

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BAJA CALIFORNIA

"2017 Año del 60 Aniversario de la Universidad Autónoma de Baja California"



FACULTAD DE DERECHO TIJUANA



Tijuana, Baja California, 14 de febrero de 2017.
Oficio 106/2017-1.

H. Juez Roberto F. Caldas
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Presente



La Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California representada por su Director, Mtro. Luis Sandoval Figueroa y las profesoras Dra. Laura Alicia Camarillo Govea, Mtra. Elizabeth Nataly Rosas Rábago así como Sergio Emilio Herrera Gómez, con fundamento en los párrafos 2 y 3 del artículo 73 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos presenta por este medio un escrito en calidad de *amicus curiae*, señala como domicilio el ubicado en Calzada Universidad no. 14418, Mesa de Otay Tijuana, Baja California, México, código postal 22390, teléfono +52 (664) 979 7505 extensión 54022 y el correo electrónico: govea@uabc.edu.mx.

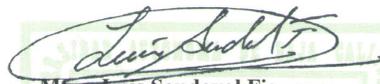
El documento que sometemos a su consideración se refiere a la opinión consultiva que sometió a su el Estado de Costa Rica, por el que solicita que el Tribunal interprete las obligaciones sobre: a) “la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento 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

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BAJA CALIFORNIA

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”.

Aprovechamos la ocasión para reiterarle nuestras más altas consideraciones.

ATENTAMENTE



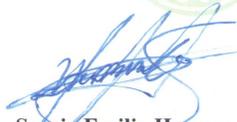
Mtro. Luis Sandoval Figueroa
Director de la Facultad de Derecho Tijuana



Dra. Laura Alicia Camarillo Govea
Coordinadora de Posgrado e Investigación de la
Facultad de Derecho Tijuana



Mtra. Elizabeth Nataly Rosas Rábago
Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos



Sergio Emilio Herrera Gómez
Alumno de la Facultad de Derecho Tijuana





"2017 Año del 60 Aniversario de la Universidad Autónoma de Baja California"



Tijuana, Baja California, 14 de febrero de 2017.

Oficio 106/2017-1.

H. Juez Roberto F. Caldas
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Presente

La Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California representada por su Director, Mtro. Luis Sandoval Figueroa y las profesoras Dra. Laura Alicia Camarillo Govea, Mtra. Elizabeth Nataly Rosas Rábago así como Sergio Emilio Herrera Gómez, con fundamento en los párrafos 2 y 3 del artículo 73 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos presenta por este medio un escrito en calidad de *amicus curiae*, señala como domicilio el ubicado en Calzada Universidad no. 14418, Mesa de Otay Tijuana, Baja California, México, código postal 22390, teléfono +52 (664) 979 7505 extensión 54022 y el correo electrónico: govea@uabc.edu.mx.

El documento que sometemos a su consideración se refiere a la opinión consultiva que sometió a su el Estado de Costa Rica, por el que solicita 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 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”.



Índice

Introducción.....	4
1. La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el 1.1 de la CADH en relación con el reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género.....	4
1.1. Relación del artículo 11.2 y el 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de la identidad de género.	5
1.1.1 Relación entre el derecho humano al nombre (cambio de nombre) y el libre desarrollo de la personalidad.....	7
1.1.2. La negativa del cambio de nombre por razón de identidad de género como un acto discriminatorio.	8
2. Análisis del proceso jurisdiccional para modificar el nombre a la luz de la Convención Americana.....	10
3. La viabilidad de la vía administrativa como recurso gratuito, rápido y accesible para el cambio de nombre a partir de la identidad de género.....	11
4. Sobre los derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo, al respecto consideramos lo siguiente:	15
4.1. Sobre la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.....	15
4.1.1 El no reconocer los derechos patrimoniales de las parejas homo-parentales, es un acto discriminatorio.	15
4.1.2 Test de igualdad:	17
4.1.3. La necesidad de una figura jurídica que regule los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo.	18



Introducción

Atendiendo a los cuestionamientos del Estado de Costa Rica, en relación a la identidad de género como categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana o CADH), consideramos pertinente abordarlo a partir de dos aspectos a saber:

- a) La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el 1.1 de la CADH en relación con el reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género y,
- b) La idoneidad de la vía administrativa para cambiar el nombre de las personas con identidad de género diversa.

1. La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el 1.1 de la CADH en relación con el reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género.

Para Establecer los parámetros de protección de estos tres artículos, primero se debe establecer la relación intrínseca que existe entre estos, y que por ende, bajo los principios de interdependencia e indivisibilidad, la violación de uno de ellos, significaría la vulneración de los otros dos.

Por tanto, durante el presente análisis, en primer lugar se establecerá la relación del derecho a la vida privada con el derecho al nombre, derechos establecidos en los artículos 11.2 y 18 respectivamente. De este análisis se desprenderá la importancia del respeto y garantía, en primer término, de la identidad de género que las personas como un concepto inmerso y por consecuencia protegido por el derecho a la vida privada ostentan y en segundo término, la relación que guarda el derecho al nombre conforme a la identidad de género.

Posterior a este primer análisis, se realizará un test de igualdad¹ para demostrar la existencia de un acto discriminatorio, y en consecuencia, la violación de derechos humanos

¹ Herramienta analítica que somete a un escrutinio judicial escalonado las medidas que establecen una distinción entre personas o grupos que se encuentran en situaciones similares, *cf.* Uprimny Yepez, Rodrigo y



conforme a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) cuando existe una negativa por parte de los Estados de modificar el nombre de las personas con base en su identidad de género.

1.1. Relación del artículo 11.2 y el 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de la identidad de género.

La Corte IDH ha establecido que la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales.² En este sentido, las personas que cuentan con una identidad de género diversa a la que obra en su partida de nacimiento, cuentan con base en el artículo 11.2 de la CADH, con la libertad de adoptar esa identidad diversa, que les permita desarrollarse libremente.

Por otro lado, el derecho al respeto de la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás³, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.⁴ Por tanto, con base en lo anterior los Estados no pueden prohibir que las personas decidan adoptar su propia identidad, sobre todo si se trata de aquellas que se encuentran en conflicto con la identidad que se les ha establecido por nacimiento, pero que no concuerda con la idea que el individuo tiene de sí mismo, por ello, en defensa del libre desarrollo de la personalidad, se encuentra la

Sánchez Duque, Luz María, *Igualdad ante la Ley*, en Steiner C., Uribe Patricia (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, pág. 593

² Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 24 febrero de 2012 Serie C No. 239, párr. 143.

³ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 119 y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 Serie C No. 239, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., Caso Niemietz Vs. Alemania, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29, y Caso Peck Vs. Reino Unido, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57.

⁴ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 24 febrero de 2012 Serie C No. 239, párr. 143.



obligación de los Estados de coadyuvar de forma efectiva, en el desarrollo de la personalidad de todos los seres humanos sin distinción.

En este mismo orden ideas, el cambio de nombre con base en la identidad de las personas, es una de las tantas herramientas que tienen los Estados para poder cumplir con su deber de respetar el derecho a la vida privada de las personas con identidad de género diversa, por relacionarse plenamente con la identidad y el libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior, con fundamento en lo establecido por la OEA en cuanto a que "el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana".⁵

En resumen, de los planteamientos anteriores se desprende en primera instancia, la protección que brinda el artículo 11.2 respecto del derecho a la identidad, que en consecuencia genera una serie de factores por los cuales los Estados deben, por medio de la práctica de sus deberes y obligaciones, garantizar el derecho de las personas con identidad de género diversa, que no se vean afectadas en sus derechos, incluyendo también, el respeto al libre desarrollo de su personalidad. Por consecuencia de la implementación de medidas positivas que colaboren a las personas que encuadran en este supuesto a adoptar de manera plena su identidad de género, dentro de la cual se encuentra el nombre de ésta, por tratarse

⁵ *Cfr.* OEA, "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y 'Derecho a la Identidad'", resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008, y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10) de 8 de junio de 2010, sobre seguimiento al programa, de 8 de junio de 2010. Sobre ese aspecto el Comité Jurídico Interamericano consideró que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia. Al respecto, *cfr.* Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del Derecho a la Identidad de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3. lo anterior fue referido en la Sentencia de la Corte sobre el caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 123.



de un concepto relacionado con la identidad de género que cada persona pueda tener de sí misma.

1.1.1 Relación entre el derecho humano al nombre (cambio de nombre) y el libre desarrollo de la personalidad.

La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona.⁶ Por tanto, al tratarse de una persona con una identidad de género distinta a la de su nacimiento, resulta perjudicial el hecho de no contar con un nombre que vaya acorde con su identidad de género, de acuerdo con las ideas tradicionales de lo que se determina dentro de una sociedad como un nombre masculino o bien, un nombre femenino.

Considerando que el libre desarrollo de la personalidad es “aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones”.⁷ La negativa de los estados americanos al cambio de nombre de las personas acorde a su identidad de género, significa una barrera para que la persona pueda desarrollarse de la manera en que se ve a sí mismo, conforme a sus propósitos, deseos, preferencias e inclinaciones, por no coincidir su nombre con su identidad de género.

⁶ Cfr. T.E.D.H. Caso R.R. Vs. Polonia, (No. 27617/04), Sentencia del 26 de mayo de 2011, párr. 197; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 24 febrero de 2012 Serie C No. 239, párr. 143.

⁷ Villalobos, Kevin, *El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la educación*, en obra colectiva. Simposio 2009: La población joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud: Ponencias y Memoria, San José Costa Rica, CNPPPJ-UNFPA, 2011, pág. 141



1.1.2. La negativa del cambio de nombre por razón de identidad de género como un acto discriminatorio.

Tomando como referencia lo establecido en la introducción del presente capítulo, a continuación analizaremos la negativa del Estado en relación a la modificación del nombre de las personas acorde a su identidad de género como un acto discriminatorio. Para ello, tomaremos como base lo establecido por el TEDH y la CrIDH, respecto al test de igualdad, con el cual se demuestra la existencia de un acto discriminatorio.

El término discriminación no es un concepto adoptado propiamente por la CADH, la CrIDH, toma como referencia la definición del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, señalando que la discriminación se relaciona con: Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁸

Es importante resaltar que no toda distinción es discriminación, la definición de no discriminación o igualdad de trato formulada por el TEDH ha sido aprobada y citada por la CrIDH.⁹ Según señala la CrIDH: no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.¹⁰

⁸ *Ibidem*, Atala Riffo y niñas, párr.81

⁹ Opinión Consultiva, OC-4/84 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Serie A No. 4, párr. 56.

¹⁰ *Ibidem*, OC-4/84, párr.57.



En razón de lo anterior, debemos considerar el fin que busca el Estado, al realizar una negativa en cuanto al cambio de nombre por razón de identidad de género, para posteriormente establecer la justificación de tal acto, su razonabilidad acorde al fin que se persigue y así mismo la proporcionalidad de dicho acto. Con base en lo planteado anteriormente respecto de la importancia y relación que guardan el derecho a la identidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al nombre, no puede establecerse un fin que se contraponga a los derechos de las personas con identidad de género diversa lo que significaría un fin ilegítimo.

El test de igualdad establecido por el TEDH y adoptado por la CrIDH, es el medio idóneo para determinar si se trata de una distinción justificada, razonable y proporcional al fin legítimo que se persigue.¹¹

Por tanto, aplicando la teoría anterior al caso concreto, podemos establecer que no existe un fin legítimo en el hecho que un Estado niegue el cambio del nombre a una persona por razón de identidad de género, toda vez, que no se trata de un acto justificado debido a la vulneración de derechos que se cometen bajo la práctica de esta negación, ya que como se ha venido señalando a lo largo del presente estudio, esta negativa, afecta directamente la esfera jurídica de las personas con identidad de género diversa a la de su nacimiento, porque existe una relación del derecho a la vida privada por medio del libre desarrollo de la personalidad, que habla sobre la forma en que toda persona se ve a sí misma y decide proyectarse hacia los demás, en este sentido, al tratarse de una persona identificada como del sexo masculino o femenino según sea el caso, pero a sí misma dicha persona se ve con una identidad de género diversa, y así es como decide proyectarse hacia los demás, no existe una razonabilidad en el hecho de no otorgar el cambio de nombre conforme a su identidad de género, ya que precisamente, no se estaría respetando la libertad de la persona de desarrollarse, auto-determinar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación,

¹¹ *Ibidem*, Atala Riffo y niñas vs Chile.



deseos, preferencias e inclinaciones;¹² elementos fundamentales del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que significa una desproporcionalidad en el acto, porque vulnera los derechos de una persona sin justificación, por un acto que no comprende una afectación de los derechos de las demás personas.

En relación a las preguntas que plantea el Estado, relativas a si “se podrá 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”, y si “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”; consideramos pertinente abordar el planteamiento a partir de las siguientes premisas:

2. Análisis del proceso jurisdiccional para modificar el nombre a la luz de la Convención Americana.

En relación al proceso jurisdiccional contemplado en el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, consideramos que la existencia de un recurso como lo es la jurisdicción voluntaria no es *per se* inconvencional, cuanto más a que este recurso garantiza la protección del derecho al nombre.

El control de convencionalidad puede ser definido como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente.¹³ Por lo tanto, la norma en cuestión debe ajustarse a “los parámetros del control de convencionalidad, ya que no se agota al realizar una armonización del derecho interno con la Convención Americana, sino que además se involucran diversos instrumentos internacionales que forman parte del *corpus*

¹² Villalobos, Kevin, *El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la educación*, en obra colectiva. Simposio 2009: La población joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud: Ponencias y Memoria, San José Costa Rica, CNPPPJ-UNFPA, 2011, pág.141

¹³ Albanese, Susana, *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 15.



juris fundamental en materia de protección de derechos humanos, así como la interpretación que de ellos haya realizado la Corte.”¹⁴

La existencia de un recurso que en este caso tendría como consecuencia el cambio de un nombre, a través de un proceso jurisdiccional no lleva implícita una contradicción con la Convención Americana, puesto que de ninguna forma se afectaría el derecho de las personas a las garantías judiciales y a la protección judicial. En efecto, no es contrario a la naturaleza y fines de la CADH, el establecimiento de una figura como la jurisdicción voluntaria, que en ese caso, tendría como propósito asistir a aquellos que tengan el interés de modificar su nombre.

Debemos insistir que no obstante que el Estado afirma “que el proceso... implica una espera demorada, el establecimiento de recurso *v.g.* el de la jurisdicción voluntaria se sitúa, *prima facie*, dentro de las potestades del Estado, cierto es que podríamos analizar si el recurso es efectivo, realizado ante jueces o tribunales competentes, que ampare la protección de sus derechos humanos y por ende su inconveniencia, sin embargo atendiendo a la pregunta del Estado no puede considerarse inconveniente que se solicite a la persona interesada en modificar su nombre, acudir a un proceso jurisdiccional, aunque como explicaremos más adelante la vía administrativa se presume más eficaz.

3. La viabilidad de la vía administrativa como recurso gratuito, rápido y accesible para el cambio de nombre a partir de la identidad de género

Como se desprende de los argumentos vertidos anteriormente, la existencia del proceso jurisdiccional contenido en el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, no constituye a nuestro juicio *per se*, una inconveniencia de la norma. Eso no menoscaba que en el análisis específico bien podría valorarse la inconveniencia del recurso a la luz de que aquél no fuera efectivo, sencillo y rápido violatorio en ese caso de los artículos 8 y 25 de la CADH.

Ante el deber de armonización de las normas y actos nacionales con la Convención

¹⁴ Camarillo, Laura y Rosas, Elizabeth, “El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, IIDH, 2016, pág. 137.



Americana, la existencia de dos sistemas, uno construido sobre la base de un recurso jurisdiccional, y otro que admite la vía administrativa, ambos pueden ser compatibles con la CADH y, por lo tanto, la decisión de cuál recurso establecer está en manos de los Estados. Sin embargo, no se debe perder de vista que la vía administrativa generalmente es efectiva, además atendiendo a las afirmaciones del Estado de Costa Rica en el preámbulo de las preguntas hechas a este H. Tribunal, relativas a reconocer que la vía jurisdiccional “conlleva gastos para la persona solicitante e implica una espera demorada” resultaría más eficaz, menos “engorroso” y concordante con las tendencias en el continente a leyes de identidad de género y procesos administrativos para el cambio de nombre, que en general avorecerían las condiciones de igualdad y no discriminación para las personas con identidad de género diversa.

La CIDH ha señalado respecto al artículo 8 de la CADH que “se debe actuar conforme a la legalidad y a los principios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo a los destinatarios de los actos administrativos ejercer su derecho de defensa”.¹⁵

La Comisión Interamericana ha reconocido el avance de Estados como México y Colombia por la adopción de decretos que permiten la rectificación del sexo a través de simples trámites administrativos, decretos que constituyen “pasos fundamentales en el camino a garantizar el reconocimiento pleno de la identidad de personas trans, e insta a los Estados a continuar adoptando medidas garantistas, incluyendo medidas legislativas y en materia de políticas públicas, a favor de personas trans, y personas lesbianas, gays, bisexuales e intersex”.¹⁶

En un análisis de derecho comparado, Argentina, Colombia y España se colocan como ejemplo de legislación debido a que establece el trámite de cambio de nombre a través de la

¹⁵ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, serie C, número 72, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr 116.

¹⁶ CIDH, Comunicado de prensa No. 75/15, *CIDH saluda a México y Colombia por medidas que reconocen la identidad de personas trans*, 1 de julio de 2015.



vía administrativa, acudiendo a los registros civiles para el reconocimiento de rectificación en los documentos de identidad:

a) Argentina

La Ley No. 26.732, Ley de Identidad de Género para personas trans, establece que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género.” Para ello solamente es necesario presentar los requisitos y la solicitud ante el Registro Nacional de Personas.

b) República Federal de Colombia

Como segundo ejemplo el Decreto No. 1227 emitido de fecha 4 de Junio del 2015, señala una serie de requisitos para modificar el nombre ante el Registro del Estado Civil, exigirá cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral de la mención del nombre y sexo que fuere disonante de la identidad de género de la persona a que se hace referencia en dicho documento.¹⁷

c) España

De acuerdo al artículo 3 de la Ley 3/2007 del 15 de marzo de 2007, se establece un procedimiento de carácter administrativo, es decir, la solicitud se presenta ante el encargado del Registro Civil.

Tomando como referencia a la Corte IDH, ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos.¹⁸

En relación a lo anterior, la CIDH, señala a los Estados parte el deber de adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y componente de sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad

¹⁷ Ley No. 18.620 Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios de la República Oriental de Uruguay.

¹⁸ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C No. 205, sentencia de 16 de noviembre de 2001, párr. 124.



y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos y sin que sea necesario que presenten evaluaciones o certificados médicos o psicológicos.¹⁹

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.²⁰

Cabe resaltar que el sentido de la opinión consultiva en este rubro no cuestiona la inconveniencia del recurso, lo cual se puede analizar a la luz del artículo 8 y 25 de la CADH, sino que está orientada a examinar la convencionalidad de un proceso jurisdiccional sin la existencia de un procedimiento en la vía administrativa.

En el caso *Castañeda Gutman vs. México*, la Corte Interamericana “considera que el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la Convención es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.”²¹

En este sentido los Estados para cumplir su obligación convencional deben establecer recursos accesibles a toda persona titular de un derecho con la posibilidad real de interponerlo, *a contrario sensu*, el Estado de Costa Rica establece en su legislación interna la jurisdicción voluntaria para realizar el cambio de nombre.

¹⁹ Informe de la CIDH, “Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, 12 de noviembre del 2015, pp. 294 párr. 26

²⁰ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, serie C, número 72, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 124.

²¹ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, párr. 100.



En aras de cumplir su obligación convencional de establecer en el ordenamiento jurídico interno un recurso efectivo (administrativo) en los términos de la Convención, la República de Costa Rica debe promover recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos. Si una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener el goce de un derecho, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo, y con ello, se da cumplimiento a lo establecido en la CADH.

4. Sobre los derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo, al respecto consideramos lo siguiente:

4.1. Sobre la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

El análisis del presente cuestionamiento en primer término, versará en establecer los parámetros de protección interpuestos por la CrIDH respecto de las personas homosexuales en el ámbito de la vida privada. Y en un segundo término, aludiremos al artículo 24 de la Convención Americana para demostrar, por medio del test de igualdad, que el Estado que reconoce el vínculo entre personas de un mismo sexo, pero que no reconoce todos los derechos como lo son los patrimoniales en la misma medida que reconoce aquéllos, realiza un acto discriminatorio.

4.1.1 El no reconocer los derechos patrimoniales de las parejas homo-parentales, es un acto discriminatorio.

El derecho a la vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.²² En el caso Schalk y

²² *Cfr.* Caso Rosendo Cantú y otra, supra nota 178, , Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 119, y Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 129, citando T.E.D.H., Caso Dudgeon, supra nota 156, párr. 41, Caso X y Y Vs. Países Bajos, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, para. 22, Caso Niemietz, supra nota 159, párr. 29, y Caso Peck, supra nota 159, párr. 57.



Kopf vs Austria revisó su jurisprudencia vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye "vida privada", pero no había considerado que constituyera "vida familiar", aun al tratarse de una relación a largo plazo en situación de convivencia.²³ Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que "la noción de 'vida familiar' abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación"²⁴, pues consideró "artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la 'vida familiar' en los términos del artículo 8" del Convenio Europeo.²⁵

De lo anterior se desprende que la falta de reconocimiento de los mismos derechos de un vínculo de personas heterosexuales, a un vínculo de personas homosexuales significa en primer lugar, una trasgresión al artículo 24 de la CADH que establece el derecho de igualdad ante la ley, toda vez, que al otorgar más derechos a uno de los anteriores vínculos, se incurre en una distinción arbitraria, con fundamento en que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

²³ TEDH, Caso Schalk y Kopf, párr. 52 ("the Court's case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes 'private life' but has not found that it constitutes 'family life', even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake").

²⁴ *ibídem*

²⁵ *ibídem*



4.1.2 Test de igualdad:

La CrIDH ha considerado invariablemente que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable²⁶, por el contrario no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia.²⁷

Tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana han utilizado el test de igualdad para hacer una valoración de discriminación, que permite dirimir si hay violación a la no discriminación, señalando que la objetividad y razonabilidad de una distinción, implica que esta obedezca una finalidad legítima y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre la medida que establece un trato diferenciado y el fin perseguido.²⁸

La Comisión IDH ha determinado que una distinción constituye una discriminación cuando:

- a) Hay una diferencia de trato entre situaciones análogas o similares.
- b) La diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable.
- c) No hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.²⁹

Con base en ello, se puede concluir que existe una diferencia de trato en situaciones análogas, toda vez, que en ambos casos, el de vínculo de personas heterosexuales y el vínculo entre personas homosexuales, existe una similitud, ya que ambas se encuentran protegidas por el artículo 11.2 de la CADH, por tratarse de vínculos inmersos en vida familiar, por lo cual se encuentran establecidos, como ya se mencionó, dentro de la protección del derecho a la vida privada. Por ello, aquella situación en la que no se

²⁶ Corte IDH OC-4/84, párr. 56, Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño OC-17/2002 de 28 de agosto del 2002, párr. 46, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados OC-18/03 17 de septiembre del 2003, párr. 89

²⁷ *Ídem, supra* nota 1

²⁸ TEDH, Caso “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (merits)”, 23 de julio de 1968, párr. 10

²⁹ Comisión IDH, Informe No. 73/00, caso 11.784, Marcelino Hanríquez vs. Argentina, párr. 37



reconocen los derechos patrimoniales de los vínculos homosexuales, como si se reconoce en vínculos heterosexuales, constituyen una distinción de trato en situaciones análogas.

Aunado a lo anterior, el no reconocer los derechos patrimoniales de los vínculos homosexuales, deriva en un acto no objetivo e irracional, ya que no se puede considerar razonable aquel acto que tiene por objeto privar del goce de derechos, en la mismas circunstancias en que las parejas heterosexuales si gozan, sin una justificación sustentada en los estándares de protección del DIDH.

Por último, tampoco se puede aseverar que existe una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue, toda vez que el derecho a la igualdad, no permite distinciones en la ley o en la aplicación de la misma tratándose de casos similares, por lo que el permitir que un grupo de personas, en este caso las personas heterosexuales, obtengan una mayor protección de la ley respecto de sus derechos patrimoniales, que los que se reconocen para una pareja de personas homosexuales, deriva en un acto a todas luces desproporcionado.

4.1.3. La necesidad de una figura jurídica que regule los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Basados en el análisis del cuestionamiento anterior, podemos establecer que efectivamente, es necesaria y obligatoria para los Estados la creación de una figura jurídica que regule los derechos patrimoniales que derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo. Como bien se ha señalado, no se puede dejar en estado de vulnerabilidad a personas, basados en su orientación sexual, identidad de género, ideas o preferencias, ya que es precisamente la práctica de otorgar más derechos a cierto número de grupos sociales, las que derivan en una trasgresión directa a la dignidad humana de estas personas.

Dicho lo anterior, se debe interpretar que si existe una figura jurídica que regula los derechos patrimoniales de los vínculos de personas heterosexuales, es adecuado asimilar, que también debe existir una figura que proteja y regule los derechos patrimoniales de los vínculos homo-parentales, las cuales deberán establecerse bajo el amparo del artículo 24 de la CADH referente al derecho de igualdad ante la ley.



En este mismo orden de ideas, analizaremos la figura del matrimonio en el sentido, que sea esta la figura jurídica que se debe proporcionar a los vínculos homo-parentales para la protección de sus derechos patrimoniales. Posteriormente, estableceremos por medio de un test igualdad, que el hecho de crear una figura similar a la del matrimonio con otra denominación significaría una inconventionalidad, por ser un acto discriminatorio, aún y cuando reconociera los mismos derechos.

La figura del matrimonio por sí misma, trae consigo una regulación respecto de los derechos patrimoniales, toda vez que debemos recordar que estos son aquel conjunto de reglas que rigen las relaciones de derecho, y las situaciones jurídicas, derivadas de la apropiación de riquezas y el aprovechamiento de los servicios. En este sentido, el no constituir una figura jurídica para los vínculos homo-parentales, significaría una trasgresión al principio de igualdad y no discriminación, pues se otorga dentro del matrimonio que erróneamente se reconoce en algunos países solo para personas de diferente sexo, una protección a esta clase de derechos, tratándose de la liquidación del régimen matrimonial, derechos sucesorios, de seguridad social, de propiedad, etc.

Por otra parte, el artículo 17.2 de la CADH establece que se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. Por tanto, realizando una interpretación literal del texto, se desprende que no se trata del matrimonio como algo que solo puede ser celebrado entre un hombre y una mujer, si no, que establece que todo hombre y toda mujer tienen derecho a contraer matrimonio y establecer una familia.

El no reconocer en este sentido, el derecho de toda persona a contraer matrimonio, y solamente reconocerlo a las personas heterosexuales, se traduce en un acto injustificado, irracional y desproporcional al fin que se persigue.

El hecho de hacer una diferencia entre los vínculos heterosexuales y los homosexuales, llamándolos con diferente nombre, no solo violenta el artículo 24 de la convención, sino también el 11.2, toda vez que ya se reconoce dentro del derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar de las personas homosexuales, y así mismo exige un



respeto, de dicho vínculo. Por lo tanto, si la finalidad del matrimonio, es la vida familiar, debe de reconocerse a las parejas homosexuales. Lo anterior se fundamenta con el hecho de que la "la noción de 'vida familiar' abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación"³⁰

La Corte IDH ha considerado invariablemente que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable³¹, por el contrario no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia.³²

Ante esta situación nos encontramos con una distinción carente de justificación objetiva y razonable, toda vez que como hemos mencionado, la figura jurídica que regula los derechos patrimoniales que derivan de un vínculo entre dos personas es el matrimonio civil, por lo que al ser este, un derecho reconocido a todo hombre y toda mujer, no existe razonabilidad en el hecho de desconocer esta prerrogativa a una persona, otorgándole otro nombre a la figura jurídica anteriormente mencionada que traería consigo los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio basado únicamente en su orientación sexual. Así mismo, se acredita una desproporcionalidad, por beneficiar con una figura protectora a un grupo, y negándolo a otro basado en preferencias sexuales, dejando de lado el concepto amplio de familia adoptado por la Corte IDH y el TEDH anteriormente mencionados.

En conclusión, la creación de una figura jurídica distinta implica *per se* discriminarle, pues no es objetiva proporcional o razonable. Considerando además que “El Comité de Derechos Humanos resolvió que el Estado no tenía ninguna justificación razonable u objetiva para distinguir entre parejas homosexuales y heterosexuales. Impedir a

³⁰ TEDH Caso P.B. y J.S. Vs. Austria, (No. 18984/02), Sentencia de 22 de julio de 2010. Final. 22 de octubre de 2010, párr. 30.

³¹ Corte IDH OC-4/84, párr. 56, Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño OC-17/2002 de 28 de agosto del 2002, párr. 46, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados OC-18/03 17 de septiembre del 2003, párr. 89

³² *Supra* nota 1, pág. 588.



las parejas del mismo sexo beneficiarse de las prestaciones constituía una discriminación basada en la orientación sexual”.³³

³³ Universidad de los Andes, Parejas del mismo sexo, El camino hacia la igualdad; sentencia C-075 de 2007, 2008. p. 153.