que bajo el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley en el derecho internacional, cualquier diferenciación en el trato debe estar expresamente justificada, y responder a criterios de razonabilidad y persecución de un fin legítimo. Adicionalmente, como se estableció con anterioridad, esta exigencia es aún mayor en los casos en que se trate de una categoría protegida por parte de la Convención Americana, tal y como lo es la orientación sexual. En el caso del reconocimiento de los derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo, se tiene entonces que no se evidencia un fin legítimo que permita justificar una diferenciación en el trato, sino que por el contrario cualquier diferenciación se configura como una discriminación en razón de la orientación sexual de las personas. Adicionalmente, tal y como se estableció en las sentencias de *Atala Riffo vs. Chile*, *Ángel Alberto Duque vs. Colombia* y *Flore Freire vs. Ecuador*, en lo relativo a la protección de la discriminación por razón de orientación sexual y al reconocimiento de derechos patrimoniales, en la región existe un creciente consenso en considerar que las personas con orientación sexual diversa y las parejas del mismo sexo deben gozar de la misma protección y, en específico, de los mismos derechos, otorgados a las personas heterosexuales y a las parejas de diferente sexo.

Con base en dichas consideraciones, la presente intervención escrita invita a la Corte a considerar que bajo los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana los Estados deben reconocer todos los derechos patrimoniales otorgados a parejas de diferente sexo a aquellas parejas compuestas por personas del mismo sexo.

2.2.2 La existencia de un vínculo jurídico para el reconocimiento de los derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo

Finalmente nos referiremos a la pregunta elevada por la República de Costa Rica en los siguientes términos: ¿Es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?

El Tribunal Europeo ha tenido la oportunidad de analizar la exclusión de las parejas del mismo sexo de las instituciones del matrimonio, por un lado, y de las uniones civiles, por el otro, en relación con los derechos contenidos en el Convenio, en especial en lo relativo al principio de no discriminación. En torno a lo primero, ha considerado que no existe un consenso europeo que permita establecer el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder a las protecciones consagradas en el artículo 12 del Convenio (Derecho a contraer matrimonio). En este sentido, en el caso *M.W. vs United Kingdom*¹¹² consideró el TEDH que la pareja de mismo sexo en situación de cohabitación no se

¹¹⁰ Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, sentencia del 7 de febrero de 2007, exp. D-6362, punto 6.2.3

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² ECHR, *M.W. v. the United Kingdom*, 23 June 2009, No. 11313/02.

encontraba en una situación análoga a la de una pareja casada o bajo régimen de unión civil, en especial cuando dicha posibilidad no existía para las parejas del mismo sexo de acceder a dichos regímenes. De hecho, el Tribunal no resolvió claramente si existía una obligación de crear un régimen legal subsidiario para las parejas de mismo sexo como parte de los artículos 8 y 14 del Convenio, ya que en el caso particular existía un régimen alternativo con derechos similares.

Las anteriores consideraciones deben ser analizadas bajo la realidad jurídica existente en países como el Reino Unido, en donde existen diversas instituciones que reconocen derechos patrimoniales a parejas, más allá de la institución del matrimonio. En los precitados casos, el Tribunal europeo se limitó a establecer si las uniones de las parejas del mismo sexo, e incluso de dos hermanas que cohabitaban, se podían considerar situaciones análogas bajo el Convenio al matrimonio, establecido en el artículo 12 del mismo, concluyendo que ni las uniones civiles, ni la cohabitación se consideran análogas a la institución del matrimonio. Lo anterior es de especial importancia en el presente estudio, en la medida en que el Tribunal europeo no estudia dicha limitación bajo el principio de no discriminación en torno a los derechos que se derivan de la institución del matrimonio, sino que se limita a establecer que las diferentes cohabitaciones no se entienden como situaciones análogas.

Más recientemente, en el caso *Schlak and Kopf v. Austria*, la Corte Europea de Derechos Humanos concedió que ya no se podía considerar que el derecho al matrimonio del artículo 12 debía, en todas circunstancias, limitarse al matrimonio entre dos personas de distinto sexo, pero estableció que reconocerlo o no pertenece a la apreciación de cada Estado parte¹¹³. En este sentido, si bien el Tribunal europeo actualmente no establece una obligación de los Estados de permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, tampoco excluye la posibilidad. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que dichos análisis se han realizado siempre en torno al artículo 12 del Convenio sobre la materia, derecho que no tiene paralelo en el sistema interamericano de derechos humanos.

No obstante lo anterior, las consideraciones del TEDH han sido significativamente diferentes al estudiar las uniones civiles, y el reconocimiento de las mismas a las parejas del mismo sexo en relación con el principio de no discriminación. Según el Tribunal, la unión de parejas de mismo sexo hace parte de las nociones de vida privada, y vida familiar, protegidas por el artículo 8 del Convenio, las cuales no se limitan a un único modelo de familia – es decir las relaciones basadas sobre el matrimonio – sino que también deben ser reconocidas a las familias de hecho¹¹⁴, en el mismo sentido en que se les reconoce a la de las parejas de distinto sexo:

*“90. It is undisputed in the present case that **the relationship of a same-sex couple like the applicants’ falls within the notion of “private life” within the meaning of Article 8. However, in the light of the parties’ comments the Court finds it appropriate to address the issue whether their relationship also constitutes “family life”.***

91. The Courts reiterates its established case-law in respect of different-sex couples, namely that the notion of “family” under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto “family” ties where the parties are living together out of wedlock. [...]

¹¹³ ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, op. cit., párr. 62.

¹¹⁴ ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, op. cit., párrs. 90-94.

92. *In contrast, the Court's case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes "private life" but has not found that it constitutes "family life", even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake.*

93. *The Court notes that since 2001, when the decision in Mata Estevez was given, a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. [...]*

94. *In view of this evolution, the Court considers it **artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8.** Consequently, **the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life"**, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would"¹¹⁵ (resaltado por fuera del texto original).*

De conformidad con lo anterior, como pareja y bajo el artículo 14 del Convenio, se puede trazar una analogía entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo que deseen obtener el reconocimiento de su unión civil y por consiguiente todos los derechos que a la misma le atañen, en la medida en que ambas parejas – del mismo y de diferente sexo – tienen la misma capacidad de conformar una relación comprometida y estable y por consiguiente requieren de reconocimiento y protección legal¹¹⁶. En *Vallianatos and others v. Greece*, la Corte reconoció plenamente el interés particular y la oportunidad que representaba la unión civil y el hecho que había una tendencia en Europa en ese sentido¹¹⁷, antes de concluir que era discriminatorio ante el artículo 8 – esta vez no junto al artículo 14 – del Convenio reservar el acceso a este régimen a las parejas de distinto sexo:

*"92. The fact that, at the end of a gradual evolution, a country finds itself in an isolated position as regards one aspect of its legislation does not necessarily imply that that aspect conflicts with the Convention (see F. v. Switzerland, 18 December 1987, § 33, Series A no. 128). Nevertheless, in view of the foregoing, the Court considers that the Government have **not offered convincing and weighty reasons capable of justifying the exclusion of same-sex couples** from the scope of Law no. 3719/2008. Accordingly, it finds that there has been a **violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8** in the present case." (resaltado por fuera del texto original)*

En este caso, una de las razones del TEDH para considerar que la restricción violaba el artículo 8 del Convenio radicaba en la importancia de reconocer los derechos patrimoniales que se derivan de dichas uniones:

*"81. [...] The Court notes that extending civil unions to same-sex couples would allow the latter to **regulate issues concerning** property, maintenance and inheritance not as private individuals entering into contracts under the ordinary law but **on the basis of the legal rules***

¹¹⁵ ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, op. cit., párrs. 91-94.

¹¹⁶ "The Court reiterates that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships", see ECHR, *Vallianatos and others v. Greece*, 7 November 2013, §78; ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June, 2010, No. 30141/04, §99.

¹¹⁷ ECHR, *Vallianatos and others v. Greece*, 7 November 2013, §91.

governing civil unions, thus having their relationship officially recognised by the State.”
(resaltado por fuera del texto original)

Esta posición fue posteriormente ratificada en el caso *Oliari and others v Italy*¹¹⁸, relativo a la ausencia de un cuadro legal que permitiera a las parejas de mismo sexo casarse o acceder a una forma de unión civil. La Corte declaró que la ausencia de legislación era contraria al derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio europeo y 11.2 de la Convención Americana). Lo interesante en este caso es que en Italia ya existía una posibilidad para las parejas de mismo sexo de registrarse en un registro local de unión civil, el cual solo tenía un alcance simbólico. Por lo tanto, la Corte estimó que era necesario un régimen claro, que permitiera a las parejas del mismo sexo acceder a los derechos reconocidos para las parejas heterosexuales.

*“115. The **lack of recognition** of their union **affected and disadvantaged** the applicants in many specific and concrete ways. The applicants noted that even if the law recognised **some specific and limited rights for non-married** (heterosexual or same-sex) couples, these were **not dependent on status**, but **on a de facto situation of cohabitation** more uxorio. In fact, in the domestic cases concerning reparation in the case of a partner’s death, the Court of Cassation (judgment no. 23725/08) had held that for such purposes the **existence of a stable relationship providing mutual, moral and material assistance would have to be proved**, and that **declarations** made by the interested individuals (affidavit) **or indications** given to the administration for the purposes of statistics **would not suffice**. Thus, the applicants submitted that to exercise or claim their rights they could not rely on status resulting from an act of common will, but had to resort to proving the existence of a factual situation. In addition, only a limited number of rights had been recognised in respect of de facto partners, and in most cases they remained without legal protection.*

*169. [...] such private agreements **fail to provide for some basic needs which are fundamental to the regulation of a relationship between a couple in a stable and committed relationship**, such as, inter alia, the mutual rights and obligations they have towards each other, including moral and material support, maintenance obligations and inheritance rights.”* *(resaltado por fuera del texto original)*

En consecuencia, no solo esos acuerdos privados eran insuficientes en término de derechos y obligaciones, sino que adicionalmente existía una discordancia entre la realidad social a la cual estaba confrontada la pareja de mismo sexo y la realidad legal, dando lugar a una situación insuficientemente estable¹¹⁹, la cual debería ser corregida por el Estado, en virtud de sus obligaciones positivas de respeto de la vida privada y familiar bajo el artículo 8:

*“172. It follows from the above that the current available protection is not only **lacking in content**, in so far as it **fails to provide for the core needs relevant to a couple in a stable***

¹¹⁸ ECHR, *Oliari and Others v. Italy*, 21 July 2015, Nos. 18766/11 and 36030/11.

¹¹⁹ Especialmente, la Corte destaca que el hecho que el poder legislativo no sigan los pronunciamientos de la Corte Constitucional a favor de las parejas de mismo sexo crea ese estado es incertidumbre: “The Court considers that this repetitive failure of legislators to take account of Constitutional Court pronouncements or the recommendations therein relating to consistency with the Constitution over a significant period of time, potentially undermines the responsibilities of the judiciary and in the present case left the concerned individuals in a situation of legal uncertainty which has to be taken into account.”

committed relationship, but is also **not sufficiently stable** – it is dependent on cohabitation, as well as the judicial (or sometimes administrative) attitude in the context of a country that is not bound by a system of judicial precedent (see *Torri and Others v. Italy*, (dec.), nos. 11838/07 and 12302/07, § 42, 24 January 2012).

173. In connection with the general principles mentioned in paragraph 161 above, the Court observes that, it also follows from the above examination of the domestic context that there exists a **conflict between the social reality of the applicants**, who for the most part live their relationship openly in Italy, and the law, which gives them no official recognition on the territory.

174. In view of the above considerations, the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples like the applicants have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of **civil union or registered partnership**, since this **would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognised and which would guarantee them the relevant protection** – in the form of core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship – **without unnecessary hindrance.**” (resaltado por fuera del texto original)

Ahora bien, en lo que respecta al contexto interamericano, varios Estados – conscientes del cambio y desarrollo de la sociedad y de la necesidad de proteger los derechos de las personas LGBTI– han implementado el matrimonio o la unión civil de personas de mismo sexo: Estados Unidos y las Islas Vírgenes de los Estados Unidos¹²⁰, Canadá¹²¹, Argentina¹²², Brasil¹²³, Chile¹²⁴, Colombia¹²⁵, Uruguay¹²⁶, Guyana Francesa, Guadalupe, Martinica, San Martín, San Bartolomé¹²⁷, el Caribe Neerlandés y Surinam. Otros, por su parte, han implementado la cohabitación de hecho para las parejas de mismo sexo, como en Ecuador¹²⁸ y Costa Rica¹²⁹. Al respecto, se evidencia un amplio y creciente consenso interamericano en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo a la existencia de un vínculo legal que regule sus relaciones, con el fin, entre otros, de reconocerles los derechos patrimoniales derivados de las uniones de parejas de diferente sexo.

Así, por ejemplo, en Argentina, el 12 de Diciembre del 2001 se regularon las uniones civiles en la ciudad de Buenos Aires, mediante la Ley 1004, que otorga a las parejas de distinto y mismo sexo derechos similares a los del matrimonio, tales como la pensión, el seguro de salud y los derechos de visitas hospitalarias. La mencionada ley no se refiere a las parejas de mismo sexo explícitamente,

¹²⁰ Supreme Court of United States, *Obegefell v. Hodge*, *op. cit.*, 26 June 2015.

¹²¹ Civil Marriage Act, 20 July 2005, Bill C-38, LS-502E.

¹²² Matrimonio civil, Ley 26.618 del 15 de Junio 2010, modificando el Código Civil.

¹²³ Resolução No. 175 do Conselho Nacional de Justiça de 14 de maio de 2013 sobre a habilitação de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

¹²⁴ Ley No. 20.830 de Acuerdo de Unión Civil, del 13 Abril 2015, e.e.v. 22 Octubre 2015.

¹²⁵ Corte Constitucional, Comunicado No. 17 del 28 de Abril de 2016, Celebración de matrimonio civil entre parejas de mismo sexo en Colombia, Sentencia de Unificación, Expediente T 4167863 AC – sentencia SU-214/16 (Abril 28).

¹²⁶ Ley No. 19.075 de Matrimonio igualitario del 10 de Abril 2013, Publicada D.O. 9 mayo/013, No. 28710.

¹²⁷ Los cinco países están bajo la ley francesa: Loi française n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹²⁸ Artículo 68 de la Constitución Ecuatoriana, en el cual se les reconocen “los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”.

¹²⁹ Juzgado de Familia de Goicoechea, *Castro y Zamora*, Sentencia No. 270-15 del 15 de Abril 2015.

pero permite “la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual”. Esa implementación fue favorecida por la crisis que se produjo en Argentina durante los años 2001 – 2002, poniendo a las parejas de mismo sexo en peligro económico, y fue impulsada por la CHA (Comunidad Homosexual Argentina). El proyecto de ley se basó en el trabajo de la jueza Graciela Medina, la cual había otorgado “en un fallo inédito, el derecho a la herencia a un viudo gay” en 1999¹³⁰. La argumentación del movimiento de la CHA no estaba basada en la noción de familia, sino en la relación de afectión, amor, y sexualidad, y sobre todo, con el propósito de resolver las injusticias a las cuales estaban confrontados al no verse reconocidos ciertos beneficios sociales y económicos¹³¹. La ley reconoció derechos similares a las parejas de hecho en la medida en que entendía que esas parejas eran “otras personas (que las parejas casadas) que pueden convivir también en relación de afecto y de permanencia”, todo en un espíritu de “dignidad, aceptación e inclusión”¹³². Lo mismo fue aplicado en las ciudades de Río Negro 5 días después, en Villa Carlos Paz en 2007 y de Río Cuarto en 2009.

En este mismo sentido, en Uruguay la Ley 18.246/2008 de Unión Concubinaria reconoció en 2008 la unión civil de las parejas – de distinto y mismo sexo – que hayan vivido juntos durante los pasados 5 años. El objetivo de esta ley era “proteger a los miembros más vulnerables de las familias, fundamentalmente en lo pertinente a los derechos de propiedad y herencia”¹³³. La ley otorga desde entonces derechos similares a los del matrimonio, incluyendo el derecho a la seguridad social, derechos sucesorios, de propiedad, hasta derechos de adopción. Esta ley fue seguida por la Ley No. 19.075 del 3 de Mayo 2013 de Matrimonio Igualitario que modifica el Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia, remplazando las menciones relativas al sexo por menciones neutras.

Ahora bien, en relación con los derechos contenidos en la Convención Americana, se hace imperante analizar la situación a la luz de los derechos a la vida privada (artículo 11.2), no discriminación (artículo 24) y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2).

El artículo 11.2 en relación con el artículo 24 de la Convención han sido analizados en el presente escrito bajo el entendido que estos proscriben cualquier discriminación por razón de orientación sexual de las personas, siempre que los Estados no puedan brindar una explicación sobre la necesidad social imperiosa, la finalidad de la diferencia en el trato, o presentar una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad¹³⁴. Bajo este entendido, la inexistencia de un vínculo legal que permita reconocer de manera fácil, expedita y sencilla los derechos patrimoniales de las personas del mismo sexo no se ajusta a la Convención Americana en la medida en que no se encuentra una justificación razonable para dicha exclusión, y por cuanto estos derechos sí les sean reconocidos a las parejas heterosexuales. Más aun, con el propósito de garantizar de manera adecuada la protección otorgada por el artículo 11.2 en relación con el artículo 24 de la CADH en torno a los derechos patrimoniales, se debe entender que, tal y

¹³⁰ O.G. ENCARNACIÓN, *Human Rights and the Argentine Gay Rights Campaign*, in “Out in the Periphery: Latin America’s Gay Rights Revolution”, Oxford University Press Scholarship, March 2016, p. 127.

¹³¹ O.G. ENCARNACIÓN, *op. cit.*, p. 129.

¹³² Discurso de Alicia Perrini, presidenta de la Comisión de Derechos Humanos, pero también vinculada a la Iglesia Católica, durante la Sesión 33, 411-412, 12 de diciembre 2012, citada por M. CARBAJAL, *op. cit.*, p. 108.

¹³³ W. CABELLA, *La demografía de las uniones consensuales en Uruguay en la última década*, Anexo 2 a “Mesa de diálogo: el proyecto de ley de unión concubinaria”, Ediciones Trilce, Uruguay, 2006, p. 57.

¹³⁴ *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 126.

como lo estableció la Corte europea, la existencia de un vínculo legal es la manera más adecuada y efectiva de reconocer dicho derecho.

Más aun, la importancia de la existencia de un vínculo legal radica, como bien lo estableció el Tribunal Europeo, *supra*, en el respeto que debe otorgar el Estado a la vida privada y familiar de las personas (artículo 11.2 de la CADH), atendiendo al hecho de que la orientación sexual y la forma como las personas conforman sus relaciones se enmarca dentro de este espectro. Esta misma posición ya ha sido ratificada por la H. Corte en el *Caso Atala Riffo vs. Chile* al considerar que la orientación sexual de las personas se enmarca dentro de la protección otorgada por el artículo 11.2 de la Convención a la vida privada de las personas. Adicionalmente, como también lo resalta la Corte Europea, la existencia de un vínculo legal facilita al Estado el reconocimiento de todos los derechos patrimoniales y de otra índole de los que deben ser acreedores las parejas del mismo sexo por la simple razón de haberse constituido como pareja.

Adicionalmente, bajo el artículo 2 de la Convención Americana los Estados se encuentran en la obligación de incorporar una figura legal que garantice los mencionados derechos a las parejas del mismo sexo en condiciones de igualdad con las parejas de diferente sexo o heterosexuales ya reconocidos dentro de su jurisdicción nacional. No obstante, la existencia o no de dicho mecanismo no supone la existencia o no del derecho, en la medida en que una vez que existe el derecho al reconocimiento de derechos patrimoniales, este existe de manera autónoma, aun cuando no exista en el ordenamiento nacional una figura o mecanismo jurídico para ello. De esta manera, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar el derecho inclusive en aquellas instancias en las que no exista una figura jurídica en su ordenamiento. Esta posición ha sido reconocida por la H. Corte en relación con el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, al considerar que “[...] el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”¹³⁵ (subrayado por fuera del texto original). Lo anterior se encuadra igualmente dentro del principio *pro homine* reconocido ampliamente por la jurisprudencia interamericana¹³⁶ de conformidad con el cual “cuando entran en conflicto 2 normas o de dos maneras de interpretar una norma, debe prevalecer aquella que más favorezca los derechos de la persona humana”¹³⁷. Bajo este entendido, el Estado está en la obligación de adecuar su legislación para crear o permitir el acceso a un vínculo legal entre las parejas del mismo sexo y, más aun, está en la obligación de reconocer los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo incluso en aquellos casos en los que no se haya reconocido o establecido el mecanismo judicial necesario para ello.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza del vínculo legal que deben reconocer y/o crear los Estados para las parejas del mismo sexo, el presente escrito se limita a establecer que el mismo debe otorgar los mismos derechos reconocidos a las parejas de diferente sexo, en condiciones de igualdad y no discriminación, en atención a su legislación interna.

¹³⁵ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 94.

¹³⁶ *Caso Mascare de Mapiripán vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 134 Sentencia de 15 de Septiembre 2005, párr.106.

¹³⁷ M.C. IBÁÑEZ GARCÍA, p. 26, citando: ICHR, *Ricardo Canese v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31 2004, Serie C No. 11; y CIDH, *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones. Sentencia de 23 de Noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Con base en las anteriores consideraciones la presente intervención escrita invita a la H. Corte a considerar que bajo los artículos 11.2, 24 y 2 de la Convención Americana, los Estados están en la obligación de contar con un vínculo legal que permita el reconocimiento de los derechos patrimoniales, entre otros aspectos, y garantice la vida privada de las parejas del mismo sexo.