

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO
Departamento Académico de Derecho

Memorándum N° 005-2017/DER

A : Juez Roberto F. Caldas
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

DE : Carlos J. Zelada
Jefe del Dpto. Académico de Derecho

ASUNTO : Observaciones presentadas por el *Círculo de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico* con ocasión de la solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016.

FECHA : 14 de febrero de 2017

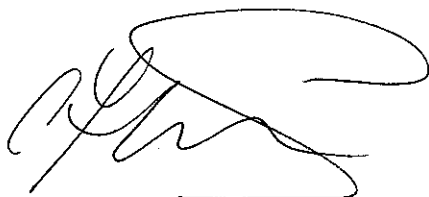
Adjunto a esta comunicación las Observaciones presentadas por el *Círculo de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico* en respuesta a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016.

Esperamos que este aporte académico pueda ser de utilidad para la respuesta que deberá elaborar la Corte Interamericana a las importantes preguntas formuladas por el Estado.

Los datos a los que deberán enviarse todas las comunicaciones y notificaciones relacionadas con este documento deberán ser los que siguen:

Profesor Carlos J. Zelada
Jefe del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico
Avenida Sánchez Cerro 2050, Oficina I-408
Jesús María. Lima 11. Perú

Atentamente,



Carlos Zelada Acuña
Jefe del Dpto. Académico de Derecho

**OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL CÍRCULO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO A LA OPINIÓN CONSULTIVA
SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA EL 18 DE MAYO DE 2016**

ÍNDICE

1. La prohibición de la discriminación de las sexualidades disidentes en el DIDH
 - 1.1 La prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el DIDH
 - 1.1.1 En el sistema universal de protección de derechos humanos
 - 1.1.1.1 En el Comité de Derechos Humanos
 - 1.1.1.2 En el Comité contra la Tortura
 - 1.1.1.3 En el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 - 1.1.1.4 En el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
 - 1.1.1.5 En el Comité de los Derechos del Niño
 - 1.1.1.6 Otros pronunciamientos
 - 1.1.2 En el sistema regional europeo de protección de derechos humanos
 - 1.1.2.1 La orientación sexual en el TEDH
 - 1.1.2.2 La identidad de género en el TEDH
 - 1.1.2.3 Otros pronunciamientos
 - 1.1.3 En el sistema regional interamericano de protección de derechos humanos
 - 1.1.3.1 La orientación sexual en la Corte Interamericana
 - 1.1.3.2 La orientación sexual y la identidad de género en la CIDH
 - 1.1.3.3 Otros pronunciamientos
 2. La prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho comparado
 3. Las preguntas planteadas por la República de Costa Rica en la solicitud de Opinión Consultiva

**OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL CÍRCULO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO A LA OPINIÓN CONSULTIVA
SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA EL 18 DE MAYO DE 2016¹**

1. La prohibición de la discriminación de las sexualidades disidentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

La historia del DIDH se encuentra marcada por el principio que prohíbe la discriminación de las personas. Los instrumentos fundantes del movimiento internacional de derechos humanos han incluido siempre una cláusula general abierta que prohíbe las diferencias arbitrarias. La redacción de esta disposición es virtualmente idéntica en buena parte de los instrumentos internacionales de protección articulados desde 1948 a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por ejemplo, el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) (1950), tratado matriz del sistema europeo de derechos humanos, dispone que:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

En su turno, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966), pilar del sistema universal de protección de derechos humanos, establece que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹ Este documento ha sido preparado por el profesor Carlos J. Zelada, Jefe del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico, junto a los miembros del *Círculo de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico*: Carolina Neyra Sevilla, Diego Quesada Nicoli y Andrea Tafur Sialer, todos estudiantes del programa de pregrado en Derecho de la Universidad del Pacífico en Lima (Perú).

A su vez, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966), la otra columna del sistema universal, señala que:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Finalmente, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), instrumento fundante de nuestro sistema regional de protección, establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Los tratadistas son uniformes al señalar que este tipo de cláusulas de prohibición no contienen un listado taxativo de las razones para discriminar y que, por el contrario, al momento de interpretar su contenido “debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por [cada] tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”². Es sólo desde hace poco, sin embargo, que las sexualidades disidentes (donde están incluidas la homosexualidad y lo trans*) han sido vistas como parte del elenco de motivos prohibidos para discriminar incorporados en dichos instrumentos. Tal como Zelada señala, lo anterior se explica porque hemos asumido socialmente ciertos “parámetros de normalidad” para el ejercicio de la sexualidad:

En las últimas décadas, [...], desde las ciencias sociales se ha evidenciado que lo que uno asume como sexualmente natural responde en el fondo a una construcción desde la que puede trazarse una genealogía: un proyecto político –con un claro génesis– destinado a validar ciertas identidades y prácticas. Este proceso, identificado comúnmente como expresión de la biopolítica y del biopoder³ [...], evidencia diferentes mecanismos

² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Carlos María Pelayo Möller. Artículo 1: Obligación de respetar los derechos. En: Steiner, Christian y Patricia Uribe (editores). Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 59.

³ Foucault, Michel. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. México D.F.: Siglo XXI, 2009; Los anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975). Buenos Aires: Fondo de Cultural Económica, 2010.

regulatorios elaborados desde el Estado para construir identidades que homogenicen a los habitantes en el territorio. Se genera un «yo» y un «nosotros», pero también su antónimo, el “otro” y los “otros”⁴.

Lo sexual no ha sido la excepción en [ese] proceso⁵. Aparece así un **eje heteronormativo** pero también una **periferia sexual** en la cual las prácticas no hegemónicas adquieren un carácter deficitario (discapacidad o deficiencia), patológico (enfermedad) y a veces criminal (delito). Las fronteras políticas de lo sexualmente válido generan así una **matriz heterosexual**⁶ o un **círculo de la virtud**⁷ del que puede costar mucho alejarse.

La medicina y el derecho también han participado activamente [en la articulación] de ese proceso. Aliados frecuentes para validar las ideas preconcebidas en torno a la sexualidad humana, lo médico y lo jurídico han sido parte de las herramientas preferidas por el orden político construido para afianzar la naturalidad y la coherencia sexual ancladas en lo biológico como instancia de juzgamiento de “lo normal” y “lo anormal” de la vida sexual de los ciudadanos⁸. Este discurso, construido desde finales del siglo XVIII, ha elaborado una serie de mandatos hegemónicos que excluye y despoja de identidad a toda expresión sexual que no se amolde a la dinámica afectivamente mayoritaria⁹.

El DIDH se encuentra en un momento decisivo en el que viene integrando con mayor comodidad los aportes de las Ciencias Sociales a su lógica clásica de prohibición de la arbitrariedad. Siendo que los tratados que sustentan al DIDH son considerados “instrumentos vivos”, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han establecido ya de manera homogénea que cuando las cláusulas de prohibición de la discriminación de sus instrumentos hablan de “cualquier otra situación”, “cualquier otra condición” o “cualquier otra condición social”, estos también protegen la orientación sexual y la identidad de género disidentes.

⁴ Anderson, Benedict. Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 17-25; 200-217.

⁵ Warner, Michael (editor). Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory. Minneapolis: University of Minnesota, 1993, pp. 1-2.

⁶ Butler, Judith. Gender Trouble. Nueva York: Routledge, 2006, pp. 23-24.

⁷ Rubin, Gayle. Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality. En: Ablove, Henry; Michèle Aina Barale y David M. Halperin (editores). The Lesbian and Gay Studies Reader. Nueva York: Routledge, pp. 13-14.

⁸ Quintana, María Soledad. Sexo seguro, cuerpos disciplinados. Quito: Flacso, 2010, pp. 11-12.

⁹ Zelada, Carlos J. Amor prohibido: Un análisis de la ciudadanía sexual desde Contracorriente. En: Alcántara, Manuel y Santiago Mariani (editores). La Política va al cine. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2014, pp. 246-247.

Así, desde 2012, en el ámbito de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH, Corte Interamericana) viene construyendo una línea jurisprudencial firme que prohíbe a los Estados discriminar por orientación sexual e identidad de género en el ámbito de la Convención Americana:

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 [...].

91. [...] la Corte Interamericana deja establecido 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 sexual¹⁰.

De manera más reciente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también ha suscrito esta constatación al señalar que el término “sexualidades e identidades no normativas” está referido, entre otras, a aquellas “identidades trans y no heterosexuales que desafían las normas tradicionales del género”¹¹. Más adelante, en el mismo informe, la CIDH señalaría categóricamente que:

34. [...] los sistemas binarios de sexo y género han sido entendidos como modelos sociales dominantes en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan sólo dos categorías rígidas, a saber, los sistemas binarios de masculino/hombre y femenino/mujer, excluyen a aquellas personas que pueden no identificarse dentro de estas dos categorías, como por ejemplo, algunas personas trans o algunas personas intersex. Estos criterios constituyen juicios de valor sobre lo que deberían ser los hombres y las mujeres.

¹⁰ CorteIDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91. Este mismo razonamiento se reafirma en los posteriores casos examinados por el tribunal en torno a las sexualidades disidentes, como Duque Vs. Colombia (2015) y Flor Freire Vs. Ecuador (2016).

¹¹ CIDH. Violencia contra personas LGTBI. OAS/Ser.L/V/II.rev.2. 12 de noviembre de 2015, párr. 11.

37. Los conceptos desarrollados anteriormente son útiles para explicar cómo las leyes se aplican en detrimento de personas que tienen orientaciones sexuales e identidades de género diversas (o que son percibidas como tales), debido al uso y reafirmación de estereotipos perjudiciales [...] ¹².

Se trata pues de acercar al Derecho, a través del paradigma de la no discriminación, a una formulación distinta en torno a la sexualidad humana. O, lo que es mejor, de despojar a la sexualidad disidente de una visión de patología y castigo que encuentra sus raíces en un Derecho marcado por una serie de estereotipos frente a lo que no encaja en la clásica armonía binaria.

A fin de orientar la respuesta que la Corte Interamericana debe brindar a la consulta presentada por el Estado de Costa Rica, en los párrafos que siguen describiremos cómo es que se ha materializado el uso de la plataforma que prohíbe discriminar las sexualidades disidentes en los sistemas internacionales y domésticos de protección de los derechos humanos, con especial atención a la orientación sexual y a la identidad de género no normativas.

1.1 La prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el DIDH

1.1.1 En el sistema universal de protección de derechos humanos

En comparación con las estructuras regionales de protección, el sistema de las Naciones Unidas cuenta con la mayor cantidad de pronunciamientos referidos a las sexualidades disidentes en el marco de la cláusula general de prohibición de la discriminación. Sin embargo, es importante destacar que, por el momento, la línea jurisprudencial del sistema universal sólo se ha referido a la discriminación por orientación homosexual en temas pensionarios. A pesar de la ausencia de casos específicos en otros contextos discriminatorios de la sexualidad periférica, el sistema universal ha aportado importantes pronunciamientos en el marco de sus órganos creados por tratados. Lo anterior pone en evidencia la relevancia de la interseccionalidad de las sexualidades disidentes en contextos temáticos específicos (como la tortura o los derechos económicos y

¹² CIDH. Violencia contra personas LGTBI. OAS/Ser.L/V/II.rev.2. 12 de noviembre de 2015, párrs. 34 y 37.

sociales) o de ciertos colectivos que *per se* ya se encuentran en situación de vulnerabilidad (como las mujeres o los niños)¹³.

1.1.1.1 En el Comité de Derechos Humanos

Comunicaciones individuales

En 2003, el Comité de Derechos Humanos analizó las razones por las que un Estado se negaba a conceder la pensión de sobrevivencia a una persona homosexual cuyo compañero de vida había fallecido. *Young Vs. Australia* fue el primer pronunciamiento del sistema universal que estableció que un Estado vulnera el PIDCP cuando realiza diferencias arbitrarias motivadas en la orientación sexual. Para el Comité de Derechos Humanos, la argumentación estatal que impedía el acceso de Edward Young al beneficio pensionario de su pareja resultaba insostenible en la medida que “la prohibición de la discriminación [...] incluye también la discriminación basada en la orientación sexual”¹⁴.

Algunos años más tarde, en *X Vs. Colombia*, caso análogo a *Young*, el Comité reafirmó la vulneración del PIDCP en tanto el Estado había denegado “al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual”, sin poder demostrar que la “distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite percibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se conceden estas prestaciones, es razonable y objetiva”¹⁵.

1.1.1.2 En el Comité contra la Tortura

¹³ En esta sección no se incluyen los pronunciamientos realizados como Observaciones Finales a los Estados por cada comité. Tampoco se ha tomado el aporte de los Procedimientos Especiales en el marco del Consejo de Derechos Humanos, o las recomendaciones del Examen Periódico Universal.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 941/2000. CCPR/C/78/D/941/2000. 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. En el caso, el Comité estableció que se había vulnerado el derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 26 del PIDCP, el cual señala que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Es importante señalar que, en *Toonen Vs. Australia* (Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 488/1992. CCPR/C/50/D/488/1992. 31 de marzo de 1994), el Comité ya había aceptado la incorporación de la orientación sexual como conducta prohibida, pero decidió incorporarla como parte del vocablo “sexo” que sí es explícito en el texto del PIDCP.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 1361/2005. CCPR/C/89/D/1361/2005. 14 de mayo de 2007, párr. 7.2.

Observaciones o Recomendaciones Generales

En 2008, con ocasión de la publicación de su Observación General No. 2 (Aplicación del artículo 2 por los Estados partes), el Comité contra la Tortura estableció que:

21. Los Estados Partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, **orientación sexual, identidad transexual** [...], o cualquier otra condición o factor distintivo adverso¹⁶.

Posteriormente, en 2012, en su Observación General No. 3 (Aplicación del artículo 14 por los Estados partes), el Comité reiteró lo señalado en la Observación General No. 2, pero cambiando la frase “identidad transexual” por el término “identidad de género”¹⁷.

1.1.1.3 En el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observaciones o Recomendaciones Generales

En 2008, en su Observación General No. 19 (El derecho a la seguridad social, artículo 9), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó explícitamente que el artículo 2.2 del PIDESC prohibía –en el contexto de la seguridad social- toda forma de discriminación por motivos de orientación sexual¹⁸.

En el mismo sentido, en 2009, en su Observación General No. 20 (La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, artículo 2 párrafo 2 del PIDESC), el Comité reiteró lo señalado en la Observación General No. 19 pero incluyendo a la identidad de género dentro del catálogo de categorías de la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 2.2 del PIDESC:

¹⁶ Comité contra la Tortura. Observación General No. 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes. CAT/C/GC/2. 24 de enero de 2008, párr. 21. El resaltado es nuestro.

¹⁷ Comité contra la Tortura. Observación General No. 3: Aplicación del artículo 14 por los Estados Partes. CAT/C/GC/3. 13 de diciembre de 2012, párr. 32.

¹⁸ Cfr. Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General N° 19: el derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, párr. 29.

32. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. **La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación**¹⁹.

1.1.1.4 En el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Observaciones o Recomendaciones Generales

En 2010, en sus Recomendaciones Generales No. 27 (Mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos) y No. 28 (Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer), el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer explicitó que la orientación sexual y la identidad de género se sumaba al conjunto de categorías intrínsecamente vinculadas a la discriminación contra las mujeres. En particular, el Comité destacó que:

18. La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, **la orientación sexual y la identidad de género**. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas²⁰.

1.1.1.5 En el Comité de los Derechos del Niño

Observaciones o Recomendaciones Generales

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/20. 2 de julio de 2009, párr. 32. El resaltado es nuestro.

²⁰ Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N° 28: Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28. 16 de diciembre de 2010, párr. 18. También ver: Observación General 27: Mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. CEDAW/C/GC/27. 16 de diciembre de 2010, párr. 13.

En 2011, en su Observación General No. 13 (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia), el Comité señaló que los niños con orientación sexual e identidad de género disidentes se encontraban en especial situación de vulnerabilidad debido al nivel de violencia al cual se exponen cotidianamente²¹.

Posteriormente, en su Observación General No. 14 (El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial), el Comité de los Derechos del Niño mencionó que la identidad de los menores incluye también su orientación sexual, la cual debía tomarse en cuenta al momento de evaluar su interés superior en casos concretos²².

1.1.1.6 Otros pronunciamientos

El Consejo de Derechos Humanos ha emitido dos importantes resoluciones que han visibilizado la problemática que las personas con sexualidades diversas enfrentan globalmente. En 2011, adoptó la resolución 19/41 en la que instó a los Estados a aprobar “legislación amplia de lucha contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género [...]”²³. En el contexto específico de la identidad de género, también exhortó a los Estados miembros a facilitar “el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans” y les recomendó disponer “lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos”²⁴.

Posteriormente, en 2015, el Consejo de Derechos Humanos emitió la resolución 29/23 en la que animó a los Estados a promover “la expedición de documentos legales que reflejen la identidad de género deseada”²⁵.

1.1.2 En el sistema regional europeo de protección de derechos humanos

²¹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. CRC/C/GC/13. 18 de abril de 2011, párr. 72 (g).

²² Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013, párr. 55.

²³ Consejo de Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011, párr. 88 (e).

²⁴ Ídem, párr. 88 (h)

²⁵ Consejo de Derechos Humanos. Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. A/HRC/29/23. 4 de mayo de 2015, párr.79 (i).

El TEDH es el órgano supranacional que ha desarrollado con mayor amplitud una línea jurisprudencial armónica en torno a la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género como categorías prohibidas de discriminación. La jurisprudencia del TEDH es una referencia obligatoria para el tratamiento de las sexualidades disidentes bajo el marco de los derechos humanos por la variedad temática de los supuestos que ha abordado. Como se verá más adelante, empezado el siglo XXI el TEDH ha adoptado el marco de la no discriminación como el principio motor de su análisis de casos buscando –progresivamente- eliminar las barreras que experimentan las personas homosexuales y trans* en el ejercicio cotidiano de sus derechos humanos.

1.1.2.1 La orientación sexual en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

En el año 2000, en *Salgueiro Da Silva Mouta Vs. Portugal*, caso relacionado con el ejercicio de la patria potestad por parte de un hombre homosexual, el TEDH señaló expresamente que las diferencias de trato con base en la orientación sexual constituían una vulneración del artículo 14 del CEDH:

28. The Court does not deny that the Lisbon Court of Appeal had regard above all to the child's interests when it examined a number of points of fact and of law which could have tipped the scales in favour of one parent rather than the other. However, the Court observes that in reversing the decision of the Lisbon Family Affairs Court and, consequently, awarding parental responsibility to the mother rather than the father, the Court of Appeal introduced a new factor, namely that the applicant was a homosexual and was living with another man. **The Court is accordingly forced to conclude that there was a difference of treatment between the applicant and M.'s mother which was based on the applicant's sexual orientation, a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention**²⁶.

Salgueiro Da Silva Mouta fue el primer caso del TEDH que reconoció que la orientación sexual hacía parte del elenco de conductas prohibidas de discriminar en el sistema europeo²⁷. Esta línea jurisprudencial ha sido reproducida, sin matices, en posteriores sentencias que han abordado el

²⁶ TEDH. *Salgueiro Da Silva Mouta Vs. Portugal* (No. 33290/96). Sentencia de 21 de diciembre de 1999, párr. 28. El resaltado es nuestro.

²⁷ Es importante señalar que el primer caso que analizó el TEDH vinculado a la orientación sexual fue *Dudgeon Vs. The United Kingdom*. En su sentencia de 1981, el TEDH encontró la responsabilidad internacional del Reino Unido por haber penalizado la homosexualidad en parte de su territorio. El TEDH condenó al Estado por vulnerar los artículos del CEDH vinculados a la vida privada y familiar. No se pronunció de forma expresa obre la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación.

alcance del principio de no discriminación del CEDH. Como veremos, en todas estas decisiones, el TEDH reiteró que la orientación sexual es un concepto cubierto por el artículo 14 del tratado.

Relaciones consentidas entre adultos y adolescentes

En *S.L. Vs. Austria* y *L. and V. Vs. Austria*, el TEDH determinó que resultaba discriminatorio -bajo los artículos 14 y 8 (vida privada y familiar) del CEDH- que los Estados penalizaran las relaciones sexuales consentidas entre hombres adultos y adolescentes varones. De acuerdo con el tribunal, la norma estatal era discriminatoria en la medida que las relaciones heterosexuales entre mayores de edad y mujeres adolescentes se encontraban totalmente permitidas. De acuerdo con el TEDH:

37. The applicant complained about a difference in treatment based on his sexual orientation. In this connection, the Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14. **Just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification**²⁸.

Vida familiar

En *Schalk and Kopf Vs. Austria*, el TEDH reconoció que las parejas homosexuales tienen derecho a ser reconocidas como familia por los Estados. En el caso, el tribunal concluyó que los peticionarios se encontraban bajo el ámbito de protección de los artículos 14 y 8 del CEDH:

94. [...] the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8. Consequently, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.

Adopción

²⁸ TEDH. *S.L. Vs. Austria* (No. 45330/99). Sentencia de 9 de enero de 2003, párr. 37. También ver: *L. and V. Vs. Austria* (No. 39392/98 and 39829/98). Sentencia de 9 de enero de 2003, párr. 45; *Karner Vs. Austria* (40016/98). Sentencia de 24 de julio de 2003, párrs. 40-41. El subrayado es nuestro.

En *E.B. Vs. France*²⁹ y *X. and Others Vs. Austria*³⁰, el TEDH avanza su línea jurisprudencial aplicando el principio de no discriminación en casos de adopción de niños por parte de personas homosexuales. Al respecto, el TEDH señaló que –en el marco de los procesos de adopción- los Estados tienen la obligación de no realizar diferencias injustificadas con base en la orientación sexual de los solicitantes. De acuerdo con el tribunal:

139. [...] the State, in its choice of means designed to protect the family and respect for family life as required by Article 8, must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social and civil-status issues and relationships, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life³¹.

Beneficios sociales

Con respecto a la protección social de las parejas del mismo sexo, el TEDH se pronunció en *P.B. and J.S. v. Austria*, caso en el que uno de los miembros de una pareja homosexual fue impedida de acceder al seguro de salud de su pareja. El tribunal señaló que la denegación constituía una diferenciación injustificada basada en la orientación sexual, pues de haber sido una pareja heterosexual, la solicitud hubiera procedido³².

Uniones estables

En *Vallianatos and Others Vs. Greece*, el TEDH señaló que la situación de una pareja homosexual estable es totalmente comparable a la de una pareja heterosexual comprometida bajo una unión no matrimonial. De acuerdo con el tribunal, los Estados deben promover fórmulas de reconocimiento legal que alcancen bajo el mismo marco a las parejas homosexuales:

81. [...] **same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships.** Same-sex couples sharing their lives have the same needs in terms of mutual support and assistance as different-sex couples. [...] extending civil unions to same-sex couples would allow the latter to regulate issues concerning

²⁹ TEDH. *E.B. Vs. France* (No. 43546/02). Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 48.

³⁰ TEDH. *X. and Others v. Austria* (No. 19010/07). Sentencia de 19 de febrero de 2013, párr. 126.

³¹ Ídem, párr.139. También ver: *Vallianatos and Others Vs. Greece* (No. 329/2013). Sentencia de 21 de noviembre de 2013, párr. 84.

³² TEDH. *P.B. and J.S. Vs. Austria* (No. 18984/02). Sentencia de 22 de julio de 2010, párr. 84.

property, maintenance and inheritance not as private individuals entering into contracts under the ordinary law but on the basis of the legal rules governing civil unions, thus having their relationship officially recognized by the State³³.

En una de sus decisiones más recientes, *Oliari and Others v. Italy*, el TEDH da un paso más y establece que los Estados tienen obligaciones positivas concretas de generar marcos legislativos formales de protección inclusivos de las parejas homosexuales:

165. The Court reiterates that it has already held that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships, and that they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship [...]. **It follows that the Court has already acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship.**

169. The applicants' current status in the domestic legal context can only be considered a "de facto" union, which may be regulated by certain private contractual agreements of limited scope. As regards the mentioned cohabitation agreements, the Court notes that while providing for some domestic arrangements in relation to cohabitation [...] such private agreements fail to provide for some basic needs which are fundamental to the regulation of a relationship between a couple in a stable and committed relationship, such as, inter alia, the mutual rights and obligations they have towards each other, including moral and material support, maintenance obligations and inheritance rights.

185. In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil **their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.**³⁴

³³ TEDH. *Vallianatos and Others Vs. Greece* (No. 329/2013). Sentencia de 21 de noviembre de 2013, párr. 81. El resaltado es nuestro.

³⁴ TEDH. *Oliari and Others Vs. Italy* (No. 18766/11 and 36030/11). Sentencia de 21 de julio de 2015, párrs. 165, 169 y 185. El resaltado es nuestro.

1.1.2.2 La identidad de género en el TEDH

En comparación con la sección anterior, son pocos los casos en los que el TEDH ha analizado la presunta responsabilidad de los Estados por no reconocer la identidad de género disidente de las personas trans*. Vale la pena destacar que, en este grupo de casos, el tema en discusión es la posibilidad, bajo el artículo 8 del CEDH, de modificar el dato del sexo biológico en los documentos de manera que exista armonía con la identidad de género autopercebida. El derecho a poder modificar el nombre en el documento de identidad no es entonces un tema de discusión en el marco supranacional europeo. En dicho sistema regional se asume que la adecuación del nombre con la identidad es un derecho que debe reconocerse a todo individuo, incluyendo a las personas con identidad de género trans*. Distinto ha sido el debate cuando lo que se ha solicitado es la modificación del sexo en el registro o documento de identificación.

Rees Vs. The United Kingdom y *Cossey Vs. The United Kingdom* fueron los dos primeros casos en los que el TEDH se enfrentaba a la pregunta en torno a la posibilidad de modificación del sexo en las partidas de nacimiento de personas trans*. En su sentencia de 1986 en *Rees*, el tribunal determinó que los Estados poseían para entonces un amplio margen de apreciación para el reconocimiento de la identidad de género trans*

42. [...] The governing authorities in the United Kingdom are fully entitled, in the exercise of their margin of appreciation, to take account of the requirements of the situation pertaining there in determining what measures to adopt. While the requirement of striking a fair balance, as developed in paragraph 37 above, may possibly, in the interests of persons in the applicant's situation, call for incidental adjustments to the existing system, it cannot give rise to any direct obligation on the United Kingdom to alter the very basis thereof.

44. In order to overcome these difficulties there would have to be detailed legislation as to the effects of the change in various contexts and as to the circumstances in which secrecy should yield to the public interest. Having regard to the wide margin of appreciation to be afforded the State in this area and to the relevance of protecting the interests of others in striking the requisite balance, the positive obligations arising from Article 8 (art. 8) cannot be held to extend that far³⁵.

³⁵ TEDH. *Rees Vs. The United Kingdom* (9532/81). Sentencia de 17 de octubre de 1986, párrs. 42 y 44.

Este mismo razonamiento fue reiterado en 1990 en *Cossey*:

40. [...] Accordingly this is still, having regard to the existence of little common ground between the Contracting States, an area in which they enjoy a wide margin of appreciation (see the Rees judgment, p. 15, para. 37). In particular, it cannot at present be said that a departure from the Court's earlier decision is warranted in order to ensure that the interpretation of Article 8 (art. 8) on the point at issue remains in line with present-day conditions³⁶.

Afortunadamente, para 2002, con sus sentencias en *Goodwin Vs. The United Kingdom e I. Vs. The United Kingdom*, el TEDH decide modificar radicalmente su línea jurisprudencial previa para señalar que, en casos de personas trans* reasignadas quirúrgicamente:

93. [...] the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant³⁷.

Doce años más tarde, en *Hämäläinen Vs. Finland*, el tribunal reiteró su precedente en *Goodwin* señalando que el artículo 8 del CEDH incluye el derecho de las personas trans* a adecuar el dato del sexo con la identidad de género autopercebida en sus documentos:

68. The Court has already examined several cases relating to the lack of legal recognition of gender reassignment surgery. [...] Whilst affording a certain margin of appreciation to States in this field, it has held that States are required, in accordance with their positive obligation under Article 8, to recognize the change of gender undergone by post-operative transsexuals through, inter alia, the possibility to amend the data relating to their civil status, and the ensuing consequences.

1.1.2.3 Otros pronunciamientos

³⁶ TEDH. *Cossey Vs. The United Kingdom* (10843/84). Sentencia de 27 de septiembre de 1990, párr. 40.

³⁷ TEDH. *Goodwin Vs. The United Kingdom* (28957/95). Sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 93. También ver: *I. Vs. The United Kingdom* (25680/94). Sentencia de 11 de julio de 2002.

También en el marco del Consejo de Europa, el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria han adoptado importantes resoluciones vinculadas a la diversidad sexual. En 2015 el Comité de Ministros emitió la recomendación CM/Rec (2010)5 en la cual instó a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas y no legislativas con el fin de combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el espacio europeo, además de instarlos a asegurar el reconocimiento pleno de la identidad de las personas trans* internamente³⁸. En ese mismo año, la Asamblea Parlamentaria adoptó la Resolución 2048 (Discriminación contra las personas transgénero en Europa) en la cual invitó a los Estados miembros a incluir la identidad de género como motivo prohibido de discriminación en sus normas internas además de solicitarles que mantengan procedimientos rápidos, accesibles y transparentes para el reconocimiento doméstico de las identidades trans*³⁹.

1.1.3 En el sistema regional interamericano de protección de derechos humanos

A diferencia de sus pares en el sistema universal y europeo, el sistema interamericano tiene lo que puede considerarse aún como un “escaso contacto” con la diversidad sexual. Sin embargo, pese a los pocos pronunciamientos que ha emitido, el sistema interamericano ha sabido beneficiarse de las experiencias previas de sus vecinos para producir una sólida línea jurisprudencial que no está dejando espacio a argumentos tales como “la escasez de consenso regional” para no reconocer la plenitud de derechos a las personas homosexuales y trans* de la región. De acuerdo con la Corte Interamericana, “el hecho de que [la orientación sexual y la identidad de género] pudiera[n] ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”⁴⁰.

La jurisprudencia del sistema, sin embargo, se encuentra –por el momento– exclusivamente orientada hacia la regulación jurídica de la homosexualidad.

1.1.3.1 La orientación sexual en la Corte Interamericana

³⁸ Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a.

³⁹ Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736&lang=en>.

⁴⁰ CortelDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92.

Son sólo tres los casos que ha examinado la Corte Interamericana en relación con la orientación sexual. El primero de ellos fue *Atala Riffo y Niñas Vs Chile*. En esta histórica sentencia de 2012, el tribunal determinó por primera vez que la orientación sexual y la identidad de género disidentes eran categorías especialmente protegidas en el ámbito de la Convención Americana. *Atala Riffo y Niñas*, un caso en el que se priva a una mujer lesbiana de la tenencia de sus hijas, contiene párrafos claves –ya destacados en otras secciones de este informe– pero que pueden subsumirse en la disposición que sigue:

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribiera la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual **la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención**⁴¹.

Cuatro años después, en *Duque Vs. Colombia*, un caso donde se discuten la posibilidad de brindar derechos pensionarios a los compañeros de vida de personas homosexuales fallecidas, el tribunal afirmó:

104. La Corte Interamericana ya ha establecido 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.

124. En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de

⁴¹ Ídem, párr. 93.

sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana⁴².

Se puede colegir entonces que, en el ámbito del sistema interamericano, los Estados no pueden privar de derechos patrimoniales a un segmento de la población por causa de su orientación sexual (o de ser el caso, de su identidad de género).

El último supuesto que el tribunal ha analizado es *Flor Freire Vs. Ecuador*, un caso de criminalización de la conducta homosexual aparente en el ámbito de las Fuerzas Armadas. De acuerdo con la Corte Interamericana, la protección que otorga la Convención Americana no se limita únicamente a la condición de homosexual como tal sino también a su expresión:

119. Adicionalmente, este 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 personas. En este sentido, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual⁴³.

1.1.3.2 La orientación sexual y la identidad de género en la CIDH

En su reciente informe “Violencia contra personas LGTBI”, la CIDH ha instado a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a “[a]doptar legislación contra la discriminación o modificar la legislación existente con miras a prohibir toda forma de discriminación que incluya aquella basada en la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, las características sexuales o por el hecho de ser intersex”⁴⁴. Asimismo, la CIDH ha señalado que parte de la obligación que los Estados tienen para prevenir y combatir la violencia contra el colectivo trans* se encuentra vinculada a la adopción de leyes de identidad de género que “no requiera[n] ningún tipo de intervención o procedimiento médico, procedimiento judicial o certificación psiquiátrica o médica, para el reconocimiento del género de las personas”⁴⁵. En este sentido, la CIDH ha recomendado lo siguiente:

⁴² CorteIDH. Caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C No. 239, párrs. 104 y 124.

⁴³ CorteIDH. Caso Flor Freire Vs Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2016. Serie C No. 239, párr. 119.

⁴⁴ CIDH. Violencia contra personas LGTBI. OAS/Ser.L/V/II.rev.2. 12 de noviembre de 2015, Recomendación 24.

⁴⁵ Ídem, párrs. 419-420.

26. Adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos, y sin que sea necesario que presenten evaluaciones o certificados médicos o psicológicos/psiquiátricos.

Por otro lado, a comparación de sus pares en el sistema universal y regional, la CIDH se ha encargado de definir al sexo como una “construcción social [...] que trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino [...]. Bajo esta teoría, la asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, a las personas se les asigna socialmente un sexo al nacer con base en la percepción que otras personas tienen sobre sus genitales”⁴⁶. Asimismo, en el mismo informe, la CIDH ha considerado que la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”⁴⁷.

1.1.3.3 Otros pronunciamientos

Es importante destacar que la Asamblea General de la OEA viene exhortando constantemente, mediante resoluciones, a los Estados miembros para que condenen todo acto de violencia contrario a las sexualidades diversas y para que adopten políticas públicas que hagan visibles las necesidades más urgentes del colectivo LGTBI⁴⁸.

2. La prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho comparado

En los últimos años, los Estados vienen adoptando paulatina y espontáneamente fórmulas legislativas de protección de la diversidad sexual. En nuestra opinión, el avance en el reconocimiento de la orientación homosexual y de las identidades trans* a nivel global permite

⁴⁶ Ídem, párr. 16.

⁴⁷ Ídem, párr. 20

⁴⁸ Las resoluciones son: AG/RES. 2600 (XLI-O/10) de 2010, AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de 2011, AG/RES. 2721 (XLII-O/12) de 2012, AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) de 2013, AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) de 2014 y AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) de 2016.

afirmar que la prohibición de la discriminación también ha alcanzado –con matices- un estándar sólido en el plano doméstico. La visibilización frecuente de las buenas prácticas locales viene contagiando rápidamente a los Estados miembros de la OEA y del Consejo de Europa en la carrera por el reconocimiento pleno de derechos a los colectivos de la diversidad sexual. Los párrafos que siguen muestran estos avances domésticos en el plano legislativo.

Prohibición general de la discriminación

Al igual que en el DIDH, los Estados han ido adaptando su sistema normativo a las necesidades y urgencias que los colectivos de la diversidad sexual demandan. Así, los Estados vienen desarrollando con cada vez mayor frecuencia marcos legislativos centrados en la prohibición de la discriminación por temas de orientación sexual e identidad de género.

Los instrumentos normativos en los cuales se refleja esta prohibición no son homogéneos. Estas cláusulas se pueden encontrar tanto a nivel constitucional como legal. Además, si bien la mayoría de estructuras normativas incluyen la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación, algunos Estados sólo han consagrado explícitamente uno de estos motivos.

En la parte norte de las Américas, por ejemplo, México y Canadá poseen normas federales que mencionan a la orientación sexual dentro de su cláusula de no discriminación. En América Central, en cambio, se ha preferido incluir agravantes en las normas penales, de manera que se sancionen más drásticamente los actos de discriminación en contra las minorías sexuales. Ejemplos de esta tendencia son El Salvador (Decreto 106, 2015), Honduras (Decreto No. 23, 2013) y Nicaragua (Ley No. 641, 2015). En Sudamérica, dos países que han regulado la materia a nivel a constitucional son Bolivia y Ecuador, sin embargo, el último sólo incluye la orientación sexual dentro del listado de conductas proscritas. Otros Estados del sur que han regulado el tema por la vía legislativa son Chile (Ley 20609, 2012), Colombia (Ley 1482, 2011), Perú (Decreto Legislativo 1323, 2017) y Uruguay (Ley 17.677, 2003). De estos cuatro países, solamente Colombia deja de lado –al menos en la literalidad del texto- a la identidad de género.

Legislación sobre el reconocimiento de la identidad de género

El reconocimiento de la identidad de género se ha abierto camino en los últimos años dentro del Derecho comparado. Es cada vez mayor la cantidad de Estados que reconoce tanto el cambio de nombre como el cambio de sexo de las persona trans* en sus documentos de identidad.

En las Américas, cinco Estados facilitan el reconocimiento de la identidad a través de leyes de identidad de género: Argentina (Ley 26.743, 2012), Bolivia (Ley 807, 2016), Colombia (Decreto 1227, 2015), Ecuador (Ley de datos civiles, 2016) y Uruguay (Ley 18.620, 2009). Si bien la mayoría de estas normas presenta preferencia por los procedimientos administrativos de modificación, Estados como Ecuador requieren de sentencia judicial para la rectificación del componente de sexo. Por otro lado, la mayoría de estos Estados no establece requisitos tales como reasignaciones, diagnósticos, cirugías o esterilizaciones como condición de la modificación. En efecto, salvo Uruguay (que solicita la vivir al menos dos años “en el género deseado”) y Ecuador (que requiere llevar a dos testigos), a estos países les basta la voluntad del solicitante.

Por otro lado, dentro de la región europea, el reconocimiento de la identidad de género también muestra un alcance bastante masivo. En dicha región, los Estados que cuentan con leyes de identidad de género son Bélgica (2007), Croacia (2014), España (2007), Finlandia (2002), Irlanda (2011), Islandia (2012), Estonia (1999), Malta (2015), Noruega (2016), Portugal (2011) y Reino Unido (2004). Una fórmula similar a la anterior es la enmienda de normas y códigos civiles. Bajo dicho marco se encuentran Alemania (2011), Italia (1982), Dinamarca (2014) y Francia (2016). Al igual que en las Américas, la región europea presenta una mayor preferencia por los procesos administrativos.

Legislación sobre el reconocimiento de parejas estables del mismo sexo

A comparación de la identidad de género, la arena legislativa ha resultado más fértil en cuanto al reconocimiento de las parejas estables del mismo sexo. Tal como explica Zelada, se pueden distinguir hasta tres periodos o ciclos en el Derecho comparado en este tema⁴⁹.

En el primer período (1989-2000) no existe ningún tribunal doméstico o internacional que se pronuncie positivamente frente al matrimonio igualitario. Un momento clave para esta etapa ocurre en 1989, cuando Dinamarca se convierte en el primer Estado en aprobar legislativamente un régimen de protección para las parejas homosexuales (registered partnership)⁵⁰. Varios países

⁴⁹ Zelada, Carlos J. *Walking to the Altar? Equal Marriage in International Human Rights Law*. Ponencia presentada en la conferencia *Moving Beyond the Good, the Bad and the Ugly: What to Learn from International Human Rights Systems?*, organizada por el Inter-American Human Rights Network y el Human Rights Centre de la Universidad de Ghent el 29 y 30 de enero de 2016 (Bélgica).

⁵⁰ Este primer momento puede retrotraerse también algunos años antes, a 1979, cuando los Países Bajos aprobaron ampliar el régimen especial de *informal cohabitation* a favor de las parejas homosexuales, aunque éste se encontraba estrictamente limitado a cuestiones de alquiler de vivienda.

y territorios siguen el ejemplo danés aprobando figuras legislativas análogas no matrimoniales en el mismo período. Es el caso de Noruega (*registered partnership*, 1993), Israel (*unregistered cohabitation*, 1994), Suecia (*registered partnership*, 1994), Islandia (*registered partnership*, 1996), Países Bajos (*registered partnership*, 1997)⁵¹, Francia (*pacte civil de solidarité (PaCS)*, 1999) y Bélgica (*cohabitation légale*, 2000)⁵². En esencia, y salvo el caso de Israel, durante este período el ámbito de protección es estricta y limitadamente eurocéntrico⁵³.

Durante el segundo ciclo (2001-2010), la protección de los derechos de las parejas homosexuales se extiende limitadamente a nuevos espacios tanto en las Américas como en África. Y si bien para este período ya se aprueban fórmulas de protección matrimonial, la preferencia de los Estados sigue marcada por la puesta en marcha de modelos alternativos no conyugales.

En este período, a los Estados con marcos no matrimoniales se suman: Alemania (*life partnership*, 2000), Portugal (*união de facto*, 2001), Finlandia (*registered partnership*, 2002), Luxemburgo (*civil partnership*, 2004), Reino Unido (*civil partnership*, 2004), Nueva Zelanda (*civil union*, 2005), Andorra (*unión estable de pareja*, 2005), República Checa (2006), Eslovenia (2006), Suiza (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2008), Hungría (2009), Australia (2009) y Austria (2010)⁵⁴.

Un momento clave para este período ocurre en 2001, cuando los Países Bajos se convierten en el primer Estado en aprobar legislativamente el matrimonio igualitario. Bélgica (2003), España

⁵¹ Los *geregistreerd partnerschap*, también conocidas como *registered partnerships*, son una institución alternativa al matrimonio abierta tanto a parejas hetero como homosexuales.

⁵² La *cohabitation légale* es una institución alternativa al matrimonio abierta tanto a parejas hetero como homosexuales.

⁵³ Jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales: Groenlandia (*registered partnership*, 1996), Cataluña (*unión civil*, 1998) y Aragón (*unión civil*, 1999).

⁵⁴ Jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales: Vermont (*civil union*, 2000), Buenos Aires y Río Negro (*unión civil*, 2002), México D.F. (*unión civil*, 2006), Coahuila (*unión civil*, 2007).

(2005)⁵⁵, Canadá⁵⁶ (2005), Sudáfrica⁵⁷ (2006), Noruega (2009)⁵⁸, Suecia⁵⁹ (2009), Argentina (2010), Portugal (2010)⁶⁰ e Islandia⁶¹ (2010) aprueban también el matrimonio igualitario en el mismo ciclo, con lo que son diez los Estados que cuentan con fórmulas conyugales para las parejas homosexuales en la totalidad de sus territorios durante este período⁶².

Debe tomarse en cuenta que, para este ciclo, Canadá y Sudáfrica son los únicos países de la lista que obtienen la aprobación del matrimonio igualitario por vía jurisdiccional. Los demás países del período lo realizaron mediante la vía legislativa.

Pero es en el tercer momento (2011 hasta hoy) donde recién se muestra la prevalencia de la fórmula matrimonial. A los diez países de la etapa anterior se suman once nuevos Estados: Dinamarca (2012); Brasil, Francia, Uruguay, y Nueva Zelanda para 2013; Reino Unido en 2014⁶³; Luxemburgo, Irlanda, Estados Unidos y México en 2015⁶⁴; y Colombia (2016). En 2017 entrará en vigencia la legislación sobre matrimonio igualitario aprobada en Finlandia en 2014, con lo que la lista más actualizada del matrimonio igualitario llegará a 21 Estados.

⁵⁵ La Ley No. 13/2005, que modificó el Código Civil para permitir el matrimonio igualitario en España, fue cuestionada por grupos conservadores en 2012 ante el Tribunal Constitucional, pero sin éxito.

⁵⁶ En 2003, la decisión en el caso *Halpern* reconoció el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio en Ontario. Otros casos de diferentes jurisdicciones del territorio siguieron la misma línea hasta que, en 2004, la Corte Suprema Federal en el caso *Re Same-Sex Marriage* interpretó que sólo el gobierno federal podía modificar con alcance general la definición del matrimonio. La iniciativa que llevaría al *Civil Marriage Act* fue presentada, precisamente, por el gobierno federal en 2005.

⁵⁷ Sudáfrica fue el primer Estado en prohibir en su Constitución la discriminación por orientación sexual (1994 y 1997). En *Minister of Home Affairs v. Fourie* (2005), el Tribunal Constitucional de Sudáfrica estableció que la denegación del matrimonio a las parejas del mismo sexo constituía una medida discriminatoria. El Tribunal Constitucional otorgó entonces al Parlamento un plazo de 12 meses para adaptar la legislación civil sobre la materia.

Dicho proceso llevó a la aprobación parlamentaria del *Civil Union Act*.

⁵⁸ Desde la aprobación de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

⁵⁹ Desde la aprobación de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

⁶⁰ La norma que permite el matrimonio igualitario fue inicialmente aprobada por la Asamblea de la República para luego enviarse al Tribunal Constitucional, quien ratificó su constitucionalidad. En 2009, el mismo tribunal había señalado que si bien la Constitución no prohibía el matrimonio igualitario, ésta no generaba obligación alguna de legislar sobre dicha materia.

⁶¹ Desde la aprobación de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

⁶² Jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales: Massachusetts (2004).

⁶³ Salvo Irlanda del Norte.

⁶⁴ Groenlandia (2015).

3. Las preguntas planteadas por la República de Costa Rica en la solicitud de Opinión Consultiva

Con los insumos de la sección previa, procedemos ahora a sugerir respuestas a las interrogantes planteadas por la República de Costa Rica a la Corte Interamericana.

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?

Tradicionalmente se ha caracterizado al nombre como un derecho inmutable por la función individualizadora que éste desempeña. Al mirarlo en intersección con derechos humanos tales como la privacidad y el libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, puede argumentarse que, bajo determinadas circunstancias, sea razonable y hasta necesario modificarlo entendiéndolo más bien como una manifestación de la identidad o “verdad personal” del individuo.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana permite construir este argumento sin mayores dificultades. Así, en su sentencia en *Gelman Vs. Uruguay*, el tribunal sostuvo que el derecho a la identidad es “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”⁶⁵. En el mismo sentido, en el caso *Fornerón e Hija Vs. Argentina*, el tribunal también establece que “la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica [...], así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social”⁶⁶.

⁶⁵ CorteIDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122.

⁶⁶ CorteIDH. Caso *Fornerón e Hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 123.

De particular relevancia es también el voto separado del juez Manuel Ventura en el caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, en el que sostuvo que: “toda persona tiene derecho a la identidad, el cual constituye un derecho complejo, que por un lado presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única. La identidad personal tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano, en un proceso continuo que abarca una multiplicidad de elementos y aspectos que exceden el concepto estrictamente biológico, y que corresponden a la “verdad personal” y biográfica del ser humano. CorteIDH.

Yendo un paso más adelante, la identidad de género, atributo que goza todo individuo, es también parte de este conjunto de manifestaciones identitarias básicas. En el caso de las personas trans*, la incongruencia entre el nombre asignado al nacer y su identidad de género autopercebida (pero “no esperada” socialmente) las obliga a mantener un documento oficial que no corresponde con su verdadera realidad. Se genera así un divorcio entre el contenido del registro y la identidad de quien lo porta: un divorcio que estigmatiza y excluye el acceso de las personas trans* a una serie de prestaciones básicas. En otras palabras, discrimina a las personas trans* en el ejercicio de sus derechos humanos en razón de su identidad de género.

En conclusión, en el marco de la Convención Americana los Estados deben 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?

Consideramos por ello que el derecho al nombre de las personas trans* sólo puede garantizarse plenamente en la medida que los Estados provean a los miembros de dicho colectivo de herramientas legislativas para reconocer y facilitar dicha modificación sin mayores cuestionamientos. Lo anterior, además, puede mirarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana que estipula la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos establecidos en el tratado.

En la sección 3 de este documento hemos señalado que en el ámbito interamericano son cada vez más los Estados que han aprobado legislativamente una serie de normas para facilitar el cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad de las personas trans* sin acudir a un proceso judicial. En verdad, si bien siempre queda expedita la vía jurisdiccional, la inexistencia de leyes de identidad de género específicas lleva a que las personas trans* acudan a procesos judiciales de resultado incierto y larga duración en los que se les suele estigmatizar y patologizar. En el espacio latinoamericano los prejuicios de los magistrados suelen negar estas solicitudes con base a estereotipos marcados por un determinismo biológico. De allí el peligro de sólo tener la vía judicial como salida. En nuestra opinión, el modelo ideal a seguir para la región es la fórmula legislativa argentina ya reseñada.

Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Voto separado del juez Manuel Ventura Robles. Serie C No. 120.

De acuerdo a los estándares desarrollados en las secciones precedentes, la adopción de procesos administrativos que sean rápidos, accesibles y transparentes se presenta como el mecanismo menos lesivo de los derechos de las personas trans* que solicitan cambiar los datos de sus documentos. Esta constatación se refuerza con el consenso regional que se viene cristalizando en la región en dicha materia.

El reconocimiento de la identidad de género por medios jurisdiccionales presenta en las Américas altos índices de incertidumbre, precisamente, por los estereotipos bajo los que suelen trabajar buena parte de los juzgadores. Por ello, regular las solicitudes de cambio de nombre administrativamente ayudaría a terminar con la continua lesión del derecho a la identidad de las personas trans* que así lo requieran.

¿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?

En base a lo anteriormente señalado, el artículo 54 del Código Civil Costarricense debe ser interpretado a la luz de la cláusula de no discriminación emanada del artículo 1.1 de la CADH y de los estándares desarrollados tanto en el DIDH como en el Derecho comparado sobre la materia.

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

En la actualidad existe un consenso en el DIDH y en el Derecho comparado en cuanto a que la orientación sexual constituye una categoría sospechosa de discriminación. En este sentido, excluir a las parejas del mismo sexo de los derechos patrimoniales o beneficios sociales que otorga la legislación de cada Estado a las uniones estables heterosexuales resulta discriminatorio, al ser ésta una diferenciación basada en estereotipos sobre la orientación homosexual que no encuentra una justificación objetiva y razonable en un Estado democrático.

La diferencia es clara: si tu orientación sexual es la que el Estado considera predecible, tienes acceso a todos los beneficios legales que ese ordenamiento jurídico reconoce. Sin embargo, si tu orientación es una alternativa a la determinada por el orden social, el acceso a dichos derechos queda restringido. Tal razonamiento resulta, además de incoherente, irrazonable. El solo hecho que existan mecanismos legales de tutela a disposición de cierta parte de la población y no de otra, en base sólo a la orientación sexual, resulta discriminatorio, y por ende, contrario a la Convención Americana.

Por lo tanto, la Convención Americana obliga a los Estados a reconocer a las parejas del mismo sexo todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas heterosexuales.

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?

En nuestra opinión, los Estados que regulan las uniones estables entre personas heterosexuales pero no las homosexuales (con por lo menos algún mecanismo que las tutele), se encuentran ejecutando una política discriminatoria que no tiene lugar bajo las disposiciones de la Convención Americana.

Las parejas con una orientación sexual alternativa a la heterosexual se encuentran, en muchas partes del continente, como en Costa Rica, en una situación de abandono de la tutela jurídica que deben ofrecer los Estados. Consideramos que la Convención Americana proscribiera este accionar discriminatorio. La lucha de la comunidad homosexual no tiene como objetivo lograr algún tipo de privilegio en la sociedad en la que vivimos. Más bien, busca reivindicar una situación de injusticia que sigue reproduciéndose hasta el día de hoy, donde las personas son diferenciadas arbitrariamente por cómo o hacia quién expresan sus afectos.

Creemos que la orientación sexual es un criterio irrelevante a la hora de otorgar tutela jurídica y ofrecer mecanismos legales que regulen las relaciones sociales. En ese sentido, la comunidad homosexual exige ser tratada de igual manera al resto de la población, teniendo a disposición los mismos mecanismos legales que las parejas heterosexuales para poder desarrollar libremente su personalidad y ejecutar sin impedimento alguno su proyecto de vida.

Los Estados que al día de hoy no ofrecen mecanismos legales de tutela para las parejas homosexuales se encuentran enviando un mensaje a sus habitantes: la única forma de unión reconocida es la heterosexual: si no calzas en este estereotipo que la sociedad ha construido a lo largo de los años, no mereces protección por parte de este Estado. Consideramos que este mensaje transmitido por los Estados que se niegan a reconocer a las parejas homosexuales es negativo, discriminatorio, opresivo, ofensivo y degradante.

En ese sentido, como mínimo, los Estados tienen que ofrecer un mecanismo alternativo al ya establecido para las parejas heterosexuales para regular a las parejas homosexuales y concederles los mismos derechos. De esta forma, las parejas homosexuales no se encontrarían más una situación de indefensión absoluta, sino que tendrían a su disposición mecanismos para acceder a los beneficios de compartir una vida en común. Es cierto que los Estados todavía debaten cuál debe ser el mecanismo de tutela para lograr dicho objetivo (unión civil, registro de pareja, matrimonio, entre otras fórmulas), pero ello no debe ocultar el hecho de que el DIDH ya exige que los Estados creen instituciones que protejan sin distinción a las parejas estables al margen de su orientación sexual. Lo ideal, sin embargo, como señalan Zelada y Gurmendi, es que los Estados aprueben legislación específica sobre matrimonio igualitario⁶⁷.

En consecuencia, el Estado de Costa Rica se encuentra obligado bajo los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana a adaptar su legislación para incluir a las parejas homosexuales en los mecanismos que ofrece para hacer vida en común y compartir una vida plena en pareja, sin ningún tipo de diferenciación en los beneficios que otorga a las parejas heterosexuales.

⁶⁷ Zelada, Carlos J. y Alonso Gurmendi. Entre el Escudo y la Espada: El matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Themis – Revista de Derecho No. 69 (2016), pp. 257-274.