

PRESENTACIÓN DE *AMICUS CURIAE*
INTEGRANTES DE LA CLINICA JURÍDICA DE DERECHOS HUMANOS
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
9 DE DICIEMBRE, SANTA FE, ARGENTINA.

**CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

S / D

Comparecemos ante esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) con el fin de allegar el presente documento de *AMICUS CURIAE*, promovido por César Norberto Bissutti, [REDACTED]; Juliana Carbó, [REDACTED] Gisela Vanesa Hill, [REDACTED]; Antonela Sabrina Rivero [REDACTED] y Estefanía Watson, [REDACTED]; integrantes de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos¹ de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, con el aval de su coordinador, Abogado Leandro A. Arday, [REDACTED].

I.- JUSTIFICACIÓN

El pasado 18 de mayo de 2016 el Estado de Costa Rica presentó en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva a fin de que el Tribunal interprete las obligaciones sobre: a) “la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”; b) “la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N° 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) “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”.

La Clínica Jurídica de Derechos Humanos fue creada por Resolución N° 358-16-C.D. (18/05/2016) del Consejo Directivo -órgano de cogobierno- de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, con el objeto de Crear un espacio plural y horizontal como ámbito de reflexión y formación en las dimensiones y problemáticas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y Generar un ámbito de debate de los casos vinculados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, esta presentación no es institucional, sino como grupo de personas que comparten un espacio, preocupados por la temática.¹

Derivado de ello, y de conformidad con el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana, mediante Resolución del Presidente del Tribunal, se incitó a presentar observaciones escritas sobre los puntos sometidos a consulta.²

“La labor interpretativa que (la Honorable Corte) debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos” (OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A n. 21, párr. 29).

Es entonces, en este sentido y por la relevancia que la cuestión de género y el principio de *ius cogens* de no discriminación tienen para las personas, hacemos llegar nuestro *amicus curiae*.

II.- Respuestas sobre las cuales se solicita opinión

II.a.- Sobre Identidad de Género:

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?*

1.1 *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?*

1.2. *¿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?*

²Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1671

Como se manifiesta en la pregunta que antecede realizada oportunamente a vuestra Corte IDH, y según lo expresado en la solicitud de opinión consultiva, al Estado de Costa Rica le surgen dudas, con respecto al contenido de prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género o, en otras palabras, persisten retos para determinar si ciertas actuaciones se encuentran cubiertas por esta categoría de discriminación.

Quienes integramos esta Clínica Jurídica de Derechos Humanos, entendemos que la prohibición de discriminación en razón de orientación sexual e identidad de género aplica para todos los derechos reconocidos en la CADH. En este sentido se ha expedido vuestra Corte en el caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile" (2012), al manifestar "*que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual*"³.

Asimismo es preciso recordar que el Tribunal Interamericano elevó el Principio de Igualdad y No Discriminación a la categoría de *ius cogens*⁴, principio que por otra parte tiene un amplio reconocimiento normativo⁵, y que de ninguna manera puede ser dejado de lado por Estado alguno, sea o no parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

A su vez, la identidad de género de cada persona se refleja en la manera en que elige mostrarse ante las/os demás: la vestimenta y el maquillaje o la ausencia de él, los modos de hablar y moverse, las expresiones verbales y gestuales, y muchos otros elementos intersubjetivos que conforman la expresión de género de cada una. En tal sentido, el nombre adquiere una particular relevancia en la desarrollo de la identidad.

En los Principios de Yogyakarta -directrices de *soft law* para la aplicación de la legislación internacional de DDHH en relación con la orientación sexual y la identidad de género- se reconocen Los Derechos a la Igualdad y No Discriminación, en el principio N°2, el cual reza que "*[t]odas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y*

³Caso "AtalaRiffo y niñas vs. Chile", Sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁴(OC 18/03, 17/09/2003, párr. 101).

⁵ (CADH, sit.; arts. 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica”.

A su vez, el Principio Nro. 3 refiere al “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica” para las personas miembros del colectivo LGBTIQ.

Por su parte, el SIDH protege la Personalidad Jurídica de las Personas en los artículos 3⁶ y 5⁷ de la CADH⁸. Por ser el nombre de las personas un atributo de su personalidad, y un reflejo de su identidad, debe ser garantizado. A su vez, el art. 18⁹ de la CADH establece específicamente el reconocimiento del Derecho al Nombre al decir que “[l]a ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”. Este derecho “debe ser asegurado para todos”, debiendo entenderse “todos” en concordancia con los artículos 1 y 24 del mismo instrumento. En este sentido, resulta evidente que el Estado de Costa Rica y todos los Estados miembros de la OEA deben reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una y sin discriminación alguna.

Ahora bien, respecto de la pregunta 1.1, realizada por el Estado de Costa Rica, entendemos que es contrario a la CADH (derechos consagrados en los arts. 11, 24 y 1.1) 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 administrativo.

Esta modalidad resulta una obligación abusiva para quien intenta el reconocimiento de su identidad de género. Hacer soportar los excesivos gastos y costos de la

⁶ “**Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica.** Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

⁷ “**Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”

⁸ Asimismo el SISTEMA UNIVERSAL EN 16 y 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

⁹ “**Artículo 18. Derecho al Nombre.** Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”

justicia, someter a los plazos judiciales con una larga espera y al posible rechazo por parte de un juez, por razones ideológicas o aun, confesionales, el hecho de la modificación del nombre por la identidad de género autopercibida implica volver a someter a un colectivo estigmatizado desde hace años. Es menester por ende la configuración de un trámite administrativo simple y rápido, que no requiera patrocinio letrado de abogado ni dictámenes médicos o judiciales. Es necesario abolir la esterilización y otros tratamientos médicos obligatorios como un requisito legal necesario para reconocer la identidad de género de la persona en las leyes que regulan el proceso de cambio de nombre y sexo. Es necesaria la simplificación en la tramitación del cambio de identidad para generar un proceso en armonía con los derechos humanos de las personas.

Por otra parte, no puede olvidarse que, supuestos como el presente, pertenecen a lo que se ha denominada “jurisdicción voluntaria”¹⁰, y que implica que determinados trámites deben realizarse en sede judicial. Sólo que esto no responde necesariamente al carácter litigioso de la cuestión, sino a decisiones de política judicial de los estados. En esta dirección, creemos que la mejor política de DDHH sobre el punto pasa por prever un sistema diferenciado para el cambio de nombre que pueda llevarse a cabo en sede administrativa.

Cierto es que esto implicaría una política diferenciada, en cuanto estatuiría dos procedimientos diferenciados. Pero tal punto encuentra respuesta en el deber del Estado de brindar respuestas a cada conflicto de DDHH, atendiendo a cada situación en particular. En el caso, resulta redundante recordar que son colectivos **especialmente vulnerables** quienes recurrirían a tales vías, por lo que es obligación del Estado formular acciones positivas en aras de satisfacer legítimas pretensiones para tutelar derechos convencionalmente garantidos. Estos supuestos son los que dejan en claro la insuficiencia del principio de no-discriminación como mecanismo para realizar la igualdad¹¹.

II.b.- Sobre los derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo

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

¹⁰Recordaba Couture que “la jurisdicción voluntaria perteneció en sus primeros tiempos a los notarios y con el andar del tiempo fue pasando a los órganos del Poder Judicial. Nada impiden que pasen mañana a la administración y aún que vuelvan a su fuente de origen como se ha propuesto”. Cf. Couture, Eduardo J. “Fundamentos del derecho procesal civil” 3ª edición. Depalma. Buenos Aires. 1997. Pág. 53. Es importante recordar que la provincia de Santa Fe (República Argentina) hizo lugar a pretensiones de cambio de nombre con fundamento en cuestiones de género canalizadas mediante reclamos administrativos, cuando el ordenamiento procesal de dicha provincia prevé un proceso especial (v. gr. Decretos N° 1245/11 y 1752, luego de la recepción de dictámenes positivos de la Subsecretaría de Derechos Humanos (Zona Norte) y de la Fiscalía de Estado de dicha provincia).

¹¹Por ello sostenía Fiss que “el principio antidiscriminatorio, con su carácter individualista, su preocupación por los medios que se escogen y las simetrías que propone, tiende a sugerir la prohibición de medidas tales como el tratamiento diferencial; el principio de apoyo a grupos desaventajados, en cambio, tiende a considerar medidas de este tipo como permisibles (y aun puede dar fundamento a la demanda de ‘cuarto orden’ destinada a **considerar exigible ese tratamiento diferencial**)”, para luego afirmar la primacía del principio de apoyo a grupos desaventajados por sobre el principio antidiscriminatorio. (el resaltado nos pertenece). Cf. Fiss, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección” (trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino), En Gargarella, Roberto (compilador). Derecho y grupos desaventajados. Gedisa. Barcelona. 1999. Págs. 160-161.

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?

Nos resulta insoslayable una respuesta afirmativa al interrogante. Si partimos del concepto de “(des)igualdad” que nos ofrece Roberto Saba¹², entendido como no-discriminación, se necesitaría un criterio justificado para fundamentar el trato diferenciado “*una justificación objetiva y razonable, que persiga un fin legítimo con relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido*”, circunstancias que no están presentes en la hipótesis bajo tratamiento¹³.

Como primer punto de análisis consideramos que debemos desarrollar la afirmación de que la orientación sexual es una de las categorías protegidas por el Art. 1 de la CADH. Retomando lo que dijéramos anteriormente, la Corte IDH en el fallo “AtalaRiffo” explica que el Art. 1.1 es una norma genérica que no posee una enumeración taxativa, sino que queda abierta a “otra condición social”, lo que implica que dicho artículo no obsta a la incorporación de categorías que sean consideradas necesitadas de la protección del SIDH, en este caso la Orientación Sexual. En este sentido, la interpretación de aquellas categorías, deben resultar en la opción más favorable a la persona y a la evolución de los derechos fundamentales del derecho internacional contemporáneo¹⁴. Ésta es admitida tanto por el fallo mencionado como por los distintos organismos Internacionales que bregan por la protección de los DDHH¹⁵¹⁶, a la par de la O.E.A.¹⁷.

¹²Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural”. En Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coord.). El Derecho a la Igualdad. Aportes para un Constitucionalismo Igualitario. LexisNexis. Buenos Aires. 2007. Págs. 163/197. Es dable aclarar que el autor adscribe a una idea de igualdad como no sometimiento, parte del reconocimiento de la existencia de situaciones de desigualdades estructurales en nuestras sociedades, y el ideal de igualdad como no-discriminación no alcanza a comprender.

¹³Corte I.D.H. **Caso Duque Vs. Colombia**, sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 106 “*Con respecto a lo anterior, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, este Tribunal 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.*”

¹⁴Corte I.D.H. **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr.85 “*Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.*”

¹⁵Corte I.D.H. **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 87 “*Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convenio Europeo”), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el Caso Clift Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona.*”

¹⁶Corte I.D.H. **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 88 “*En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1102 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2103 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso Toonen Vs. Australia que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados.*”

En concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, el artículo 24 del mismo cuerpo impone el deber de adoptar disposiciones en el ordenamiento jurídico de cada país que eviten un trato desigual y discriminatorio por la orientación sexual, entendiendo que ésta no se limita a la condición de ser homosexual, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida¹⁸. Dicho proyecto debe ser trazado en plena libertad, permitiendo la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.¹⁹

Por su parte, en “Duque Vs Colombia” la Corte explica que mientras la obligación general del artículo 1.1. refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el Art. 24 protege el derecho a “igual protección ante la ley”. Esto implica que se prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es por ello que, si la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse en función del Art. 24, a la luz de las categorías protegidas por el 1.1.²⁰

Consideramos conveniente ahondar en las conclusiones a las que arribara la Corte IDH en “Duque vs Colombia”. Allí, la Corte constató que *“la normativa interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por personas del mismo sexo que no podían formar dicha unión”*²¹.

¹⁷Corte I.D.H. **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 86 “Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.”

¹⁸ Corte I.D.H. **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr.133 “La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada.”

¹⁹Corte I.D.H. **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr.136 “En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones¹⁶⁰. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad.”

²⁰ Corte I.D.H. **Caso Duque Vs. Colombia**, sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 94 “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”⁸⁵. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación⁸⁶. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana⁸⁷ en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.”

²¹Corte I.D.H. **Caso Duque Vs. Colombia**, sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 103.

De acuerdo al relato de los hechos, la norma generaba una diferencia de trato debido a que las parejas del mismo sexo no podían formar una unión marital de hecho (entendida como institución jurídica), lo que derivaba en que, acaecida la muerte de la pareja se encontraban impedidas de acceder a los beneficios de la seguridad social. Caso similar se da ante la desigualdad de trato, establecida en una norma de derecho interno, fundada exclusivamente en la orientación sexual de las personas que integran la pareja, cuyos efectos repercuten en el reconocimiento o desconocimiento de derechos patrimoniales.

La similitud de los casos obliga a entender que si en *Duque vs Colombia*, dicha desigualdad de trato fue considerada como generadora de un hecho ilícito internacional, aquellos casos que resulten de la privación de los derechos patrimoniales derivados de los vínculos de pareja conformados por personas del mismo sexo, van a generar las mismas violaciones a los derechos protegidos por la Convención como consecuencia de haber incurrido, el Estado Parte, en responsabilidad internacional.

Si no se reconocieran los mismos derechos a las diversas formas de familia y/o pareja, claramente se estaría violando el artículo 24 de la CADH. No existe ninguna argumentación rigurosamente fundada para un tratamiento legislativo diferenciado con respecto a la orientación sexual, ni un fin legítimo que lo avale, porque lo único que se lograría es perpetuar la hostilidad que todavía, en algunos sectores, se presenta hacia personas que eligen a otras del mismo sexo para formar una familia y/o pareja. El “ser homosexual” nunca podría considerarse un criterio razonable para hacer una diferenciación negativa, y privar así a las personas del mismo sexo de los derechos patrimoniales derivados de sus vínculos.

Por el no reconocimiento de todos los derechos patrimoniales, estaríamos simplemente operando sobre la base de un concepto limitado y estereotipado de familia que, además está decir, excluye arbitrariamente a aquellas formadas por parejas del mismo sexo. De ello, indefectiblemente deriva en una interferencia arbitraria y abusiva, por parte del Estado a través de una norma, en la vida privada y las familias conformadas por personas de igual sexo.

Como se señala en el fallo *Atala Riffo*, citando a la Comisión “*el derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares, (en este sentido) la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo*”²². Se observa aquí una noción muy amplia de vida privada en la norma del Art. 11.2, la que incluye las decisiones sobre la identidad y género de la pareja que cada individuo elige, decisiones en las que ningún Estado se puede inmiscuir a través de sus normas, ni los ciudadanos a través de sus prácticas. Consideramos entonces que la

²²Corte I.D.H. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr.156.

privación de los derechos patrimoniales en los vínculos de personas del mismo sexo, fundado en el hecho de su orientación sexual, es violatorio de la Convención.

Es necesario que el Estado garantice las condiciones para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, otorgando el mismo tratamiento jurídico a todas las personas, independientemente de la orientación sexual asumida; ya que de lo contrario se vulnera el derecho a la autodeterminación y a optar libremente sobre la sexualidad, pareja y directamente sobre el proyecto de vida.

Como se encuentra expresado en el voto concurrente del Juez Enrique Petracchi en el caso “González de Delgado c/ Universidad Nacional de Córdoba”²³, resuelto por la Corte Suprema de la Nación Argentina, al poner fin a una práctica discriminatoria basada en el sexo “[...] *se ha removido un valladar discriminatorio –que hoy resulta moral y jurídicamente abominable- que impedía la plena participación [...]*”, esperamos que pronto se pueda decir lo mismo sobre las cuestiones de distinción basadas en la orientación sexual.

Es en las manos de (todos) los ciudadanos y operadores jurídicos dónde se encuentra la posibilidad que los patrones discriminatorios, de conductas y prácticas o normativos, pierdan vigencia y validez, o que el ideal igualitario por el que bregamos, continúe siendo una quimera. Mas el rol asumido por esta Corte IDH como guía en el desarrollo de políticas y criterios interpretativos en materia de DDHH constituiría, sin lugar a dudas, un paso trascendental para su efectiva realización.

2.1. 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?

El deber de adoptar disposiciones de derecho interno consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana complementa la obligación de respetar y garantizar los derechos que contiene el artículo 1.1.

Es el entendimiento de quienes suscribimos esta observación, que todo Estado ha sido consciente, al momento de firmar, ratificar o adherirse a la Convención Americana, de la armonía que debe existir necesariamente entre este instrumento y su Derecho

²³Fallos 323:2659, del 19 de septiembre de 2000. En el caso, se puso en tela de juicio una Resolución de la Universidad Nacional de Córdoba por la que se disponía expresamente la posibilidad del acceso de mujeres al Colegio Monserrat, que dependía de aquélla. Allí, entre otras consideraciones, sostuvo el Ministro Petracchi que “*tengo la tranquila sospecha de que existen quienes añoran el pasado y rechazan la radical igualdad de la mujer y el hombre en cuanto al goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales que en la convención se imponen*”, y que “*más allá de los argumentos que puedan desarrollarse contra nostálgicos, separatistas y partidarios de la erudición superflua, basta con recordarles a todas las palabras alguna vez usadas por la Suprema Corte de los EE.UU.: “Esta es precisamente la clase de opciones...[que la ley constitucional] hizo por nosotros” (425 U.S. 748, 770, año 1976). No hay que hacer ninguna elección, porque ésta ya ha sido hecha por los constituyentes*”. En nuestro caso, es el legislador convencional quien realizó tal opción.

interno. Debe haber una relación de coherencia entre el Derecho Internacional y el Derecho interno de los Estados parte, tomando los operadores jurídicos las medidas necesarias a tales fines.

Preocupa entonces a quienes remitimos el presente escrito, la vigencia en el Estado de Costa Rica de normas como el Artículo 14 del Código de Familia, que declara que “[e]s legalmente imposible el matrimonio (...) entre personas de un mismo sexo”²⁴.

Siguiendo al juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el control de convencionalidad²⁵ “no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al ‘parámetro’ de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de ‘armonizar’ la norma nacional con la convencional, lo cual significa realizar una ‘interpretación conforme’ de la norma nacional con la C[onvención Americana], sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas ‘interpretaciones’ contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un ‘control’ de la interpretación que no cubre dicho parámetro”²⁶

Cuando esta interpretación conforme de la norma nacional, como creemos, no es posible, una de las opciones consideradas por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos propone la inaplicabilidad de dicha norma inconvencional, garantizando el efecto pleno de la Convención Americana en el ordenamiento jurídico. El artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica consagra el principio de jerarquía normativa supralegal de los Tratados, lo que respalda la solución anterior. Otra opción, considerada más radical, implica declarar la invalidez de esta norma, manifiestamente incompatible con el Tratado.

Ya la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica dispuso que “[e]n el caso de la jurisdicción de familia, los jueces de la República, deben ejercer ese ‘control de convencionalidad’ y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos”²⁷, demandando que dicho control se realice en esta materia, con especial atención a las normas convencionales.

Los suscriptores deseamos destacar la labor activa del Estado de Costa Rica que, por quinta vez, hace uso de la competencia consultiva de la Corte IDH, esperando que esta ocasión refleje las positivas consecuencias de la OC-5/85 “La colegiación obligatoria de

²⁴ Artículo 14 del Código de Familia (Reformado por el artículo 1° de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976).

²⁵ La configuración de un control judicial interno de convencionalidad, fue definido por la Corte IDH como “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal” en el párrafo 65 de la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso “Gelman vs. Uruguay” (2013). Este instituto, creación pretoriana del Tribunal Interamericano, surge a partir del caso “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), ampliándose sus alcances en “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, “La Cantuta vs Perú” y “Boyce y otros vs. Barbados”; para finalmente en “Gelman vs. Uruguay”, extender sus límites estableciendo su obligatoriedad en cabeza de “cualquier autoridad pública” (el resaltado nos pertenece).

²⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia”, San José de Costa Rica, 2005, p. 86.

²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia: 06120. Expediente: 12-012657-0007-CO

periodistas (arts. 13 Y 29 Convención Americana de Derechos Humanos)”, solicitado por el Gobierno de Costa Rica, y a raíz de la cual se motivó una reforma constitucional favorable a la tutela de los derechos humanos consagrados en los artículos mencionados.

Por todo lo anterior, especialmente en lo respectivo a la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género, y a la ausencia de estándares objetivos y razonables que justifiquen tal discriminación, en atención a la consulta realizada por el Estado, creemos que no corresponde la sanción legislativa 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 el sentido de que no consideramos necesario, ni mucho menos conveniente, la distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales al momento de reglar los efectos, ni personales ni patrimoniales, de las familias que estas personas hayan decidido formar.

Consideramos más adecuado referirse a las familias y a los individuos en términos neutros (“contrayentes o cónyuges” en lugar de “el marido y la mujer” o “esposa y esposo”), para promover de esta manera la igualdad de género en el seno de la familia, entendida ésta no desde una mirada tradicional y limitada, sino amplia y contenedora de la diversidad de personas que las conforman y transitan a través de ella su proyecto de vida, como expresión de su libertad e identidad abarcadora de la diversidad de personas que a través de ella transitan su proyecto de vida.

En este orden de ideas, humildemente proponemos la adecuación y, si correspondiere, la derogación de la normativa inconvencional, incompatible, a nuestro entender, con los estándares de derechos humanos instaurados por el Sistema Interamericano de Protección, y especialmente aquella que resulte discriminatoria en razón de la orientación sexual e identidad de género.

César Norberto Bissutti

Juliana Carbó

Gisela Vanesa Hill

Antonela Sabrina Rivero

Estefanía Watson

Leandro Anibal Ardoy