

Amicus Curiae

Relativo a

Solicitud de Opinión Consultiva Elevada por la República de
Costa Rica

Presentado ante la Honorable Corte Interamericana de
Derechos Humanos

por

Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la
Pontificia Universidad Javeriana Cali

Febrero de 2017

Señor Doctor
PABLO SAAVEDRA
Secretario Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Javeriana, seccional Cali, es un actor promotor y defensor de derechos humanos, que, bajo el respaldo institucional de la Pontificia Universidad Javeriana, seccional Cali, asume labores de litigio estratégico, capacitación, monitoreo y prevención en materia de derechos humanos, principalmente en el suroccidente colombiano. En asocio con diferentes organismos estatales, nacionales e internacionales, así como con otras clínicas jurídicas, Organizaciones no Gubernamentales, ha emprendido labores de difusión, promoción y protección de derechos humanos.

En el marco de sus labores, prepara grupos de estudiantes con la misión de representar a la Universidad en diferentes concursos nacionales e internacionales de simulación de litigio en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente, tiene a su cargo labores de investigación en temáticas actuales y relevantes en la materia, tarea dentro de la cual realiza esta intervención en el marco del proceso consultivo suscitado por la solicitud de Opinión Consultiva elevada por la República de Costa Rica. Este Amicus, es suscrito por su Director, RAÚL FERNANDO NÚÑEZ MARÍN, y en este participaron:

SANTIAGO BOTERO GIRALDO

SUSANA BURBANO MONTENEGRO

IVAN DARÍO ZAPATA

MANUELA JIMENEZ

DAVID CLAROS (ABOGADO)

JUAN EMILIO SANCHEZ

TABLA DE CONTENIDO

- I. INTRODUCCIÓN**
 - 1. Justificación de la intervención
- II. CONSIDERACIONES DE DERECHO**
 - 1. Estándares de derecho internacional de los derechos humanos
 - i. La jurisprudencia del TEDH
 - ii. Los principios de Yogyakarta
 - 2. Estándares de derecho comparado. El caso de la República de Colombia
 - i. Derecho al cambio de nombre
 - ii. Derecho al matrimonio igualitario
- III. CONCLUSIONES**

- I. INTRODUCCIÓN**
 - 1. Justificación

La situación de los derechos de las minorías sexuales es un asunto con relevancia emergente, del cual se han ocupado diferentes instancias de la comunidad internacional, procurando poner de manifiesto una problemática que ha superado la voluntad política de los Estados debido la sensibilidad social que genera. Indudablemente, este es un caso de discriminación estructural, que con relativa actualidad se ha tornado importante en la agenda de los derechos humanos. “A simple vista las luchas jurídicas de la comunidad LGBTI parecieran priorizar la reivindicación del matrimonio igualitario y de la adopción. No obstante, en la mayor parte de Estados americanos persiste una exclusión social de base contra la población LGBTI que afecta con más fuerza a la mayor parte de sus miembros. La poca información existente, y el escaso seguimiento que las autoridades estatales hacen a los móviles de los crímenes de personas no heterosexuales, hacen pensar que no sabemos, con veracidad, qué tan extendida y cuán dañina es la violencia por motivos de orientación sexual o identidad de género en nuestra región.”¹

Aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia relativa a los derechos de la comunidad LGBT estableció que el consenso al interior de los Estados Americanos no es óbice para el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos de las comunidades discriminadas históricamente, el resultado de este proceso consultivo tiene la potencial capacidad de constituirse como un paso fundamental en la maduración política y

¹ PULECIO, Pulgarín Mauricio. “Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos”. Revista Análisis Internacional. Número 3, año 2011. Página 239.

social de la comunidad Interamericana. En ese sentido, es importante resaltar lo establecido en la jurisprudencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los derechos de las minorías sexuales, así como los avances de la relatoría de la CIDH respecto de esta temática. Asimismo, es importante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que se empleada como parámetro para el contenido de los estándares resultantes de este proceso consultivo.

Dicho proceso de maduración es necesario e indispensable para que los derechos de la comunidad LGBT sean reconocidos por los Estados no solo a forma de efecto horizontal y por demás tradicional de los derechos humanos, sino también de forma vertical, puesto que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha profundizado cada vez más en las ramificaciones de la vigencia entre particulares de los derechos humanos por mérito de la doctrina alemana del ‘drittwirkung’.

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

1. Estándares de derecho internacional

En este acápite, se pretende resaltar la importancia de los principios de Yogyakarta como una norma relevante de carácter interpretativo de las disposiciones convencionales, del mismo modo como lo hizo esta Honorable Corte al estudiar el caso Ángel Alberto Duque contra Colombia, así como los estándares consolidados resultantes de la jurisprudencia del TEDH, donde se hace evidente la progresiva protección de esta población especialmente vulnerable en el derecho internacional.

i. La jurisprudencia del TEDH

El margen de apreciación permite a los Estados el ejercicio de cierto grado de autonomía en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales con fundamento en su realidad sociocultural, así como la ausencia de consenso internacional en la materia, bajo la premisa de que son las autoridades nacionales las que están en una mejor posición que las cortes internacionales para determinar la posibilidad de aceptación de un determinado mandato. En ese sentido, la doctrina del margen de apreciación ha servido de fundamento para que el TEDH establezca la existencia de responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la discriminación sufrida por las minorías sexuales.

Así, en el primer caso conocido por el TEDH al respecto, el caso Van Oosterwijck v. Bélgica² en el año 1980 en el que un funcionario belga, que, a pesar de haber nacido mujer

² 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>.

se reconocía a sí mismo como hombre y se había cambiado de sexo, no fue autorizado por su legislación para modificar su estado civil debido a que según las normativas internas esto solo podía corregirse si se comprobaba la existencia de un error en la verificación del sexo al momento de nacer. En este caso, el tribunal ni siquiera se pronunció de fondo al evidenciar que los recursos internos no habían sido agotados.

Años después, el caso *Rees vs Reino Unido*³ en 1986 versó sobre hechos muy similares, pero, a diferencia del caso anterior el tribunal sí desarrolló el fondo del asunto. En esta ocasión el TEDH reconoció la existencia de un conflicto de intereses; por un lado, los intereses estatales de mantener la seguridad de los datos registrados, y por el otro, los intereses personales del demandante, al final, el tribunal decidió defender los intereses a nivel general y la seguridad jurídica del ordenamiento británico. Sin embargo, dos años después, el TEDH condenó por primera vez a un Estado por trato discriminatorio a un transexual en el caso *B. vs Francia* al considerar las legislaciones francesas como normativas supremamente restringidas en comparación con los demás Estados.

No obstante, la falta de consenso en la materia continúa y en *Mata Estévez contra España* en el año 2001, relativo a la negativa del Estado de considerar como beneficiario de las prestaciones derivadas de la seguridad social al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, el Tribunal estimó que existía un gran margen de apreciación para los Estados, dentro del cual encontraba legítima la distinción que excluía de los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, debido a la legitimidad del fin buscado; la protección de la familia fundada en las uniones tradicionales entre hombre y mujer. Lo anterior, independientemente del reconocimiento logrado por las parejas homoparentales en algunos Estados parte del Convenio.

Posteriormente, la postura del TEDH encontró nuevos matices en los años siguientes, pues en el caso *Karner contra Polonia*, relativo a la subrogación de un contrato de arrendamiento entre supérstites de las parejas del mismo sexo, el TEDH, adicional a considerar la legitimidad de la medida, tomó en consideración aspectos del test de proporcionalidad, en el sentido de que la medida discriminatoria fuese a su vez necesaria para encontrarse ajustada a las obligaciones convencionales.

Así mismo, un cambio fundamental en la línea argumentativa de la corte se vivió en los casos *Goodwin e I. ambos contra el Reino Unido*. Tanto en uno como otro caso existe un conflicto entre la realidad social y la norma jurídica que deja a los transexuales en una difícil y anómala situación porque el derecho choca con aspectos básicos de la identidad

³ *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>

personal. La Corte Europea en estos casos encontró un ambiente propicio para manifestarse en favor de los derechos de las personas transgénero, ordenando a los Estados tomar medidas que permitieran el ejercicio en igualdad de sus derechos, específicamente en cambios en sus registros de seguridad social y otros registros públicos.

En el caso Schalk y Kopf, los peticionarios solicitaron que se interpretase el contenido del Convenio de forma evolutiva, intentando abarcar a las parejas del mismo sexo dentro de la esfera de protección del derecho a contraer matrimonio, sin embargo, el TEDH no accedió, considerando aún válida la interpretación conforme al contexto en que fue adoptado el tratado, lo que implicó que se declarara inexistente la obligación de los Estados de reconocer el derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. Sin embargo, en este caso, el TEDH dio un paso importante hacia la protección de las minorías sexuales, al establecer que no puede afirmarse que el derecho a contraer matrimonio, consagrado en el art. 12 CEDH, deba, en todo caso, estar limitado a las parejas de sexo opuesto, pero que, ante la ausencia de consenso de los Estados al respecto, era una opción de derecho interno. No obstante, sostiene que éstos no pueden introducir limitaciones que restrinjan o reduzcan el derecho de modo que su contenido esencial se vea perjudicado.

Es en este momento, a la vista de la tendencia garantista en varios Estados europeos y en disposiciones de la UE hacia el reconocimiento legal de las relaciones estables entre personas del mismo sexo y a incluirlas en la noción de ‘familia’, el TEDH considera artificial mantener su visión anterior y afirma que la relación estable *de facto* de una pareja del mismo sexo, se engloba en la noción de ‘vida familiar’ igual que la de personas de diferente sexo y necesita igualmente reconocimiento y protección legal. No obstante, en el caso en concreto, al momento de emitirse el fallo, el presunto hecho ilícito internacional se habría superado, pues las parejas del mismo sexo ya tenían la posibilidad de formalizar su relación ante la ley, por lo que el estudio de responsabilidad se enfocó en la posibilidad de que dicho reconocimiento debiese haber dado con anterioridad. Sin embargo, el Tribunal consideró que, habida cuenta del escaso consenso sobre la materia, los Estados gozaban de un margen de apreciación en cuanto al tiempo de introducción de cambios legislativos, así como en relación con el estatus conferido por medios alternativos de reconocimiento.

Por lo tanto, es clara la modificación de los términos empleados, pues ya no reconoce un gran margen de apreciación sino un margen de apreciación, haciendo que la posibilidad de aducir a tal doctrina como justificante de las decisiones de derecho interno se vea reducida. La nueva tendencia de la jurisprudencia del Tribunal, según la cual la protección efectiva del derecho a la vida privada y familiar en lo que se refiere a las facetas particulares de la existencia de los individuos y su propia identidad, así como a las actividades más íntimamente relacionadas con la vida privada, el margen de apreciación es

considerablemente más reducido. De hecho, en el caso *Van Kuck v Alemania*⁴ de 2003 el TEDH reconoce que la identidad sexual es una de las cuestiones más íntimas de la vida privada destacando la importancia de su reconocimiento, dando a entender que el artículo 8 de la CEDH protege el derecho al desarrollo personal y la autodeterminación. De esta forma, se comprueba un cambio en la posición jurisprudencial del TEDH, como lo sostuvo en el caso *Söderman contra Suecia* en el año 2013, sobre el margen de apreciación reconocido a los Estados donde la interpretación de la CEDH se apega más a las realidades actuales.

En el mismo año, en el caso *Villianatos y otros contra Grecia*, el TEDH incluye la noción de interpretación evolutiva en lo referente a los fines que persiguen las medidas estatales que generan restricciones al reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, lo que en definitiva redundaría en una mayor reducción del margen de apreciación que le asiste a los Estados para atender las obligaciones internacionales emergentes frente a las minorías sexuales, tanto en lo relativo a la protección de las relaciones entre parejas del mismo sexo como los demás derechos frente a los cuales han sido históricamente excluidos.

Corolario de los anteriores avances, en la sentencia al caso *Oliari y otros contra Italia*, el Tribunal Europeo entró a analizar el estado de incertidumbre que sufren las parejas del mismo sexo en un Estado donde no existe una forma de reconocimiento jurídico, y consecuencia protección, que prevenga eventuales exclusiones injustificadas de los derechos reconocidos a las parejas heterosexuales que se encuentren en una situación análoga. En ese sentido, el Tribunal sostiene que la falta de reconocimiento de estas uniones, adicional a generar problemas legales y prácticos, también excluye a las parejas del mismo sexo de tener un ritual público en el que puedan, ante la atención de la ley, asumir deberes concretos entre sí. Estas uniones, igualmente, proveen legitimidad social y aceptación, pues empodera a las parejas del mismo sexo frente al derecho que les asiste, en igualdad de condiciones con las personas heterosexuales, de vivir libremente y manifestar sus proyectos de vida a través de las relaciones interpersonales, tanto públicamente como de forma privada.

En ese sentido, el Tribunal consideró relevante estudiar algunas de las figuras jurídicas adoptadas en ciertos Estados Europeos a disposición de las parejas del mismo sexo para amparar sus uniones. Al respecto, sentenció que los acuerdos privados, empleados en algunos Estados para otorgar reconocimiento a las parejas del mismo sexo, deben tener como fin específico, el reconocimiento y la protección de las parejas, buscando otorgar certeza, no sólo de sus derechos, sino también de los deberes existentes entre sí. Del

⁴ Van Kück, 2003-VII Corte E.D.H. ¶¶ 64–65, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2003-VII.pdf.

mismo modo, sostuvo que los acuerdos aludidos, no deben estar basados en la cohabitación de la pareja, pues la existencia de una unión estable, que constituya una forma de vida privada y familiar, que debe ser protegida por la Convención, supera este aspecto meramente formal (párrafo 169). No obstante, debe tenerse en cuenta que las diferencias existentes entre esta figura y el matrimonio formalmente considerado, no pueden superar los límites del fin legítimo y el test de proporcionalidad, en atención al margen de apreciación, que, si bien es estrecho, le asiste a los Estados para la regulación de asuntos sensibles como la conformación de un núcleo familiar (párrafo 171).

En este punto, el Tribunal Europeo declara con contundencia que “un intento deliberado para prevenir la implementación de un juzgamiento final y ejecutable, que en adición es tolerado, sino tácitamente tolerado, por la rama ejecutiva y legislativa del Estado, no puede ser explicado en términos de ningún interés público legítimo o los intereses de la comunidad como un todo. Al contrario, tiene el efecto de disminuir la credibilidad y autoridad del Tribunal y poner en riesgo su efectividad, factores de la mayor importancia desde el punto de vista de los principios fundamentales que iluminan el Convenio”⁵.

En conclusión, es importante destacar que hasta la fecha el TEDH no ha elevado al nivel de una obligación internacional, exigible por mérito del Convenio Europeo, el que los Estados garanticen el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, sin embargo, por tratarse de un asunto inherentemente relacionado con la identidad de los individuos, si bien ha reconocido la existencia de un margen de apreciación, lo ha hecho de forma restrictiva, en tanto que los fines que pueden alegar los Estados para excluir a las parejas homosexuales de tal posibilidad deben evaluarse de forma evolutiva y bajo un estricto test de proporcionalidad. En cualquier caso, puede considerarse ya como jurisprudencia constante, el que los Estados tengan una obligación efectiva tendiente al reconocimiento jurídico de dichas uniones, que permita el establecimiento certero de las obligaciones y los derechos que le asisten a las parejas, así como a los individuos dentro de ella. En definitiva, el punto central de esta jurisprudencia es el hecho irrefutable de que las parejas del mismo sexo pueden constituir un núcleo familiar indiferentemente de la institución jurídica que ampare su vínculo.

ii. Los principios de Yogyakarta

Sin perjuicio de lo manifestado en el voto parcialmente disidente del honorable juez Eduardo Vio Grossi a la sentencia emitida por este Tribunal en el caso Duque contra Colombia, no puede en este punto desconocerse el valor jurídico e interpretativo de los principios de Yogyakarta, como uno de los criterios relevantes incluidos en la discusión de

⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Oliari y otros vs. Italia, párrafo 184.

fuentes del Sistema Interamericano. Lo anterior, no sólo por haberse empleado en dicho pronunciamiento⁶, sino porque cada vez más son empleados por diferentes Organizaciones Internacionales, órganos de los tratados de Naciones Unidas y gobiernos al momento de abordar la temática de los derechos de las comunidades LGBTI y en todo caso, conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la doctrina, categoría que incluye sin necesidad de discusión los referidos principios, sirve de fuente auxiliar en el marco del derecho internacional público general.

En ese sentido, se estima que lo primero a considerar por la Honorable Corte al momento de pronunciarse sobre este procedimiento consultivo, son las definiciones empleadas en este documento sobre orientación sexual e identidad de género. A este respecto, vale incorporar con especificidad dichos términos, buscando que sean tratados como categorías sospechosas diferenciadas, lo que permitiría identificar con mayor claridad los casos de discriminación múltiple o interseccional, según el caso. Al respecto de la discriminación múltiple, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y que esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla⁷ mientras que la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación⁸.

Siendo así, conforme a los principios de Yogyakarta, se entiende por *orientación sexual* la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente o de un mismo sexo o de más de un sexo, así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas, mientras que se entiende por *identidad de género* la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos.

No obstante, es importante tomar en consideración que las referidas definiciones pueden estar sujetas a modificaciones, por tratarse de un asunto en constante evolución. En ese

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque contra Colombia, párrafo 110.

⁷ Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al Caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador, párrafo 8, citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General No. 20, E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009, párr. 17.

⁸ *Ibidem*, párrafo 10.

sentido, “la razón de ser de los Principios de Yogyakarta, entonces, más que sentar verdades sobre la comprensión de la sexualidad humana, es desmitificar por completo, especialmente en el contexto internacional, el tema de la diversidad sexual”⁹. En ese sentido, se considera prudente que los referidos principios no se tornen estáticos, sino que, así como la misma Convención, tengan la funcionalidad de adaptarse conforme las necesidades reivindicatorias del movimiento LGBTI lo demanden. Es decir que los principios deben ser empleados como un parámetro inicial que permita a los Estados Americanos emprender el camino hacia la construcción sólida de medidas jurídicas, políticas y administrativas tendientes a garantizar, en pie de igualdad y con plena efectividad los derechos de las minorías sexuales.

En definitiva, los Principios deben ser empleados como criterios orientadores, válidos en tanto sean comprensivos de las necesidades de las comunidades discriminadas, en el camino hacia la construcción de un ordenamiento jurídico respetuoso del principio de igualdad y no discriminación, aplicable tanto horizontalmente como verticalmente, en términos de su efectividad. Así, no puede reducirse su importancia en el enriquecimiento de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, sino en la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales y las normas de derecho interno, en el mismo sentido como lo ha sostenido este Honorable Tribunal respecto de la interpretación requerida en lo referido a los derechos de las poblaciones indígenas¹⁰, pues dicha consciencia permite otorgar un contenido a los derechos y las obligaciones que garantice una protección efectiva de los individuos que se autodeterminan frente a una categoría especial.

2. Estándares en las Naciones Unidas

El artículo 3 de la Declaración Universal de derechos Humanos establece que todo “individuo tiene derechos a la vida, la libertad y seguridad de su persona” En este sentido, el Derecho internacional impone a los Estados el deber de protegerlo, respetarlo, y hacerlo cumplir. En caso de conocer alguna clase de vulneración deben encargarse de investigar, procesar y sancionar a su responsable de manera efectiva, más aún, considerando que los ataques en razón de la sexualidad constituyen una vulneración directa al derecho de no discriminación que ostenta toda persona, tal y como se reconoce en el artículo 1.1 de la

⁹ Op. cit 1, página 247.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 51 al establecer que: hay que resaltar que, para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.

CADH, lo anterior, configura una grave vulneración de los Derechos Humanos y por ende un aspecto de atención prioritaria por parte de los Estados y los ciudadanos.

Las Naciones Unidas reconoce a las comunidades LGBT como poblaciones vulnerables que pueden ser víctimas de violencia física y psicológica. Por tanto, “la obligación del Estado de proteger la vida le exige actuar con la diligencia debida para prevenir, sancionar y reparar la privación de vida a manos de partes del sector privado, incluso en circunstancias en que la víctima ha sido elegida con fundamento en su orientación sexual e identidad de género”¹¹. De hecho en el 2008 el organismo expidió la “Declaración sobre orientación sexual e identidad de género” denunciando la discriminación o estigmatización por razones de género.

Lastimosamente, los casos de ejecución extrajudicial y tortura en razón de la orientación sexual son muy frecuentes. Países como el Salvador¹² y Guatemala¹³ han tenido que enfrentar situaciones de extrema violencia donde las personas LGBT son atacadas por agentes privados e incluso de su propia familia. Es por esto, que la ONU resalta la necesidad de que los Estados estructuren un sistema jurídico sólido, que logre asegurar la protección de los derechos de estas personas que constantemente son víctimas de las agresiones de agentes privados e incluso públicos en algunas ocasiones, motivados por prejuicios basados en la violencia homofóbica y transfóbica.¹⁴ Además tiene la obligación de investigar todas las denuncias presentadas por agresiones fundadas en la orientación sexual de la persona¹⁵.

Incluso es posible que en algunos casos sean los mismos agentes estatales quienes generen dichas afectaciones. Actualmente, “existen por lo menos 76 países que tienen vigentes leyes que tipifican penalmente las relaciones consentidas entre adultos del mismo sexo”¹⁶ lo que comprueba la falta de conciencia que persiste hoy en día sobre la orientación sexual y derecho a la no discriminación. Esta clase de legislaciones constituyen una violación a las garantías judiciales internacionales al identificarse como un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, aquellas tipificaciones deberían adecuarse a la actual interpretación

¹¹ Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 6 (sobre el derecho a la vida) y No. 31 (sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto), párr. 8.

¹² Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de El Salvador (CCPR/CO/78/SLV), párr. 16.

¹³ Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias sobre su misión a Guatemala (A/HRC/4/20/Add.2), párrs. 12 y 32).

¹⁴ Promulgar leyes contra los delitos motivados por prejuicios: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de los Estados Unidos de América (CCPR/C/USA/CO/3), párr. 25;

¹⁵ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de Polonia (CCPR/C/POL/CO/6), párr. 8.

¹⁶ State-sponsored homophobia: a world survey of laws criminalising same-sex sexual acts between consenting adults, International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (ILGA), Bruselas, mayo de 2011, pág. 9.

de organismos internacionales como el TEDH que a pesar de reconocer la dificultad para alcanzar un consenso en la temática destaca la importancia de hacer prevalecer la dignidad humana. Por lo anterior se coincide con la opinión de las naciones unidas de prohibir la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género¹⁷.

Los miembros de las comunidades LGBT normalmente deben enfrentar discriminaciones en sus empleos, atención en salud, educación, libertad de expresión, reunión y asociación, incluso trato degradante por parte de la comunidad y su familia constituyendo violaciones a su integridad personal. Así mismo, ven obstaculizada su libertad de conformar una familia o celebrar su matrimonio o incluso el simple hecho de ser civilmente reconocidos por el género a través del cual se reconocen realmente.¹⁸

“En su jurisprudencia, observaciones generales y observaciones finales, los órganos de las Naciones Unidas han sostenido uniformemente que la orientación sexual y la identidad de género son fundamentos prohibidos de discriminación con arreglo al derecho internacional”¹⁹. En casos como *Young vs Australia* y *X vs Colombia* el comité de Derechos Humanos estableció que “las diferencias de trato de las prestaciones por jubilación a un compañero del mismo sexo constituyen una violación del derecho a estar libre de discriminación sobre la base del sexo o la orientación sexual”²⁰

A partir de estos enunciados, es posible deslumbrar que la organización de las Naciones Unidas comprende la importancia de incentivar a los Estados para que construyan un sistema jurídico capaz de asegurar el respeto y protección de los derechos humanos de los aquellas personas pertenecientes a la comunidad LGBT debido a su vulnerabilidad y las vulneraciones de derechos humanos que se cometen en su contra, como lo son el derecho a la vida privada la no discriminación y la igualdad ante la ley. Esta opinión logra complementar lo dispuesto por el TEDH en su jurisprudencia actual como un criterio interpretativo oportuno para el tema en cuestión.

Estándares de derecho comparado.

2.1. Malasia

¹⁷ Naciones Unidas. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos Humanos. Ginebra. 2012. Pg 37

¹⁸ Naciones Unidas. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General . 2011.

¹⁹ Idem . ob- cit. Pg 40

²⁰ “*Young versus Australia*”, Comunicación del Comité de Derechos Humanos CCPR/C/78/D/941/2000, párr. 10.4; “*X versus Colombia*”, Comunicación del Comité de Derechos Humanos CCPR/C/89/D/1361/2005, párr. 9.

El Tribunal Superior de Kuala Lumpur en el caso JG contra Negara_manifestó que ante situaciones de cambio de sexo No “*solo debían considerar el aspecto físico de las personas transexuales sino la forma como éstas desde su autonomía reconocían su propio género*”

2.2. España

En la sentencia **STS 4665/1987**_el Tribunal Supremo de España aseguró que “*es un derecho constitucional el que nadie (sea) obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente repudia*” respecto de una persona que realizó su cambio de sexo en Gran Bretaña y pedía la modificación de sus documentos de identidad.

2.3 Argentina

La ley 26.743 establece que se respete la identidad de género autopercebida, corresponda ésta o no con el sexo y el género asignados al nacer, y se reconozcan de pleno derecho tales identidades. Por ende cualquier persona está facultada a rectificar la partida de nacimiento manifestando su voluntad. Asimismo, los menores de 18 años lo deben hacer a través de sus representantes legales, teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, la Convención sobre Derechos del Niño y ley 26.061 sobre protección integral de niños niñas y adolescentes.²¹ Esta ley además de lo anterior se fundamenta en varios instrumentos internacionales como los principios de Yogyakarta, Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana sobre Derechos Humanos.

2.4. El caso de la República de Colombia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia ha logrado grandes avances hacia la protección efectiva de los derechos de las minorías sexuales, desde el reconocimiento de las garantías patrimoniales derivadas de las uniones estables entre personas del mismo sexo hasta el reciente pronunciamiento sobre el derecho al matrimonio homoparental y el derecho que les asiste a las parejas homosexuales a adoptar. Por tal motivo, se considera importante considerar algunos de los parámetros empleados por la Corte Constitucional, muchas veces amparados por el avance del derecho internacional de los derechos humanos, para alcanzar un punto de referencia en el continente.

²¹ Daniel Di Trano. Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados “Democracia y derechos”. LEY 26.743 de identidad de género: aproximaciones, implicancias y desafíos de una ley postgenérica.

En este proceso, el primer paso que debe darse al interior de los Estados, es el reconocimiento de la situación existente de discriminación estructural. Como lo advirtió la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-077 de 2016, al sostener que la población LGBTI constituye un grupo históricamente marginado por el Estado, la sociedad y la familia, en las distintas facetas y formas, de manera individual y colectiva, de manera expresa y sutil, en público y en privado, directa e indirectamente, consciente e inconscientemente. La población LGBTI vive luchando contra estigmas y estereotipos que los persiguen y excluyen tanto en espacios públicos como privados, por lo que no pueden vivir tranquilamente en una sociedad cargada de prejuicios, imaginarios colectivos y visuales homofóbicos que hacen que se perpetúe la discriminación. En ese contexto, la población LGBTI permanece segregada en una sociedad que por no aceptar la diferencia prefiere invisibilizarla, acentuando más la problemática de inequidad y desigualdad que afrontan quienes pertenecen a dicho grupo porque como “minoría sexual” quedan al margen de las leyes, políticas públicas, programas de atención, acceso a servicios asistenciales y demás mecanismos de acción del Estado y la sociedad, lo cual significa que todas existen sin un enfoque diferencial.

También es importante citar lo dispuesto por la Corte constitucional en sentencia T- 099 de 2015 en la cual se logra desarrollar una línea jurisprudencial en Colombia sobre el tema. En dicho caso la corte aborda los alegatos de una mujer, quien adquirió dicha calidad tras reconocerse a si misma como transexual y cambiar su género de masculino a femenino, a la cual el ejército colombiano quería aplicar las normativas militares que solo son exigibles a los hombres. Para lograr un adecuado análisis, la corte se remite al reconocimiento de la igualdad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona y como la jurisprudencia colombiana ha abordado el tema con el paso del tiempo;

- **Sentencia T- 504 de 1994:** fue el primer caso en que la corte se refirió a la identidad de género. Esta demanda se presentó por parte de una mujer que deseaba cambiar su sexo en su documento de identidad, debido a que la demandante había nacido con ambos sexos y en el documento se le había registrado bajo el género masculino, con el cual ella no se sentía identificada. La Registraduría se negó a hacer el cambio argumentado que el sexo era un aspecto objetivo del estado civil y por tanto, no está sujeto a subjetividades del pensamiento de la persona, criterio que fue apoyado por la corte.
- **Sentencia C-481 de 1998:** el tribunal reconoce la inconstitucionalidad de una norma del estatuto del docente que describía que la homosexualidad constituía una causal de mala conducta. Sobre el particular la corte enfatizó en que la orientación sexual no podía ser óbice de discriminación ni debía ser considerada como una

enfermedad ya que estas inclinaciones hacen parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y hace parte de su autonomía individual.

- **Sentencia SU-337 de 1999:** presenta el caso de una menor de edad que tiene ambos órganos sexuales. A pesar de que la madre desea realizar una cirugía que logre quitar el órgano masculino los médicos se oponen arguyendo que dicha decisión debe ser tomada por la menor. La corte concluye, que debía dársele la oportunidad a la menor de tomar su propia decisión sobre que género adoptaría por lo que se ordenó la constitución de un grupo especializado que lograra determinar a qué edad la menor podría tomar conscientemente su la decisión de someterse o no a un procedimiento quirúrgico
- **Sentencia 1025 de 2002:** en este caso similar al anterior, la corte resalto que *“Solamente a partir del libre ejercicio de la personalidad, se constituye la identidad personal como un conjunto de cualidades y características que ante los atributos proyectivo, temporal y estimativo del hombre, le permiten a éste individualizarse en la sociedad, y exigir de ésta, el respeto y salvaguarda de las condiciones mínimas que conlleven a la proyección autónoma de su ser”*²²
- **Sentencia T-062 de 2011:** al tratar un caso de afectaciones violentas contra un transexual la corte reconoció que esta clase de conductas denigran al ser humano como tal, atentando contra su dignidad e integridad. Destaca además la condición de vulnerabilidad de estas personas en razón de a) la discriminación histórica de la que ha sido objeto y b) la tendencia de identificar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche²³
- **Sentencia T-977 de 2012:** establece que toda persona tiene derecho a estructurar libremente su plan de vida dentro de los lineamientos constitucionales
- **Sentencia T-476 de 2014:** este acápite resulta muy importante, ya que la Corte constitucional reconoce por primera vez la prohibición de exigir a una persona que no se identifica con un género determinado comportarse y cumplir con las normativas que corresponden a dicho género, en este caso se refiere a la exigencia de libreta militar a personas que nacieron de sexo masculino y se convirtieron en mujeres “ si una persona se reconoce como mujer transgénero, y construye su identidad en la vida pública y social como mujer transgénero, exigirle un requisito propio del género con el cual no se identifica como es la libreta militar, desconoce su derecho a desarrollar su identidad de género, es decir, a autodeterminarse”²⁴

Expuesto lo anterior, se considera de suma importancia los criterios establecidos en la jurisprudencia Colombia como un medio de reconocimiento de la vida, integridad y dignidad de las personas pertenecientes a las comunidades LGBT en aras de asegurar la protección de sus derechos fundamentales.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-1025/02. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-062/11. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁴ Corte constitucional. Sentencia T- 099 de 2015. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

i. Derecho al cambio de nombre

Frente al contenido del derecho al nombre, es primordial analizar la génesis del nombre como figura lingüística. Por tal motivo es importante destacar que “existen dos maneras de atribuir un nombre; la primera depende de convenciones y ritos -bautismo y registro civil- soportados en estructuras sociales en las que intervienen poderes institucionales y provoca consecuencias en el marco de una red normativa de derechos y deberes, al tiempo que demarca la participación en un ordenamiento legal y civil. La modificación del nombre asignado bajo esas estructuras requiere de las mismas prácticas e instituciones. En consecuencia, el nombre asignado al nacer refleja un conjunto de valores, intereses y acuerdos sociales, pero no responde a una determinación biológica”²⁵. Ahora bien, el nombre como atributo de la personalidad, permite que el individuo en desarrollo de su libertad y autonomía determine como desea identificarse y ser distinguido en la vida social y en las actuaciones frente al Estado, para ser reconocido como sujeto de derechos y obligaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.²⁶

En ese sentido, la Corte Constitucional concluye que el nombre es relevante como “(i) elemento de la personalidad jurídica; (ii) manifestación del libre desarrollo de la personalidad; (iii) elemento distintivo de carácter relacional; y (iv) elemento de construcción de la identidad individual y de la autopercepción”²⁷. Respecto del derecho a la personalidad jurídica ha establecido que “la doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad.”²⁸

Por su parte, en la sentencia T-977 de 2012 precisó que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica demanda, por parte del Estado y de la sociedad en su conjunto, el respeto por las notas distintivas de cada persona, y relacionó el nombre con el derecho de todos los individuos a escoger libremente un plan de vida y a desarrollarlo a plenitud. En

²⁵ Intervención del Grupo de Lógica, Epistemología y Filosofía de la Ciencia de las Universidades de los Andes y del Rosario a la Sentencia T-363 de 2016.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-077 de 2016. Sin embargo, la Corte Constitucional mantiene una interesante línea jurisprudencial que puede contarse desde la T – 977 de 2012, pasando igualmente por la T – 099 de 2015

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-363 de 2016

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-109 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero

ese sentido, el nombre está íntimamente relacionado con la identidad de las personas, así como la proyección de dicha identidad en el mundo exterior. Así, se destaca que “«la identidad» de una persona, como conjunto de rasgos propios de la misma que la caracteriza frente a los demás, así como la propia conciencia que la persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás, en relación con su entorno contiguo o más cercano, en nuestro caso político y cultural y por ende jurídico”²⁹.

Ahora bien, considerando dichos aspectos en relación a la temática que sirve de insumo para este procedimiento consultivo, este Honorable Tribunal 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 personas³⁰. Del mismo modo, ha destacado que la protección dispensada por el artículo 11 de la CADH, si bien se titula protección de la honra y de la dignidad, incluye la protección de la vida privada, que puede ser entendido de forma amplia y no exhaustivo, pero que, en esencia, comprende la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos³¹, aspectos que no pueden desligarse de la proyección derivada del nombre de los individuos.

Como consecuencia de lo anterior, se estima, así como lo concluyó la Corte Constitucional que “el respeto de la dignidad humana, de las libertades individuales y de la cláusula de igualdad obliga a que se atienda, principalmente, la autodeterminación y el reconocimiento de las personas en asuntos diversos que incluyen su identidad de género, y que se manifiestan a través de las múltiples expresiones de la individualidad, las cuales, se insiste, no se limitan al nombre”³² pero están fuertemente relacionadas con él.

ii. Derecho al matrimonio igualitario

Al momento de abordar una temática tan sensible, en términos sociales y políticos, en Colombia fue necesaria la intervención del poder judicial, como en tantos otros ámbitos, para lograr avances hacia parámetros más elevados de protección y garantismo, sin perjuicio del alto costo político que una decisión contramayoritaria pudiese tener. En ese sentido, concluyó que, si bien la democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega, fundado en la prevalencia del interés general, hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos

²⁹ BENAVENTE, Moreda Pilar. *Identidad y Contexto Inmediato de la Persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad de género y su protección)*. Revista AFDUAM (17) 2013, página 107.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párrafo 133.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosendo Cantú Vs. México, párrafo 119.

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-363 de 2016

fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías y así, en la sentencia SU-214 de 2016, declarar la plena validez de los matrimonios civiles celebrados en Colombia entre parejas del mismo sexo desde el 20 de junio de 2013.

En ese sentido, en la sentencia en comento, la Corte consideró que en un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un “coto vedado” para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común. Dichos valores son, a su vez, aquellos defendidos por la CADH y los demás instrumentos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al referirse a la sociedad democrática, pues ésta debe ser comprendida no como la sociedad democrática donde prevalecen los deseos de las mayorías, sino aquella al servicio de los derechos inalienables de las minorías.

En lo referente a la naturaleza jurídica del vínculo marital, así como en lo relativo a sus aspectos esenciales, la Corte Constitucional adujo que la libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común. El vínculo permanente de esta opción libre, está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana. Tanto es así, que en muchos casos sus efectos trascienden la vida en sí misma, pues aún después de la muerte, las personas continúan caracterizándose y determinándose sobre la base del vínculo que sostuvieron en esta unión esencial denominada por las diversas culturas “matrimonio”. Lo anterior, da a entender que el objeto del contrato de matrimonio no puede reducirse, en la actualidad, a la simple procreación, del mismo modo como lo consideró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Del mismo modo, la Corte acudió a su jurisprudencia preexistente en que reconoció, así como lo ha hecho el TEDH, que las parejas del mismo sexo constituyen un núcleo familiar, de modo que la protección de su derecho a la vida privada y familiar no puede ser desconocido, para después concluir como contradicción evidente que, para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado), tipo de unión previamente avalado por la Corte.

III. CONCLUSIONES

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto bajo el matiz del derecho internacional de los derechos humanos, se procede a dar respuesta a las consultas elevadas por la República de Costa Rica.

1. 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?

Las obligaciones generales comprendidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende en su ámbito de protección el derecho que le asiste a las personas de cambiar su nombre de acuerdo con su identidad de género. Lo anterior, en tanto que la protección que dispensa la Convención debe buscar siempre la efectividad de los derechos que reconoce y por tanto la efectividad del derecho a la honra y dignidad, así como el derecho al nombre implica la necesaria atención a las necesidades particulares de las minorías sexuales.

En definitiva, la proyección de la identidad personal, la determinación de los derechos y obligaciones posible a través de la garantía contenida en el artículo 3 de la CADH, la materialización del proyecto de vida se vierten en un primer momento en el nombre de las personas como atributo de su personalidad y éste, en tanto requisito indispensable para el ejercicio de la personalidad jurídica, debe poder reflejar la condición humana de los individuos manifestada a través de su orientación sexual e identidad de género.

- i. En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿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?

El mandato incorporado en el artículo 2 de la Convención Americana hace referencia a las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades en ella reconocidos, sin embargo, para tal efecto, no se establece una única forma que logre dicho cometido, por lo que a los Estados les es conferido la potestad de identificar los medios apropiados para garantizar dicha efectividad.

Tratándose de la vía judicial o administrativa, es menester destacar que, siendo compromiso político internacional de los Estados salvaguardar los Derechos Humanos, es clara la necesidad de que principios clásicos como la seguridad jurídica, el debido proceso y la imparcialidad se satisfagan a cabalidad por parte de todas las autoridades; todo esto, desde luego, bajo un enfoque diferencial capaz de responder a las necesidades particulares de los distintos grupos sociales³³ como las minorías sexuales. Así, no puede decirse que exista un único medio para garantizar el derecho al cambio de nombre, conforme a la identidad de género de las personas.

- ii. ¿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?

Aunque la Corte ha establecido que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre³⁴, se considera relevante lo dicho en el punto anterior, pues en el amplio margen que le asiste a los Estados para encontrar la forma de cumplir con la obligación de efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, no es menester que se trate de un trámite administrativo, sino que las personas que buscan modificar su nombre en atención a su identidad de género cuenten con un procedimiento garante de sus derechos en que el funcionario responsable de realizar el trámite esté en condiciones de garantizar una interpretación conforme con las obligaciones de protección de las minorías sexuales.

En ese sentido, se concluye que es el Estado en cada caso, y Costa Rica en el particular, el escoger la vía más adecuada para garantizar la efectividad del derecho que le asiste a las personas para cambiar su nombre conforme con su identidad de género.

2. 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

³³ *Ibíd.*, página 254.

³⁴ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243, y Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, párr. 127.

esa protección, y la CADH, que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?

El artículo 24 de la Convención Americana proscribire la discriminación de *iure* o de *facto*, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación, expandiendo el ámbito de protección del artículo 1.1 de la Convención pues consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe³⁵. En ese sentido, sirviéndose de las consideraciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideramos que no existe un motivo legítimo que permita a los Estados excluir a las parejas del mismo sexo de los efectos patrimoniales derivados de las convivencias estables. Del mismo modo, no existe proporcionalidad en ninguna medida que busque excluir a las parejas del mismo sexo de beneficios reconocidos a parejas que se encuentren en una misma situación, pero estén compuestas por personas de sexo opuesto.

Siendo esto así, se considera que la protección que dispensa el artículo 24 convencional implica la obligación de los Estados de garantizar y respetar el derecho a la igualdad ante la ley entre las parejas del mismo sexo y las parejas de sexo opuesto en relación a los derechos patrimoniales derivados de su vínculo.

- i. En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿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?

En último lugar, teniendo en cuenta los avances alcanzados por la jurisprudencia internacional, especialmente la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se considera que es indispensable el reconocimiento de una figura jurídica que otorgue certeza a los derechos y obligaciones que les asiste a las parejas del mismo sexo. En ese sentido, dicha figura debe proteger la esencia de los vínculos jurídicos homólogos bajo los cuales las parejas heterosexuales pueden amparar sus uniones.

No obstante, dicha figura jurídica no necesariamente debe ser el matrimonio, ya que, entre tanto se trata de una institución con connotaciones culturales y sociales concretas, se estima conveniente reconocer a los Estados un margen de apreciación, a pesar de ser reducido y sometido a los requerimientos del test de proporcionalidad ya ahondados por la

³⁵ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, Párrafo 186

jurisprudencia de este Honorable Tribunal. En ese sentido, le asiste a cada Estado en particular, de acuerdo con su realidad social y cultural, identificar los objetivos legítimos y los motivos en que fundamentan la necesidad de la medida excluyente. A este respecto, es importante aclarar que la interpretación evolutiva de las disposiciones convencionales es relevante para asegurar la efectiva protección de las minorías sexuales.

Lo anterior guarda vigencia y aceptabilidad entre tanto no exista consenso entre los Estados Americanos, lo que permitiría, eventualmente, considerar como una obligación internacional, efectiva y exigible, el garantizar el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. No puede dejarse de lado una realidad indiscutible; la soberanía debe ser, aún hoy, un importante elemento al momento de considerar la existencia de una obligación internacional.

El artículo 17, numeral dos, no puede interpretarse en el sentido de excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio, pero tampoco en el sentido de imponer una obligación que los Estados no han consentido al momento de suscribir la Convención Americana.



RAÚL FERNANDO NÚÑEZ MARÍN

DIRECTOR CLÍNICA DE DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI