



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17
DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017
SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA**

IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO

OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes Jueces:

Roberto F. Caldas, Presidente;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Vicepresidente;
Eduardo Vio Grossi, Juez;
Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;
Elizabeth Odio Benito, Jueza;
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y
L. Patricio Pazmiño Freire, Juez;

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), emite la siguiente Opinión Consultiva, que se estructura en el siguiente orden:

Tabla de Contenido

I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA	3
II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	5
III. COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD	11
A. Sobre la competencia consultiva de la Corte en la presente solicitud	11
B. Sobre los requisitos de admisibilidad de la solicitud	12
IV. CONSIDERACIONES GENERALES	15
A. Glosario	15
B. Acerca de la presente solicitud de opinión consultiva.....	22
C. Sobre la estructura de la presente opinión consultiva	29
V. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN	29
VI. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS LGBTI	32
A. Sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	32
B. Sobre la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención	35
C. Sobre las diferencias de trato que resultan discriminatorias.....	42
VII. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LOS PROCEDIMIENTO DE CAMBIOS DE NOMBRE	43
A. Sobre el derecho a la identidad	43
B. Sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre y el derecho a la identidad de género.....	50
C. Sobre el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida	55
a) <i>El procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto- percibida</i>	56
b) <i>Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes</i>	58
c) <i>Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género</i>	60
d) <i>Los procedimientos deben ser expeditos y deben tender a la gratuidad</i>	63
e) <i>Sobre la exigencia de acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales</i>	64
f) <i>Los procedimientos referidos a las niñas y niños</i>	65
g) <i>Sobre la naturaleza del procedimiento</i>	68
D. Sobre el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica.....	70
VIII. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS VÍNCULOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO	72
A. La protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo	73
B. Los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas.....	80
IX. OPINIÓN	87

I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica (en adelante "Costa Rica" o el "Estado solicitante"), con fundamento en los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención Americana¹ y de conformidad con lo establecido en los artículos 70² y 72³ del Reglamento, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2⁴, 18⁵ y 24⁶ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 17 del mismo instrumento (en adelante "la solicitud" o "la consulta"). En particular, Costa Rica presentó la solicitud de opinión consultiva con el fin de que el Tribunal se pronuncie sobre⁸:

- a. "[L]a 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. "[L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica⁹, 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

¹ Artículo 64 de la Convención Americana: "1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

² Artículo 70 del Reglamento de la Corte: "1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. 2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados. 3. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia".

³ Artículo 72 del Reglamento de la Corte: "1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar: a. las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte; c. el nombre y la dirección del Agente del solicitante. 2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta".

⁴ Artículo 11.2 de la Convención Americana: "Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

⁵ Artículo 18 de la Convención Americana: "Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario".

⁶ Artículo 24 de la Convención Americana: "Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

⁷ Artículo 1 de la Convención Americana: "Obligación de Respetar los Derechos. 1. 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. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

⁸ El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf

⁹ El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica establece lo siguiente: "Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto".

género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”.

- c. [L]a 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”.

2. Costa Rica expuso las consideraciones que originaron la consulta y señaló que:

“[e]l reconocimiento de los derechos humanos derivados de la orientación sexual e identidad de género se ha caracterizado como un proceso disímil en los diferentes Estados integrantes del Sistema Interamericano”. Señaló que “[e]s posible vislumbrar un amplio espectro de casos, desde países que han reconocido de manera plena derechos a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex, hasta aquellos Estados miembros que, al día de hoy, mantienen vigentes leyes prohibitivas contra cualquier forma de vivencia y expresión contraria a la heteronormatividad o bien, han sido omisos en el reconocimiento de los derechos relativos a estas poblaciones”.

Asimismo, “reconoc[ió] que la [...] Corte IDH en los casos Atala Riffo y Niñas vs. Chile y Duque vs. Colombia, determin[ó] como una categoría de discriminación protegida por la Convención, las actuaciones que denigren a las personas en razón tanto de la identidad de género como, especialmente en esos casos, de la orientación sexual”.

No obstante lo anterior, indicó que “le surgen dudas, con respecto al contenido de prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género o, en otras palabras, persisten retos para determinar si ciertas actuaciones se encuentran cubiertas por esta categoría de discriminación”. En este sentido, afirmó que “una interpretación de la Corte IDH respecto de los estándares señalados, sería un aporte fundamental para el Estado de Costa Rica y todos los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos, en garantía de las personas y sus derechos. Es decir, permitiría fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones en relación con estos Derechos Humanos”.

Finalmente, “consider[ó] necesario que la [...] Corte emita su opinión con respecto a la convencionalidad de la práctica consistente en exigir a las personas que desean cambiar su nombre por motivos de identidad de género, seguir el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica”. Al respecto, mencionó que “este proceso conlleva gastos para la persona solicitante e implica una espera demorada [...], [por lo que] consulta si la aplicación de esa norma a los casos en mención es contraria a los derechos de las personas”.

3. Con base en lo anterior, Costa Rica presentó a la Corte las siguientes preguntas específicas:

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?”;
2. “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?”;
3. “¿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 desean 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?”;
4. “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?”, y

5. “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?”.

4. Costa Rica designó a la señora Ana Helena Chacón Echeverría, Vicepresidenta de la República, al señor Marvin Carvajal Pérez, Director Jurídico de la Presidencia de la República y a la señora Eugenia Gutiérrez Ruiz, Directora Jurídica a.i. del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, como Agentes del Estado.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

5. Mediante notas de 12 de agosto de 2016, la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.1¹⁰ del Reglamento, transmitió la consulta a los demás Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, al Presidente del Comité Jurídico Interamericano y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”). En dichas comunicaciones, se informó que el Presidente de la Corte, en consulta con el Tribunal, había fijado el 9 de diciembre de 2016 como fecha límite para la presentación de las observaciones escritas respecto de la solicitud mencionada. Igualmente, siguiendo instrucciones del Presidente y de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.3¹¹ de dicho Reglamento, la Secretaría, mediante notas de 12 de agosto de 2016 invitó a diversas organizaciones internacionales y de la sociedad civil e instituciones académicas de la región a remitir en el plazo anteriormente señalado su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Finalmente, se realizó una invitación abierta a través del sitio *web* de la Corte Interamericana a todos los interesados a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. El plazo previamente establecido fue prorrogado hasta el 14 de febrero de 2017, por lo que se contó con aproximadamente seis meses para remitir sus presentaciones.

6. El plazo otorgado llegó a su vencimiento y se recibieron en la Secretaría los siguientes escritos de observaciones¹²:

a. Observaciones escritas presentadas por Estados de la OEA: 1) Argentina; 2) Bolivia; 3) Brasil; 4) Colombia; 5) Guatemala; 6) Honduras; 7) Estados Unidos Mexicanos; 8) Panamá, y 9) Uruguay;

b. Observaciones escritas presentadas por órganos de la OEA: Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

c. Observaciones escritas presentadas por organismos internacionales: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos;

¹⁰ Artículo 73.1 del Reglamento de la Corte: “Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso”.

¹¹ Artículo 73.3 del Reglamento de la Corte: “La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente”.

¹² La solicitud de opinión consultiva presentada por Costa Rica, las observaciones escritas y orales de los Estados participantes, de la Comisión Interamericana, así como de organismos internacionales y estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales y personas de la sociedad civil, pueden ser consultadas en el sitio *web* de la Corte en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1671

d. Observaciones escritas presentadas por organismos estatales: 1) Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México; 2) Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica; 3) Defensoría Pública da União (DPU) de Brasil y otras Instituciones; 4) Defensoría General de la Nación Argentina; 5) Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro; 6) Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y 7) Procuración General de la Nación Argentina;

e. Observaciones escritas presentadas por asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, y organizaciones no gubernamentales: 1) ADF International; 2) Amicus D.H., A.C.; 3) Asociación Civil 100% Diversidad y Derechos; 4) Asociación OTD Chile; 5) Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina y la Red de Personas Trans de Latinoamérica y Del Caribe; 6) Asociación Frente por los Derechos Igualitarios, Asociación Ciudadana ACCEDER, Asociación Movimiento Diversidad pro Derechos Humanos y Salud, Asociación Transvida y Asociación Centro de Investigación y Promoción para América Central (CIPAC); 7) Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos "Xumek"; 8) Australian Human Rights Centre, UNSW Faculty of Law; 9) Avocats Sans Frontières Canada et la Clinique internationale de défense des droits humains de l'UQAM; 10) Center for Family and Human Rights (C-Fam); 11) Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; 12) Centro de Direito Internacional; 13) Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH) y Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, pertenecientes a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN); 14) Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos - PROMSEX; 15) Centro Guadalupe Vida y Familia de Puerto Rico; 16) Círculo de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico del Perú; 17) Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Asociación LGTB Arcoíris de Honduras, Asociación REDTRANS-Nicaragua, Centro de Investigación y Promoción de Derechos Humanos, Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos, Coalición contra la Impunidad, Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras, Comunicando y Capacitando a Mujeres Trans, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, Mulabi / Espacio Latinoamericano de Sexualidades y Derechos, y la Unidad de Atención Sicológica, Sexológica y Educativa para el Crecimiento Personal, A.C.; 18) César Norberto Bissutti, Juliana Carbó, Gisela Vanesa Hill, Antonela Sabrina Rivero, Estefanía Watson y Leandro Anibal Arday, Integrantes de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, Argentina; 19) Clínica Jurídica de Derechos Humanos y el Semillero de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Javeriana Cali; 20) Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais; 21) Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontificia Universidade Católica do Paraná; 22) Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (Clínica DHDA/UEA); 23) Clínica de Interés Público contra la Trata de Personas del Instituto Tecnológico Autónomo de México y el Grupo de Acción por los Derechos Humanos y la Justicia Social A.C.; 24) Clínica Jurídica de Interés Público "Grupo de Acciones Públicas" de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia; 25) Clínica Jurídica de la Universidad de San Andrés, Argentina; 26) Comisión Colombiana de Juristas; 27) Dejusticia; 28) Dieciséis organizaciones de derechos humanos que forman parte de la Coalición de Organizaciones LGBTTTI ante la OEA: Colombia Diversa; Akahatá; Asociación Alfil; Asociación Panambi; Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex); Colectiva Mujer y Salud; Fundación Diversencia; Heartland Alliance - Global Initiatives for Human Rights (GIHR); Liga Brasileira de Lésbicas; Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana, A.C.; Otrans - Reinas de la Noche; Ovejas Negras; Red Mexicana de Mujeres Trans; Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (Redlactrans); Taller Comunicación Mujer; y UNIBAM; 29) Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; 30) Facultad de Derecho de la

Universidad Veracruzana; 31) Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California; 32) Fundación Iguales; 33) Fundación Myrna Mack; 34) Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero – GADvS; 35) Grupo de estudiantes de la Escuela Libre de Derecho de México. Coordinadores: Daniel Esquivel Garay, Marianna Olivia Loredo Celaya, Claudio Martínez Santistevan. Integrantes: Aranxa Bello Brindis; Daniela Morales Galván Duque; Eduardo González Ávila; Alejandra Muñoz Castillo Rosete Mac Gregor; Jimena Pulliam de Teresa, Carlos Rodolfo Ríos Armillas. Asesor: Lic. Elí Rodríguez Martínez; 36) Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (GIPCODEP), adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura Cali; 37) “Humanismo y Legalidad”, “Ixtlamatque Ukari A.C” y “La Cana Proyecto de Reinserción Social”; 38) Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Laura Melisa Posada Orjuela y Hans Alexander Villalobos Díaz, miembros del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; 39) Karla Lasso Camacho y María Gracia Naranjo Ponce, estudiantes de la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito; 40) LIBERARTE Asesoría Psicológica; 41) Movimiento Diversidad pro Derechos Humanos y Salud; 42) Natalia Castro y Gerardo Acosta, miembros del Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte; 43) Red Lésbica CATTRACHAS de Honduras; 44) Parlamentarios para la Acción Global; 45) The Impact Litigation Project of the Center for Human Rights & Humanitarian Law at American University Washington College of Law; 46) The John Marshall Law School International Human Rights Clinic; 47) Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, y

f. Observaciones escritas presentadas por personas de la sociedad civil: 1) Alicia I. Curiel, Profesora Regular Adjunta de Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Buenos Aires y Luciano Varela, Maestrando en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de la Plata; 2) Cristabel Mañón Vallejo, Nahuiquetzalli Pérez Mañón y José Manuel Pérez Guerra; 3) Damián A. González-Salzberg, Docente e investigador en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la University of Sheffield; 4) Daniel Arturo Valverde Mesén; 5) Elena Hernáiz Landáez; 6) Erick Vargas Campos; 7) Hermán M. Duarte Iraheta; 8) Hermilo Lares Contreras; 9) Ivonei Souza Trindade; 10) Jorge Alberto Pérez Tolentino; 11) José Benjamín González Mauricio, Andrea Yatzil Lamas Sánchez, Izack Alberto Zacarías Najar, Rafael Ríos Nuño, Carlos Eduardo Moyado Zapata y Kristyan Felype Luis Navarro; 12) Josefina Fernández, Paula Viturro y Emiliano Litardo; 13) Luis Alejandro Álvarez Mora y María José Vicente Ureña; 14) Luis Chinchilla, Nadia Mejía, Isiss Turcios y Larissa Reyes; 15) Luis Peraza Parga; 16) María Fernanda Téllez Girón García, Giovanni Alexander Salgado Cipriano, Yoceline Gutiérrez Montoya y Daniela Reyes Rodríguez; 17) Michael Vinicio Sánchez Araya; 18) Monseñor Óscar Fernández Guillén, Presidente y representante de la Conferencia Episcopal Nacional de Costa Rica; 19) Pablo Stolze, Profesor de Derecho Civil de la Universidad Federal de Bahía; 20) Paul McHugh; 21) Paula Siverino Bavio; 22) Rossana Muga Gonzáles, Investigadora del Centro de Investigación Social Avanzada (CISAV-México); 23) Tamara Adrián y Arminio Borjas; 24) Víctor Alonso Vargas Sibaja y Jorge Arturo Ulloa Cordero; 25) Xochithl Guadalupe Rangel Romero, Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, y 26) Yashín Castrillo Fernández.

7. Una vez concluido el procedimiento escrito, el 31 de marzo de 2017 la Presidencia de la Corte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4 del Reglamento¹³, emitió una

¹³ Artículo 73.4 del Reglamento de la Corte: “[u]na vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente”.

Resolución¹⁴, mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó a los Estados Miembros de la OEA, a su Secretario General, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, al Presidente del Comité Jurídico Interamericano, a la Comisión Interamericana y a los integrantes de diversas organizaciones internacionales, de la sociedad civil, instituciones académicas y personas que remitieron observaciones escritas, con el propósito de presentar al Tribunal sus comentarios orales respecto de la consulta.

8. La audiencia pública se celebró el 16 y 17 de mayo de 2017 en el marco del 118º Período Ordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebrado en San José, Costa Rica.

9. Comparecieron ante la Corte las siguientes personas:

- 1) Por el Estado de Costa Rica: Ana Helena Chacón Echeverría, Segunda Vicepresidenta de la República; Marvin Carvajal Pérez, Director Jurídico de la Presidencia de la República; Eugenia Gutiérrez Ruiz, Directora Jurídica Adjunta, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; Emilio Arias Rodríguez, Ministro de Desarrollo Humano e Inclusión Social; Alejandra Mora Mora, Ministra de la Condición de la Mujer; María Fulmen Salazar, Viceministra de Seguridad Pública; William Vega Murillo, asesor, Viceministerio de Asuntos Políticos y Diálogo Ciudadano, Ministerio de la Presidencia; Luis Eduardo Salazar Muñoz, asesor jurídico, Dirección Jurídica de la Presidencia de la República; María Rebeca Sandí Salvatierra, asesora jurídica, Dirección Jurídica de la Presidencia de la República; Viviana Benavides Hernández, asesora jurídica, Dirección Jurídica de la Presidencia de la República; Andrea González Yamuni, asesora, Segunda Vicepresidencia de la República; Alejandra Arbuola Cabrera, asesora, Viceministerio de Asuntos Políticos y Diálogo Ciudadano, Ministerio de la Presidencia; Natalia Córdoba Ulate, Jefa de Despacho del Señor Canciller; José Carlos Jiménez Alpizar, asesor jurídico, Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; María Julia Cerdas Jimenez, asesora jurídica, Dirección Jurídica de la Presidencia de la República, y Ersilia Zúñiga Centeno, asesora, Presidencia de la República;
- 2) Por el Estado de Argentina: el señor Javier Salgado;
- 3) Por el Estado Plurinacional de Bolivia: Jaime Ernesto Rossell Arteaga, Subprocurador de Defensa y Representación Legal del Estado; Roberto Arce Brozek, Director General de Defensa en Derechos Humanos y Medio Ambiente; Cynthia Fernández Torrez, Profesional en Derechos Humanos y Medio Ambiente; José Enrique Colodro Baldiviezo, Encargado de Negocios a.i.; Ramiro Quisbert Liuca, Primer Secretario de la Embajada de Bolivia en Costa Rica, y Carlos Fuentes López, Segundo Secretario de la Embajada de Bolivia en Costa Rica;
- 4) Por los Estados Unidos Mexicanos: Erasmo A. Lara Cabrera, Director General de Derechos Humanos Democracia de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y Óscar Francisco Holguín González, Encargado de asuntos jurídicos, políticos y de prensa de la embajada de México en Costa Rica;
- 5) Por el Estado de Uruguay: Marta Echarte Baraibar, señora Ministra, y Tabaré Bocalandro Yapeyú, Ministro Consejero;
- 6) Por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México: el señor Gabriel Santiago López, Director General Jurídico;
- 7) Por la Defensoría Pública da União (DPU) de Brasil y otras Instituciones: el señor Carlos Eduardo Barbosa Paz, Defensor Público-General Federal;

¹⁴ Cfr. Solicitud de Opinión Consultiva OC-24. Convocatoria de audiencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_31_03_17.pdf

- 8) Por la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica: Montserrat Solano Carboni, Defensora de los Habitantes de la República de Costa Rica; Gloriana López Fuscaldo, Directora de Despacho; Catalina Delgado Agüero, y Angélica Solera Steller;
- 9) Por The Impact Litigation Project of the Center for Human Rights & Humanitarian Law at American University Washington College of Law: Whitney Washington; Natalia Gómez, y Facundo Capurro;
- 10) Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Paulo Abrao, Secretario Ejecutivo; Silvia Serrano Guzmán, Asesora, y Selene Soto Rodríguez, Asesora;
- 11) Por la Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro: Lívia Miranda Müller Drumond Casseres, Defensora Pública del Estado de Río de Janeiro, y Rodrigo Baptista Pacheco, 2º Subdefensor Público-General del Estado de Río de Janeiro;
- 12) Por el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Lorena Lampolio, Defensora oficial, y Josefina Fernández;
- 13) El señor Hermán M. Duarte Iraheta;
- 14) Por ADF International: Jeff Shafer; Neydy Casillas; Natalia Callejas, y Michelle Riestras;
- 15) Por Amicus D.H., A.C.: Luz Rebeca Lorea Hernández; Javier Meléndez López Velarde, y Juan Pablo Delgado Miranda;
- 16) Por la Asociación Civil 100% Diversidad y Derechos: Greta Marisa Pena, Presidenta; Francisco Cotado y Hernán Arrue;
- 17) Por la Asociación OTD Chile: la señora Constanza Valdés Contreras, asesora jurídica;
- 18) Por la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina y la Red de Personas Trans de Latinoamérica y Del Caribe: la señora Marcela Romero, Coordinadora Regional;
- 19) Por la Asociación Frente por los Derechos Igualitarios (FDI), Asociación Ciudadana ACCEDER, y Asociación Transvida: las señoras Larissa Arroyo Navarrete; Dayana Hernández, Antonella Morales, y Michelle Jones;
- 20) Por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Asociación LGTB Arcoíris de Honduras, Asociación REDTRANS-Nicaragua, Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos, Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos, Coalición contra la Impunidad, Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras, Comunicando y Capacitando a Mujeres Trans, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, Mulabi / Espacio Latinoamericano de Sexualidades y Derechos, y la Unidad de Atención Sicológica, Sexológica y Educativa para el Crecimiento Personal, A.C.: Marcela Martino; Florencia Reggiardo; Esteban Mandrigal; Samantha Colli; Gisela De León; Marcia Aguiluz; Natasha Jiménez; Daría Suárez, y Karla Acuña;
- 21) Por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX: la señora Brenda Álvarez Álvarez;
- 22) Por Colombia Diversa: las señoras Marcela Sánchez, Directora Ejecutiva, y Lilibeth Cortés;
- 23) Por la Comisión Colombiana de Juristas: la señora Carolina Solano Gutiérrez;
- 24) Por "Humanismo y Legalidad", "Asociación Ixtlamatque Ukari A.C." y "Asociación La Cana, Proyecto de Reinserción Social, A.C.": Norma Celia Bautista Romero;

- Marcela Duque Penagos; Daniela Ancira Ruiz; Raquel Adriana Aguirre García; Benjamín García Aguirre, y Marlene Rodríguez Atriano;
- 25) Por el Movimiento Diversidad Pro Derechos Humanos y Salud de Costa Rica: los señores Marco Castillo Rojas, y Giovanni Delgado Castro;
 - 26) Por la Red Lésbica CATTRACHAS Honduras: las señoras Indyra Mendoza Aguilar, y Karina Trujillo;
 - 27) Las señoras María Gracia Naranjo y Karla Lasso, Estudiantes de la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito;
 - 28) Por la Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (Clínica DHDA/UEA): las señoras Sílvia Maria da Silveira Loureiro; Hérika Luna Arce Lima, y Érika Guedes de Sousa Lima;
 - 29) Por la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California: las señoras Laura Alicia Camarillo Govea, y Elizabeth Nataly Rosas Rábago;
 - 30) Por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile: el señor Álvaro Paúl;
 - 31) Por la Clínica de Interés Público contra la Trata de Personas del Instituto Tecnológico Autónomo de México y del Grupo de Acción por los Derechos Humanos y la Justicia Social A.C.: Héctor Alberto Pérez, Coordinador General de la Clínica; Amalia Cruz Rojo, Coordinadora Jurídica de la Clínica; Ana Lilia Amezcua Ferrer; Tábata Ximena Salas Ramírez, y Edwin Alan Piñon González;
 - 32) Por la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana: Geiser Manuel Caso Molinari; Iris del Carmen Cruz De Jesús; Sara Fernanda Parra Pérez; Teresa Nataly Solano Sánchez, y Sonia Itzel Castilla Torres;
 - 33) El señor Daniel Valverde Mesén;
 - 34) Los señores Hermilo de Jesús Lares Contreras, y Rodolfo Reyes Leyva;
 - 35) El señor José Benjamín González Mauricio;
 - 36) El señor Jorge Arturo Ulloa Cordero;
 - 37) El señor Michael Vinicio Sánchez Araya;
 - 38) La señora Paula Siverino Bavio;
 - 39) El señor Tomás Henríquez Carrera, en representación del Dr. Paul McHugh, y
 - 40) El señor Yashín Castrillo Fernández.
10. Con posterioridad a la audiencia, se recibieron escritos complementarios de: 1) el Estado de Costa Rica; 2) The Impact Litigation Project of the Center for Human Rights & Humanitarian Law at American University Washington College of Law; 3) el Movimiento Diversidad pro Derechos Humanos y Salud de Costa Rica; 4) el señor Hermán M. Duarte Iraheta; 5) Monseñor Óscar Fernández Guillén, Presidente y representante de la Conferencia Episcopal Nacional de Costa Rica; 6) la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México; 7) la Defensoría Pública da União (DPU) de Brasil y otras Instituciones; 8) la señora Paula Siverino Bavio, y 9) la Asociación Frente por los Derechos Igualitarios (FDI), Asociación Ciudadana ACCEDER, y Asociación Transvida.
11. Para la resolución de esta solicitud de opinión consultiva, la Corte examinó, tomó en cuenta y analizó los noventa y uno escritos así como cuarenta participaciones en audiencia para presentar observaciones, e intervenciones recibidas de parte de Estados, órganos de la OEA, organizaciones internacionales, organismos estatales, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y personas de la sociedad civil (*supra* párrs. 6 y

9). La Corte agradece estas valiosas contribuciones, las cuales asistieron en ilustrar al Tribunal sobre los distintos temas sometidos a consulta, a efecto de la emisión de la presente opinión consultiva.

12. La Corte inició la deliberación de la presente opinión consultiva el 21 de noviembre de 2017.

III. COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD

13. En este capítulo, el Tribunal examinará el alcance de la competencia de la Corte para emitir opiniones consultivas, así como sobre la competencia, admisibilidad y procedencia para pronunciarse sobre la solicitud de opinión consultiva presentada por Costa Rica.

A. Sobre la competencia consultiva de la Corte en la presente solicitud

14. Esta consulta ha sido sometida a la Corte por el Estado de Costa Rica, en uso de la facultad que le otorga el artículo 64.1 de la Convención Americana. Costa Rica es Estado Miembro de la OEA y, por tanto, tiene el derecho de solicitar a la Corte Interamericana opiniones consultivas acerca de la interpretación de dicho tratado o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

15. Asimismo, la Corte considera que, como órgano con funciones de carácter jurisdiccional y consultivo, tiene la facultad inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*), también en el marco del ejercicio de su función consultiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención¹⁵. Ello, en particular, dado que la sola circunstancia de recurrir a aquella presupone el reconocimiento, por parte del Estado o Estados que realizan la consulta, del derecho de la Corte a resolver sobre el alcance de su jurisdicción al respecto.

16. La función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la Convención Americana, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser "intérprete última de la Convención Americana"¹⁶, competencia para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal¹⁷.

17. Asimismo, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre "otros tratados concernientes a la

¹⁵ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 33, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15., párr.5, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 17, y *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 14. Asimismo, véase *Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332, párr.22.

¹⁶ *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 19, Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 16, y *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 242.

¹⁷ Cfr. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 18, Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 19, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 16.

protección de los derechos humanos en los Estados americanos” es amplio y no restrictivo. De ese modo, la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano¹⁸. Por ende, la Corte al interpretar la Convención en el marco de su función consultiva y en los términos del artículo 29.d) de la Convención podrá recurrir a la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos¹⁹.

B. Sobre los requisitos de admisibilidad de la solicitud

18. Corresponde a continuación determinar si la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica cumple con los requisitos de admisibilidad, los cuales deben ser formales y materiales.

19. En primer término, la Corte encuentra que la solicitud presentada por Costa Rica cumple formalmente con las exigencias de lo dispuesto en los artículos 70²⁰ y 71²¹ del Reglamento, según los cuales para que una solicitud sea considerada por la Corte, las preguntas deben ser formuladas con precisión, especificar las disposiciones que deben ser interpretadas, indicar las consideraciones que la originan y suministrar el nombre y dirección del agente.

20. En cuanto a los requisitos materiales, el Tribunal recuerda que en varias oportunidades ha indicado que el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que esté obligado a responder a ella²². Para determinar la procedencia de la consulta, la Corte debe tener presentes consideraciones que trascienden cuestiones meramente formales y que se relacionan con las características que ha reconocido al ejercicio de su función consultiva²³. Se debe ir más allá del formalismo que impediría considerar preguntas que revisten interés jurídico para la protección y promoción de los derechos

¹⁸ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, punto decisivo primero; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 23, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 26.

¹⁹ Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, punto decisivo primero y único, Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 22, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 17.

²⁰ Artículo 70 del Reglamento de la Corte: “Interpretación de la Convención: 1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. 2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados. [...]”

²¹ Artículo 71 del Reglamento de la Corte: “Interpretación de otros tratados: 1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. [...]”

²² Cfr. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 31; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 25, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 21.

²³ Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, párr. 25; Opinión Consultiva OC-15/97, párr. 39; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 19; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 50; Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 17, y Opinión Consultiva OC-20/09, párr. 14.

humanos²⁴. Además, la competencia consultiva de la Corte no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva²⁵.

21. Al recordar que la función consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos²⁶, la Corte considera que, a partir de la interpretación de las normas relevantes, su respuesta a la consulta planteada será de gran importancia para los países de la región en la medida en que permitirá precisar las obligaciones estatales en relación con los derechos de las personas LGBTI en el marco de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona bajo su jurisdicción. Esto conllevará a la determinación de los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derecho a la igualdad y a la no discriminación.

22. Al respecto, la Corte reitera, como lo ha hecho en otras oportunidades²⁷, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

23. Por otra parte, en el marco del proceso de la presente opinión consultiva, la Comisión presentó información en la cual consta que actualmente se encuentra en la etapa de admisibilidad una petición relacionada con una alegada discriminación y afectación patrimonial derivada de la imposibilidad de incorporar a una pareja del mismo sexo a la seguridad social y con la falta de reconocimiento legal a las uniones de parejas del mismo sexo²⁸. Asimismo, en el trámite de la presente opinión consultiva, una persona presentó una observación escrita al Tribunal en la cual informó que actualmente se encontraba en trámite ante la Comisión una petición que lo concernía contra el Estado de Costa Rica, “por violación a los derechos fundamentales de Igualdad y No Discriminación por Orientación Sexual, concretamente por el no reconocimiento a las parejas del mismo sexo de su unión de hecho y la prohibición de contraer matrimonio”²⁹. Esta persona solicitó a la Corte que rechace de plano la opinión consultiva, formulada el 18 de mayo del 2016 por el Estado de Costa Rica por estimar que “la consulta realizada por el Poder Ejecutivo a la Corte [...] tendría como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos, a nivel nacional (acción de inconstitucionalidad) e internacional (Petición ante la Comisión Interamericana) todavía pendientes de resolución por la Sala Constitucional (violación del principio de agotamiento de vías y procedimientos internos) [los cuales se encuentran] todavía en trámite y sin ser sometidos a consideración de la Corte, sin dar[!]e el derecho de ejercer en el proceso

²⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, párr. 25; *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, Serie A No. 13, párr. 41, Opinión Consultiva OC-15/97, párr. 39; y Opinión Consultiva OC-19/05, párr. 17.

²⁵ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 16; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 25, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 21.

²⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, párr. 39; Opinión Consultiva OC-19/05, párr. 18; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 28, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 23.

²⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, párr. 25, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 29.

²⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, escrito de 17 de junio de 2016 (expediente de fondo, folio 20).

²⁹ Observación recibida el 9 de diciembre de 2016 (expediente folio 2036).

los recursos que prevén las leyes, la Convención Americana y su Reglamento, distorsionando el sistema de la Convención”.

24. Sobre este punto, la Corte recuerda, como ha dispuesto en el marco de otros procesos consultivos, que el solo hecho de que existan peticiones ante la Comisión relacionadas con el tema de la consulta no resulta suficiente para que la Corte se abstenga de responder las preguntas sometidas a consulta³⁰.

25. Asimismo, la Corte estima que no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan sino que, en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultivas de “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos, puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas³¹.

26. La Corte estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo³², por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél³³. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad³⁴, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”³⁵.

27. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada³⁶ a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la protección a personas LGBTI y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos³⁷.

³⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, párrs. 45 a 65, y Opinión Consultiva OC-18/03, párrs. 62 a 66.

³¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 30, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 24.

³² Cfr. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93; *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 31.

³³ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164; *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 197, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 31.

³⁴ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124, y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276*, párr. 124, y OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

³⁵ *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 31.

³⁶ Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr.79; *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Considerandos 65 a 90, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 31.

³⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 31.

28. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana, todo lo que se señala en la presente opinión consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA³⁸, así como para los órganos Miembros de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.

29. En virtud de las consideraciones expuestas, la Corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por Costa Rica. Asimismo, este Tribunal no encuentra en la presente consulta razones para abstenerse de resolverla, por lo cual la admite y procede a su resolución.

IV CONSIDERACIONES GENERALES

A. Glosario

30. Como ya fuera señalado, la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica le requirió a la Corte que contestara a cinco preguntas que se relacionan con dos temas vinculados con los derechos de las personas LGBTI. El primero de ellos versa sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género. El segundo tema se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo.

31. Esta Corte debe abordar estas temáticas teniendo en cuenta que en ellos suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Por todo ello, la Corte procurará, en la presente opinión, evitar hasta donde sea posible, caer en esas definiciones conceptualmente problemáticas y, cuando deba hacerlo, advierte que lo hará con la mayor amplitud y provisionalidad, sin asumir ni defender ninguna posición conceptual y menos aún irreductible.

32. A mero título ilustrativo e incluso demostrativo de la dificultad antes señalada –e insistiendo en que no los asume como propios en esta opinión–, la Corte recuerda que los siguientes conceptos, tomados de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional:

a) Sexo: En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer³⁹. En ese sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre.

³⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 65; OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 32, y OC-22/16, párr. 25.

³⁹ Cfr. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 abril 2012, párr. 13.

b) Sexo asignado al nacer: Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre⁴⁰.

c) Sistema binario del género/sexo: modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que "considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas *trans* o intersex)⁴¹.

d) Intersexualidad: Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino⁴². Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son⁴³.

e) Género: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas⁴⁴.

f) Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento⁴⁵, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que

⁴⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 16, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

⁴¹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

⁴² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 17, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

⁴³ Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 18, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 abril 2012, párr. 13.

⁴⁴ Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – CEDAW, *Recomendación general N° 28 relativa al 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. 5, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 14.

⁴⁵ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>; ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No. 9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención*

podría involucrar –o no– 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 modales⁴⁶. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género⁴⁷. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos⁴⁸.

g) Expresión de género: Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida⁴⁹.

h) Tránsgendero o persona trans: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer⁵⁰. Las personas *trans* construyen su identidad

sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012, párr. 8; ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, diciembre de 2015, y Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007. Los principios de Yogyakarta están contemplados en un documento elaborado a petición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por varios expertos, académicos y activistas del derecho internacional de los derechos humanos. El documento propone una serie de principios relativos a la orientación sexual e identidad de género que tienen la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos para proteger a las personas LGBTI. El documento final fue publicado en marzo de 2007. Posteriormente, el 10 de noviembre de 2017, se adoptaron los principios de Yogyakarta "plus 10" como un suplemento a los principios del año 2007. Este Tribunal ha utilizado esos principios en su jurisprudencia (*Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 110).

⁴⁶ Cfr. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012, párr. 8; OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, y Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007.

⁴⁷ Cfr. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*. HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012, y Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 18.

⁴⁸ Cfr. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*. HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012, párr. 8. Asimismo, Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, párr. 10.

⁴⁹ Cfr. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta plus 10, de 10 de noviembre de 2017, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 22.

⁵⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 21; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatoría de Derechos LGTBI. Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence*

independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas⁵¹. El término *trans*, es un término *sombrilla* utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o *trans* puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer *trans* y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual⁵².

i) Persona transexual: Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social⁵³.

j) Persona travesti: En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo⁵⁴.

k) Persona cisgénero: Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer⁵⁵.

l) Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género⁵⁶, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas⁵⁷. La

and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 18, y Consejo de Europa, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Estrasburgo, marzo de 2015.

⁵¹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. Conceptos Básicos. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>, y Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 18.

⁵² Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 18.

⁵³ Cfr. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 19.

⁵⁴ Cfr. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 19.

⁵⁵ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

⁵⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 19; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>; *Mutatis mutandis* Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007; ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex*. Diciembre de 2015, y *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de*

orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto⁵⁸. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona⁵⁹.

m) Homosexualidad: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción⁶⁰.

n) Persona Heterosexual: Mujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres⁶¹.

o) Lesbiana: es una mujer que es atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres⁶².

género en el contexto del artículo 1ª (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012.

⁵⁷ Cfr. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007; ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, diciembre de 2015*, y *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012*. Asimismo, Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, párr. 10.

⁵⁸ Cfr. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012*.

⁵⁹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 19, y Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 18.

⁶⁰ Cfr. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. *Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 17, y Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 18.

⁶¹ Cfr. ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversos, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, diciembre de 2015*; OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. *Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 abril 2012, párr. 17, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

⁶² Cfr. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. *Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 abril 2012, párr. 17; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>; ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversos, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, diciembre de 2015*, y *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012*.

p) Gay: se utiliza a menudo para describir a un hombre que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraído por otros hombres⁶³, aunque el término se puede utilizar para describir tanto a hombres gays como a mujeres lesbianas⁶⁴.

q) Homofobia y transfobia: La homofobia es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas, gay o bisexual; la transfobia denota un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas *trans*. Dado que el término "homofobia" es ampliamente conocido, a veces se emplea de manera global para referirse al temor, el odio y la aversión hacia las personas LGBTI en general⁶⁵.

r) Lesbofobia: es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas⁶⁶.

s) Bisexual: Persona que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto⁶⁷. El término bisexual tiende a ser interpretado y aplicado de manera inconsistente, a menudo con un entendimiento muy estrecho. La bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo, ni tampoco debe implicar la atracción por igual o el mismo número de relaciones con ambos sexos. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio⁶⁸.

t) Cisnormatividad: idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres⁶⁹.

⁶³ Cfr. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. *Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 abril 2012, párr. 17, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

⁶⁴ Cfr. ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, diciembre de 2015; *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos y *Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 abril 2012, párr. 17.

⁶⁵ Cfr. Naciones Unidas, Ficha de Datos. *Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes* en <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>.

⁶⁶ Cfr. *Mutatis mutandis*, Naciones Unidas, Ficha de Datos. *Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes* en <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>

⁶⁷ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>; Naciones Unidas, Ficha de Datos. *Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes* en <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>; ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, diciembre de 2015, y *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012.

⁶⁸ Cfr. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012.

⁶⁹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 32, y Comisión

u) Heterormatividad: sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes⁷⁰.

v) LGBTI: Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero e Intersex. Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos⁷¹. Sobre esta sigla en particular, la Corte recuerda que la terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, Queers, Travestis, Transexuales, entre otras. Además, en diferentes culturas pueden utilizarse otros términos para describir a las personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales y a las que se auto identifican o exhiben identidades de género no binarias (como, entre otros, los hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, queer, muxé, fa'afafine, fakaleiti, hamjensgara o dos-espíritus)⁷². No obstante lo anterior, si la Corte no se pronunciará sobre cuales siglas, términos y definiciones representan de la forma más justa y precisa a las poblaciones analizadas, únicamente para los efectos de la presente opinión, y como lo ha hecho en casos anteriores⁷³, así como ha sido la práctica de la Asamblea General de la OEA⁷⁴, se utilizará esta sigla de forma indistinta sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual.

Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

⁷⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 31.

⁷¹ Cfr. ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, diciembre de 2015. ACNUR, Guía "Lo que se debe saber: El trabajo con personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales durante el desplazamiento forzado", 2011, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 1.

⁷² Cfr. Naciones Unidas, Ficha de Datos. *Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes* en <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>

⁷³ Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 92 y 267; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 76, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 129.

⁷⁴ Cfr. OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 5 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLI-O/13) corr.1, Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 6 de junio de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008.

B. Acerca de la presente solicitud de opinión consultiva

33. La presente solicitud de opinión consultiva presentada por Costa Rica se refiere a derechos de personas LGBTI⁷⁵. La Corte estima oportuno referirse brevemente al contexto relacionado con los derechos de esas minorías con la finalidad de enmarcar la importancia de las temáticas que se abordarán en esta opinión para la tutela efectiva de los derechos de estas personas que han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales⁷⁶.

34. Con respecto a lo anterior, este Tribunal recuerda por ejemplo que en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos ha manifestado su "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género"⁷⁷. Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante "Alto Comisionado" o "ACNUDH") señaló en el año 2011 que "[e]n todas las regiones, hay personas que sufren violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género" y que "la sola percepción de la homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo"⁷⁸.

35. En ese mismo sentido, en varias Resoluciones desde el año 2008, la Asamblea General de la OEA expresó que las personas LGBTI están sujetas a diversas formas de violencia y discriminación basadas en la percepción de su orientación sexual e identidad o expresión de género, y resolvió condenar los actos de violencia, las violaciones a los derechos humanos y todas las formas de discriminación, a causa o por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género⁷⁹.

36. Las formas de discriminación en contra de las personas LGBTI se manifiestan en numerosos aspectos en el ámbito público y privado⁸⁰. A juicio de la Corte, una de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGBTI es la que se materializa en situaciones de violencia. Así, los mecanismos de protección de derechos humanos de la

⁷⁵ Cfr. Solicitud de opinión consultiva presentada por Costa Rica (expediente folio 4).

⁷⁶ Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 92 y 267.

⁷⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Resolución 17/19 de 14 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/19. Véase también Resoluciones 32/2 de 15 de julio de 2016, A/HRC/RES/32/2, y 27/32 de 2 de octubre de 2014, A/HRC/RES/27/32.

⁷⁸ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 1. En el mismo sentido véase Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 5, e Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párrs. 2, 14, y 15. Véase también OMS, *Sexual Health, Human Rights and the Law*, Ginebra, 2015, pág. 23.

⁷⁹ Cfr. OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 5 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) corr.1, Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 6 de junio de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008.

⁸⁰ Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 1.

Organización de Naciones Unidas⁸¹ y del Sistema Interamericano⁸², han dejado constancia de los actos violentos basados en prejuicios cometidos en todas las regiones en contra de las personas LGBTI. El ACNUDH ha observado que este tipo de violencia “puede ser física (asesinatos, palizas, secuestros, agresiones sexuales) o psicológica (amenazas, coacción o privación arbitraria de la libertad, incluido el internamiento psiquiátrico forzado)”⁸³. Asimismo, ha señalado que esa violencia basada en prejuicios “suele ser especialmente brutal”⁸⁴ y ha considerado que constituye “una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”⁸⁵. Además, las personas bisexuales, transgénero, mujeres lesbianas y los jóvenes LGBTI se encuentran particularmente expuestos al riesgo de violencia física, psicológica y sexual en el ámbito familiar y comunitario⁸⁶.

37. Así, por ejemplo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes ha señalado que “la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos”⁸⁷. De igual forma, el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura ha expresado su

⁸¹ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 21. Asimismo, véase Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, A/HRC/19/41, párr. 20.

⁸² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 24.

⁸³ Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 21.

⁸⁴ Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 23, e Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 22. Asimismo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párrs. 107 a 109.

⁸⁵ Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 21. Asimismo, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, A/HRC/19/41, párrs. 20 y 21. Véase en el mismo sentido, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa – OSCE, *Hate Crimes in the OSCE Region – Incidents and Responses, reporte anual 2006*, OSCE/ODIHR, Varsovia, 2007, pág. 53.

⁸⁶ Cfr. Naciones Unidas, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 14. Además, el Experto Independiente observó que se han identificado formas múltiples, interrelacionadas y agravadas de violencia y discriminación contra las personas LGBTI, las cuales “no suelen aparecer como acontecimientos singulares sino como parte de un círculo vicioso prolongado”. Agregó que las formas que revisten esas distintas expresiones de violencia son “múltiples, se multiplican y están inextricablemente vinculadas a los planos emocional, psicológico, físico y estructural”. Aunado a ello, éstas están “interrelacionadas de diversas maneras, y con mayor claridad cuando la víctima no solo es atacada o discriminada por tener diferente orientación sexual e identidad de género, sino también por motivos de raza, origen étnico, edad, género o pertenencia a una minoría o comunidad indígena”. Naciones Unidas, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 39.

⁸⁷ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013, A/HRC/22/53, párr. 79. Véase asimismo, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 3 de julio de 2001, A/56/156, párrs. 17-25.

preocupación por el abuso sexual y físico perpetrado por policías y personal penitenciario en perjuicio de personas LGBTI en algunos países de la región⁸⁸.

38. Tanto el Sistema de Naciones Unidas⁸⁹ como el Interamericano⁹⁰ han afirmado que la respuesta a este tipo de hechos suele no ser adecuada, pues a menudo no se investigan o enjuician a las personas responsables, ni tampoco existen mecanismos de apoyo a las víctimas⁹¹. El ACNUDH ha observado también que “[l]os defensores de los derechos humanos que luchan contra estas violaciones suelen ser perseguidos y se enfrentan a limitaciones discriminatorias en sus actividades”⁹².

39. Por otra parte, las personas LGBTI también sufren de discriminación *oficial*, en “la forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial, en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud”⁹³. Por ejemplo, todavía existen varios Estados de la región en los que se criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado⁹⁴, lo cual ha sido considerado por esta Corte⁹⁵ y por diversos

⁸⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de Argentina, 24 de mayo de 2017, CAT/C/ARG/CO/5-6, párr. 35; Colombia, 29 de mayo de 2015, CAT/C/COL/CO/5; Costa Rica, 7 de julio de 2008, CAT/C/CRI/CO/2, párr. 11; Ecuador, 8 de febrero de 2006, CAT/C/ECU/CO/3, párr. 17; Estados Unidos de América, 25 de julio de 2006, CAT/C/USA/CO/2, párr. 37, y 19 de diciembre de 2014, CAT/C/USA/CO/3-5; Paraguay, 14 de diciembre de 2011, CAT/C/PRY/CO/4-6, párr. 19, y Perú, 21 de enero de 2013, CAT/C/PER/CO/5-6, párr. 22.

⁸⁹ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 25, e Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 23.

⁹⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 476.

⁹¹ Cfr. Naciones Unidas, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 14, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 25. Asimismo, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 23. Véase asimismo Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párrs. 97 a 101, y 103. Además, esas situaciones de violencia cotidiana tienen una tendencia a ser invisibilidades puesto que las estadísticas oficiales tienden a subestimar el número de incidentes, y las víctimas suelen ser reacias a denunciar sus experiencias por temor a la extorsión, la violación de la confidencialidad o las represalias. Del mismo modo, una categorización inexacta o perjudiciada de los casos da lugar a errores de identificación, encubrimientos y registros incompletos. Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 25. Asimismo, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 23. Véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párrs. 97 a 101, y 103.

⁹² Naciones Unidas, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 14.

⁹³ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Nacidos Libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, 2012, HR/PUB/12/06, pág. 39.

⁹⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 61. Se mencionan las siguientes normas: [Antigua y Barbuda] Ley de Delitos Sexuales de 1995 (Ley No. 9), Sección 12 (Sodomía); [Barbados] Ley de Delitos Sexuales, Capítulo 154, Sección 9 (Sodomía); [Belice] el Código Penal de Belice lo establece en su Capítulo 101, Sección 53 (relaciones carnales contra el orden natural) y Sección 45 (ataque indecente agravado); [Dominica] Ley de Delitos Sexuales 1998, Sección 15 (Sodomía), Sección 16 (intento de sodomía); [Granada] Código Penal,

órganos de protección del derecho internacional de los derechos humanos como contrario al derecho internacional de los derechos humanos por violar los derechos a la igualdad y no discriminación así como el derecho a la privacidad⁹⁶. Aunado a ello, este tipo de normas repercuten negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios, y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas de las personas LGBTI e intersexuales⁹⁷. Además, en las jurisdicciones en las que se penaliza su comportamiento sexual, es mucho más probable que se supriman medidas preventivas que debieran ser ajustadas específicamente a estas comunidades. De la misma manera, el temor de ser juzgados y castigados puede disuadir a quienes practican un comportamiento homosexual de acceder a los servicios de salud. Estos problemas se agravan en el caso de las personas que viven con el VIH/SIDA⁹⁸. Asimismo, el ACNUDH ha encontrado que como consecuencia de este tipo de normas, es frecuente que las víctimas se muestren reacias a denunciar los actos de violencia perpetrados por un familiar por temor a las consecuencias penales que acarrearía la revelación de su orientación sexual⁹⁹.

Sección 431 ("conexión no-natural"); [Guyana] Ley de Derecho Penal, Capítulo 8:01, sección 353 (Tentativa de cometer "delitos antinaturales"), Sección 354 (Sodomía); [Jamaica] Ley de Delitos contra la Persona, Sección 76 ("Crimen Antinatural"), Sección 77 (tentativa); [San Cristóbal y Nieves] Ley de Delitos contra las Personas, Sección 5684 (Sodomía); [Santa Lucía] Código Penal, Sub Parte C, Subsección 133 (Sodomía); [San Vicente y las Granadinas] Código Penal, Sección 146 (sodomía); [Trinidad y Tobago] Ley de Delitos Sexuales Capítulo 11:28, Sección 13 (Sodomía). Del mismo modo, Naciones Unidas, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 15. Véase asimismo, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 11.

⁹⁵ Cfr. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr.123.

⁹⁶ Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 41; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 43; Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párrs. 52 a 54; Comité de Derechos Humanos. *Toonen Vs. Australia*. Comunicación No. 488/1992, 31 de marzo de 1994, CCPR/C/WG/44/D/488/1992, párrs. 8.1 a 9; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Sudán, E/C.12/SDN/CO/2, 9 de octubre de 2015, párr. 19; Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Túnez, E/C.12/TUN/CO/3, 14 de noviembre de 2016, párrs. 24 y 25; Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, párrs. 2, 6 y 7; TEDH. *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*. No. 7525/76, 22 de octubre de 1981, párrs. 61 y 63; *Caso Norris Vs. Irlanda*. No. 10581/83, 26 de octubre de 1988, párrs. 46 y 47; *Caso Modinos Vs. Chipre*. No. 15070/89, 22 de abril de 1993, párrs. 24 y 25; *Caso A.D.T. Vs. Reino Unido*. No. 35765/97, 31 de julio de 2000, y *Caso H. Ç. Vs. Turquía*. No. 6428/12, 31 de julio de 2000, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 60.

⁹⁷ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 50. Del mismo modo, Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, párrs. 9 y 21.

⁹⁸ Cfr. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, párrs. 18 y 19, e Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 50.

⁹⁹ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 66, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 76, 78 y 79.

40. En el ámbito privado, estas personas típicamente sufren de discriminación en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios que permean en el ámbito laboral, comunitario, educativo y en las instituciones de salud¹⁰⁰. Generalmente, la estigmatización se aplica “al amparo de la cultura, la religión y la tradición”¹⁰¹. No obstante, las interpretaciones en que se basan esas prácticas “no son ni inmutables ni homogéneas”¹⁰², y a juicio de la Corte, es obligación de los Estados erradicarlas cultivando un sentido de empatía por la orientación sexual y la identidad de género como parte inherente de toda persona lo cual “invita a reevaluar el contenido educativo y los libros de texto, así como a elaborar herramientas y metodologías pedagógicas, para promover una mentalidad abierta y el respeto de la diversidad biológica de los seres humanos”¹⁰³.

41. La Corte no omite hacer notar que la discriminación contra las personas LGBTI a menudo se ve exacerbada por otros factores tales como el sexo, el origen étnico, la edad, la religión, así como por factores socioeconómicos como la pobreza y el conflicto armado¹⁰⁴. Esas múltiples formas de discriminación pueden tener efectos a nivel individual, pero también en el plano social, ya que las personas LGBTI que ven vedado su acceso a derechos básicos como el trabajo, la salud, la educación y la vivienda viven en situaciones de pobreza, privadas de toda oportunidad económica¹⁰⁵. Es así como, según ha sido constatado por el ACNUDH, “las tasas de pobreza, la falta de un hogar y la inseguridad alimentaria son más elevadas entre las personas LGBT[I]”¹⁰⁶.

42. En relación con ello, el ACNUDH ha señalado que las personas transgénero afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto-percibido¹⁰⁷.

43. Por otro lado, la Corte ha podido constatar en el ejercicio de su competencia contenciosa, las consecuencias de la falta de reconocimiento oficial de las relaciones entre personas del mismo sexo¹⁰⁸. El ACNUDH ha señalado que esta falta de reconocimiento tiene

¹⁰⁰ Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Nacidos Libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, 2012, HR/PUB/12/06, pág. 39.

¹⁰¹ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, 2 de julio de 2012, A/HRC/21/42, párr. 65.

¹⁰² Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, 20 de enero de 2006, E/CN.4/2006/61, párr. 85.

¹⁰³ Naciones Unidas, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 61, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 262.

¹⁰⁴ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 42.

¹⁰⁵ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 42. Asimismo, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, párrs. 6.

¹⁰⁶ Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 42.

¹⁰⁷ Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 71.

¹⁰⁸ Cfr. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

también como resultado "trato injusto por parte de actores privados, como los proveedores de servicios de salud y las compañías aseguradoras"¹⁰⁹.

44. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte no desconoce que la situación regional de las personas LGBTI "no es homogénea, sino heterogénea"¹¹⁰ y por tanto, no es necesariamente la misma en todos los países de la región. El grado de reconocimiento y acceso a los derechos fundamentales de estas personas es variable dependiendo del Estado que se trate.

45. Teniendo en cuenta todo lo anterior, para la Corte es claro que las personas LGBTI afrontan diversas manifestaciones de violencia y discriminación, aunque también existe un consenso entre varios países de la región según el cual se considera necesario tomar medidas para combatir este flagelo¹¹¹. Tan es así, que la mayoría de los Estados miembros de la OEA han aceptado voluntariamente, en el contexto del Examen Periódico Universal de Naciones Unidas, recomendaciones para hacer frente a la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género¹¹².

46. En esa misma línea, la Corte advierte que a nivel interno, algunos Estados de la región han comenzado a implementar acciones para reconocer la situación de violencia y discriminación en contra de las personas LGBTI y han emprendido políticas públicas o aprobado normativa que buscan prevenir, responder o erradicar las violaciones de las cuales son víctimas. Por ejemplo, desde el 2010, el Estado de Brasil creó un Consejo Nacional de Combate a la Discriminación adscrito a la Secretaría de Derechos Humanos, cuyo objetivo es formular y proponer "directrices de acción gubernamental en el ámbito nacional para el combate a la discriminación y la promoción y defensa de los derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis y Transexuales"¹¹³. De igual forma, en Argentina, desde el 2005 existe un Plan Nacional Contra la Discriminación que cuenta con componente relativo a personas

¹⁰⁹ Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 68.

¹¹⁰ Naciones Unidas, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 61, párr. 18.

¹¹¹ Cfr. OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 5 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) corr.1, Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 6 de junio de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008.

¹¹² Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Antigua y Barbuda: 23 junio 2016, A/HRC/33/13, párr. 76.13; Barbados: 12 marzo 2013, A/HRC/23/11, párrs. 102.38, 102.45 y 102.56, y 5 junio 2013, A/HRC/23/11/Add.1, párrs. 11 y 13; Bolivia: 17 diciembre 2014, A/HRC/28/7, párr. 114.9; Brasil: 9 julio 2012, A/HRC/21/11, párrs. 119.94 y 119.97, y 13 de septiembre de 2012, A/HRC/21/11/Add.1, párr. 19; Canadá: 5 octubre 2009, A/HRC/11/17, párr. 86.29, y 8 de junio de 2009, A/HRC/11/17/Add.1, párr. 36; Chile: 2 abril 2014, A/HRC/26/5, párrs. 121.70, 121.71, y 121.73, y 5 marzo 2014, A/HRC/26/5/Add.1, párr. 4; Colombia: 4 julio 2013, A/HRC/24/6, párr. 116.43, y 19 julio 2013, A/HRC/24/6/Add.1; Costa Rica: 7 julio 2014, A/HRC/27/12, párrs. 128.69-71, y 22 septiembre 2014 A/HRC/27/12/Add.1; Cuba: 8 julio 2013, A/HRC/24/16, párr. 170.131-133, y 19 de septiembre 2013, A/HRC/24/16/Add.1, párr. 6; Ecuador: 10 julio 2017, A/HRC/36/4, párrs. 118.17-23; El Salvador: 17 diciembre 2014, A/HRC/28/5, párrs. 103.9, 104.19, 105.32-35, y 18 de marzo de 2015, A/HRC/28/5/Add.1, párr. 13; Estados Unidos de América: 20 julio 2015, A/HRC/30/12, párrs. 176.162-164, y 14 septiembre 2015, A/HRC/30/12/Add.1, párrs. 5 y 6; Guatemala: 31 diciembre 2012, A/HRC/22/8, párr. 99.27; Guyana: 13 abril 2015, A/HRC/29/16, párrs. 130.25-27; Haití: 20 de diciembre de 2016, A/HRC/34/14, párr. 115.71; Honduras: 15 julio 2015, A/HRC/30/11, párrs. 124.10-11 124.18 y 124.20; Jamaica: 20 julio 2015, A/HRC/30/15, párrs. 119.20-21; México: 11 diciembre 2013, A/HRC/25/7, párr. 148.39, y 14 marzo 2014, A/HRC/25/7/Add.1, párr. 20; Nicaragua: 1 julio 2014, A/HRC/27/16, párrs. 114.34 y 116.4, 18 septiembre 2014, y A/HRC/27/16/Add.1, párr. 12; Panamá: 8 julio 2015, A/HRC/30/7, párrs. 90.38-44.

¹¹³ Brasil. Presidencia de la República de Brasil. Decreto No. 7.388, de 9 de diciembre de 2010, artículo 1 (traducción libre de la Secretaría de la Corte).

LGBTI¹¹⁴. Colombia por su parte, cuenta con una Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías cuyo mandato es, *inter alia*, “[d]iseñar programas de asistencia técnica, social y de apoyo a la política para las comunidades indígenas, rom y poblaciones LGBTI] lesbianas, gays, transexuales y bisexuales”¹¹⁵. En el caso de Costa Rica, en 2015 fue adoptada la “Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI”¹¹⁶ en donde el Gobierno reconoce “que dentro de Costa Rica y sus instituciones públicas aún existe discriminación hacia las personas sexualmente diversas, donde se mantienen prácticas contrarias a sus Derechos Humanos tanto de quienes laboran en el Estado, como de las personas usuarias de los servicios de las instituciones públicas”. En Chile, en el 2012 fue adoptada la Ley No. 20.609 que establece medidas contra la discriminación por motivos de orientación sexual, la identidad de género, entre otras categorías protegidas¹¹⁷.

47. Adicionalmente a lo anterior, cabe señalar que, en razón de los hechos de violencia señalados, la violación a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI (artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, véase *supra* párr. 34 e *infra* párrs. 98 y 134) se proyecta con frecuencia en lesiones a otros derechos en forma de concurrencia ideal de normas violadas y, ante todo, el derecho a la vida y a la integridad física. Lo anterior se produce puesto que los discursos discriminatorios y las consiguientes actitudes que responden a ellos, con base en los estereotipos de heteronormatividad y cisnormatividad con distintos grados de radicalización, acaban generando la homofobia, lesbofobia y transfobia que impulsan los crímenes de odio antes mencionados.

48. La discriminación que sufren las personas LGBTI resulta también altamente lesiva del derecho a la integridad psíquica de estas personas (artículo 5.1 de la Convención), en razón de las particularidades de la discriminación por orientación sexual, que en buen número de casos se le revela a la persona en una etapa psicológicamente evolutiva difícil como es la pubertad, cuando ya ésta ha internalizado los desvalores prejuiciosos incluso dentro del núcleo familiar¹¹⁸. Esto no se produce en otras formas de discriminación, para las cuales la persona conoce el motivo discriminante desde su infancia y es apoyada por su núcleo familiar con el que incluso lo comparte. La contradicción valorativa en que se sumerge el adolescente es particularmente lesiva de su integridad psíquica en el momento de evolución de su personalidad que hace a su identidad y proyecto de vida, lo que en ocasiones determina no sólo conductas autolesivas sino incluso es causa de suicidios adolescentes¹¹⁹.

49. Así, la discriminación de este grupo humano no solo lesiona el derecho a la salud individual (artículo 5.1), sino también a la salud pública (artículo 26 de la Convención y artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador), que es resultado de las condiciones de salud de los habitantes. El clásico concepto de salud de la Organización mundial de la Salud (en

¹¹⁴ Cfr. Argentina. Anexo “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación - la Discriminación en Argentina. Diagnóstico y propuestas” al Decreto 1086/2005 de 27 de setiembre de 2005 “Plan Nacional Contra la Discriminación”, págs. 160 - 171.

¹¹⁵ Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 4530, Artículo 13.9 publicado en el Diario Oficial No. 47.187 de 28 de noviembre de 2008.

¹¹⁶ Costa Rica. Presidencia de la República de Costa Rica. “Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI” 12 de mayo de 2015.

¹¹⁷ Cfr. Chile. Congreso Nacional de Chile. Ley número 20.609 de 28 de junio de 2012.

¹¹⁸ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párrs. 22 y 66.

¹¹⁹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 324, y Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 55. Asimismo, UNICEF, *Documento de Posición No. 9: Eliminando la Discriminación y la Violencia contra niños, niñas y padres por su orientación sexual y/o identidad de género*, noviembre de 2014, pág. 3.

adelante "OMS") la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades¹²⁰. A la persona discriminada por su orientación sexual, dado que ésta hace a su identidad y, por ende, a su integridad psíquica, se le condiciona a un trastorno psíquico originado a partir de una situación o un suceso en particular, o sea, que se le altera su salud individual aunque más no sea situacionalmente.

50. A su vez, el porcentaje de personas cuya conducta sexual no responde al estereotipo heteronormativo o cisonormativo, por lo menos desde las investigaciones pioneras norteamericanas de los años cincuenta del siglo pasado, se ha demostrado que es de alta significación. Por ende, como consecuencia de la discriminación que sufren las personas LGBTI, las cuales constituyen un porcentaje considerable de la población, estas se relacionan en condiciones más o menos acentuadas de neurosis situacionales con el resto de la población, lo que contribuiría a problematizar también a las personas con que las que éstas interactúan y, de esta manera, se tienden a neurotizarse (desequilibrar) las relaciones sociales en general.

51. De ese modo, cuanto mayor sea el nivel de salud (equilibrio psíquico) de las personas que integran una población, mayor será su nivel de salud pública, pero cuantas más personas con su equilibrio debilitado situacionalmente la integren, no sólo se afecta la salud pública en razón de quienes sufren este debilitamiento, sino el nivel general de salud psíquica de la población, dado que los que padecen la situación deteriorante, interactúan en la sociedad.

C. Sobre la estructura de la presente opinión consultiva

52. Este Tribunal recuerda que es inherente a sus facultades la potestad de estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses del Derecho y a los efectos de una opinión consultiva.

53. Teniendo en cuenta lo anterior, con la finalidad de dar una respuesta adecuada a las preguntas realizadas por el Estado de Costa Rica, la Corte ha decidido estructurar la presente opinión de la siguiente forma: (1) en el capítulo V se referirá específicamente a los criterios de interpretación de las normas de la Convención que serán utilizados en la presente opinión; (2) en el capítulo VI se realizarán consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, y en particular sobre ese principio en relación con la identidad de género, la expresión de género y la orientación sexual; (3) en el capítulo VII se abordará la temática relativa a las tres primeras preguntas planteadas por el Estado, es decir, aquellas relacionadas con el derecho a la identidad de género y con el procedimiento de cambio de nombre, y (4) en el capítulo VIII se abarcarán las dos últimas preguntas, las cuales están relacionadas con los derechos que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo.

V CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

54. La competencia contenciosa de la Corte Interamericana consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana¹²¹ u otros tratados sobre los cuales tenga

¹²⁰ Cfr. OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. Preámbulo.

¹²¹ Artículo 62 de la Convención Americana: 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. [...] 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

competencia¹²² para consecuentemente determinar, de acuerdo a la normatividad internacional, tanto convencional como consuetudinaria, la responsabilidad internacional del Estado de acuerdo al Derecho Internacional¹²³. Sin perjuicio de lo expresado, el Tribunal recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades¹²⁴, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen "partes" involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos¹²⁵.

55. Para emitir su opinión sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas traídas a consulta, la Corte recurrirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual recoge las reglas generales y consuetudinarias de interpretación de los tratados internacionales¹²⁶, que implica la aplicación simultánea y conjunta de los criterios de buena fe, el examen del sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, leídos en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin de aquél. Por ello, la Corte hará uso de los métodos estipulados en los artículos 31¹²⁷ y 32¹²⁸ de la Convención de Viena para llevar a cabo dicha interpretación.

56. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha afirmado que en el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"¹²⁹, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier

¹²² Cfr. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 45 a 58 y 77.

¹²³ Cfr. Naciones Unidas, Resolución 56/83 de la Asamblea General, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 28 de enero de 2002, A/RES/56/83, artículo 3 (Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito): "[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno".

¹²⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-15/97, párrs. 25 y 26, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 26.

¹²⁵ Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 22, y OC-22/16, párr. 26.

¹²⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 52, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 35. Véase asimismo Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia contra Malasia)*, Sentencia de 17 de diciembre de 2002, párr. 37, y Corte Internacional de Justicia, *Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América)*, Sentencia de 31 de marzo de 2004, párr. 83.

¹²⁷ Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), U.N.T.S. vol. 1155, pág. 331, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969, artículo 31 (Regla general de interpretación): "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

¹²⁸ Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Medios de interpretación complementarios): "Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

¹²⁹ *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 54.

otro¹³⁰. En este punto es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones hacia las personas bajo su jurisdicción¹³¹ y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión¹³² e incluso ante la Corte¹³³, todo lo cual tiene como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona¹³⁴.

57. Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29¹³⁵, entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

58. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹³⁶. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³⁷.

59. Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente opinión consultiva tiene como objeto interpretar los derechos a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Conforme a la interpretación sistemática contemplada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”¹³⁸. Este Tribunal estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en

¹³⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-2/82, párr. 33, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 54.

¹³¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-2/82, párr. 29, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 54.

¹³² Cfr. Artículos 43 y 44 de la Convención Americana.

¹³³ Cfr. Artículo 61 de la Convención Americana.

¹³⁴ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, párr. 33.

¹³⁵ Artículo 29 de la Convención Americana: “Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹³⁶ Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114; *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245, y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 245.

¹³⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114, y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*, párr. 245.

¹³⁸ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, párr. 43, y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*, párr. 191.

consideración la normativa internacional sobre personas LGBTI al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los Estados. En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional.

60. En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes¹³⁹. Al respecto, corresponde precisar que el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente¹⁴⁰. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia.

VI

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS LGBTI

A. Sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación

61. La Corte ha señalado 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 situación¹⁴¹. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*¹⁴². La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico¹⁴³.

¹³⁹ Cfr. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 60, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 29.

¹⁴⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-14/94, párr. 60, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 29.

¹⁴¹ Cfr. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 109.

¹⁴² Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 103, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 110.

¹⁴³ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 101; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 216; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo,

62. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación". Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores¹⁴⁴, el artículo I.2.a) de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁴⁵, el artículo 1.1 de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia¹⁴⁶, el artículo 1.1 de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia¹⁴⁷, el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁴⁸, y el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁴⁹, al igual que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se podría definir la discriminación como "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"¹⁵⁰.

63. En este sentido, la Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y

Reparaciones y Costas, párr.91; *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 238, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 109.

¹⁴⁴ El artículo 2 indica que discriminación consiste en "[c]ualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada".

¹⁴⁵ El artículo I.2.a) estipula que el "término 'discriminación contra las personas con discapacidad' significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales".

¹⁴⁶ El artículo 1.1 indica que discriminación "es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra".

¹⁴⁷ El artículo 1.1 establece que la "[d]iscriminación racial es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes".

¹⁴⁸ El artículo 1 señala que "la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

¹⁴⁹ El artículo 1.1 señala que: "[e]n la presente Convención la expresión 'discriminación racial' denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

¹⁵⁰ *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 81, y *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 90. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, párr. 6.

dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es, *per se*, incompatible con la misma¹⁵¹. El incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, le genera responsabilidad internacional¹⁵². Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación¹⁵³.

64. Por otra parte, mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"¹⁵⁴. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación¹⁵⁵. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana¹⁵⁶ en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

65. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias¹⁵⁷.

¹⁵¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 53; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 268; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr.78; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 93; *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 239, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 111.

¹⁵² Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 85; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 214; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 94, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 111.

¹⁵³ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 85; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 214; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 94, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 111.

¹⁵⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, párrs. 53 y 54; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, párr. 217, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 112.

¹⁵⁵ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 186; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, párr. 217, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 112.

¹⁵⁶ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209; *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 243; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 104, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 112.

¹⁵⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, párr. 271; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 201; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 80; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 92; *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 110, y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, párr. 336. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 5.

66. Ahora bien, la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables¹⁵⁸, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido¹⁵⁹. Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad¹⁶⁰.

67. La Corte ha establecido, además, que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo¹⁶¹. De este modo, la Corte estima que 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, pero que tengan una entidad asimilable¹⁶². En tal virtud, al momento de interpretar dicho término, corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio *pro persona*¹⁶³.

B. Sobre la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención

68. De acuerdo con lo anterior, la Corte ha determinado, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, 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 o en la identidad de género de las personas¹⁶⁴. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

69. De conformidad con ello, como ya se ha mencionado (*supra* párr. 58), la Corte recuerda que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que

¹⁵⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 13. Asimismo, *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 240.

¹⁵⁹ Cfr. *Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile*, párr. 200; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, párr. 219, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 125.

¹⁶⁰ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 240.

¹⁶¹ Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, párr. 202; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 85, y *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 240.

¹⁶² Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 85, y *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 240.

¹⁶³ Cfr. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106, y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 84 y 85.

¹⁶⁴ Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 118.

acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹⁶⁵. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación reconocidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶⁶.

70. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio *pro homine*¹⁶⁷. Del mismo modo, este Tribunal reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Es así como, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo¹⁶⁸.

71. Con relación a lo expresado, algunos tratados internacionales a nivel regional que fueron adoptados recientemente y que abordan la temática de la discriminación, se refieren específicamente a la orientación sexual, y a la identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación. Así, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en vigor desde el 11 de enero de 2017, establece en su artículo 5 sobre "igualdad y no discriminación por razones de edad" que queda prohibida "la discriminación por edad en la vejez" y estipula que los Estados Parte "desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros". En el mismo sentido, la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada el 5 de junio de 2013, establece en su artículo 1.1 que "[l]a discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra".

72. Asimismo, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado desde el año 2008 nueve resoluciones respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género (a partir de las resoluciones del año 2013 también se refieren a los tratos

¹⁶⁵ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, párr. 106, y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83.

¹⁶⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, párr. 106, y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83.

¹⁶⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 52; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, párr. 106, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 84.

¹⁶⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 115, y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 85.

discriminatorios basados en la expresión de género), mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios¹⁶⁹.

73. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando el "principio de no discriminación que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género"¹⁷⁰. A su vez, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la "Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género"¹⁷¹. El 17 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género" en la que se expresó la "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [...] cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género"¹⁷². Lo anterior fue reiterado por las resoluciones 27/32 de 26 de septiembre de 2014 y 32/2 de 30 de junio de 2016¹⁷³. La prohibición de discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas¹⁷⁴, así como por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Cfr. OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 5 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) corr.1, Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 6 de junio de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008.

¹⁷⁰ Naciones Unidas, *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Asamblea General de Naciones Unidas, 22 de diciembre de 2008, A/63/635, párr. 3.

¹⁷¹ Naciones Unidas, *Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género*, presentada por Colombia en el 16º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de marzo de 2011.

¹⁷² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Resolución 17/19, A/66/53, de 17 de junio de 2011.

¹⁷³ Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Resolución 27/32 de 26 de septiembre de 2014, A/69/53/Add.1, y *Resolución respecto a la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Resolución 32/2 de 30 de junio de 2016, A/71/53.

¹⁷⁴ Cfr. Entre otros informes, Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 16 de febrero de 2004, E/CN.4/2004/49, párrs. 32 y 38 ("Las normas internacionales de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por motivos de [...] orientación sexual [...]. [...] [L]as normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual"); Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Misión en Brasil, 28 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/16/Add.3, párr. 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, 17 de enero de 2005, E/CN.4/2005/72, párrs. 27 y 58; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, 13 de enero de 2003, E/CN.4/2003/3, párrs. 66 y 67; Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, 2 de julio de 2002, A/57/138, párr. 37; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, 26 de enero de 2001, E/CN.4/2001/94, párr. 89.g); Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder

74. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha calificado la orientación sexual, así como la identidad y la expresión de género como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1¹⁷⁶ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁷. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se

judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, 22 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/60/Add.3, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 3 de julio de 2001, A/56/156, párrs. 17 a 25; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, 27 de diciembre de 2001, E/CN.4/2002/76, pág. 14; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 23 de diciembre de 2003, E/CN.4/2004/56, párr. 64; Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 5 de enero de 2004, E/CN.4/2004/9, párr. 118, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 7/2002 (Egipto), 24 de enero de 2003, E/CN.4/2003/8/Add.1, pág. 72, párr. 28. Asimismo, Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, párr. 11, e Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párrs. 20 a 24.

¹⁷⁵ Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Nacidos Libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, 2012, HR/PUB/12/06, y *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, HR/PUB/16/3, Nueva York y Ginebra, 2016.

¹⁷⁶ Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "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".

¹⁷⁷ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales Turkmenistán, CCPR/C/TKM/CO/2 (CCPR, 2017), párrs. 6 a 9; Observaciones finales Eslovaquia, CCPR/C/SVK/CO/4 (CCPR, 2016), párr. 15; Observaciones finales Kazajstán, CCPR/C/KAZ/CO/2 (CCPR, 2016), párr. 10; Observaciones finales Costa Rica, CCPR/C/CRI/CO/6 (CCPR, 2016), párr. 12; Observaciones finales Dinamarca, CCPR/C/DNK/CO/6 (CCPR, 2016), párr. 14; Observaciones finales Namibia, CCPR/C/NAM/CO/2 (CCPR, 2016), párr. 36; Observaciones finales San Marino, CCPR/C/SMR/CO/3 (CCPR, 2015), párr. 9; Observaciones finales Iraq, CCPR/C/IRQ/CO/5 (CCPR, 2015), párr. 12.d; Observaciones finales Corea, CCPR/C/KOR/CO/4 (CCPR, 2015), párr. 15; Observaciones finales ex República Yugoslava de Macedonia, CCPR/C/MKD/CO/3 (CCPR, 2015), párr. 7; Observaciones finales Venezuela, CCPR/C/VEN/CO/4 (CCPR, 2015), párr. 8; Observaciones finales Camboya, CCPR/C/KHM/CO/2 (CCPR, 2015), párr. 9; Observaciones finales Sri Lanka, CCPR/C/LKA/CO/5 (CCPR, 2014), párr. 8; Observaciones finales Japón, CCPR/C/JPN/CO/6 (CCPR, 2014), párr. 11; Observaciones finales Sierra Leona, CCPR/C/SLE/CO/1 (CCPR, 2014), párr. 11; Observaciones finales Ucrania, CCPR/C/UKR/CO/7 (CCPR, 2013), párr. 8; Observaciones finales Belice, CCPR/C/BLZ/CO/1 (CCPR, 2013), párr. 13; Observaciones finales Hong Kong, CCPR/C/CHN-HKG/CO/3 (CCPR, 2013), párr. 23; Observaciones finales Turquía, CCPR/C/TUR/CO/1 (CCPR, 2012), párr. 8; Observaciones finales Eslovenia, CCPR/C/SVN/CO/3 (CCPR, 2016), párr. 10; Observaciones finales Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 16; Observaciones finales Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3, párr. 13; Observaciones finales Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, párr. 25; Observaciones finales El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, párr. 16; Observaciones finales Polonia, CCPR/C/POL/CO/7 (CCPR, 2016), párr. 13; Observaciones finales Polonia, CCPR/C/79/Add.110, párr. 23; Observaciones finales Kirguistán, CCPR/C/KGZ/CO/2, párr. 9; Observaciones finales Malawi, CCPR/C/MWI/CO/1, párr. 6; Observaciones finales Kuwait, CCPR/C/KWT/CO/2, párr. 30; Observaciones finales Irlanda, CCPR/C/IRL/CO/3, párr. 8; Observaciones finales Irlanda, CCPR/C/IRL/CO/4, párr. 7; Observaciones finales Ucrania, CCPR/C/UKR/CO/7, párr. 10; Observaciones finales Perú, CCPR/C/PER/CO/5, párr. 8, y Observaciones finales Georgia, CCPR/C/GEO/CO/4, párr. 8. Asimismo, específicamente sobre la prohibición de discriminar con base en la orientación sexual, véase: Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 31 de marzo de 1994, párr. 8.7 ("The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an "other status" for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation"); *X Vs. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005, 14 de mayo 2007, CCPR/C/89/D/1361/2005, párr. 7.2. ("The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation"); *Edward Young Vs. Australia*, Comunicación No. 941/2000, 18 de septiembre de 2003, CCPR/C/78/D/941/2000, párr. 10.4. Véase también: Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 34, CCPR/C/GC/34, párr. 26; Observación General No. 35, CCPR/C/GC/35, párrs. 3 y 9.

pronunció en el mismo sentido con respecto al artículo 2.2¹⁷⁸ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y determinó en particular que la orientación sexual, y la identidad de género pueden ser enmarcadas bajo "otra condición social" por lo que también constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes que sean discriminatorios¹⁷⁹.

75. Además, el Comité de los Derechos del Niño¹⁸⁰, el Comité contra la Tortura¹⁸¹ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁸² han realizado referencias en

¹⁷⁸ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "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".

¹⁷⁹ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 32. Asimismo, véase: Observación General No. 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 27 de abril de 2016, E/C.12/GC/23, párrs. 11, 48 y 65.a); Observación general No. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de mayo de 2016, E/C.12/GC/22, párrs. 9, 23, y 30. En lo que respecta la categoría protegida "orientación sexual", véase: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18. El derecho al trabajo, 6 de febrero de 2006, E/C.12/GC/18, párr. 12; Observación No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11, párr. 13 ("el Pacto proscribió toda discriminación por motivos de [...] orientación sexual"); Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, párr. 18 ("En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de [...] orientación sexual"). Asimismo, véase: Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales Irán, E/C.12/IRN/CO/2, párr. 7; Observaciones finales Indonesia, E/C.12/IDN/CO/1, párr. 6; Observaciones finales Bulgaria, E/C.12/BGR/CO/4-5, párr. 17; Observaciones finales Eslovaquia, E/C.12/SVK/CO/2, párr. 10, y Observaciones finales Perú, E/C.12/PER/CO/2-4, párr. 5.

¹⁸⁰ Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34; Observación general No. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 17 de abril de 2013, CRC/C/GC/15, párr. 8; Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 ("es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales"); Observación General No. 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, 21 de julio de 2003, CRC/GC/2003/4, párr. 6 ("Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño". Deb[e] añadirse también la orientación sexual [...]"). y Observación General No. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/13, párrs. 60 y 72. Asimismo, véase: Observaciones finales Nepal, CRC/C/NPL/CO/3-5 (CRC, 2016), párr. 41, Observaciones finales Nueva Zelanda, CRC/C/NZL/CO/5 (CRC, 2016), párr. 15; Observaciones finales Polonia, CRC/C/POL/CO/3-4 (CRC, 2015), párr. 17; Observaciones finales Rusia, CRC/C/RUS/CO/4-5, párrs. 24 y 25, 55 y 56, 59 y 60; Observaciones finales Gambia, CRC/C/GAM/CO/2-3, párrs. 29 y 30; Observaciones finales Australia, CRC/C/AUS/CO/4, párrs. 29 y 30; Observaciones finales Iraq, CRC/C/IRQ/CO/2-4, párrs. 19 y 20; Observaciones finales Tanzania, CRC/C/TZA/CO/3-5, párrs. 56 y 57.

¹⁸¹ Cfr. Naciones Unidas, 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, párrs. 15 a 24; Observación General No 3. Aplicación del artículo 3 por los Estados Partes, 13 de diciembre de 2012, CAT/C/GC/3, párr. 8, 32 y 39; Observaciones finales Rusia, CAT/C/RUS/CO/5, párr. 15; Observaciones finales Kirguistán, CAT/C/KGZ/CO/2, párr. 19.

¹⁸² Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/27, párr. 13, y Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/28, párr. 18 ("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"). Asimismo, véase: *Observaciones finales Ecuador*, CEDAW/C/ECU/CO/8-9 (CEDAW, 2015), párr. 21.f; *Observaciones finales Uganda*, CEDAW/C/UGA/CO/7, párrs. 43 y 44; *Observaciones finales Costa Rica*, CEDAW/C/CRI/CO/5-6, párrs. 40 y 41; *Observaciones finales Países Bajos*,

el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación y respecto a la necesidad de erradicar las prácticas que discriminen a las personas en razón de su orientación sexual y/o identidad de género.

76. Por otra parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también expresó su preocupación con respecto a las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual, la expresión y la identidad de género¹⁸³. En esa línea, el Alto Comisionado recomendó a los Estados tomar las medidas apropiadas para prohibir legalmente la discriminación basada en la orientación sexual, identidad y expresión de género¹⁸⁴.

77. Respecto a la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género como categorías de discriminación que están prohibidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual y la identidad de género se pueden entender como incluidas dentro de la categoría "otra condición" mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁸⁵ (en adelante "Convenio Europeo"), el cual prohíbe tratos discriminatorios¹⁸⁶. En particular, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo¹⁸⁷. Asimismo, en el caso *Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo "otra condición", es otro ejemplo específico de las que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona¹⁸⁸. En el caso *S.L. Vs. Austria* indicó que las diferencias en el trato de las poblaciones heterosexual y homosexual sobre la base de la edad del consentimiento para tener relaciones sexuales carecían de justificación objetiva y razonable y eran, por ende, discriminatorias¹⁸⁹. Por otro

CEDAW/C/NLD/CO/5, párrs. 46 y 47; Observaciones finales Alemania, CEDAW/C/DEU/CO/6, párr. 61; Observaciones finales Guyana, CEDAW/C/GUY/CO/7-8, párrs. 22 y 23, y Observaciones finales Kirguistán, CEDAW/C/KGZ/CO/4, párrs. 9 y 10.

¹⁸³ Cfr. Naciones Unidas, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párrs. 86, 88 y 111(q).

¹⁸⁴ Cfr. Naciones Unidas, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Living Free and Equal", HR/PUB/16/3, 2016, págs. 30 y 62.

¹⁸⁵ Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "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".

¹⁸⁶ Cfr. TEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, No. 33290/96, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria*, Nos. 39392/98 y 39829/98, Sentencia de 9 de enero de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, No. 45330/99, Sentencia de 9 de enero de 2003, párr. 37; *Caso E.B. Vs. Francia*, No. 43546/02, Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50; *Caso Identoba y otros Vs. Georgia*, No. 73235/12, 12 de mayo de 2005, párr. 96, y *Caso Goodwin Vs. Reino Unido*, No. 28957/95, 11 de julio de 2002, párr. 108.

¹⁸⁷ Cfr. TEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, párr. 28 ("the applicant's sexual orientation [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [']any ground such as[']"). Véase también: *Caso Fretté Vs. Francia*, No. 36515/97, Sentencia de 26 de febrero de 2002, párr. 32; *Caso Kozak Vs. Polonia*, No. 13102/02, Sentencia de 2 de marzo de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, No. 37060/06, Sentencia de 28 de septiembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Russia*, Nos. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, Sentencia de 21 de octubre de 2010, párr. 108 ("The Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14 [...]").

¹⁸⁸ Cfr. TEDH, *Caso Clift Vs. Reino Unido*, No. 7205/07, Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 57 ("[...] the Court has considered to constitute [']other status['] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent"). Sin embargo, el Tribunal Europeo no decidió limitar con esto el concepto de "otra condición" a que las características sean inherentes o innatas de la persona. Asimismo, *Caso Clift Vs. Reino Unido*, párr. 58.

¹⁸⁹ Cfr. TEDH, *Caso S.L. Vs. Austria*, No. 45330/99, Sentencia de 19 de enero de 2003, párrs. 44 a 46.

lado, el Consejo de Europa ha adoptado una serie de textos encaminados a combatir la discriminación basada en la orientación sexual, y en una menor medida en la identidad de género¹⁹⁰.

78. De conformidad con todo lo anterior, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 71 a 76), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género 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, su identidad de género y/o su expresión de género.

79. En lo que respecta la expresión de género, este Tribunal ya ha señalado que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima¹⁹¹. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría¹⁹². Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales¹⁹³. En consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no. En ese sentido, se debe entender que toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 1.1.

80. Por último, es relevante señalar que varios Estados de la región han reconocido en sus ordenamientos jurídicos internos, sea por disposición constitucional, sea por vía legal, por decretos o por decisiones de sus tribunales, que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes discriminatorios¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Cfr. Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; Recomendación 1915 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género; Recomendación 924 (1981) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la discriminación contra homosexuales; Recomendación 1117 (1989) de la Asamblea Parlamentaria relativa a la condición de los transexuales; Recomendación 1470 (2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas y sus compañeros respecto al asilo y la inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa; Recomendación 1474 (2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa, y Recomendación 1635 (2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre lesbianas y gays en el deporte.

¹⁹¹ Cfr. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 380; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 349, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 120.

¹⁹² Cfr. *Mutatis mutandis, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, párr. 158; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, párr. 146, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 120.

¹⁹³ Cfr. *Mutatis mutandis, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, párr. 158; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, párr. 146, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 120.

¹⁹⁴ Cfr. Argentina. Ley No. 23.592, 23 de agosto de 1988, artículo 1; Argentina. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley contra la discriminación, 9 de abril de 2015, artículo 3; Bolivia. Constitución Política

C. Sobre las diferencias de trato que resultan discriminatorias

81. Asimismo, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma¹⁹⁵.

82. En otro orden de ideas, específicamente con respecto al alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual, esta Corte indicó que ésta 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 personas¹⁹⁶. En este sentido, por ejemplo, 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 sexual¹⁹⁷.

83. Por último, resulta importante recordar que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales

del Estado, 7 de febrero de 2009, artículo 14, párrafo II; Bolivia. Ley No. 045, Ley contra el racismo y toda forma de discriminación, 8 de octubre de 2010, artículo 5; Bolivia. Ley No. 807, Ley de identidad de género, 21 de mayo de 2016, artículo 5; Brasil. Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial número 1.626.739 (2016/0245586); Canadá, Ley Canadiense de Derechos Humanos, R.S.C., 1985, c. H-6 (1996, c. 14, s. 1; 1998, c. 9, s. 9; 2012, c. 1, s. 137(E); 2017, c. 3, ss. 9, 11, c. 13, s. 1.), artículo 2. Propósito de la ley; Chile. Ley No. 20.609, 24 de julio de 2012, artículo 2; Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia del 9 de marzo 2015, causa No. 9901-2014; Chile,. Corte Suprema de Chile, Sentencia del 13 de marzo de 2017, causa No. 99813; Colombia. Ley No. 1752, 03 de junio de 2015, artículo 1; Colombia. Ley No. 1448, 10 de junio de 2011, artículo 3; Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-481/98 del 9 de septiembre de 1998, Sentencia C-075/07 del 7 de febrero de 2007, Sentencia C-577/11 del 26 de julio de 2011, Sentencia T-099/15 del 10 de marzo de 2015, Sentencia T-478/15 del 3 de agosto de 2015, y Sentencia SU-214/16 del 28 de abril de 2016; Costa Rica, Decreto 38999, "Política del poder ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población sexualmente diversa", 12 de mayo de 2015, artículo 1; Costa Rica, Acuerdo del Tribunal Supremo de Elecciones tomado en el artículo 3º de la Sesión Ordinaria No. 37-2016 de 28 de abril de 2016, *Política de no discriminación por orientación sexual e identidad de género del Tribunal Supremo de Elecciones*; Ecuador. Constitución de la República de Ecuador, 2008, artículo 11; Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 037-13-SCN-CC, 11 de junio de 2013; México, Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, 11 de junio de 2003, artículo 1.III; Perú, Decreto Legislativo 1323, 5 de enero de 2017, artículo 1; Perú, Ley No. 28.237, Código Procesal Constitucional, 28 de mayo de 2004, artículo 37.1; Puerto Rico, Ley No. 22, Ley para establecer la Política Pública del Gobierno de Puerto Rico en contra de la discriminación por Orientación Sexual o Identidad de Género en el empleo público o privado, 29 de mayo de 2013, artículo 1; República Dominicana, Constitución Política, 26 de enero de 2010, artículo 39; República Dominicana, Ley No. 550-14, 19 de diciembre de 2014, artículo 182; Uruguay, Ley No. 17.817, Ley sobre la Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación, 14 de septiembre de 2004, artículo 2; Uruguay, Ley Nº 18.620, Ley sobre el Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios, 17 de noviembre de 2009, artículo 1; Uruguay, Ley Nº 19.075, Ley sobre el matrimonio igualitario, 9 de mayo de 2013, artículo 1, y Venezuela, Ley Orgánica del Poder Popular, 9 de diciembre de 2010, artículo 4.

¹⁹⁵ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 241.

¹⁹⁶ Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 133, y *Caso Flor Feire Vs. Ecuador*, párr. 119.

¹⁹⁷ Cfr. *Caso Flor Feire Vs. Ecuador*, párr. 119.

o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido¹⁹⁸. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana¹⁹⁹.

84. 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, identidad de género o expresión de género. Lo anterior violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

VII

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LOS PROCEDIMIENTOS DE CAMBIOS DE NOMBRE

A. Sobre el derecho a la identidad

85. La Corte recuerda que la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad. Es así como este Tribunal ha señalado en otras oportunidades que ese valor es consustancial a los atributos de la persona, y es, en consecuencia, un derecho humano

¹⁹⁸ De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona. Asimismo: ii) la comunidad LGBTI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia esta. *Cfr.* Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 16 de febrero de 2004, E/CN.4/2004/49, párr. 33 (“[...] la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales [...]”); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 23 de diciembre de 2003, E/CN.4/2004/56, párr. 64 (“Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de ‘castigar’ su comportamiento no aceptado”). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. *Cfr.* Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28 (“Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando ocurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí.”), y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 25. En esta sentencia, respecto al derecho de los profesores de colegios públicos a no ser despedidos por su condición de homosexual, la Corte Constitucional colombiana señaló que separar a un profesor de su trabajo por esa razón se funda “en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica” (párr. 29). Por su parte, la Sentencia C-507 de la Corte Constitucional colombiana de 1999 declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. En la Sentencia C-373 de 2002, la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de “homosexualismo”.

¹⁹⁹ *Cfr.* *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 92; *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 123, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 124.

fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰⁰. Además, debe entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana.

86. En relación con lo anterior, la Convención contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos las personas deben ser tratados como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública²⁰¹.

87. Por otra parte, el Tribunal ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior²⁰². 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 persona²⁰³. Asimismo, la vida privada comprende la forma en que la persona se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás²⁰⁴, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad²⁰⁵.

88. Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones²⁰⁶. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la

²⁰⁰ Cfr. OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 12, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 123.

²⁰¹ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 149; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194, y *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 200.

²⁰² Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 152; *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, y *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, párr. 143.

²⁰³ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 152, y *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, párr. 143.

²⁰⁴ Cfr. *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 Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, párr. 143.

²⁰⁵ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 152.

²⁰⁶ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 150; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 136, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 103.

Convención²⁰⁷. De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses²⁰⁸.

89. Por otra parte, y en ese orden de ideas, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7.1 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso, el cual es entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones²⁰⁹. La libertad definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana²¹⁰. Con respecto a este punto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado que la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola²¹¹. De conformidad con lo expresado, para este Tribunal, se desprende por tanto, del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, un derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos²¹².

90. Respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso²¹³. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez²¹⁴. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen²¹⁵. De esta forma, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad²¹⁶. Además, el derecho a la identidad no puede

²⁰⁷ El artículo 32 de la Convención Americana, "Correlación entre Deberes y Derechos" 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Asimismo, véase *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 150.

²⁰⁸ Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/2015.

²⁰⁹ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 148, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

²¹⁰ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, párr. 52; *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, párr. 142, y *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 151.

²¹¹ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Caso Coeriel et al. Vs. Holanda*, 9 de diciembre de 1994, CCPR/C/52/D/453/1991, párr. 10.2.

²¹² Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/2015.

²¹³ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 122; *Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina*, párr. 123, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 116.

²¹⁴ Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 113.

²¹⁵ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 122, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, párr. 112. Asimismo, véase OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 11.2.

²¹⁶ Cfr. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, párr.116.

reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente²¹⁷. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)²¹⁸.

91. Asimismo, se puede entender que este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social²¹⁹. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual²²⁰.

92. Por lo demás, el derecho a la identidad y, por tanto, el derecho a la identidad sexual y de género, tiene entre sus implicaciones y alcances más relevantes, el de constituirse como un derecho con carácter autónomo que alimenta su contenido tanto de las normas del derecho internacional, como de aquellas que se deriven de los rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento interno de los Estados, concurriendo así a conformar la especificidad de la persona, con los derechos que lo hacen único, singular e identificable²²¹.

93. En relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reitera que la misma también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada (*supra* párr. 87)²²². Así, frente a la identidad sexual, este Tribunal estableció que la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo

²¹⁷ Cfr. OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 11.

²¹⁸ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149 a 152.

²¹⁹ Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, párr. 113

²²⁰ Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-594/93.

²²¹ Cfr. OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 15.

²²² Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 141.

de la intimidad²²³, en el que también influye la orientación sexual de la persona, la cual dependerá de cómo ésta se auto-identifique²²⁴.

94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (*supra* párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad²²⁵.

95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida²²⁶, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad²²⁷.

²²³ Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 141. Véase asimismo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003. La Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, como el derecho de las personas a "optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-309 de 1997). De igual manera, se ha entendido como "la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-642 de 1998).

²²⁴ Cfr. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 103. Véase en el mismo sentido OEA, Consejo Permanente, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, CP/CAJP/INF.166/12, 23 de abril de 2012, y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098/96, numeral 4.

²²⁵ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 16.

²²⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 16. Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/2015. Del mismo modo, véase Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de 21 de octubre de 2016, EXP No. 06040-2015-PA/TC, párr. 13: "la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social".

²²⁷ Véase al respecto, Suprema Corte de Justicia de México, Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009, págs. 20.

96. Por otra parte, el Tribunal considera que el derecho a la identidad, y en particular la manifestación de la identidad, también se encuentra protegido por el artículo 13 que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Desde esta óptica, interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho. Ahora bien, respecto a la exteriorización de la identidad, esta Corte ha indicado en el caso *López Álvarez Vs. Honduras* que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. En esa Sentencia, la Corte analizó la lesión a la libertad de expresión y a la individualidad del señor López Álvarez toda vez que éste había sido impedido de utilizar el idioma garífuna, lo cual constituye un elemento profundamente e intrínsecamente vinculado a su identidad²²⁸. Asimismo, el Tribunal consideró en ese caso que dicha vulneración adquirió una especial gravedad ya que afectó su dignidad personal como miembro de la comunidad Garífuna²²⁹.

97. En atención a lo previamente indicado, la Corte coincide con la Comisión cuando ésta señala que la falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisonormativos, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares "tradicionales" no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos²³⁰.

98. Visto lo anterior, esta Corte entiende que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación²³¹. Sobre este punto, esta Corte señaló, en los mismos términos que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, "que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] 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"²³². Por tanto, la falta de

²²⁸ Cfr. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 164, 169 y 171.

²²⁹ Cfr. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, párr. 169.

²³⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones presentadas por la Comisión el 14 de febrero de 2017, párr. 49. Véase, en el mismo sentido, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 20 (2016) *sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, para. 34, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, págs. 86 y 87.

²³¹ Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 94.

²³² *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 267, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 123. Véase también: OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y 'Derecho a la Identidad'", de 3 de junio de 2008, y Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), Derechos Humanos, Orientación Sexual, e Identidad de Género de 8 de junio de 2010. Asimismo, OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3.

reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos²³³.

99. En ese mismo sentido, esta Corte comparte lo señalado por el Comité Jurídico Interamericano el cual sostuvo que el derecho a la identidad posee "un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales". Por consiguiente, el mismo se constituye en "un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades"²³⁴. Además, la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica²³⁵.

100. De acuerdo con ello, el Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. La Corte opina que esa protección no se refiere simplemente al contenido de esos derechos, sino que a través de ella, el Estado también estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer.

101. De conformidad con lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

- a) Se desprende el derecho a la identidad del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada (*supra* párrs. 88 y 89);
- b) El derecho a la identidad ha sido reconocido por este Tribunal como un derecho protegido por la Convención Americana (*supra* párr. 90);
- c) El derecho a la identidad comprende, a su vez, otros derechos, de acuerdo con las personas y las circunstancias de cada caso, aunque se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana) (*supra* párr. 90);
- d) El reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2 (*supra* párr. 98);
- e) La identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones (*supra* párr. 93);

²³³ Cfr. OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y 'Derecho a la Identidad'", de 3 de junio de 2008, y Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), Derechos Humanos, Orientación Sexual, e Identidad de Género de 8 de junio de 2010.

²³⁴ OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 16.

²³⁵ Cfr. OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 17.

- f) La identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (*supra* párr. 94);
- g) El sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada (*supra* párr. 95);
- h) El derecho a la identidad posee también un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos (*supra* párr. 99);
- i) El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas *trans*, incluyendo la protección contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (*supra* párr. 98), y
- j) El Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas (*supra* párr. 100).

B. Sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre y el derecho a la identidad de género

102. A continuación, siguiendo la línea de las preguntas planteadas en el marco de la presente opinión consultiva, se abordará específicamente la relación existente entre el reconocimiento de la identidad de género y el derecho al nombre, así como al reconocimiento de la personalidad jurídica.

103. Esta Corte ha señalado, en lo que respecta al derecho a la personalidad jurídica, protegido en el artículo 3 de la Convención Americana, que el reconocimiento de ese derecho determina la existencia efectiva de sus titulares ante la sociedad y el Estado, lo que le permite gozar de derechos, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana²³⁶. En atención a ello, necesariamente el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares²³⁷. La falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace a la persona vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares²³⁸. Asimismo, su falta de reconocimiento supone desconocer la posibilidad de ser titular de derechos, lo cual conlleva la imposibilidad efectiva de ejercitar de forma personal y directa los

²³⁶ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 101; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 119, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 265.

²³⁷ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, párr. 101.

²³⁸ Cfr. *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 179.

derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial²³⁹.

104. Con relación a la identidad de género y sexual, lo anterior implica que las personas en su diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género deben poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Ello por cuanto la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad²⁴⁰. Sin embargo, el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Por tanto, existe una relación estrecha entre por un lado el reconocimiento de la personalidad jurídica y, por otro, los atributos jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan²⁴¹.

105. De conformidad con lo anterior, el Tribunal opina que el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad. Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas.

106. Se mencionó que el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada y a la intimidad, implican el reconocimiento de los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de éstos la persona se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad²⁴². El nombre como atributo de la personalidad, constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado. Con él se busca lograr que cada persona posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal. Se trata de un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia²⁴³. Además, esta Corte ha indicado que el derecho al nombre reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales²⁴⁴, constituye

²³⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 41, y *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo, párr. 179.

²⁴⁰ Cfr. *Mutatis mutandis*, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, 2007. Principio 6.

²⁴¹ Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-109 de 1995, acápite II numerales 7 y 8, y Sentencia T-090 de 1995, acápite 2 numeral 2.2.

²⁴² Véase al respecto Suprema Corte de Justicia de México, Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009, pág. 17.

²⁴³ Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/15, acápite II numeral 4.

²⁴⁴ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 127. Además, véanse entre otros, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.2; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, artículo 6.1, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que el derecho al nombre se encuentra protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aunque este no se encuentre específicamente mencionado, cfr. TEDH, *Caso Stjerna Vs. Finlandia*, No. 18131/91, Sentencia de 25 de noviembre de 1994, párr. 37, y *Caso Burghartz Vs. Suiza*, No. 16213/90, Sentencia de 22 de febrero 1994, párr. 24.

un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado²⁴⁵.

107. Este Tribunal también señaló que como consecuencia de lo anterior, los Estados tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona²⁴⁶. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea inscrita con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido²⁴⁷.

108. Asimismo, el Comité Jurídico Interamericano opinó que el ejercicio del derecho a la identidad es indisociable de un registro y de un sistema nacional efectivo, accesible y universal que permita proporcionar materialmente a las personas los documentos que contengan los datos relativos a su identidad, tomando en cuenta de forma particular que el derecho a la identidad es tanto un derecho en sí mismo como de un derecho que es esencial para el ejercicio de otros derechos de naturaleza política, civil, económica, social, cultural. Como consecuencia de lo anterior, hay un derecho a la inscripción después del nacimiento y un deber del Estado de tomar las provisiones necesarias para este fin. El registro de nacimiento se convierte así en un instrumento primario y punto de partida para ejercer la personalidad jurídica ante el Estado y los particulares y actuar en condiciones de igualdad ante la ley²⁴⁸.

109. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo que el apellido constituye un componente importante de la identidad de una persona, y que la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada incluye la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de apellido²⁴⁹.

110. Sobre el derecho al nombre, el TEDH ha expresado que si bien la Convención Europea no contiene ninguna referencia explícita sobre esta temática, el nombre y los apellidos hacen parte de la vida privada y familiar de todo ser humano puesto que constituyen un medio de identificación personal y un vínculo a una familia, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 8 de dicho instrumento. De la misma manera, ese Tribunal ha expresado que la vida privada abarca aspectos de la identidad personal y social de los seres humanos y que el hecho de que puedan existir intereses públicos en regular el uso de los nombres no es suficiente razón para eliminar la materia del alcance del derecho a la vida privada y familiar contenido en el artículo 8 de la Convención²⁵⁰.

111. Además de lo anterior, esta Corte sostiene que la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad²⁵¹. No se trata

²⁴⁵ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 182, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, párr. 268..

²⁴⁶ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 183, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, párr. 268.

²⁴⁷ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 184, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, párr. 268.

²⁴⁸ Cfr. OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 14.4.

²⁴⁹ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Coeriel y otros Vs. Holanda*, No. 453/1991, CCPR/C/52/D/453/1991, párr. 10.2.

²⁵⁰ Cfr. TEDH Sentencias *Stjerna Vs. Finlandia*, párr. 37, y *Guillot Vs. Francia*, No. 22500/93, Sentencia de 24 de octubre de 1993, párrs. 21 y 22.

²⁵¹ Sobre ese punto, por ejemplo, la Ley No. 18.620 de Uruguay sobre el "Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios" establece en su artículo 1 que "[t]oda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su

de un agente que tenga por finalidad la homologación de la persona humana, sino por el contrario es un factor de distinción²⁵². Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca. Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad auto-percibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y que si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su identidad²⁵³. En tal circunstancia también se ve menoscabado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la identidad de género.

112. Asimismo, es posible inferir que el derecho al reconocimiento de la identidad de género implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero. En ese sentido, los principios de Yogyakarta plantean la obligación a cargo de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias “para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”, así como para que “existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí”²⁵⁴.

113. Sobre lo anterior, cabe recordar que el TEDH²⁵⁵ ha establecido que la falta de reconocimiento de la identidad de una persona transgénero puede configurar una injerencia en la vida privada. En este sentido, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, recomendó a los Estados expedir, a quienes los soliciten, documentos legales de identidad que reflejen el género preferido del titular²⁵⁶; de igual manera, facilitar el reconocimiento legal del género preferido por las personas *trans* y 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 humanos²⁵⁷. A su vez, la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal –del derecho a vivir como uno quiera–, lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás –derecho a vivir sin humillaciones– y a dificultarle

sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. [...] Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros”. Del mismo modo, la ley argentina 26.743, sobre identidad de género, establece en su artículo 1 que toda persona tiene derecho a su identidad de género y a “ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”.

²⁵² Al respecto, véase Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de 21 de octubre de 2016, EXP No. 06040-2015-PA/TC, párr. 14 y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/15, acápite II numeral 4.4.1.

²⁵³ Cfr. *Mutatis mutandis*, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 180.

²⁵⁴ Principios de Yogyakarta, 2007. Principio 3.

²⁵⁵ Cfr. TEDH, *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*. No. 7525/76, 22 de octubre de 1981, párr. 41, y *Caso Goodwin Vs. Reino Unido*, párr. 77.

²⁵⁶ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”. 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 79.i.

²⁵⁷ Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr.84.h.

las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una existencia digna²⁵⁸.

114. Por otra parte, como ya fuera indicado, los Estados deben garantizar el reconocimiento de la identidad de género a las personas, pues ello es de vital importancia para el goce pleno de otros derechos humanos²⁵⁹ (*supra* párr. 113). De la misma forma, la Corte constata que la falta de reconocimiento de ese derecho puede a su vez obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales y por ende tener un impacto diferencial importante hacia las personas transgénero, las cuales, como se ha visto, suelen encontrarse en posición de vulnerabilidad (*supra* párrs. 33 a 51). Además, la falta de acceso al reconocimiento a la identidad de género constituye un factor determinante para que se sigan reforzando los actos de discriminación en su contra, y también puede erigirse en un obstáculo importante para el goce pleno de todos los derechos reconocidos por el derecho internacional, tales como el derecho a una vida digna, el derecho de circulación, a la libertad de expresión, los derechos civiles y políticos, el derecho a la integridad personal, a la salud, a la educación, y a todos los demás derechos²⁶⁰.

115. De conformidad con lo anterior, se puede concluir que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional.

116. De acuerdo a lo anterior, la respuesta a la primer pregunta planteada por Costa Rica sobre la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención al reconocimiento de la identidad de género es la siguiente:

²⁵⁸ Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 71.

²⁵⁹ Cfr. Naciones Unidas, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Living Free and Equal*, HR/PUB/16/3, 2016, pág. 94.

²⁶⁰ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/29/23, párrs. 21 y 60-62; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela, 14 de agosto de 2015, CCPR/C/VEN/CO/4, párr. 8; Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania, 22 de agosto de 2013, CCPR/C/UKR/CO/7, párr. 10; Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Suriname, 3 de diciembre de 2015, CCPR/C/SUR/CO/3, párr. 27; Comité contra la Tortura, Observaciones finales del Comité contra la tortura: Kuwait, 28 de junio de 2011, CAT/C/KWT/CO/2, párr. 25; Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Kirguistán, 20 de diciembre de 2013, CAT/C/KGZ/CO/2, párr. 19; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura - UNESCO, *Out in the open: Education sector responses to violence based on Sexual Orientation and Gender Identity/Expression*, París, 2016; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 57. En el mismo sentido, véase Suprema Corte de Justicia de México, Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009, página 6.

El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.

C. Sobre el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida

117. Con la finalidad de que las personas interesadas puedan modificar los registros y los documentos de identidad para que estos sean acordes con su identidad de género auto-percibida, los procedimientos deben estar regulados e implementados de conformidad con ciertas características mínimas, de manera que ese derecho se vea efectivamente protegido, evitando, además, que mediante los mismos se violen derechos de terceras personas contenidos en la Convención.

118. Por otra parte, la Corte no omite notar que las medidas implementadas para hacer efectivo el derecho a la identidad no deben menoscabar el principio de seguridad jurídica. Este principio garantiza, entre otras cosas, estabilidad en las situaciones jurídicas y es parte fundamental de la confianza que la ciudadanía tiene en la institucionalidad democrática. Dicho principio se encuentra implícito en todos los artículos de la Convención²⁶¹. La falta de seguridad jurídica puede originarse por aspectos legales, administrativos o por prácticas estatales²⁶² que reduzcan la confianza pública en las instituciones (judiciales, legislativas o ejecutivas) o en el goce de los derechos u obligaciones reconocidos a través de aquellas, e impliquen inestabilidad respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, y de situaciones jurídicas en general.

119. Así, para esta Corte, la seguridad jurídica se ve garantizada –entre otras cosas– en tanto exista confianza en que los derechos y libertades fundamentales de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención Americana serán respetados plenamente. Para el Tribunal, esto implica que la implementación de los procedimientos descritos a continuación, deben asegurar que los derechos y obligaciones respecto de terceros sean efectivamente tutelados sin que ello implique un menoscabo en la garantía plena del derecho a la identidad de género. En ese sentido, si bien los efectos de los referidos procedimientos son oponibles a terceros, los cambios, adecuaciones o rectificaciones de conformidad con la identidad de género no debe alterar la titularidad de los derechos y de las obligaciones jurídicas.

120. En concordancia con lo expresado, en cuanto a los efectos de los procedimientos de reconocimiento de identidad de género, el Tribunal recuerda que los mismos no deberán implicar la alteración de la titularidad de los derechos y las obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados²⁶³. Lo anterior

²⁶¹ Cfr. TEDH. *Caso Beian Vs. Roumania (No. 1)*, No. 30658/05. Sentencia de 6 de diciembre de 2007, párr. 39, y *Caso Brumărescu Vs. Roumania*, No. 28342/95. Sentencia de 10 de noviembre de 1999, párr. 61.

²⁶² Cfr. TEDH. *Caso Nejdet Şahin y Perihan Şahin Vs. Turquía*, No. 13279/05. Sentencia de 20 de octubre de 2011, párr. 56.

²⁶³ Véase al respecto, Argentina. Ley de Identidad de Género, No. 26.743 de 23 de mayo de 2012, artículo 7.

implica que todos aquellos actos que hubiesen sido realizados por una persona con anterioridad al procedimiento para modificar sus datos de identidad –de conformidad a su identidad de género auto-percibida–, los cuales traían aparejados efectos jurídicos, siguen produciéndolos y le son exigibles, salvo en los casos en que la propia legislación determine la extinción o modificación de los mismos²⁶⁴.

a) *El procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida*

121. En primer lugar, y de acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, además del nombre, el cual constituye solo un elemento de la identidad, esos procedimientos deben estar enfocados en la adecuación –de forma integral–, de otros componentes de la misma para que esta pueda ser conforme a la identidad de género auto-percibida de las personas interesadas. Por tanto, esos procedimientos deberían permitir cambiar la inscripción del nombre de pila y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo, tanto en los documentos de identidad como en los registros que correspondan y que sean relevantes para que los interesados ejerzan sus derechos subjetivos.

122. Sobre lo anterior, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que la protección que otorga la Convención Americana a la vida privada se extiende a otros ámbitos además de los que específicamente enumera dicha norma²⁶⁵, y aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en el artículo 11 de la Convención, las imágenes o fotografías personales, evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada²⁶⁶. Asimismo, la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención²⁶⁷. La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo; de hecho, en algunos casos, las imágenes pueden comunicar o informar con igual o mayor impacto que la palabra escrita²⁶⁸. En ese mismo sentido, en varios ordenamientos jurídicos internos de Estados de la región se reconoce que los cambios en los datos de identidad realizados para que exista correspondencia con la identidad de género auto-percibida del solicitante no se limitan únicamente al nombre de pila, también abarcan elementos como la mención al sexo, al género, o a la imagen de la persona²⁶⁹.

²⁶⁴ Al respecto, véase Suprema Corte de Justicia de México, Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009, pág. 17

²⁶⁵ Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 55, y *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*, párr. 67.

²⁶⁶ Cfr. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*, párr. 67. En igual sentido, Cfr. TEDH, *Caso Schussel Vs. Austria, Admisibilidad*, No. 42409/98. Decisión de 21 de febrero de 2002, párr. 2, y *Caso Von Hannover Vs. Alemania*, Nos. 40660/08 y 60641/08. Sentencia de 7 de febrero de 2012, párr. 50.

²⁶⁷ Cfr. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*, párr. 67. Véase también, TEDH, *Caso Von Hannover Vs. Alemania*, Nos. 40660/08 y 60641/08. Sentencia de 7 de febrero de 2012, párr. 42, y *Caso MGN Limited Vs. Reino Unido*, No. 39401/04. Sentencia de 18 de enero de 2011, párr. 143.

²⁶⁸ Cfr. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*, párr. 67.

²⁶⁹ Cfr. Argentina. Ley 26.743 de 23 de mayo de 2012, artículo 1.c. La ley argentina No. 26.743, que establece el derecho a la identidad de género, estipula en su artículo 1 que toda persona tiene derecho a "ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada". Asimismo, en Bolivia, la Ley No. 807 de 21 de mayo de 2016 establece el procedimiento para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero en toda documentación pública o privada vinculada a su identidad, permitiéndoles ejercer de forma plena su derecho a la identidad de género. De igual manera, se encuentran decisiones de cortes nacionales que reconocen lo antes mencionado, véase, por ejemplo: Brasil. Tribunal Superior de Justicia, Sentencia de 9 de mayo de 2017; Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia 9 de marzo 2015, causa No. 9901-2014, y Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-063/15.

123. En estrecha relación con lo expuesto *supra*, el Comité Jurídico Interamericano estipuló en su Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales que los datos personales abarcan la información que identifica o puede usarse de manera razonable para identificar a una persona y que “la palabra ‘datos’ se usa intencionalmente en un sentido amplio a fin de conferir la mayor protección posible a los derechos de las personas afectadas, independientemente de la forma particular en que se recopilen, se almacenen, se recuperen, se usen o se difundan los datos”²⁷⁰. Agregó que “los ‘datos personales sensibles’ abarcan los datos que afectan los aspectos más íntimos de las personas y que los mismos dependen también del contexto cultural, social o político”²⁷¹. El Comité también aseveró que toda “persona debe tener la posibilidad de ejercer el derecho a solicitar la corrección (o la adición) de datos personales sobre sí misma que sean incompletos, inexactos, innecesarios o excesivos”²⁷².

124. Por último, la Corte es de la opinión que los Estados deberán desplegar sus esfuerzos para que las personas interesadas en que se reconozca su identidad de género auto-percibida en los registros así como en los documentos de identidad, no tengan que emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades. El Tribunal entiende que es una obligación del Estado asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género auto-percibida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.

125. En este sentido, es pertinente hacer referencia al Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”, el cual se refiere a la necesidad de identificar y promover las mejores prácticas y estándares en materia de sistemas y universalización del registro civil, “teniendo en cuenta la perspectiva de género”, así como la necesidad de aumentar la conciencia sobre la importancia “de hacer efectiva la identidad a millones de personas”, considerando “los grupos vulnerables y la rica diversidad cultural de la región”²⁷³. El referido documento, indica en particular, que los Estados deberán desplegar esfuerzos para identificar, sistematizar y unificar los criterios y estándares básicos para que los sistemas nacionales de registro civil puedan funcionar adecuadamente y garantizar la

²⁷⁰ OEA, Comité Jurídico Interamericano, Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Definiciones.

²⁷¹ OEA, Comité Jurídico Interamericano, Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Principio nueve.

²⁷² OEA, Comité Jurídico Interamericano, Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Principio ocho.

²⁷³ OEA, Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), aprobada el 3 de junio de 2008. El Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad” constituye un esfuerzo consolidado de la OEA y sus Estados Miembros, en consulta con las organizaciones internacionales y la sociedad civil, para promover y lograr de forma progresiva y de conformidad con el derecho internacional, el derecho internacional de los derechos humanos aplicable y con el orden jurídico interno; los propósitos, objetivos y medidas específicas establecidos a continuación: Asegurar para el año 2015, la universalidad, accesibilidad y de ser posible gratuidad del registro de nacimiento, a través del cual se asegura el derecho a la identidad, con énfasis en las personas en situación de pobreza y vulnerabilidad. Identificar y promover mejores prácticas, criterios y estándares en materia de sistemas y universalización del registro civil para atender los problemas y superar los obstáculos que se presentan en este tema, teniendo en cuenta la perspectiva de género, así como aumentar la conciencia sobre la necesidad de hacer efectiva la identidad a millones de personas, teniendo en cuenta los grupos vulnerables y la rica diversidad cultural de la región. Promover y proteger los derechos a la identidad, a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares y a la participación ciudadana como elemento esencial en la toma de decisiones. Contribuir en la construcción de sociedades justas y equitativas, basadas en los principios de justicia social e inclusión social.

cobertura universal. Asimismo, los Estados deberán promover la simplificación de los procesos administrativos de los registros civiles y la estandarización de los mismos a nivel nacional²⁷⁴.

126. Respecto a lo señalado, en Uruguay la Ley No. 18.620 "Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios", prevé específicamente la armonización de los datos en los registros y los documentos de identidad. Así, el artículo 4 de la referida norma establece que "[u]na vez recaída la providencia que acoge la solicitud de adecuación, el Juzgado competente oficiará a la Dirección General del Registro de Estado Civil, a la Intendencia Departamental respectiva, a la Dirección Nacional de Identificación Civil del Ministerio del Interior, al Registro Cívico Nacional de la Corte Electoral y a la Dirección General de Registros a fin que se efectúen las correspondientes modificaciones en los documentos identificatorios de la persona así como en los documentos que consignent derechos u obligaciones de la misma. En todos los casos se conservará el mismo número de documento de identidad, pasaporte y credencial cívica"²⁷⁵. En esa misma línea, en Bolivia se prevé que a partir de la emisión de la Resolución Administrativa se notificará de oficio con ésta, el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen a varias instituciones²⁷⁶.

b) Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes

127. La regulación y la implementación de esos procesos deben estar basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante. Lo anterior resulta consistente con el hecho de que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género encuentran su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, así como en el derecho a la dignidad y a la vida privada del solicitante (*supra* párr. 88).

128. Del mismo modo, el Comité Jurídico Interamericano mencionó en su Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales que en "consonancia con estos derechos fundamentales, los principios de la OEA reflejan los conceptos de autodeterminación en lo que respecta a la información, la ausencia de restricciones arbitrarias del acceso a los datos, y la protección de la vida privada, la identidad, la dignidad y la reputación"²⁷⁷.

129. Con respecto a este punto, el Alto Comisionado y varios órganos de derechos humanos de Naciones Unidas han indicado que en aras de cumplir con los compromisos internacionales sobre derechos humanos, los Estados deben respetar la integridad física y psíquica de las personas reconociendo legalmente la identidad de género auto-percibida sin que existan

²⁷⁴ Cfr. OEA, Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Acápites "Acciones concretas" numerales 2.g y 2.i.

²⁷⁵ Uruguay. Ley No. 18.620 de 25 de octubre de 2009, Artículo 4. Del mismo modo, véase: Argentina. Ley 26.743, artículo 6: "el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila".

²⁷⁶ Cfr. Bolivia. Ley No. 807 de 21 de mayo de 2016. Artículo 9.V. Indica que se notificará a: Servicio de Identificación Personal – SEGIP; Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI; Dirección General de Migración – DIGEMIG; Servicio de Impuestos Nacionales – SIN; Derechos Reales; Registro Judicial de Antecedentes Penales – REJAP; Sistema Nacional de Registro de Antecedentes Policiales – SINARAP, de la Policía Boliviana (FELCC, FELCN y FELCV); Dirección General de Régimen Penitenciario; Contraloría General de Estado – CGE; Ministerio de Educación; Ministerio de Defensa; Cajas de Salud Pública; Servicio Nacional del Sistema de Reparto – SENASIR; Autoridad de Pensiones, Valores y Seguros – APS; Otras que el SERECI o la o el solicitante consideren necesarias.

²⁷⁷ OEA, Comité Jurídico Interamericano. Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Definiciones.

obstáculos o requisitos abusivos que puedan constituir violaciones a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, esos órganos recomiendan que el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados²⁷⁸, tampoco se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género auto-percibida, u otros requisitos que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba, por tanto, el trámite debe estar basado en la mera expresión de voluntad del solicitante. En el mismo sentido, los principios de Yogyakarta estipulan que “[n]inguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona”²⁷⁹.

130. Por otro lado, en lo que respecta a los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos, la Corte entiende que además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. Es así como ese tipo de requisitos o certificados médicos contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino²⁸⁰.

131. Con relación a los requisitos y documentación que se suele solicitar específicamente a las personas que solicitan un cambio de sus datos de identidad para que sea conforme a su identidad de género, este Tribunal es de la opinión que de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación (*supra* Capítulo VI), no resulta razonable establecer un trato diferenciado entre las personas cisgénero y transgénero que pretenden llevar a cabo correcciones en los registros y los documentos de identidad. En efecto, en el caso de las personas cisgénero, el sexo asignado al nacer y consignado en el registro corresponde a la identidad de género que asumen de manera autónoma a lo largo de su vida mientras que cuando se trata de las personas *trans*, la asignación identitaria efectuada por terceros (generalmente sus padres) difiere de aquella que, de manera autónoma, fueron desarrollando. En ese sentido, las personas transgénero se ven sometidas a obstáculos para lograr el reconocimiento y respeto de su identidad de su género que las personas cisgénero no deben enfrentar.

132. En cuanto a los requisitos de certificados de buena conducta o policiales, este Tribunal entiende que si bien los mismos pueden buscar una finalidad legítima, la cual únicamente podría consistir en que las solicitudes de adecuación de los registros y de los documentos de

²⁷⁸ Cfr. Naciones Unidas, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”. 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 79; Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales del Comité: Irlanda. 30 de julio de 2008, CCPR/C/IRL/CO/3, párr. 8; Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Irlanda. 19 de agosto de 2014, CCPR/C/IRL/CO/4, párr. 7; Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania. 22 de agosto de 2013, CCPR/C/UKR/CO/7, párr. 10; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité: Países bajos. 5 de febrero de 2010, CEDAW/C/NLD/CO/5, párrs. 46-47; Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República de Corea. 3 de diciembre de 2015, CCPR/C/KOR/CO/4, párrs. 14-15; Comité contra la tortura. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de China en relación con Hong Kong (China). 3 de febrero de 2016, CAT/C/CHNHKG/CO/5, párr. 29(a); Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. 1 de febrero de 2013, A/HRC/22/53, párrs. 78, 88; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de mayo de 2016, E/C.12/GC/22, párr. 58; *Interagency Statement, Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization*, mayo 2014, y *Joint statement of UN and regional human rights mechanisms on the rights of young LGBT and intersex people*, 13 de mayo de 2015.

²⁷⁹ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007, principio 6.

²⁸⁰ Cfr. Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/15, acápite 7 numeral 7.2.7.

identidad no tengan el propósito y/o el efecto de eludir la acción de la justicia, también se puede entender que ese requisito resulta en una restricción desproporcionada en la medida que se traslada de forma irrazonable al solicitante del procedimiento una obligación del Estado, que no es otra que la armonización de los registros en los cuales constan los datos de identidad de las personas. En este punto, cabe recordar que la protección a terceros y al orden público se debe garantizar por medio de distintos mecanismos legales que no impliquen, permitan o tengan como consecuencia el menoscabo, la lesión o el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, se afectaría de manera total el núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la vida privada y a la intimidad, del derecho a la identidad personal y sexual, del derecho a la salud, y, por consiguiente, de la dignidad de las personas y su derecho a la igualdad y la no discriminación. Todo ello, en tanto que la plena identificación de su persona a partir de la adecuación de sus datos de identidad, conforme a su identidad de género auto-percibida, es lo que le permitirá proyectarse en todos los aspectos de su vida. De este modo se estaría reconociendo legalmente su existencia como el ser que realmente es²⁸¹.

133. Finalmente, el Tribunal considera de manera general que, en el marco de los procedimientos de reconocimiento del derecho a la identidad de género, no resulta razonable requerir a las personas el cumplimiento de requisitos que desvirtúan la naturaleza meramente declarativa de los mismos. Tampoco resulta adecuado que tales requerimientos se erijan como exigencias que desbordan los límites de la intimidad, pues se terminaría obligando a las personas a someter sus decisiones más íntimas y los asuntos más privados de su vida al escrutinio público por parte de todos los actores que directa o indirectamente intervienen en ese trámite²⁸².

c) *Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género*

134. En esta opinión, ya se indicó que la falta de reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas transgénero contribuye a reforzar y perpetuar comportamientos discriminatorios en su contra (*supra* Capítulo IV.B). Lo anterior puede también ahondar su vulnerabilidad a los crímenes de odio, o a la violencia transfóbica y psicológica²⁸³ la cual constituye una forma de violencia basada en razones de género, guiada por la voluntad y el deseo de castigar a las personas cuya apariencia y comportamiento desafían los estereotipos de género²⁸⁴. Del mismo modo, la falta de reconocimiento de su identidad de género puede conllevar a violaciones de otros derechos humanos, por ejemplo, torturas o maltratos en centros de salud o de detención, violencia sexual, denegación del derecho de acceso a la salud, discriminación, exclusión y *bullying* en contextos de educación, discriminación en el acceso al empleo o en el seno de la actividad profesional, vivienda y acceso a la seguridad social²⁸⁵.

²⁸¹ Véase al respecto, Suprema Corte de Justicia de México, Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009, pág. 7.

²⁸² Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/2015, acápite 7 numeral 7.2.3.

²⁸³ Cfr. Naciones Unidas, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/29/23, párr. 21; Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/VEN/CO/4, párr. 8; Comité contra la tortura, CAT/C/KWT/CO/2, párr. 25; Comité contra la tortura, CAT/C/KGZ/CO/2, párr. 19; Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/UKR/CO/7, párr. 10, y Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Suriname, 3 de diciembre de 2015, CCPR/C/SUR/CO/3, párr. 27.

²⁸⁴ Cfr. Naciones Unidas, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/29/23, párr. 21.

²⁸⁵ Cfr. Naciones Unidas Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/29/23, párrs. 34-38, 54, y 60-62; UNDP, Discussion Paper on *Transgender Health & Human Rights*, New York, 2013, y UNESCO, *Out in the open: Education sector responses to violence based on Sexual Orientation and Gender Identity/Expression*, UNESCO, Paris, 2016.

135. En concordancia con lo anterior, la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y a la postre puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos (*supra* párr. 134). En ese sentido, tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad²⁸⁶. Lo anterior resulta consistente con la íntima relación existente entre el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada reconocido por el artículo 11.2 de la Convención que protege contra todas las interferencias arbitrarias en la intimidad de la persona, dentro de las cuales se encuentra comprendida su identidad de género. Es así como esta Corte ha sostenido que “el ámbito de la vida privada se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”²⁸⁷ y “comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público”²⁸⁸. Esto no significa que esa información no pueda ser accesible en caso de que la persona sea requerida por las autoridades competentes de conformidad con lo establecido por el derecho interno de cada Estado.

136. En relación con este tema, el Comité Jurídico Interamericano, indicó en su Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, que “[a]lgunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos sujetos de la información”. Sobre los tipos de datos sensibles, el Comité sugiere que “merecen protección especial porque, si se manejan o se divulgan de manera indebida, darían lugar a una intrusión profunda en la dignidad personal y el honor de la persona afectada y podrían desencadenar una discriminación ilícita o arbitraria contra la persona o causar un riesgo de graves perjuicios para la persona”. Como consecuencia de lo anterior, los Estados “deben establecerse garantías apropiadas en el contexto de la legislación y la normativa nacionales, que reflejen las circunstancias imperantes en la jurisdicción pertinente, a fin de proteger en medida suficiente los intereses de las personas en materia de privacidad” siendo que el “consentimiento explícito de la persona a la cual se refieran los datos debe ser la regla que rija la recopilación, la divulgación y el uso de datos personales sensibles”²⁸⁹.

137. Por otra parte, en el mismo informe, se indica que los “datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación”²⁹⁰. Asimismo, recordó que el “concepto de privacidad está consagrado en el derecho internacional [y que se] basa en los conceptos fundamentales del honor personal y la dignidad, así como en la libertad de expresión, pensamiento, opinión y asociación. Hay disposiciones relativas a la protección de la privacidad, el honor personal y la dignidad en los principales sistemas de derechos humanos del mundo”²⁹¹. Finalmente, el Comité estipuló que proteger la privacidad de los datos personales

²⁸⁶ Véase, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/2015.

²⁸⁷ *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161.

²⁸⁸ *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*, párr. 48.

²⁸⁹ OEA, Comité Jurídico Interamericano. Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Principio nueve.

²⁹⁰ OEA, Comité Jurídico Interamericano. Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Principio seis.

²⁹¹ OEA, Comité Jurídico Interamericano, Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Definiciones.

“implica no solo mantener la seguridad de los [mismos], sino también permitir que las personas controlen la forma en que se usan y divulgan sus datos personales”²⁹².

138. Por otra parte, el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad” adoptado por la Asamblea General de la OEA estableció que los Estados garantizarán, a través de una legislación adecuada, la confidencialidad de la información personal recolectada por los sistemas de registro civil aplicando los principios de protección de datos personales²⁹³. Por último, el carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentran en armonía con lo dispuesto por los principios de Yogyakarta cuando estos estipulan que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o ilegales en la misma, esto incluye el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género, así como las decisiones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas²⁹⁴.

139. En la misma línea de lo señalado, la Ley de Identidad de Género de Argentina establece en su artículo 9 que “[s]ólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. [...] No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos”. El artículo 6 de la referida ley indica expresamente que se “prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadora y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma”²⁹⁵. Otros Estados de la región adoptaron leyes de identidad de género que reconocen el principio de la confidencialidad como regla y la accesibilidad de la información como una excepción cuando esta es requerida por las autoridades judiciales o fiscales. Por ejemplo, la Ley de Identidad de Género de Bolivia dispone que el procedimiento debe garantizar “que la información sea accesible únicamente a la interesada, interesado, al personal autorizado por la norma o a la solicitada mediante Orden Judicial y/o Requerimiento Fiscal”²⁹⁶.

140. Del mismo modo, la Suprema Corte de México entendió que los derechos a la identidad personal y sexual constituyen “derechos inherentes a la persona, fuera de la injerencia de los demás” y se configuran como “derechos de defensa y garantía esencial para la condición humana, ya que pueden reclamarse tanto en defensa de la intimidad violada o amenazada, como exigir del Estado que prevenga la existencia de eventuales intromisiones que los lesionen por lo que, si bien no son absolutos, sólo por ley podrá justificarse su intromisión, siempre que medie un interés superior”²⁹⁷. En ese sentido, esa Corte entendió que si se mantienen “los datos concernientes al nombre y sexo de [la] persona” que procedió al cambio de su identidad de género “en sus documentos, entre ellos el acta de nacimiento, con los que originalmente fue registrada al nacer y solamente se asienta una nota marginal de la sentencia que otorgó la rectificación concedida, con la consiguiente publicidad de aquellos datos, se violan sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y a la no discriminación, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen, a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, porque la nota marginal propicia que dicha persona

²⁹² OEA, Comité Jurídico Interamericano. Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Principio cinco.

²⁹³ Cfr. OEA, Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”. Objetivo 2.c.

²⁹⁴ Cfr. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007, principio 6.

²⁹⁵ Argentina. Ley No. 26.743, artículos 6 y 9.

²⁹⁶ Bolivia. Ley No. 807, de 21 de mayo de 2016, artículo 6. Asimismo, el artículo 10 de la referida ley establece que el proceso administrativo de cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen es confidencial.

²⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de México, Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009, pág. 7.

exteriorice hasta en las más simples actividades de su vida su condición anterior, generando eventuales actos discriminatorios hacia su persona, sin que se advierta razonabilidad alguna para limitarlos de esa manera”²⁹⁸.

d) Los procedimientos deben ser expeditos y deben tender a la gratuidad

141. En esta opinión, se mencionó que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con el ejercicio de determinados derechos (*supra* párrs. 99 y 101.h). También se hizo referencia al impacto que tiene la negación del derecho a la identidad de género sobre la situación de vulnerabilidad de las personas transgénero así como a la afectación particular que tiene para el ejercicio de otros derechos (*supra* párrs. 98 y 101.i).

142. Sobre ese punto, cabe recordar que esta Corte ha indicado en varias oportunidades que el plazo razonable de duración de un procedimiento, sea este judicial o administrativo, se encuentra determinado, entre otros elementos, por la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo. Así, el Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica de la persona, resultará necesario que el procedimiento se desarrolle con mayor prontitud a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve²⁹⁹. De acuerdo a lo señalado, no cabe duda que el grado de afectación que puede tener este tipo de procedimientos de cambio de nombre y de adecuación a la identidad de género auto-percibida sobre las personas concernidas, es de tal magnitud que los mismos deben llevarse a cabo con la mayor celeridad posible. Algunos ordenamientos internos de Estados de la región establecen la necesidad de que los procedimientos para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas conforme a la identidad de género sean expeditos³⁰⁰.

143. Además, tal como lo señala el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”, esos trámites relacionados con procesos registrales deberían ser gratuitos³⁰¹ o por lo menos tender a ser lo menos gravosos posibles para las personas interesadas en los mismos, en particular si se encuentran “en situación de pobreza y vulnerabilidad [...] teniendo en cuenta[, además,] la perspectiva de género”³⁰². Asimismo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa sostuvo que las barreras procesales y económicas son consideradas contrarias al carácter expedito y accesible del procedimiento de cambio de nombre por identidad de género³⁰³. De igual manera, esta Corte constata que la Ley argentina No. 26.743 de Identidad de Género establece que los trámites para la rectificación registral previstos en dicha ley son gratuitos, personales y no requieren de intermediación de gestor o abogado³⁰⁴.

²⁹⁸ Suprema Corte de Justicia de México, Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009, pág. 18.

²⁹⁹ Cfr. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155, y *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 164.

³⁰⁰ Véase, por ejemplo: Bolivia. Ley No. 807 de 2016, “Ley de identidad de género”, artículo 6: “Celeridad. Comprende el ejercicio oportuno y sin dilaciones en la administración del proceso para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero”.

³⁰¹ Cfr. OEA, Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Objetivo 2.d.

³⁰² OEA, Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Misión.

³⁰³ Cfr. Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec (2010) 5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (Adoptada por el Comité de Ministros el 31 de marzo de 2010 en la 1081ª reunión de Delegados de los Ministros).

³⁰⁴ Cfr. Argentina. Ley No. 26.743, artículo 6 inciso final. La gratuidad se materializó mediante la Resolución 1795/2012 de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas (que modifica la Resolución No. 1417/12), mediante la cual se declararon exentos de pago de tasa a las personas que soliciten el trámite de rectificación registral y consecuente expedición del nuevo Documento Nacional de identidad.

144. Por otra parte, esta Corte ya ha analizado en otros casos la existencia de requisitos pecuniarios para poder acceder a un derecho contenido en la Convención, los cuales no deben volver nugatorio el ejercicio mismo de esos derechos³⁰⁵. En ese sentido, la Corte entiende que lo expresado sobre la necesaria tendencia hacia la gratuidad de estos procedimientos se encuentra relacionado con la necesidad de reducir los obstáculos, en este caso de índole financiero, que pueden erigirse para el reconocimiento legal de la identidad de género, así como en la exigencia de no crear diferencias de trato discriminatorias con respecto a las personas cisgénero, las cuales no necesitan acudir a estos procedimientos, y por ende, no incurrir en erogaciones pecuniarias para el reconocimiento de su identidad de género. Este punto resulta aún más relevante cuando se toma en consideración el contexto de alta vulnerabilidad y de pobreza asociado a las personas que no pudieron acceder al reconocimiento de su identidad de género.

e) *Sobre la exigencia de acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales*

145. Como ya fuera mencionado (*supra* párr. 32.h), la identidad de género crea espacio para la auto-identificación, es decir, a la vivencia que una persona tiene de su propio género³⁰⁶, y que en algunos casos, podría eventualmente involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole. Sin embargo, resulta importante subrayar que la identidad de género, no es un concepto que deba ser asociado sistemáticamente con las transformaciones físicas del cuerpo. Lo anterior debe entenderse aún en las situaciones en las cuales la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que le fue asignada al momento de su nacimiento, o que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Esto se debe al hecho que las personas *trans* construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas (*supra* párr. 32.h).

146. En concordancia con lo anterior, el procedimiento de solicitud de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. En efecto, someter el reconocimiento de la identidad de género de una persona *trans* a una operación quirúrgica o a un tratamiento de esterilización que no desea, implicaría condicionar el pleno ejercicio de varios derechos, entre ellos, a la vida privada (artículo 11.2 de la Convención), a escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia (artículo 7 de la Convención), y conllevaría a la renuncia del goce pleno y efectivo de su derecho a la integridad personal³⁰⁷. Cabe recordar que esta Corte ha indicado en el caso *IV. Vs. Bolivia*, que la salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, abarca también la libertad de cada persona de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias, tales como ser sometido a torturas o a tratamientos y experimentos médicos no consentidos³⁰⁸. Lo

³⁰⁵ Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 54, y *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia*, párr. 117.

³⁰⁶ Cfr. ACNUR, directrices sobre protección internacional No. 9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012; UN, Fact sheet, LGBT Rights: Frequently Asked Questions. FREE&EQUAL, United Nations for LGBT Equality.

³⁰⁷ Cfr. TEDH, *Caso A.P., Garçon y Nicot Vs. Francia*, Nos. 79885/12, 52471/13, y 52596/13. Sentencia del 6 de abril de 2017, párrs. 131 a 133.

³⁰⁸ Cfr. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr 155. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 8.

anterior también podría constituir una vulneración al principio de igualdad y no discriminación contenida en los artículos 24 y 1.1 de la Convención puesto que las personas cisgénero no se verían enfrentadas a la necesidad de someterse a ese tipo de obstáculos y de menoscabo a su integridad personal para hacer efectivo su derecho a la identidad.

147. Sobre este punto, el Relator Especial sobre Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de Naciones Unidas, indicó que los “Estados que permiten modificar los indicadores de género en los documentos de identidad [han llegado a] imponer unos requisitos abusivos, como la reasignación de sexo mediante una intervención quirúrgica, la esterilización u otros procedimientos médicos forzados o involuntarios [...]. Incluso en aquellos lugares en los que no existe tal requisito legislativo, es frecuente la esterilización forzada de las personas que solicitan una reasignación de sexo. Estas prácticas tienen su origen en la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, violan los derechos a la integridad física y a la libre determinación de las personas y constituyen malos tratos o torturas”³⁰⁹. Del mismo modo, el TEDH estableció que la carga impuesta a una persona de probar la necesidad médica de tratamiento, incluida una intervención quirúrgica irreversible, en una de las zonas más íntimas de la vida privada, parece desproporcionado y violatorio del derecho a la vida privada contenida en el artículo 8 de la Convención³¹⁰.

148. Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó en su observación general No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva que “[l]as leyes y las políticas que perpetúan indirectamente las prácticas médicas coercitivas, como las políticas de contracepción basadas en incentivos o cuotas y la terapia hormonal, así como los requisitos de cirugía o esterilización para el reconocimiento legal de la identidad de género, constituyen violaciones adicionales de la obligación de respetar”³¹¹. Del mismo modo, el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que condenó la “imposición de ‘tratamientos’ mediante los que se pretende cambiar la orientación sexual de una persona, y que los adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados. Insta a los Estados a que erradiquen esas prácticas, deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en razón de su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos”³¹². En esa misma línea, los principios de Yogyakarta estipulan que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo esterilización, cirugía de reasignación de sexo y terapia hormonal como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género³¹³. Adicionalmente, existe legislación de Argentina, Uruguay, Bolivia, así como decisiones de altas Cortes nacionales de Colombia y Brasil que se han expresado en ese sentido³¹⁴.

f) Los procedimientos referidos a las niñas y niños

³⁰⁹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Juan E. Méndez, 5 de enero de 2016, A/HRC/31/57.

³¹⁰ Cfr. TEDH, *Caso Christine Goodwin Vs. Reino Unido*, párrs. 75, 78 y 82, y *Caso A.P., Garçon and Nicot Vs. Francia*, párr. 131 a 133.

³¹¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General núm. 22, “relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2 de mayo de 2016, E/C.12/GC/22, párr. 58.

³¹² Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34.

³¹³ Cfr. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007, Principio 3.

³¹⁴ Cfr. Argentina. Ley 26.743, artículo 4; Bolivia. Ley No. 807 de 2016; Uruguay, Ley No. 18.620, artículo 3; Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/15; México, Suprema Corte de Justicia de México. Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009; Brasil, Tribunal Superior de Justicia de Brasil, Sentencia de 9 de mayo de 2017.

149. En lo que respecta a la regulación de los procedimientos de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad de niños y niñas, esta Corte recuerda en primer término que conforme ha señalado en otros casos, los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto³¹⁵. En relación con este punto, la Corte ha sostenido que al aplicarse a niñas y niños, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración el *corpus juris* sobre derechos de infancia³¹⁶. Además, este Tribunal consideró que el artículo 19 “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”³¹⁷.

150. Asimismo, esta Corte ha entendido que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades³¹⁸. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal³¹⁹. Por tal motivo, entonces, la Corte entiende que las medidas pertinentes de protección a favor de las niñas o niños son especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos³²⁰.

151. Del mismo modo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, además del principio de la autonomía progresiva que ya fuera mencionado (*supra* párr. 150), los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral³²¹: el principio de no discriminación³²², el principio del interés superior de la niña o del

³¹⁵ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 121; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66, y *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*, Resolución de 29 de noviembre de 2011, párr. 6.

³¹⁶ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 121.

³¹⁷ *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 142.

³¹⁸ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 218, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66.

³¹⁹ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 129; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 203, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, párr. 143. Véase también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7. “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”*, CRC/GC/7/rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

³²⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66.

³²¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66, y *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*, Resolución de 29 de noviembre de 2011, párr. 7. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

³²² El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y de asegurar su aplicación a cada niña y niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, lo cual “exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales”. Cfr. *Asunto L.M. respecto de Paraguay*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, párr. 14, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66. Asimismo, véase Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5. “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)”*, 27 de noviembre de 2003, CRC/GC/2003/5, párr. 12, y Comité

niño³²³, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo³²⁴, y el principio de respeto a la opinión del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación³²⁵.

152. Al respecto, resulta útil recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño³²⁶. Por otra parte, y en estrecha relación con el derecho a ser oído, la Corte se ha referido en otras decisiones a la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser escuchado en todas las decisiones que afecten su vida³²⁷. Sobre este punto en particular, el Tribunal especificó también que el derecho a ser escuchado de los niños y niñas constituye no solo un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos³²⁸.

153. Por otro lado, en el marco de los casos contenciosos³²⁹, este Tribunal ha tenido la oportunidad de referirse al derecho al identidad de las niñas y niños reconocido por el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño el cual establece en su primer inciso que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. En esos casos, esta Corte indicó que el derecho a la identidad estaba íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada³³⁰. Del mismo modo, en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, la Corte concluyó que el Estado había violado el derecho a la libertad en un sentido amplio, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, por la sustracción y posterior supresión de la identidad de una niña por parte de las fuerzas de

de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6*. “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, párr. 1.

³²³ El párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial en todas las medidas que les conciernen. *Cfr.* Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66. Asimismo véase, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5*: “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14* “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 29 de mayo de 2013, CRC/C/CG/14.

³²⁴ El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho intrínseco de la niña y del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo en el sentido más amplio, es decir, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña y del niño. *Cfr.* Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66. Asimismo véase, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5*. “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, párr. 12.

³²⁵ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que [le] afectan” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones, considerando su edad y grado de madurez. *Cfr.* Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66; *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 129, y *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*, Resolución de 29 de noviembre de 2011, párr. 7. Asimismo véase, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5*. “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12*. “El derecho del niño a ser escuchado”, 20 de julio de 2009, CRC/C/GC/12.

³²⁶ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 70, y punto de opinión segundo.

³²⁷ *Cfr.* *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 70, y *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*, Resolución de 29 de noviembre de 2011, párr. 7. Véase asimismo, Naciones Unidas, Comité de derechos del niño, *Observación General N° 12*. “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 74.

³²⁸ *Cfr.* *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*, Resolución de 29 de noviembre de 2011, párr. 7. Véase asimismo, Naciones Unidas, Comité de derechos del niño, *Observación General No. 12*, CRC/C/GC/12, párr. 2.

³²⁹ *Cfr.* *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párrs. 122-124; *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, párrs. 116-117, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, párrs. 112-114.

³³⁰ *Cfr.* *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, párr. 113.

seguridad el Estado³³¹. Para la Corte, el derecho en mención implica la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia.

154. De conformidad con lo anterior, esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas *supra* también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada. En igual sentido, resulta pertinente recordar que el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”³³².

155. En el mismo sentido, los principios de Yogyakarta han establecido que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”³³³.

156. Por último, y como un ejemplo de una buena práctica con relación a este tema, el Tribunal no puede dejar de hacer mención a la Ley 26.743 de 23 de mayo de 2012 de Argentina “sobre el derecho a la identidad de género de las personas” cuyo artículo 5 se refiere al trámite de rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen de niñas y niños. La norma establece en particular que con relación a las personas menores de 18 años, la solicitud del trámite “deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor [de edad], teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley [...] de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño. [...] Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley [...] de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”³³⁴.

g) Sobre la naturaleza del procedimiento

³³¹ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 129.

³³² Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34.

³³³ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007, Preámbulo.

³³⁴ Argentina. Ley No. 26.743 de Mayo 23 de 2012, artículo 5.

157. Este requisito se encuentra estrechamente relacionado con la segunda pregunta formulada por el Estado Corta Rica, sobre si “¿se podría considerar contrario a la [Convención Americana] 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?”.

158. Respecto a esta pregunta, cabe recordar lo señalado *supra* en torno a la identidad de género como una expresión de la individualidad de la persona y la relación que existe entre ese derecho fundamental con la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones sin interferencias externas (*supra* párr. 88). De conformidad con ello, esta Corte ha reconocido el derecho fundamental que le asiste a toda persona a que el sexo o el género consignado en los registros coincida con la identidad sexual y de género efectivamente asumida y vivida por esta. En ese sentido, el trámite o procedimiento tendiente al reconocimiento de la identidad de género auto-percibida de una persona consistiría en un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, y en el cual el papel del Estado y de la sociedad debe consistir meramente en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutiva de la misma. Es así como el referido procedimiento no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento (*supra* párr. 133).

159. Por lo expuesto, se puede sostener que si bien los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes, también es cierto que el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza. Al respecto, se puede recordar que el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad” establece que los Estados, “de acuerdo con su legislación nacional, promoverán el uso de la vía administrativa, de manera gratuita, para trámites relacionados con procesos registrales con el fin de simplificarlos y descentralizarlos, dejando a salvo como última instancia la utilización de la vía judicial”³³⁵.

160. Por otra parte, un trámite de carácter jurisdiccional encaminado a obtener una autorización para que se pueda materializar efectivamente la expresión de un derecho de esas características representaría una limitación excesiva para el solicitante y no sería adecuado puesto que debe tratarse de un procedimiento materialmente administrativo, sea en sede judicial, o en sede administrativa. En ese sentido la autoridad encargada de dicho trámite únicamente podría oponerse a dicho requerimiento, sin violar la posibilidad de autodeterminarse y el derecho a la vida privada del solicitante, si constatará algún vicio en la expresión del consentimiento libre e informado del solicitante. Es decir, que una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente. De conformidad con lo expresado, la respuesta a la segunda pregunta planteada por el Estado de Costa Rica en torno a la naturaleza que deberían tener los procesos destinados al cambio de nombre a fin de que sean acordes con la identidad de género auto-percibida del solicitante, es la siguiente:

³³⁵ OEA, Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”. Objetivo 2.d.

Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa³³⁶, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.

Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona.

161. Finalmente y en concordancia con lo anterior, se puede también señalar que la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente.

D. Sobre el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica

162. El Estado de Costa Rica solicitó a la Corte que se pronunciara sobre la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica³³⁷, 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 1.1 de la Convención. En particular, formuló la siguiente pregunta: "¿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?".

163. Por su parte, el artículo 54 del Código Civil establece que "[t]odo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto". Por su parte, el artículo 55 del Código Civil indica que "[u]na vez presentada la solicitud de cambio, el Tribunal ordenará publicar un edicto en el Diario Oficial concediendo 15 días de término para presentar

³³⁶ En esta categoría también se podrían encontrar los trámites de naturaleza notarial como aquellos previstos por la normatividad colombiana. Véase: Decreto No. 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil.

³³⁷ Emitido por la ley No. 30 de 19 de abril de 1885. Su vigencia inició a partir del día 1 de enero de 1888, en virtud de la ley N° 63 de 28 de septiembre de 1887.

oposiciones” y el artículo 56 del Código Civil señala que “[e]n toda solicitud de cambio o modificación de nombre será oído el Ministerio Público y antes de resolver lo precedente el Tribunal recabará un informe de buena conducta anterior y falta de antecedentes policíacos del solicitante. Igualmente lo hará saber al Ministerio de Seguridad Pública”.

164. La Corte constata en primer término que, si bien la solicitud de opinión versa sobre el artículo 54 del Código Civil, el cual menciona el procedimiento de cambio de nombre, esa norma se encuentra estrechamente relacionada con los artículos 55 y 56 del mismo cuerpo legal en la medida que éstos especifican algunas de las modalidades concretas de dicho trámite. En consecuencia, el análisis que efectuará el Tribunal se referirá a estos tres artículos.

165. De acuerdo a lo informado por la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica durante el trámite de la presente opinión consultiva, la “Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, prevé en su artículo 65 la posibilidad de modificación en sede administrativa de los asientos registrales. En este caso y a partir de la aplicación del artículo 45 del Reglamento del Registro del Estado Civil, en la práctica administrativa se considera que la modificación registral de los asientos y en especial del nombre por la vía del ocurso, sólo procede en sede administrativa en el caso de errores ortográficos o en la grafía. En casos de modificación total de éste, las personas están obligadas a acudir a lo dispuesto en el artículo 54 del Código Civil”.

166. Con respecto a lo anterior, la Defensoría agregó que “actualmente la aplicación del ocurso como recurso administrativo para la modificación de los asientos registrales, incluyendo el nombre y el sexo, no presenta limitaciones legales en el tanto las normas que lo regulan no diferencian en cuanto a los asientos del registro que pueden ser modificados a través de este procedimiento. No obstante, tal y como se ha constatado en reiteradas ocasiones, la negativa de su aplicación obedece a la interpretación de las normas por parte del Tribunal Supremo de Elecciones y la práctica administrativa que deriva de ella [...]”.

167. Sobre este punto, cabe señalar que no le corresponde a este Tribunal determinar la correcta aplicación o no de las normas nacionales a la luz de las disposiciones de derecho interno, ni tampoco indicar cuál es el órgano competente para conocer sobre determinada materia a la luz de la normatividad de Costa Rica. Con relación a esta pregunta, únicamente le corresponde a esta Corte interpretar los derechos contenidos en la Convención y determinar si las normas de derecho interno referidas –en este caso el artículo 54 del Código Civil– se ajustan a las disposiciones de la Convención Americana.

168. En lo que se refiere al procedimiento de cambio de nombre al que remite el artículo 54 del Código Civil, la Corte constata que: a) se refiere únicamente al cambio de nombre y no a otros elementos inherentes al derecho a la identidad como, por ejemplo, la inscripción del sexo o género en los registros y en los documentos de identidad; b) se refiere a un procedimiento de tipo judicial; c) abre la posibilidad para que se presenten oposiciones a la solicitud de cambio de nombre; d) es necesaria la intervención de un tercero (el Ministerio Público), y e) se exige la presentación de antecedentes de “buena conducta” y policíacos.

169. En el apartado anterior, se verificó que un procedimiento que tiene por objetivo resolver una solicitud de adecuación de los registros y los documentos de identidad a la identidad de género del solicitante debe, entre otros requisitos a) estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) la decisión que resuelve la solicitud debe estar basada únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que terceras personas puedan interferir arbitrariamente en su derecho personalísimo a la identidad de género; c) debe tender a la gratuidad, y llevarse a cabo con prontitud; d) no debe requerir la presentación de pruebas médicas o psicológicas, antecedentes de vida privada o penales, y e) debe ser de preferencia un procedimiento de tipo materialmente administrativo o notarial y no jurisdiccional.

170. La Corte nota que los requisitos establecidos en los artículos 55 y 56 del Código Civil de Costa Rica no cumplen a cabalidad con los elementos mencionados, en la medida que introducen la posibilidad de que se planteen oposiciones de terceros y del Ministerio Público. Lo

anterior implica, por tanto, que la eventual decisión del juez no sería únicamente de carácter declarativo. Además, el artículo 55 del Código Civil indica que el juez debe ordenar la publicación de un edicto en el Diario Oficial, lo cual implica que el procedimiento no sea de carácter reservado. Finalmente, el artículo 56 del Código Civil de Costa Rica requiere la presentación de un informe de buena conducta anterior y falta de antecedentes policíacos del solicitante, requisito que según se ha indicado (*supra* párr. 168) resulta incompatible con los procedimientos de adecuación de los datos de identidad a la identidad de género auto-percibida.

171. De conformidad con lo expresado, la Corte considera que la respuesta a la tercer pregunta planteada por el Estado de Costa Rica es la siguiente:

El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos:

a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida, b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes, c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género, d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.

En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana.

El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión (*supra* párr. 160).

VIII

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS VÍNCULOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

172. La cuarta y la quinta preguntas sobre las cuales el Estado de Costa Rica solicita la opinión de este Tribunal, atañen a los derechos patrimoniales derivados de "vínculos entre personas del mismo sexo". En el presente capítulo, el Tribunal se referirá en primer lugar a los estándares aplicables al "vínculo" al cual hace alusión Costa Rica, para después responder a la segunda parte de la pregunta, relativa a los mecanismos por los cuales el referido vínculo debe ser protegido de acuerdo a la Convención Americana.

A. La protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo

173. De forma preliminar, el Tribunal constata que la representación de Costa Rica, en su solicitud de opinión consultiva, no explicitó a cuál vínculo entre personas del mismo sexo se refería. No obstante, la Corte observa que en la pregunta formulada, el Estado hace alusión al artículo 11.2 de la Convención³³⁸, el cual protege a las personas, *inter alia*, de injerencias arbitrarias a la vida privada y familiar³³⁹. En tal virtud, el Tribunal entiende que las preguntas remitidas por el Estado versan sobre los derechos patrimoniales que derivan de un vínculo resultante de relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo, tal y como sucedió en el caso *Duque Vs. Colombia*³⁴⁰. Además, la Corte observa que, en términos generales, los derechos producto de relaciones afectivas entre parejas, suelen estar tutelados y protegidos por la Convención a través del instituto de la familia y el de la vida familiar.

174. Con respecto a ello, el Tribunal recuerda en primer lugar que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. Es así como esta Corte ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal³⁴¹. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por "familia". Sobre el particular, la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma³⁴².

175. De conformidad con lo expresado, para responder a las preguntas planteadas por el Estado de Costa Rica, el Tribunal estima necesario determinar si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo pueden llegar a ser consideradas como "familia" en los términos de la Convención, para así establecer los alcances de la protección internacional aplicable. Para tal efecto, la Corte debe recurrir a las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales, y las reglas especiales de interpretación de la Convención Americana aludidas en el Capítulo V de la presente opinión. Para ello, el Tribunal analizará el sentido corriente del término (interpretación literal), su contexto (interpretación sistemática), su objeto y fin (interpretación teleológica), así como a la interpretación evolutiva de su alcance. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena, se hará mención a medios complementarios de interpretación, en especial a los trabajos preparatorios del tratado.

176. Con la finalidad de establecer el sentido corriente de la palabra "familia", la Corte estima necesario reconocer la importancia neurálgica de ésta como institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano. Busca realizar anhelos de seguridad, conexión y refugio que expresan la mejor naturaleza del género humano. Para la

³³⁸ Artículo 11.2 de la Convención Americana: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

³³⁹ *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161.

³⁴⁰ *Cfr. Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 138.

³⁴¹ *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 175.

³⁴² *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 142, y 172. En ese mismo sentido, véase Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, 20 de septiembre de 2006, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, párrs. 15 y 19; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2, y Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5.

Corte, es indudable que ésta es una institución que ha cohesionado comunidades, sociedades y pueblos enteros.

177. Sin perjuicio de su importancia trascendental, la Corte también hace notar que la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Por ejemplo, hasta hace algunas décadas, todavía se consideraba legítimo distinguir entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio³⁴³. Asimismo, las sociedades contemporáneas se han desprendido de nociones estereotipadas respecto de los roles que los integrantes de una familia deben asumir, muy presentes en las sociedades de la región al momento de la creación de la Convención. En ocasiones, la evolución de estas nociones ha ocurrido mucho antes que la legislación de un Estado se adapte a las mismas³⁴⁴.

178. En conjunción con lo anterior, la Corte observa que en la actualidad existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio³⁴⁵. En este sentido, este Tribunal ha opinado que:

“[...] [L]a definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello

³⁴³ Cfr. TEDH, *Caso Marckx Vs. Belgica*, No. 6833/74, Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 14.

³⁴⁴ Por ejemplo, en Guatemala, para el año 1998 aún se encontraban vigentes normas del Código Civil que disponían que una mujer casada sólo podía ejercer una profesión o tener un empleo cuando ello no perjudicase “sus funciones de madre y ama de casa”. Guatemala, Código Civil, Decreto-Ley No. 106, de 14 de septiembre de 1963, artículos 113 y 114. Asimismo, el artículo 109 del Código Civil confería al marido la representación conyugal, y el artículo 131 facultaba al esposo para administrar el patrimonio conyugal. Además, el artículo 110 se refería a las responsabilidades dentro del matrimonio, confiriéndole a la esposa “el derecho y la obligación” especial de cuidar de los hijos menores y del hogar. Estas disposiciones fueron derogadas o reformadas por los Decretos No. 80-98 del Congreso de 23 de diciembre de 1998, y 27-99 del Congreso de la República de 30 de agosto de 1999. De la misma manera, en Nicaragua, el artículo 151 del Código Civil establecía que “[e]l marido es el representante de la familia, y en su defecto la mujer”, además, el artículo 152 indicaba que “[e]l marido está obligado a vivir con su mujer y ésta a vivir con su marido y a seguirle donde quiera que traslade su residencia”. Estas normas fueron derogadas por los artículos 79 a 82 y 671 del Código de Familia, Ley 870 del 26 de agosto de 2014. Por su parte, el Código Civil Paraguayo Ley No. 1183/85, 18 de diciembre de 1985 determinaba en su artículo 158 que “[s]erá necesaria la conformidad de ambos cónyuges para que la mujer pueda realizar válidamente los actos siguientes: a) ejercer profesión, industria o comercio por cuenta propia, o efectuar trabajos fuera de la casa; b) dar sus servicios en locación; c) constituir sociedades colectivas, de capital e industria, o en comandita, simple o por acciones; d) aceptar donaciones; e) renunciar a título gratuito por actos entre vivos, de los bienes que ella administre. En todos los supuestos en que se exija el acuerdo del marido, si éste lo negare, o no pudiere prestarlo, podrá la mujer requerir al juez la debida autorización, quien la concederá cuando la petición respondiere a las necesidades o intereses del hogar”, adicionalmente el artículo 195 establecía que “[e]l marido es el administrador de los bienes de la comunidad, salvo las excepciones previstas en este Capítulo”. Las anteriores disposiciones fueron derogadas a través de la ley 1/92 del 25 de junio de 1992, artículo 98.

³⁴⁵ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 69 y 70; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 142, y TEDH, *Caso Elsholz Vs. Alemania*, No. 25735/94, Sentencia de 13 de julio de 2000, párr. 43, *Caso Keegan Vs. Ireland*, No. 16969/90, Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y Eur. Court H.R., *Caso Kroon y otros Vs. Holanda*, No. 18535/91, Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30. Al respecto, la Corte ha señalado que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 142

que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño [...]"³⁴⁶.

179. Para el Tribunal, no existe duda de que –por ejemplo– una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, en concordancia con lo expresado en el Capítulo VII de esta opinión, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues como fue mencionado con anterioridad (*supra* párr. 174), la Convención no protege un modelo único o determinado de familia.

180. Sin perjuicio de lo arriba descrito, el Tribunal Europeo ha señalado que existen algunas circunstancias que pueden ser relevantes para identificar la existencia de un vínculo familiar, tales como: la convivencia, el tiempo que ha durado la relación afectiva y si existe evidencia que las personas hayan demostrado su compromiso con la relación³⁴⁷. A pesar de ello, el Sistema de Naciones Unidas ha observado que "el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto"³⁴⁸.

181. Ante la imposibilidad de identificar un sentido corriente a la palabra "familia", el Tribunal observa que el contexto *inmediato*³⁴⁹ de los artículos 11.2 y 17.1 tampoco ofrece una respuesta satisfactoria. Por un lado, es claro que los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 17 se refieren exclusivamente a una modalidad de vínculo familiar, pero como fue constatado anteriormente, la protección a los vínculos familiares no se limita a relaciones fundadas en el matrimonio. Por su parte, los incisos 1 y 3 del artículo 11 de igual forma no ofrecen indicios adicionales para establecer los alcances de la palabra examinada.

182. En este sentido, con respecto al artículo 17.2 de la Convención, la Corte considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el "derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia", esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.

183. Como fue mencionado en el Capítulo V de la presente opinión, el contexto de un tratado comprende también, *inter alia*, el sistema jurídico al cual pertenecen las normas a ser interpretadas³⁵⁰. En este sentido, el Tribunal ha considerado que al dar interpretación a un

³⁴⁶ Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

³⁴⁷ Cfr. *Mutatis mutandi*, TEDH, *Caso X, Y And Z Vs. Reino Unido*, No. 21830/93, Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36, y *Caso Şerife Yiğit Vs. Turquía*, No. 3976/05), Sentencia de 2 de noviembre de 2010 párr. 96.

³⁴⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2. Asimismo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, 20 de septiembre de 2006, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, párrs. 15 y 19, y Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). *Derecho a la intimidad (artículo 17)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5.

³⁴⁹ Cfr. Organización Mundial del Comercio. *Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón (Estados Unidos Vs. India, Malasia, Pakistán, Tailandia)*. Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 116.

³⁵⁰ Cfr. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, párr. 43; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párr. 191, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 44.

tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste³⁵¹, sino también el sistema dentro del cual se inscribe³⁵², esto es, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos³⁵³.

184. Es por ello que la Corte ha estimado necesario que además de tener en cuenta todas las disposiciones que integran la Convención Americana, se requiere verificar todos los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ella, por cuanto permiten verificar si la interpretación dada a una norma o término en concreto es coherente con el sentido de las demás disposiciones³⁵⁴. En este sentido, la Corte advierte que los artículos 5 y 6³⁵⁵ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 15³⁵⁶ del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" de 17 de noviembre de 1988, y el artículo XVII³⁵⁷ de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 15 de junio de 2016 contienen disposiciones análogas al artículo 17 de la Convención Americana.

185. Ninguno de los textos contiene una definición de la palabra "familia" o algún indicio de ello. Por el contrario, la formulación de las disposiciones citadas es más amplia. Así, la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador se refieren al derecho de "toda persona" de constituir una familia. Ninguno de esos instrumentos hace alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, ni hace mención específica a una modalidad de familia en particular. Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es aún más amplia, pues se refiere a "sistemas de familia" propios de los pueblos indígenas.

186. Ahora bien, la Corte constata que durante los trabajos preparatorios a la adopción de la Convención, no hubo discusión alguna que versara sobre si se debía considerar a las parejas del mismo sexo como una forma de familia. Esto, sin duda sucedió en atención al momento histórico en que dicha adopción ocurrió. No obstante, se podrían tener consideraciones

³⁵¹ El artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que: "2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) [t]odo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) [t]odo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado".

³⁵² El artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que: "3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: [...] c) [t]oda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".

³⁵³ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 113, y *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párr. 191.

³⁵⁴ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 45.

³⁵⁵ Artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar", y el artículo 6 señala que: "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".

³⁵⁶ Artículo 15 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Derecho a la Constitución y Protección de la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna [...]".

³⁵⁷ Artículo XVII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: "Familia indígena: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y protegerán las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional [...]".

similares respecto de otras modalidades familiares³⁵⁸, incluyendo aquellas en las cuales sus integrantes no asumen roles basados en estereotipos de género³⁵⁹.

187. A juicio del Tribunal, tales circunstancias hacen que la afirmación sostenida en reiteradas ocasiones por esta Corte³⁶⁰ y su par Europeo³⁶¹ adquiera especial fuerza y vigencia: los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales³⁶². De este modo, la interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Como fue establecido con anterioridad (*supra* párr. 58), la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

188. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará³⁶³.

189. En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de "familia" que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto

³⁵⁸ Por ejemplo, en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, la Corte observa que las delegaciones de los Estados de Chile, Argentina, Estados Unidos, Guatemala y Trinidad y Tobago tuvieron observaciones sobre la inclusión de la cláusula que finalmente fue adoptada en el artículo 17.5 de la Convención: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo". Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos. OEA/Ser.K/XVI/1.2, págs. 227 y 228. Véase asimismo: Observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, Doc. 7, 26 de septiembre de 1969, párr. 9. En sus observaciones, esos Estados plantearon que era necesario establecer excepciones al artículo 17.5, específicamente para la materia sucesoria. Las mismas no fueron tomadas en cuenta en el texto final.

³⁵⁹ Consta en los trabajos preparatorios que la delegación de República Dominicana señaló que "[e]l nuevo concepto de 'adecuada equivalencia de responsabilidades' [entre cónyuges] constitu[ía] una iniciativa interesante". Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos. OEA/Ser.K/XVI/1.2., Observaciones y Comentarios al Proyecto de Convención Sobre Protección De Derechos Humanos presentados por el Gobierno de la República Dominicana, pág. 63.

³⁶⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114, y *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, párr. 245.

³⁶¹ Cfr. TEDH, *Caso Tyrer Vs. Reino Unido*, No. 5856/72, Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

³⁶² Cfr. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, párr. 245.

³⁶³ Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica Vs. Nicaragua)*, Sentencia de 13 de julio de 2009, pág. 213, párrs. 64 y 66. La Corte señaló "[...] there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used — or some of them — a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to respect the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied. [...] It is founded on the idea that, where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is "of continuing duration", the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning".

y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"³⁶⁴, sin distinción alguna.

190. El vínculo afectivo que la Convención protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde su jurisprudencia más temprana, esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia³⁶⁵. La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas³⁶⁶.

191. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.

192. Por estas razones, la Corte coincide con su par Europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual³⁶⁷. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual (*supra* párr. 179). El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada.

193. Quienes redactaron y adoptaron la Convención Americana no presumían conocer el alcance absoluto de los derechos y libertades fundamentales allí reconocidos, motivo por el cual, la Convención le confiere a los Estados y a la Corte la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos. Así, la Corte considera no estar apartándose de la intención inicial de los Estados que pactaron la Convención; por el contrario, al reconocer este vínculo familiar el Tribunal se apega a dicha intención original.

194. Ahora bien, el Tribunal estima que la protección de esta modalidad familiar tiene dos vertientes. La primera, surge del artículo 1.1 de la Convención, el cual es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado (*supra* párr. 63). Asimismo, esta protección se extiende a todos los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos³⁶⁸ y, en general, a cualquier tratado

³⁶⁴ Opinión Consultiva OC-2/82, párr. 29; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 53, y Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 42.

³⁶⁵ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, párr. 68; *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 86, y *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 92. Más recientemente, *Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina*, párr. 98.

³⁶⁶ Cfr. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párrs. 62 y ss.

³⁶⁷ Cfr. TEDH, *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, No. 30141/04, Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 94, y *Caso Vallianatos y otros Vs. Grecia*, Nos. 29381/09 y 32684/09, Sentencia de 7 de noviembre de 2013, párr. 73.

³⁶⁸ Por ejemplo, el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas exige que los Estados establezcan y mantengan registros oficiales actualizados sobre sus detenidos, los cuales deberán estar a disposición de familiares. Asimismo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores cuenta con un amplio catálogo de disposiciones que amparan no sólo a la persona mayor, sino a sus familiares.

internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna cláusula de protección a la familia³⁶⁹.

195. La segunda vertiente de la protección a este tipo de modalidad familiar, remite al derecho interno de los Estados en virtud del artículo 24 de la Convención. Es decir, la "igual protección de la ley" respecto a todo el ordenamiento jurídico interno de un Estado y a su aplicación³⁷⁰ (*supra* párr. 64).

196. Al respecto, la Corte ya con anterioridad ha señalado que los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio No. 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte³⁷¹.

197. Del mismo modo, la Corte ha observado que existe una lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares. Estos aspectos incluyen –entre otros– impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos³⁷². Todo ello, a juicio del Tribunal, debe ser asegurado sin discriminación alguna a las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

198. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

³⁶⁹ Por ejemplo, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

³⁷⁰ *Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua*, párr. 186, y *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 94.

³⁷¹ *Cfr. Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 110. Asimismo, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007, Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección.

³⁷² *Cfr. Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 118. Asimismo, véase Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* No. 14-556. Argued April 28, 2015— 26 de junio de 2015.

199. En virtud de lo arriba descrito, en respuesta a la cuarta pregunta planteada por el Estado de Costa Rica, la cual se refiere a la protección de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, la Corte concluye que:

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (*supra* párr. 198).

B. Los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas

200. Con el objeto de responder a la quinta pregunta presentada por el Estado de Costa Rica, el Tribunal considera pertinente examinar cuál ha sido la práctica internacional relevante para asegurar los derechos derivados del vínculo familiar entre parejas del mismo sexo. Es así como en el presente apartado, la Corte se referirá a algunas de las medidas de orden legislativo, judicial y administrativo que han sido emprendidas para tal efecto.

201. Esta Corte constató en el caso *Duque Vs. Colombia* que diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario³⁷³.

202. Además, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes. Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben de abstener de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención³⁷⁴; por la otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados. Estas obligaciones implican el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos³⁷⁵. Estas obligaciones se configuran y deben manifestarse de diferentes formas, dependiendo del derecho del cual se trate. Es evidente, por ejemplo, que para asegurar la igualdad y no discriminación *de jure* y *de facto* no se requiere de los mismos actos por parte del Estado, que para asegurar el ejercicio de la libertad de expresión. Aunado a ello, se encuentra la obligación general contenida en el artículo 2 que requiere a los Estados adecuar su derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

³⁷³ Cfr. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 113 a 119.

³⁷⁴ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, párr. 139, y *Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párr. 130.

³⁷⁵ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 189, y *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 207.

203. En el marco del sistema de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que es deber de los Estados asegurar que la legislación no resulte discriminatoria contra las formas no tradicionales de unión³⁷⁶ y ha indicado por ejemplo que las diferencias de trato en el otorgamiento de prestaciones por jubilación a una pareja del mismo sexo constituyen una violación del derecho a estar libre de discriminación³⁷⁷. Asimismo, tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷⁸, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³⁷⁹ han exhortado a los Estados a posibilitar el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha encontrado que para el año 2015, 34 Estados ofrecían a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio o de establecer una unión civil, con varias de las prestaciones y los derechos del matrimonio³⁸⁰.

204. Por otro lado, esta Corte observa que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el caso *Karner Vs. Austria*, que “el objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo”³⁸¹. Así, el Tribunal Europeo reconoció el derecho del conviviente sobreviviente de una pareja del mismo sexo para no ser desalojado de la vivienda en calidad de sucesor de la tenencia del inmueble, calidad que la ley austríaca le confería a la persona que goza del estatus de “compañero/a permanente” (“life companion”). El Tribunal Europeo señaló que la interpretación realizada por la Suprema Corte de Austria de la ley de arrendamiento interna contradecía lo estipulado en el artículo 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo en relación con el artículo 8 (protección de la vida familiar) de dicho instrumento. El Tribunal Europeo reiteró dicho razonamiento jurídico en el caso *Kozac Vs. Polonia*³⁸².

205. En el mismo sentido de lo expresado, la jurisprudencia Europea ha establecido que bajo los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo, no son admisibles distinciones basadas en la orientación sexual de las parejas para permitirles el acceso a seguros de salud de los cónyuges no asegurados³⁸³. En el caso *Vallianatos y Otros Vs. Grecia* de 2013, la Gran Sala encontró que el Estado había violado dichos artículos puesto que la legislación que permitía registrar formalmente una unión civil, sólo estaba prevista para parejas heterosexuales³⁸⁴. En una decisión posterior del año 2015, en el caso *Oliari y Otros Vs. Italia*, el Tribunal Europeo

³⁷⁶ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Irlanda, 30 de julio de 2008, CCPR/C/IRL/CO/3, párr. 8.

³⁷⁷ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Young Vs. Australia*, 18 de septiembre de 2003, CCPR/C/78/D/941/2000, párr. 10.4, y *X Vs. Colombia*, CCPR/C/89/D/1361/2005, párr. 9.

³⁷⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Bulgaria, 11 de diciembre de 2012, E/C.12/BGR/CO/4-5, párr. 17, y Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Eslovaquia, 8 de junio de 2012, E/C.12/SVK/CO/2, párr. 10.

³⁷⁹ Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Serbia, 30 de julio de 2013, CEDAW/C/SRB/CO/2-3, párr. 39.d.

³⁸⁰ Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 67.

³⁸¹ TEDH, *Caso Karner Vs. Austria*, No. 40016/98, Sentencia de 24 de julio de 2003, párr. 41 (“The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people”).

³⁸² Cfr. TEDH, *Caso Kozak Vs. Polonia*, No. 13102/02, Sentencia de 2 marzo 2010, párr. 99.

³⁸³ Cfr. TEDH, *Caso P.B. y J.S. Vs. Austria*, No. 18984/02, Sentencia de 22 de julio de 2010, párrs. 40 a 44.

³⁸⁴ Cfr. TEDH, *Caso Vallianatos y otros Vs. Grecia*, Nos. 29381/09 y 32684/09, Sentencia de 7 de noviembre de 2013, párrs. 90 a 92.

estableció nuevamente una violación al artículo 8 del Convenio en tanto la legislación italiana no permitía a las parejas del mismo sexo acceder a ningún tipo de unión civil³⁸⁵.

206. En el caso de la Ciudad de México está permitida la "sociedad de convivencia" de las parejas del mismo sexo desde el año 2006³⁸⁶ y el matrimonio desde 2009³⁸⁷. A nivel Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: "La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de[l] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional". La Suprema Corte señaló que pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial o con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso a dicha institución a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción fue considerada discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como "entre un solo hombre y una sola mujer". La Suprema Corte estimó que dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión y "recordó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual"³⁸⁸.

207. En Uruguay, desde el año 2007, existe una Ley sobre la Unión Concubinaría que se aplica a las parejas del mismo sexo que incluye a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia a las personas que hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida en unión concubinaría de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual³⁸⁹. Posteriormente, desde el 2013, Uruguay adoptó el matrimonio de las parejas del mismo sexo³⁹⁰.

208. En el caso de Argentina, la ciudad de Buenos Aires autorizó la unión civil de las parejas del mismo sexo desde el año 2002³⁹¹. A nivel nacional, el matrimonio de las parejas del mismo sexo es legal desde el año 2010³⁹². La ley precisa que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo"³⁹³.

³⁸⁵ Cfr. TEDH. *Caso Oliari y Otros Vs. Italia*, Nos. 18766/11 y 36030/11, Sentencia de 21 de julio de 2015, párr. 185.

³⁸⁶ Cfr. México. México DF, Asamblea legislativa del Distrito Federal, Ley de sociedad de convivencia para el Distrito Federal, 16 de noviembre de 2006.

³⁸⁷ Cfr. México. México DF, Código civil para el Distrito Federal, párrs. 2, y 146 y ss.

³⁸⁸ México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015.

³⁸⁹ Cfr. Uruguay, Ley No. 18.246, "Unión Concubinaría", 27 de Diciembre de 2007, Artículo 14. Agregase al artículo 25 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995, el siguiente literal: Las concubinas y los concubinos, entendiéndose por tales las personas que, hasta el momento de configuración de la causal, hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaría de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual y que no resultare alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 91 del Código Civil".

³⁹⁰ Cfr. Uruguay, Ley No. 19.075, aprobada por el Parlamento el 10 de abril 2013 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 3 de mayo 2013.

³⁹¹ Cfr. Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Ley No. 1004, 12 diciembre de 2002.

³⁹² Cfr. Argentina. Ley No. 26.618: "matrimonio civil", sancionada el 15 de Julio de 2010, promulgada el 21 de Julio de 2010.

³⁹³ Argentina. Ley No. 26.618, artículo 2 que sustituye el artículo 172 del Código Civil.

209. En Brasil, el 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal garantizó a las parejas de mismo sexo los mismos derechos que los de las parejas heterosexuales³⁹⁴. Asimismo, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia declaró que no es posible negar el matrimonio o las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo sobre la base del principio de no discriminación³⁹⁵.

210. Del mismo modo, en Chile, a partir de abril de 2015 cobró vigencia la ley que crea el acuerdo de unión civil que beneficia a parejas del mismo sexo, quienes en caso de suscribir dicho acuerdo pasan a estar relacionadas por un parentesco de afinidad. Esa unión de convivencia civil genera efectos patrimoniales y no patrimoniales (artículos 14 a 12)³⁹⁶.

211. Asimismo, en Ecuador, la unión de hecho de parejas del mismo sexo fue reconocida en el año 2015 a través de una reforma del código civil³⁹⁷. Desde el año 2014 una resolución de la dirección general de registro civil, identificación y cedulaación permitía la inscripción en el registro civil de una unión de hecho³⁹⁸.

212. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-577-11, que "las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual"³⁹⁹. Más adelante, el 7 de abril de 2016 la Corte Constitucional reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En esa oportunidad, la Corte señaló que no había motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Finalmente, la Corte ha enfatizado que la familia conformada por personas del mismo sexo es, como las demás, "institución básica y núcleo fundamental de la sociedad", por lo que "merece la protección de la sociedad misma y del Estado"⁴⁰⁰.

213. En Canadá, desde el 20 de julio de 2005 se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel federal⁴⁰¹. Sin embargo, esa disposición ya había sido adoptada en varios Estados canadienses con anterioridad a esa fecha⁴⁰². Por otro lado, la Suprema Corte de

³⁹⁴ Cfr. Brasil. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) No. 4277, 5 de mayo de 2011.

³⁹⁵ Cfr. Brasil. Conselho Nacional de Justiça, Resolução No. 175, 14 de mayo de 2013.

³⁹⁶ Cfr. Chile. Ley No. 20.830: Del acuerdo de Unión civil y de los convivientes civiles, promulgada el 13 de abril de 2015 y publicada el 21 de abril de 2015.

³⁹⁷ Cfr. Ley Reformatoria al Código Civil, 19 de junio de 2015-10-06.

³⁹⁸ Cfr. Ecuador. Dirección del Registro Civil. Resolución No. 0174.

³⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577-11.

⁴⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C238-12 y SU-214/16.

⁴⁰¹ Cfr. Canadá. Canadá Civil Marriage Act (full title: "An Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes"), 20 de julio de 2005.

⁴⁰² Cfr. Ontario. Corte de apelaciones. *Halpern Vs. Canada*, 10 de junio de 2003; Columbia Británica. Corte de apelaciones. *Barbeau Vs. British Columbia*, 8 de julio de 2003; Quebec. Corte de apelaciones. *Catholic Civil Rights League Vs. Hendricks*, 19 de marzo de 2004; Yukon. Suprema Corte del territorio del Yukon. *Dunbar & Edge Vs. Yukon*, 14 de julio de 2004; Manitoba. Corte del Banco de la Reina. *Vogel et al. Vs. Attorney General of Canada*, 16 de septiembre de 2004; Suprema Corte de Nueva Escocia. *Boutilier Vs. Nova Scotia*, 24 de septiembre de 2004; Saskatchewan. Corte del Banco de la Reina (División de Derecho de Familia). *N.W. Vs. Canada*, 5 de noviembre de 2004; Terranova y Labrador. Corte Suprema. *Pottle et al. Vs. Attorney General of Canada et al*, 21 de diciembre de 2004; Nuevo Brunswick. Corte del Banco de la Reina. *Harrison Vs. Canada*, 23 de junio de 2005.

Justicia de Estados Unidos reconoció que el derecho al casarse le asistía también a las parejas del mismo sexo⁴⁰³.

214. Existen, además, otros mecanismos de protección de los derechos que derivan del vínculo familiar entre parejas del mismo sexo, que no crean figuras jurídicas en particular, sino que se refieren a derechos o instituciones jurídicas que operan en campos específicos. Así, por ejemplo, la Corte observa que algunos Estados han emprendido acciones que buscan proteger el derecho a la salud, a la seguridad social en pensiones, a la extensión de la obligación de alimentos entre los miembros de la pareja y a los derechos hereditarios, entre otros. Tal es el caso de Costa Rica, que por medio de actos administrativos ha dado acceso a beneficios familiares del seguro social a parejas del mismo sexo⁴⁰⁴. Del mismo modo, ha dado acceso al régimen de "Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social" que permite que tengan acceso a beneficios de pensión por fallecimiento de una de las personas que integran la pareja⁴⁰⁵.

215. Colombia por medio de sucesivas sentencias de la Corte Constitucional extendió el reconocimiento de una serie de derechos derivados de vínculos familiares a parejas del mismo sexo, sobre la base del reconocimiento al derecho a la identidad, a la dignidad humana y a la no discriminación⁴⁰⁶. De esta manera, en materia de salud se extendió la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud a las parejas del mismo sexo⁴⁰⁷, se reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo⁴⁰⁸, y se reconocieron, a su vez, los derechos sucesorios de las personas que viven en Unión Marital de Hecho⁴⁰⁹.

216. En Argentina, desde el año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo⁴¹⁰. En 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo a partir de la muerte de su pareja⁴¹¹. En Brasil, por su parte, el 10 de diciembre de 2010, se reconoció por un decreto ejecutivo el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de uno de los cónyuges⁴¹².

217. De conformidad con lo anterior, la Corte observa que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo. Como fue mencionado con anterioridad, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos.

218. En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por

⁴⁰³ Cfr. Estados Unidos de América. Corte Suprema de Justicia, Caso *Obergefell et al. Vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al*, No. 14-556. Argued April 28, 2015— 26 de junio de 2015.

⁴⁰⁴ Cfr. Costa Rica. Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), Junta Directa, Acuerdo No. 47.069 de 22 de mayo de 2014. Véase asimismo, Decreto Ejecutivo N° 38999 de 15 de mayo de 2015.

⁴⁰⁵ Cfr. Costa Rica. Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), Junta Directa, Acuerdo No. 59.994 de 30 de junio de 2016.

⁴⁰⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007.

⁴⁰⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007.

⁴⁰⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008.

⁴⁰⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-283 de 2011.

⁴¹⁰ Cfr. Argentina. Administración Nacional de la Seguridad Social, Resolución No.671/2008 de la ANSeS sobre pensión para viudos/as de parejas del mismo sexo, 19 de agosto de 2008.

⁴¹¹ Cfr. Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "P., A. c/ ANSeS s/ pensiones", 28 de junio de 2011.

⁴¹² Cfr. Brasil. Superintendência Nacional De Previdência Complementar, Portaria N° 941, 9 de diciembre de 2010.

extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo – incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

219. Por otra parte, la Corte reitera su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido⁴¹³ (*supra* párr. 83).

220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad (*supra* párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.

221. La Corte advierte que para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social⁴¹⁴. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear.

222. Por otro lado, el significado de la palabra “matrimonio” al igual que la de “familia” ha variado conforme al paso de los tiempos (*supra* párr. 177). Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología.

223. Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico⁴¹⁵. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro⁴¹⁶.

⁴¹³ Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 92, *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 123, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 124.

⁴¹⁴ Véase al respecto, Suprema Corte de Justicia de México, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015.

⁴¹⁵ Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214/16.

⁴¹⁶ Véase al respecto, Corte Constitucional de Sudáfrica. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC), Sentencia de 1 de diciembre de 2005.

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados "normales" en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados "anormales" según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.

225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17)⁴¹⁷. Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (*supra* párr. 33).

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.

228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si 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, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por

⁴¹⁷ Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214/16.

personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.

IX OPINIÓN

229. Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1.1, 2, 11, 17, 18 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

LA CORTE,

DECIDE

por unanimidad, que:

1. Es competente para emitir la presente opinión consultiva, en los términos establecidos en los párrafos 13 a 29.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad, que:

2. El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género auto-percibida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116.

por unanimidad, que:

3. Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. El procedimiento que mejor se adecua a esos elementos es el procedimiento o trámite materialmente administrativo o notarial. Los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona, en los términos establecidos en los párrafos 117 a 161.

por unanimidad, que:

4. El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.

por unanimidad, que:

5. El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza administrativa el cual puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.

por unanimidad, que:

6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199.

por unanimidad, que:

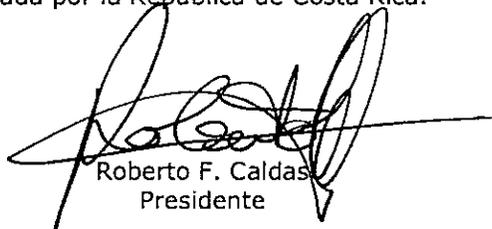
7. El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218.

por seis votos a favor y uno en contra, que:

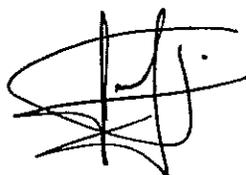
8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

El juez Humberto Antonio Sierra Porto hizo conocer a la Corte su voto individual concurrente, y el juez Eduardo Vio Grossi su voto individual parcialmente disidente, los cuales acompañan esta opinión consultiva.

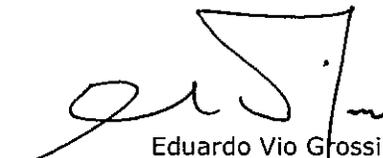
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de Noviembre de 2017. Solicitada por la República de Costa Rica.



Roberto F. Caldas
Presidente



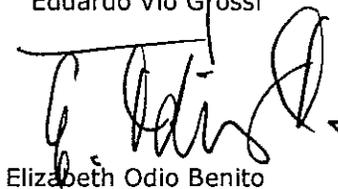
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot



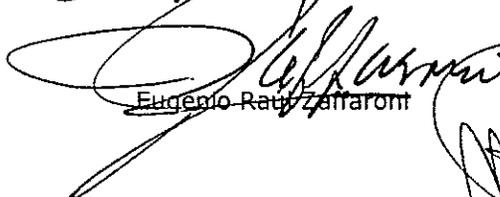
Eduardo Vio Grossi



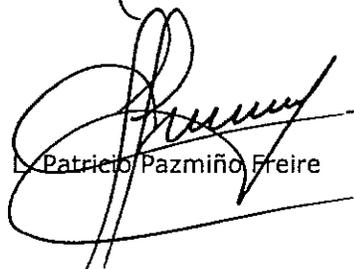
Humberto Antonio Sierra Porto



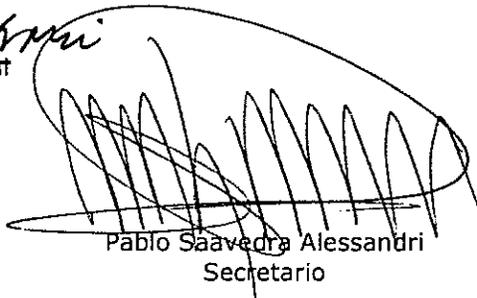
Elizabeth Odio Benito



Eugenio Raúl Zaffaroni

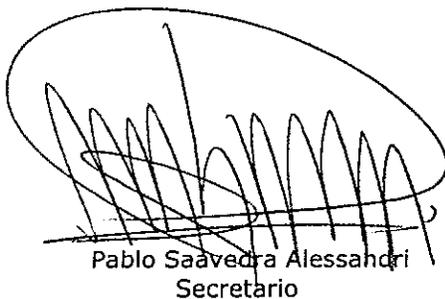


Patricio Pazmiño Freire

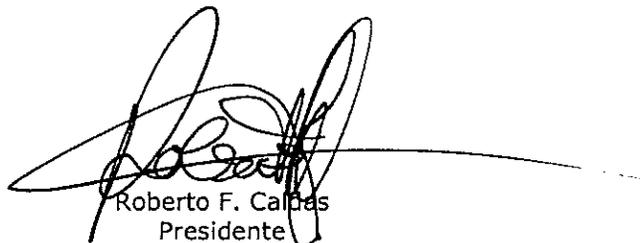


Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,



Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



Roberto F. Caldas
Presidente



**VOTO INDIVIDUAL DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17
DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017,
SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.
IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
A PAREJAS DEL MISMO SEXO.**

(OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS))

INTRODUCCIÓN.

1. Se emite el presente voto individual¹ a la Opinión Consultiva indicada en el título², a fin de expresar las razones tanto por las que se coincide, en los términos que más adelante se indican, con 7 de sus Decisiones, como por las que se discrepa de lo expresado en la que figura como su 8ª Decisión³. Aquellas procuran facilitar la comprensión tanto de las respuestas que se suministra a las "preguntas específicas"⁴ planteadas por Costa Rica⁵ en la solicitud de autos, como de la disidencia que se plantea en cuanto a la mencionada 8ª decisión. Adicionalmente, se aprovecha esta oportunidad para señalar los motivos por los que se coincide en la alusión que en la OC 24 se hace al control de convencionalidad.

¹ Art.66.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual."
Art. 75.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Todo Juez que haya participado en la emisión de una opinión consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte, su voto concurrente o disidente, el cual deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la comunicación de la opinión consultiva. Para su publicación se aplicará lo dispuesto en el artículo 32.1.a de este Reglamento."

En adelante, cada vez que se aluda a "la Convención" se entenderá que es a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Igualmente, en lo sucesivo, cuando se haga referencia a un artículo, sin otra referencia, se debe entender que corresponde a uno de la Convención.

² En adelante, la OC 24. Y asimismo, en lo que sigue, cada vez que se señale en las notas a pie de página a un párrafo, se empleará la abreviatura "párr." y se entenderá que corresponde a la OC 24.

³ "De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228 de esta Opinión Consultiva."

⁴ Art.72.1.b., del mismo Reglamento: "La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar: ...b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte;..."

⁵ En adelante, el Estado. (506) 2527 1600 - Fax: (506) 2280 5074 • Apdo. 6906-1000, San José, Costa Rica
corteidh@corteidh.or.cr • www.corteidh.or.cr

2. Y obviamente, antes de proceder a ello, es indispensable reiterar lo que se ha expresado en otras oportunidades, en orden a que este parecer se formula, por una parte, con pleno y absoluto respeto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶ y sus integrantes y por la otra, como una demostración evidente del diálogo y de la diversidad de pareceres que existe en su interior, todo ello, consecuentemente, en vista a una mejor comprensión de su función y del desarrollo de su jurisprudencia y de los derechos humanos⁷.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

A. OBSERVACIONES GENERALES.

3. Como primera observación preliminar, procede reiterar que la Corte ha sido convencionalmente establecida como una instancia autónoma, lo que le demanda ser estricta en el ejercicio de su competencia. En tal sentido, ella debe proceder conforme, entre otras consideraciones, al principio de derecho público de que únicamente puede hacer lo que la norma le permite.

4. También parece necesario recordar que la Corte ejerce sus competencias, tanto contenciosa⁸ como consultiva o no contenciosa⁹, conforme al Derecho Internacional Público y, en especial, el Derechos Internacional de los Derechos Humanos, manifestado en la Convención. No lo hace, pues, de acuerdo al Derecho Nacional de los Estados americanos. En el ejercicio de las referidas competencias, este último es considerado sea como un mero hecho del que se pueden desprender consecuencias jurídicas para el respectivo Estado sea como un acto que forma o da cuenta de una costumbre internacional o de un principio general de derecho, vale decir, de una de las otras dos fuentes autónomas del Derecho Internacional, que, junto con los tratados¹⁰, lo crea.

⁶ En adelante, la Corte.

⁷ *Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vío Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).*

⁸ Art.62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "*La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*"

⁹ Art. 64: "*1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.*
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales."

¹⁰ Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "*1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*
a.- las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b.- la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c.- los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d.- las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59."

5. Asimismo, cabe destacar que los asuntos respecto de los que la Corte ejerce sus competencias, pueden comprender también aspectos que integran la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, también conocida como dominio reservado y, en otras latitudes, como margen de apreciación de los Estados. La citada jurisdicción se encuentra contemplada en la Carta de las Naciones Unidas¹¹, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos¹² y aunque de manera más indirecta, también en la Convención¹³.

6. La jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado implica, por una parte, que el Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no abarca a todas las actividades de los sujetos de derecho internacional y, particularmente, de los Estados¹⁴, y por la otra, que en cuanto a las que no regula o los aspectos que no comprende de las acciones u omisiones estatales, el respectivo Estado goza de la competencia y autonomía para hacerlo¹⁵. De allí se desprende que, en el referido ejercicio, la Corte debe considerar dicha institución jurídica como aun real en la estructura jurídica internacional, aunque no con la misma amplitud e intensidad que antaño.

7. Igualmente, es menester reiterar que a la Corte no le corresponde, en el ejercicio de sus competencias, modificar la Convención, por lo que su jurisdicción consultiva o no contenciosa no

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.

Esta disposición no contempla a los actos jurídicos unilaterales y a las resoluciones de organizaciones internacionales declarativas de derecho, como fuente autónoma los primeros y en tanto fuente auxiliar las segundas.

¹¹ Art.2.7: *"Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII"*.

¹² Art.1, inc.2: *"La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros."*

¹³ Preámbulo, 2º párr.: *"Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;"*

¹⁴ *"La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva del Estado, es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el estado actual del desarrollo del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado"*. Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos, Serie B Nº 4 Pág. 24.

¹⁵ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art.1: *"A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention."*

debe transformarse en el ejercicio de la función normativa, la que, en general, está expresamente conferida a los Estados¹⁶ y en caso de la Convención, a sus Estados Partes¹⁷.

8. Al efecto, es conveniente llamar la atención acerca de que, si la Corte asumiera, tácita o expresamente, la función normativa interamericana bajo el amparo del ejercicio de su función de interpretar la Convención, podría afectar seriamente el derecho de los Estados a formular reserva de la norma convencional interpretada.

9. Del mismo modo, es preciso tener en cuenta que la función de interpretación consiste en determinar el sentido y alcance de una disposición que admite dos o más posibilidades de aplicación y, por ende, indicando la que es procedente. A ello precisamente se dirigen las normas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esto es, a determinar la voluntad de los Estados Partes empleando de manera armónica y simultáneamente el principio de buena fe, los términos de los mismos, en el contexto de éstos y el objeto y fin perseguido. Ninguno de esos criterios o métodos de interpretación puede omitirse y tampoco privilegiarse. El resultado de esa operación no consiste, por lo tanto, en expresar lo que desee que la norma disponga, sino lo que efectiva y objetivamente establece.

10. Asimismo, este escrito se sustenta en la convicción, por una parte, de que lo que le corresponde a la Corte en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa es

¹⁶ Art. 39 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.

Art.40 de la misma Convención: "Enmienda de los tratados multilaterales. 1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, la enmienda de los tratados multilaterales se regirá por los párrafos siguientes.

2. Toda propuesta de enmienda de un tratado multilateral en las relaciones entre todas las partes habrá de ser notificada a todos los Estados contratantes, cada uno de los cuales tendrá derecho a participar:

a) en la decisión sobre las medidas que haya que adoptar con relación a tal propuesta;

b) en la negociación y la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado.

3. Todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado estará también facultado para llegar a ser parte en el tratado en su forma enmendada.

4. El acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado no obligará a ningún Estado que sea ya parte en el tratado que no llegue a serlo en ese acuerdo, con respecto a tal Estado se aplicará el apartado b) del párrafo 4 del artículo 30.

5. Todo Estado que llegue a ser parte en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado será considerado, de no haber manifestado ese Estado una intención diferente:

a) parte en el tratado en su forma enmendada; y

b) parte en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado."

¹⁷ Art. 31: "Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

Art.76:"1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación."

Art. 77:"1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo."

únicamente¹⁸ sea “interpretar” la Convención u otros tratados sobre derechos humanos sea determinar la “compatibilidad” de una ley interna con tales instrumentos¹⁹, y por la otra, que, en consecuencia y por esencia, la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Partes de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos²⁰, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta.

11. Así, en autos se trata, por ende, del ejercicio de una competencia distinta a la contenciosa, en la que a la Corte le corresponde “aplicar e interpretar”²¹ la Convención, resolviendo una controversia, siendo el fallo obligatorio para los Estados Partes de la causa de que se trate²². Por el contrario, con la opinión consultiva no se decide “que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención” ni, por tanto, se dispone “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” ni que, si “fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”²³.

12. En la opinión consultiva, por el contrario, se responde a una consulta “acerca de la interpretación de (la) Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” o se da una opinión “acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y” los señalados instrumentos internacionales. La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien en convencer. Su condición de no vinculante es la principal diferencia con la competencia contenciosa y es lo que fundamentalmente la caracteriza.

13. En definitiva, las opiniones consultivas son concebidas en la Convención como pronunciamientos que permiten advertir a los Estados del riesgo que asumen, llegado el caso, de que se les reclame y se declare su responsabilidad si su proceder no se ajusta a aquellos²⁴. Es eso

¹⁸ A la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, la Comisión, le corresponde, de acuerdo al art. 41, “la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”.

¹⁹ Nota N° 9. En lo sucesivo, cada vez que se indique “Nota”, se entenderá que se refiere a la nota de pie de página correspondiente.

²⁰ En adelante, OEA.

²¹ Nota N° 8.

²² Art. 68: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”

²³ Art.63.1.: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

²⁴ Voto individual del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú, Sentencia de 23 de Noviembre de 2017, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

precisamente lo que se afirma en la OC 24, reiterando lo sostenido en otras en ocasiones²⁵, en cuanto al control de convencionalidad realizado a través de una Opinión Consultiva, esto es, que:

*"a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la protección a personas LGBTI y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos."*²⁶

14. En ese orden de ideas, implícitamente se señala que dicho control reposa, en mayor medida que las resoluciones o fallos vinculantes u obligatorios de la Corte, en la sabiduría, imparcialidad y justicia que deben emanar de sus pronunciamientos.

15. Ello importa, en consecuencia, que las opiniones consultivas que versan sobre la interpretación de la Convención u otros tratados, no deben, por naturaleza, referirse a un caso en particular sino a situaciones que conciernan a la mayoría o a todos los Estados miembros de la OEA, por lo que, por su propia naturaleza, se formulan en términos generales y aún abstractos.

16. De allí se colige que se puede compartir una opinión consultiva, aunque no lo sea en todos y exactos y precisos términos que ella emplee o por todos los fundamentos que exprese sobre cada asunto que aborde.

B. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA OC 24.

17. En lo pertinente específicamente a la OC 24, habría que indicar, por de pronto, que el objeto de la consulta era *"el reconocimiento del cambio de nombre a de acuerdo (o partir de la) identidad de género"* y *"de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo"*. En efecto, ello deriva tanto de las *"preguntas específicas"*²⁷ formuladas de conformidad a lo

²⁵ Párr. 31 OC 21.

²⁶ *Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados de Petroperú, del Ministerio de Educación, del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Empresa Nacional de Puertos Vs. Perú, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).*

²⁷ "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?

2. 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?;

3. ¿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?

4. 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

establecido en el artículo 70.1 del recién citado Reglamento²⁸ como de la finalidad del pronunciamiento que se requiere de la Corte²⁹.

18. En segundo término, procede igualmente llamar la atención acerca de que tanto en la petición de consulta como en la OC 24, se alude al derecho a la no discriminación u obligación convencional de no discriminación. En la primera, en lo que dice relación con la identidad de género de las personas y la segunda, en lo que respecta a las personas LGTBI. Y ello se hace invocando lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención³⁰.

19. Se colige de la norma recién citada, que la obligación que establece dice relación con todos "los derechos y libertades reconocidos en" la Convención. También se desprende de aquella que la citada obligación lo es respecto de "toda persona (que) esté sujeta a" la jurisdicción del Estado de que se trate, es decir, de acuerdo al artículo 1.2, lo es en relación a "todo ser humano" que se encuentre bajo el control efectivo del Estado, por cualquier causa que sea. Y también se desprende de la transcrita disposición que la señalada obligación no puede ser restringida, cualquiera sea la "condición social" o categoría o situación especial en que se halle una persona³¹.

20. En definitiva, por lo tanto, lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención rige en lo que respecta a todas las personas, entre las que indudable e indiscutidamente se deben entender comprendidas las personas LGTBI.

21. Pues bien, para una cabal comprensión de lo contemplado en el referido artículo, parece menester precisar, lo más posible, el concepto de discriminación.

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

5. 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?"

²⁸ "Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte." *Supra* nota N° 3.

²⁹ Párr.1: "..."(e)l Estado "presentó la solicitud de Opinión Consultiva con el fin de que el Tribunal se pronuncie sobre:

a.[L]a 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.[L]a 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.[L]a 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".

³⁰ "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".

³¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 23ª.Edición en línea, "2.f.Condición social de unas personas respecto de las demás."

22. La Corte ha hecho suyo³² el concepto de discriminación proporcionado por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según tal concepto, una distinción, exclusión, restricción, preferencia o diferencia de trato que se establezca será discriminación siempre y cuando ello tenga *“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”*. Ergo, si no tiene dicho objeto o resultado, no constituiría discriminación y sería, por ende, permitida.

23. Por otra parte, es de destacar que el citado concepto de discriminación corresponde a lo que en el Diccionario de la Real Academia Española se entiende por él, vale decir, *“seleccionar excluyendo”* y *“dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.”*³³ Es en definitiva, por ende, la desigualdad en el trato por los motivos indicados lo que caracteriza a la discriminación.

24. De allí, por lo tanto, que la discriminación solo se concibe si, a personas que se encuentran en una misma o igual condición o situación jurídica, se les trata de manera distinta, afectando, así, el ejercicio o goce de sus derechos humanos. En tal orden de ideas se podría decir, por ejemplo, que si a niños o mujeres se les concediera un trato diferente de los que se le dan, respectivamente, a otros niños³⁴ u otras mujeres³⁵, afectando el reconocimiento o goce de sus derechos humanos, habría discriminación.

25. Lo anterior implica, en consecuencia, que puede haber diferencias en la situación de las personas, lo que repercutiría en relación a los derechos humanos. Al efecto la Corte ha afirmado:

*“que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”*³⁶, por lo que *“no pueda 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 esas 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.”*³⁷

³² *“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”*. Párr.62.

³³ 23ª.Edición en línea.

³⁴ Art. 19: *“Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

³⁵ Art. 4.5: *“No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.”*

³⁶ OC-4/84 cit. párr. 56.

³⁷ *Idem*, párr. 57.

26. Pues bien, el tema planteado en autos dice relación con que si la Convención permite que se haga una diferencia o distinción de trato o de tratamiento del Estado respecto de personas en cuanto al *"cambio de nombre ..., de acuerdo con la identidad de género de cada una"* o *"a partir de su identidad de género"* y al reconocimiento de *"todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo"*.

27. A este respecto, parece útil subrayar que en la consulta en comento no se demanda un pronunciamiento acerca del concepto y alcance de la identidad de género en tanto categoría protegida por la Convención, en otras palabras, no se solicita una interpretación en cuanto a la identidad de género según disposiciones convencionales. Por el contrario, el Estado afirma que *"la identidad de género ya fue reconocida por la Corte como una categoría de discriminación protegida por la Convención"*³⁸, lo que es ratificado por la OC 24³⁹.

28. Es decir, de acuerdo a la señalada petición, se debía entender que el reconocimiento de la identidad de género como categoría protegida por la Convención, ya aconteció, que es, por lo tanto, un hecho, que se da por supuesto sobre la base del que se requirió la OC 24 y, por ende, no sujeto a discusión. Es por ese motivo que no era, pues, indispensable que OC 24 se refiriera a la identidad de género en los términos que lo hace⁴⁰, máxime cuando no alteró su parecer expresado con anterioridad⁴¹.

29. Con todo, cabe hacer notar que en la oportunidad del mencionado reconocimiento, no se citó ningún tratado o instrumento jurídico vinculante para los Estados Miembros de la OEA que incluyera el término de identidad de género y que en la OC 24 se mencionan, al respecto, a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, del 2015, que el 11 de enero de 2017 entró en vigencia únicamente para los ocho Estados Americanos que la han ratificado y a la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, de 2013, la que, sin embargo, no ha sido, a la fecha, ratificada por ningún Estado americano.

30. Ahora bien, sin perjuicio de lo expresado, es menester señalar que la *"condición social"* a que se refiere el artículo 1.1. de la Convención, incluyendo en ella a la identidad de género, es una cuestión de hecho, vale decir, que se debe considerar de conformidad a cómo existe en la realidad, del mismo modo que acontece, por ejemplo, con *"la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas, el origen nacional o social, la posición o el nacimiento."* Las normas pueden regular o regulan estos aspectos de la vida de las personas, pero no las crean.

³⁸ Párr.2.

³⁹ Párr.78.

⁴⁰ Parte VI, *El derecho a la Igualdad y a la No discriminación de personas LGTBI, B. Sobre la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, como categorías protegidas por el artículo 1.1. de la Convención, párrs. 68 a 80.*

⁴¹ *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 83 a 93.*

31. Teniendo presente todo lo precedentemente señalado y habida cuenta lo dispuesto en su Reglamento en esta materia⁴², el presente voto da cuenta, en definitiva, de cómo entiende las respuestas proporcionadas en la OC 24 a las “*específicas preguntas*” formuladas y que la Corte no alteró⁴³.

II. LAS CONSULTAS FORMULADAS.

32. La petición elevada en autos comprendió cinco “*preguntas específicas*”.

A. CAMBIO DE NOMBRE.

33. La primera “*pregunta específica*” fue planteada en los siguientes términos:

“Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2⁴⁴ 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?”

34. Esta “*pregunta específica*” fue planteada con el fin de que la Corte se pronunciara sobre:

“[L]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24⁴⁵ 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.”

35. La petición en comento únicamente se restringe, entonces y principalmente, al cambio de nombre, uno de los elementos que configuran la identidad de las personas. En consecuencia, la interrogante en cuestión concierne, fundamentalmente, a la interpretación de lo previsto en el artículo 18 de la Convención⁴⁶.

36. Pues bien, la referida pregunta se puede responder en el sentido de que, habida cuenta lo que dispone el recién aludido artículo, la forma de asegurar el derecho al nombre debe ser reglamentada por la ley, esto es, la propia norma convencional remite tal asunto al ámbito de la jurisdicción doméstica o exclusiva del Estado. Ciertamente, en tal caso, la ley debe respetar previsto en los artículos 1.1 y 24 de la Convención y la eventual restricción que contemple, debe ser necesaria para los fines convencionales y acorde al principio de proporcionalidad.

⁴² Art.70.1 del Reglamento de la Corte: “*Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte*”.

⁴³ Párr.29.

⁴⁴ “*Protección de la Honra y de la Dignidad. ... 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*”

⁴⁵ “*Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*”

⁴⁶ “*Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.*”

37. Siendo eso así, obviamente dicha reglamentación debe contemplar la posibilidad de que el titular del derecho al nombre decida cambiar este último. Téngase presente, a este respecto, que, por lo general, el nombre se impone al nacer, de modo que, en rigor, el titular del derecho al nombre no lo ejerce en ese instante.

38. El derecho a cambiar de nombre emerge, entonces, una vez que se tiene. Y, consecuentemente, el ejercicio de aquél asimismo se ubica en la esfera de la jurisdicción doméstica, interna o exclusiva del Estado, como de hecho así ocurre en todos los Estados Partes de la Convención.

39. Así las cosas, el asunto dice relación, por general y más bien, con el control de convencionalidad que debe realizar la Corte en cada caso contencioso que se le someta, respecto de las condiciones que el correspondiente Estado Parte de la Convención ha establecido o establezca para que el cambio de nombre proceda o, como lo expresa la OC 24, en cuanto a "*los procedimientos adecuados*"⁴⁷ que disponga al efecto.

40. En ese sentido, dicho control deberá versar, por de pronto, sobre la factibilidad de que tales condiciones efectivamente posibiliten el ejercicio del derecho al cambio de nombre y que no lo sujeten a una decisión de la autoridad, que pudiese devenir en discriminatoria⁴⁸ respecto de los derechos al nombre, a la integridad personal, a la protección de la honra y de la dignidad y a la igualdad ante la ley.

41. Las condiciones aludidas deben tener por finalidad, entonces, asegurar que el ejercicio del citado derecho sea efectivo y por cierto, no deben implicar la vulneración de derechos de terceros, incluyendo los de la sociedad en su conjunto y al principio de la seguridad jurídica. En suma, dichas condiciones deben procurar que la decisión que el Estado adopte ante una solicitud de cambio de nombre no sea arbitraria.

42. De allí se desprende, en consecuencia, que el motivo por el que una persona solicita el cambio de nombre no debe ser, por lo general, un elemento a considerar para permitirlo. Al Estado no le competiría pronunciarse sobre el particular. Solamente debería asegurarse de que el cambio de nombre solicitado no afecte, se reitera, a derechos de terceros. En definitiva, el correspondiente Estado no podría negarse al cambio de nombre en razón del motivo, cualquiera que sea, que el solicitante invoque para requerirlo. Incluso, no se debería exigir que se exprese motivo para ello.

43. En suma, si el Estado se negase la solicitud de cambio de nombre, incurriría, salvo que lo hiciese fundadamente en razón de la afectación de derechos de terceros, en un acto discriminatorio, vulnerando los derechos a tener un nombre propio, a la integridad personal, a la protección frente injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y a la igual protección legal.

⁴⁷ Párr.116.

⁴⁸ Sería el caso, por ejemplo, si se sujetara el cambio de nombre a que sea ridículo, risible o menoscabe moral o materialmente al solicitante o si se condicionara a que el nuevo fuera acorde al sexo de la persona, obviando la circunstancia de que hay nombres que no corresponden con claridad a ello o son neutros y aún inventados por los solicitantes.

44. Lo expuesto igualmente incluye, indudablemente, a las solicitudes de cambio de nombre motivadas por la identidad de género. Es, pues, en tal sentido que el suscrito entiende que la OC 24 responde a la primera pregunta formulada en autos, relativa al cambio de nombre, señalando que es un derecho protegido por el artículo 18 de la Convención⁴⁹.

45. Ciertamente, se comparte lo expresado en el entendido de que ello es procedente en cuanto a todas las solicitudes de cambio de nombre 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*", incluyendo, entonces, la identidad de género.

46. Pues bien, es preciso señalar que bien el señalado pronunciamiento incluye asuntos no planteados en la consulta de autos, como son los relativos al registro de todos los datos relativos a la identidad de las personas o a su incorporación en el documento que la acredite, que pueden comprender, además de los nombres y los apellidos del titular, la fecha y lugar de nacimiento, la nacionalidad y la profesión de la persona, todo con la foto y huella dactilar correspondientes, es igualmente cierto que esas materias también integran la jurisdicción doméstica o exclusiva del Estado, de modo que, de igual forma, únicamente sería en el ejercicio del control de convencionalidad respecto de un caso contencioso que le sea sometido sobre el particular, que la Corte podría pronunciarse sobre dichas facetas del mismo, vale decir, de cómo el Estado denunciado ha ejercido o ejerce dicha jurisdicción en lo que atañe a esos aspectos.

47. Es, en consecuencia, en mérito del razonamiento expuesto precedentemente que se concurre a aprobar la 2ª. Decisión⁵⁰ de la OC 24.

B. PROCEDIMIENTO.

48. La segunda "*pregunta específica*" formulada en la petición de consulta de autos e identificada en ella con el número 2, es del tenor siguiente:

"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?"

⁴⁹"El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines." Párr.116.

⁵⁰ El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género auto-percibida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116 de esta Opinión Consultiva."

49. Obviamente, esta interrogante tiene la misma finalidad que la anterior, a saber, que la Corte se pronuncie sobre:

[L]a 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;

50. En cuanto a la referida pregunta habría que llamar la atención respecto a que la OC 24 expresamente alude, entre sus consideraciones, a la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados⁵¹. Y también lo hace al dar respuesta a la formulada "*pregunta específica*"⁵², aunque, luego de referirse a los requisitos que debería cumplir ese procedimiento, concluye inclinándose por la vía administrativa⁵³.

51. Expuesto lo anterior, es preciso señalar que lo relevante en este asunto, no es el procedimiento que, en ejercicio de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva, el Estado prevea o establezca para el cambio de nombre, sino que en esa tramitación se respete lo dispuesto en los artículos 8.1⁵⁴ y 25.1⁵⁵, ambos de la Convención.

52. Igualmente, no se debe olvidar el límite a la referida jurisdicción doméstica, interna o exclusiva en este caso, está dado, primeramente, por lo dispuesto en el ya transcrito en la Convención en su artículo 1.1 de la Convención, es decir, los procedimientos adecuados para el cambio no deben, por motivo alguno, discriminar.

53. En segundo término, dicho límite está constituido también por lo prescrito por la Convención en sus artículos 3, referido a que "*(t)oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*"; 5.1, en orden a que "*(t)oda persona tiene derecho a que se respete su*

⁵¹ "los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar de acuerdo a su realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes". Párr. 159.

⁵² "(l)os Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes a la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa". Párr.160.

⁵³ "Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona". Párr.160.

⁵⁴ "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

⁵⁵ "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

integridad física, psíquica y moral”; 11.1, en cuanto a que “(t)oda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, a que “(n)adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” y a que “(t)oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”; y 24 en el sentido de que “(t)odas las personas son iguales ante la ley” y que “en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

54. Así, entonces y considerando que la Corte ha entendido que lo prescrito en el artículo 8.1 de la Convención es también aplicable a las decisiones adoptadas por autoridades no judiciales⁵⁶, lo significativo en esta materia, no es tanto si la vía prevista por la legislación nacional para cambiar el nombre es administrativa o judicial, sino que permita que la decisión que proceda al efecto sea adoptada por quién competa, dentro de un plazo razonable y que, en todo caso, se disponga de una instancia judicial donde acudir en contra de la aludida resolución.

55. Es por estas razones, por ende, que se concurre a aprobar la 3ª. Decisión⁵⁷ de la OC 24.

C. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

56. La tercera “*pregunta específica*” incluida en la petición de opinión consultiva, identificada con el número 3, ha sido formulada así:

“¿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?”.

57. Esta interrogante tiene como finalidad que la Corte se pronuncie sobre:

“[L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”.

58. Ahora bien, la manera en que fue formulada la pregunta en comentario y la finalidad perseguida con ella, pueden conducir a confusión. Efectivamente, no se percibe la debida

⁵⁶ *Caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C Nº 151, párrs.118 y 119.*

⁵⁷ *“Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género, d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. El procedimiento que mejor se adecua a estos elementos es el procedimiento o trámite materialmente administrativo o notarial. Los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona, en los términos establecidos en los párrafos 117 a 161 de esta Opinión Consultiva.”*

correspondencia entre la “*pregunta específica*” y la finalidad indicada por el Estado para formularla. Y es que parecería que lo que se solicitó a la Corte fue más bien un pronunciamiento acerca de la jerarquía de la Convención en el orden interno del Estado. Ello en mérito de que, del tenor de la “*pregunta específica*” formulada, a saber, “*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*”, se podría entender en el sentido de que lo que se pretendía era que la Corte declarara que, aunque la referida disposición del derecho interno del Estado está plenamente vigente, ella no sería obligatoria en mérito de lo que dispone la Convención.

59. Sin embargo, la aludida interrogante parecería no considerar que si bien puede ser cierto que, en virtud de lo dispuesto en la Constitución del Estado, los tratados tienen un valor superior a la ley⁵⁸ y que de conformidad a su jurisprudencia, ésta “*tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada*”⁵⁹, no es menos cierto que ello no solo es vinculante exclusivamente para el Estado, sino que, además, no le compete a la Corte pronunciarse sobre el particular.

60. Pero, también podría entenderse que lo que se requiere en la “*pregunta específica*” es un pronunciamiento acerca de “*la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género*”. En sus consideraciones, la OC 24 asume en parte esta posibilidad⁶⁰.

61. En síntesis, de los términos utilizados por la OC 24 se desprende, primero, que el citado artículo 54, interpretado en el sentido y alcance que señala, es compatible con la Convención; segundo, que, dado que el control de convencionalidad que se ejerce lo es en el ámbito de una opinión consultiva, él tiene el carácter de preventivo y no es vinculante para los Estados, como sí lo sería si fuese expedido en relación a un caso contencioso; tercero, que el Estado podría, en ejercicio de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva, dictar un reglamento por el que incorpore un procedimiento de naturaleza materialmente administrativa para permitir el derecho al cambio de nombre en razón de la identidad de género y que debe entenderse, además, de cualquier otro motivo.

⁵⁸ Art. 7. “*Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes*”.

⁵⁹ Sentencia 0421-S-90 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Estado.

⁶⁰ “*únicamente le corresponde a esta Corte interpretar los derechos contenidos en la Convención y determinar si las normas de derecho interno referidas, en este caso el artículo 54 del Código Civil, se ajustan a las disposiciones de la Convención Americana*”. Párr. 167. Y añade que “*el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los ...aspectos*” que señala y que “*(e)l Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión (supra párrafo 160)*”. Párr. 171.

62. Es en mérito de lo precedentemente expuesto, que se concurre a aprobar las 4ª.⁶¹ y 5ª.⁶² Decisiones de la OC 24.

D. DERECHOS PATRIMONIALES.

63. La cuarta pregunta sometida a la Corte es la que sigue:

"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?"

64. La finalidad de dicho requerimiento es obtener un pronunciamiento de la Corte en cuanto a:

"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".

65. Respecto de la indicada pregunta, identificada en la consulta con el N° 4, y su finalidad, cabe subrayar que ella dice relación únicamente con los derechos de orden patrimonial derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo. Se limita a la situación de personas del mismo sexo, no aludiendo a la identidad de género y comprende solo los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre esas personas.

66. Igualmente, resulta imperioso recordar que el Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no contempla, en su actual estado de desarrollo, derechos especiales a las uniones entre parejas entre personas del mismo sexo. No existe un tratado vinculante para los Estados miembros de la OEA que regule la situación de esas parejas. La Convención no lo hace. Tampoco existe alguna norma consuetudinaria o un principio general de derecho que lo haga. Por su parte, las legislaciones de la mayoría de esos Estados no aborda. Todo

⁶¹ "El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171 de esta Opinión Consultiva.

⁶² "El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza administrativa el cual puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171 de esta Opinión Consultiva."

ello se desprende de la propia OC 24⁶³. De los 34 Estados Miembros de la OEA, se podría decir que tan solo ocho de ellos regulan las uniones de convivencia, uniones civiles o uniones de hecho.

67. En suma, no se dispone de una fuente autónoma del Derecho Internacional, es decir, de un tratado, costumbre o principio general de derecho, que, en el ámbito jurídico americano, rija la unión de las personas del mismo sexo, creando la institución y estableciendo los derechos correspondientes. Sólo se cuenta con actos jurídicos unilaterales de algunos Estados miembros de la OEA⁶⁴, los que, lógicamente, son vinculantes únicamente para los propios Estados que los emiten, especialmente por corresponder a la minoría y, por lo mismo, no alcanzan a ser estimados como prueba de una costumbre internacional ni de ellos se puede deducir un principio general de derecho.

68. En cuanto a las resoluciones de organizaciones internacionales relativas a las uniones de personas del mismo sexo, ellas no son declarativas de derecho, es decir, no interpretan una norma convencional o consuetudinaria o principio general de derecho vigente para los Estados Miembros de la OEA⁶⁵. No constituyen, en consecuencia, una fuente auxiliar de Derecho Internacional sino que expresan una aspiración, por cierto, que podría considerarse muy legítima, de la mayoría de los Estados miembros de la organización internacional de que se trate, en orden a que sea el Derecho Internacional o sea el Derecho Nacional de cada uno de ellos el que contemple y regule la situación en comento.

69. Y en cuanto a la jurisprudencia, únicamente se dispone de la sentencia dictada en el caso Atala⁶⁶. Es de advertir, a este efecto, que, en tanto fuente auxiliar del Derecho Internacional, la jurisprudencia no es, con todo, vinculante en el evento de que ella se exprese en opiniones consultivas y, en cambio, sí lo es en la eventualidad que lo haga en el fallo de un caso contencioso, pero solamente para el Estado parte del mismo.

⁶³ Párrs.206 a 213.

⁶⁴ Acto jurídico unilateral es la manifestación de voluntad de un solo Estado, no subordinado a otro acto jurídico y realizado con la intención de que produzca efectos jurídicos a su respecto y eventualmente de terceros. Esta fuente autónoma del Derecho Internacional no está contemplada en el art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁶⁵ Las resoluciones de organizaciones internacionales pueden ser de cuatro tipos. Uno, aquellas en que, en virtud del tratado que regula a la correspondiente organización, son obligatorias para los Estado Miembros de ésta. Por ejemplo, las resoluciones del Consejo de la ONU dictadas al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, "*Amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión*". Este tipo de resoluciones no son fuente autónoma del Derecho Internacional, puesto que su obligatoriedad deriva del tratado que regula a la respectiva organización. Es dicho tratado, entonces, la fuente autónoma. Otro, resoluciones de organizaciones internacionales son aquellas emitidas con el fin de regular el funcionamiento de la propia organización que la emite. Por ejemplo, las resoluciones sobre el presupuesto de la organización. Obviamente, éstas son obligatorias en dicho ámbito. El tercer tipo de resoluciones de organizaciones internacionales son aquellas emitidas en vista de efectivamente interpretar una norma de derecho, sea convencional, consuetudinaria o principio general de derecho. Son conocidas como "*resoluciones de organizaciones internacionales declarativas de derecho*" y son fuente auxiliar del Derecho Internacional en la medida en que determinan un derecho ya establecido por una fuente autónoma. Este tipo de resoluciones no son, pues, obligatorias para los Estados Miembros. Y el cuarto tipo de resoluciones de organizaciones internacionales son aquellas que sencillamente expresan aspiraciones en orden a que se modifique el Derecho Internacional en el sentido que expresan. Evidentemente, éstas, que son las más numerosas, tampoco son obligatorias para los Estados Miembros de la correspondiente Organización.

⁶⁶ *Supra* N° 41.

70. De modo, en consecuencia, que la situación de las uniones entre personas del mismo sexo es un asunto que también queda en la esfera de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado⁶⁷.

71. Lo anterior importa, primeramente, que los Estados, en el ejercicio de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva, pueden, unilateralmente, regular esa situación. El Derecho Internacional no se los impide. En segundo término, ello significa que los Estados pueden no contemplarla, es decir, de acuerdo al desarrollo actual del Derecho Internacional, no se incurre en ilícito internacional en tal hipótesis. Y en tercer lugar, ello significa que el control de convencionalidad que eventualmente la Corte realice de los actos de los Estados relativos a la cuestión en comento, sea a modo preventivo por medio de una opinión consultiva, sea con carácter vinculante en virtud de una sentencia dictada en un caso contencioso, procedería solamente respecto de aquellos que regulan el vínculo entre personas del mismo sexo, a los efectos de determinar si dicha regulación afecta negativamente los derechos humanos. Desde otra perspectiva, ello significa que no se le puede imponer a los Estados, vía jurisprudencial, menos todavía a través de una opinión consultiva, no es vinculante ni para el Estado que la formula ni menos todavía para los demás Estados, el reconocimiento y regulación de las uniones entre personas del mismo sexo.

72. Es por esa razón que este texto no es un pronunciamiento respecto a si procede o no los vínculos entre parejas del mismo sexo. Atendiéndose a la función de la Corte, cual es, declarar el Derecho Internacional aplicable, en particular, la Convención, tal cual se expresa y no de acuerdo a lo que se desee que señale, este escrito se limita a señalar que los mencionados vínculos no están previstos en aquél ni en ésta, por lo que la decisión al respecto le compete a cada Estado.

73. Por otra parte, este voto considera que la Convención aborda a la familia con independencia del vínculo existente entre las personas en torno a los que se forma. Efectivamente, mientras el artículo 17, denominado "*Protección a la Familia*" en su numeral 1 se refiere únicamente a la familia⁶⁸, en su numeral 2 reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia⁶⁹. Por su parte, el artículo el artículo 19⁷⁰ alude a la familia y no al matrimonio.

74. En consecuencia, en este documento se entiende que la interrogante en autos no es, por ende, si la unión de dos personas del mismo sexo constituyen o no familia, sino exclusivamente si el Estado debe reconocer los derechos patrimoniales derivados de dicha unión.

⁶⁷ *Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque Vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).*

⁶⁸ "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*".

⁶⁹ "*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.*"

⁷⁰ "*Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*"

75. En definitiva y en el entendido que en que ellas se sustentan en las razones evocadas precedentemente, se concurre a aprobar las 6ª.⁷¹ y 7ª.⁷² Decisiones de la OC 24.

E. FIGURA JURÍDICA.

76. La quinta y última “*pregunta específica*”, identificada con el número 5, fue planteada en los siguientes términos:

“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?”.

77. Y, por cierto, con la misma finalidad de la interrogante anterior, es decir, obtener un pronunciamiento de la Corte respecto a:

“[L]a 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”.

78. Como comentarios a lo recién reproducido, cabe indicar, primeramente, que, al igual que se hizo respecto de la anterior, esta interrogante se refiere exclusivamente a los vínculos entre personas del mismo sexo, sin aludir a la identidad de género; que ella se limita a los derechos patrimoniales que derivan de aquella relación; que la finalidad u objetivo de la figura jurídica en comento es “*para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de*” la relación o vínculos entre personas del mismo sexo; y que en la pregunta no se indica cual sería la figura jurídica a que se refiere o a la que se aspira.

79. En segundo término, es de destacar que, sin embargo, la OC 24 incluye en su análisis y respuesta a la “*pregunta específica*” formulada, al matrimonio entre personas del mismo sexo⁷³. Efectivamente, tanto en la respuesta suministrada por la OC 24⁷⁴ como en su 8ª. Decisión⁷⁵,

⁷¹ “La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199 de esta Opinión Consultiva”.

⁷² “El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218 de esta Opinión Consultiva”.

⁷³ Párrs. 218 a 227.

⁷⁴ “los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.” Párr.228.

⁷⁵Supra Nota N° 3.

incluye al matrimonio entre personas del mismo sexo, como tal vez la más relevante figura jurídica para reconocer los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo entre esas personas.

80. Siendo ello así, el asunto en cuestión concierne, pues, básicamente a la interpretación del artículo 17.2 de la Convención⁷⁶.

81. Pues bien, la respuesta suministrada por la OC 24 implica, por una parte, que la Convención, al referirse al matrimonio, comprende al que se realice entre personas del mismo sexo y por otra, que si ello no ha sido previsto en las legislaciones nacionales de los Estados Partes de aquella, deben, consecuentemente, establecerse en ella. Pero, además, dicha respuesta incurre en una ambigüedad.

82. En lo referente al matrimonio entre personas del mismo sexo en tanto obligación jurídica internacional, la OC 24 parece suponer que la única institución que sirve "*para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación*" es el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que, obviamente, no es así. Como ya se ha expresado, también está la posibilidad de las uniones civiles o formas análogas.

83. Adicionalmente, hay que remarcar que, en el marco de la Convención, la situación del matrimonio es distinta a la de la unión civil u otra figura análoga. Y ello en atención a que, mientras aquél es contemplado en aquella, esta última no lo es. Igualmente hay que subrayar que, mientras todo lo atingente a la unión civil u otra figura análoga queda, consecuentemente, en el ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, en lo que concierne al matrimonio, únicamente corresponde a esa esfera lo concerniente a "*la edad y las condiciones requeridas para (contraerlo y fundar una familia) por las leyes internas*", pero "*en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*", lo que correspondería determinar en el ejercicio de control de convencionalidad practicado con ocasión del conocimiento y resolución de un caso contencioso.

84. Afirmado lo anterior, es necesario llamar la atención acerca de que la OC 24 prescinde de la aplicación del artículo 31⁷⁷ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, normas con las que los Estados deben interpretar a estos últimos y, por ende, también a la Convención.

⁷⁶ *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.*"

⁷⁷ *"Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

85. Efectivamente, al parecer la OC 24 no pondera que de *"buena fe"* los Estados consintieron suscribir la Convención, es decir, que en ese momento, 1969, efectivamente lo quisieron así hacer y que, además, lo hicieron conforme al *"sentido corriente"* que se le atribuían a sus términos, que era, según el Diccionario de la Real Academia Española en su 20ª edición, de 1984, vigente hasta 1992, *"Matrimonio: Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales"*⁷⁸.

86. Tampoco resulta evidente que la OC 24 consideró el *"contexto"* de los términos de la Convención. Así, por ejemplo, no ponderó el hecho de que mientras en prácticamente todas de sus disposiciones en que reconoce los derechos humanos, se refieren a los sujetos de los mismos como *"toda persona"*⁷⁹, en el artículo 17.2 lo hace al *"derecho al matrimonio, del hombre y la mujer."*

87. Por otra parte, la OC 24 no menciona al *"preámbulo"* o *"anexos"* de la Convención. Tampoco lo hace de algún *"acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado"* o de algún *"instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado"*.

88. Similar situación sucede con lo que se debe tener en cuenta junto al contexto, es decir, con *"todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones"* o *"toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo"* de las partes acerca de la interpretación del tratado" o, finalmente, *"toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes"*.

89. Y es que no podía hacer tales menciones porque sencillamente no existen preámbulo anexo o acuerdos respecto de la materia. Tampoco aún en la actualidad existe tratado u otro instrumento vinculante entre los Estados americanos que contemple el matrimonio entre personas de distinto sexo. Solo existen algunas legislaciones, las menos, que lo contemplan. La propia OC 24 reconoce que tan solo 6 de los 23 Estados Partes de la Convención y 8 de los 34 Estados Miembros de la OEA, incluyen en sus legislaciones al matrimonio entre personas del mismo sexo⁸⁰. A nivel

4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes"*.

⁷⁸ Con posterioridad se añade la frase *"En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses."*

⁷⁹ Arts. 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 10 (Derecho a Indemnización), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 14 (Derecho de Rectificación o Respuesta), 16 (Libertad de Asociación, que emplea el plural), 18 (Derecho al Nombre), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 22 (Derecho de Circulación y de Residencia), 24 (Igualdad ante la Ley, que también emplea el plural) y 25 (Protección Judicial). El art. 19 (Derechos del Niño) se refiere a *"todo" niño"*; el art. 23, (Derechos Políticos) alude a *"todos los ciudadanos"*. Los arts. 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre) y 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad) utilizan el término *"nadie"*. Esta expresión es también empleada, después de la *"toda persona"* en los artículos 5, 7, 12, 20 y 22.

⁸⁰ Párrs. 206 a 213.

universal, alrededor de 24 de los 193 miembros de la Organización de las Naciones Unidas lo hace en sus legislaciones. Y, por lo demás, todo ello en fechas recientes.

90. En cuanto a la alusión que el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, hace a *"toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes"*, se debe considerar, a mayor abundamiento, por una parte, que la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, no hace referencia al matrimonio y por la otra, que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁸¹ como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966⁸², se refieren, en lo concerniente al matrimonio, al *"hombre"* y a la *"mujer"*.

91. Adicionalmente, procede reiterar lo ya afirmado en cuanto a las resoluciones de organizaciones internacionales que se invocan en la OC 24 como antecedentes suficientes para sustentar su parecer al respecto de parejas del mismo sexo, no son declarativas de derecho, es decir, no interpretan una norma convencional o consuetudinaria o principio general de derecho vigente para los antes señalados Estados. No constituyen, en consecuencia, una fuente auxiliar de Derecho Internacional sino que expresan una aspiración, por cierto, que podría considerarse muy legítima, de la mayoría de los Estados miembros de la organización internacional de que se trate, en orden a que sea el Derecho Internacional sea el Derecho Nacional de cada uno de ellos el que contemple y regule la situación a que se refieren⁸³.

92. En otros términos, las Resoluciones de ciertos órganos y organismos internacionales citados en la OC 24 a fin de demostrar la práctica en materia de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo⁸⁴, son asimismo inoponibles a los Estados Miembros de la OEA.

93. Igualmente, la OC 24 parecería sustentar la obligatoriedad del matrimonio entre personas del mismo sexo en la interpretación evolutiva⁸⁵, pero en su aspecto sociológico y no jurídico. Como se señaló en otra ocasión, *"la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aun la que ejercería la función normativa"*. Y se añadió que *"(l)o que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus*

⁸¹ Art.16: *"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio"*.

⁸² Art.23.2.: *"Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello"*.

⁸³ *Supra* párrs. 66 a 69.

⁸⁴ Párrs. 203 a 205.

⁸⁵ Párr.187.

disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas”⁸⁶.

94. A mayor abundamiento, procedería agregar que mientras lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención sería la norma general en materia de discriminación, lo contemplado en el artículo 17.2 de la misma sería ley especial, por lo que sería aplicable el principio *lex specialis derogat legi generali*, en especial, considerando que es el propio recién referido artículo el que alude a la no discriminación, de lo que se desprende que tal norma estima que el matrimonio, tal como lo contempla, esto es, como la unión entre un hombre y una mujer, no es discriminatorio.

95. A lo anterior se podría añadir, también en forma asimismo complementaria, que la interpretación evolutiva solo procedería en aquellas situaciones en que los términos empleados en la Convención podrían ser entendidos respecto de derechos incluidos, tácita o expresamente, en ella, más no de derechos no previstos o deliberadamente excluidos de la misma. Tampoco la interpretación evolutiva podría ir en dirección contraria a los explícitos y claros términos de la Convención. Téngase presente, al respecto, que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, prevé cuatro reglas de interpretación, a saber, la buena fe, el sentido corriente de los términos, el contexto de éstos y el objeto y fin del tratado, reglas que deben emplearse armoniosamente, sin privilegiar ni desmerecer a ninguna.

96. Es, entonces, en vista de todo lo expuesto que no se puede compartir la afirmación de la OC 24, en orden a que *“el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio”⁸⁷*, ya que el artículo 17.2 de la Convención se refiere expresa y solamente a la única existente en dicha época y aún mayoritaria, es decir, a la unión entre un hombre y una mujer.

97. Tampoco es posible coincidir con lo señalado en la OC 24 en cuanto a *“que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo”⁸⁸* porque de adoptarse esa postura en la interpretación de la Convención, se correría el serio riesgo de afectar al principio de la seguridad jurídica. Además, el asunto de que no se trata no es que los términos del tratado cambien con el tiempo, sino cuándo y cómo ello ocurre y, en especial, si ello ha sido recogido por uno o varios instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados de que se trate.

98. En tanto acotación igualmente adicional, procedería añadir que parecería que, con la frase recién transcrita, la OC 24 reprocha a los Estados Partes de la Convención no haber cumplido con la obligación de prever el cambio de significado del término, en circunstancia de que, en modo alguno, ello constituye una obligación atribuible a ellos, en particular si se considerara también la posibilidad de que, a lo mejor, no deseaban cambio alguno.

⁸⁶ *Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque Vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).*

⁸⁷ Párr.182.

⁸⁸ Párr.188.

99. A todo lo expuesto, procede añadir que lo que establece la OC 24 resulta contradictoria al sostener la existencia simultánea de las obligaciones de los Estados, por una parte, de permitir el acceso de las personas del mismo sexo a todas las figuras ya existentes en sus ordenamientos jurídicos internos para las parejas heterosexuales, incluyendo al matrimonio y por la otra parte, y respecto de los que procuran de buena fe garantizar los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, de asegurarles, de todos modos, la igualdad de derechos con los de parejas heterosexuales. En suma, no queda claro si la OC 24 recurre a las normas consuetudinarias aplicables para la determinación de un hecho internacionalmente ilícito⁸⁹ y para el cumplimiento de la obligación de no repetición, en el evento de que haya tenido lugar⁹⁰.

100. Tampoco, obviamente, se puede concordar con las afirmaciones de la OC 24 en cuanto a que *"la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas"* y de que *"está[...] impedida de utilizar[...] [esos parámetros] como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos"* y *"que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual."*⁹¹.

101. Y no se puede compartir ya que, por de pronto, al presumir, sin dar explicación o fundamento de ello, que quienes se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo, tienen convicciones religiosas o filosóficas inapropiadas, por tanto, para la interpretación de la Convención, se corre el riesgo de que más de alguien considere a aquellas personas como contrarias a los derechos humanos y, por ende, susceptibles de limitarles su discurso, esto es, en definitiva, discriminarlos. No es bueno olvidar que la Corte es y debe ser el lugar en que todos pueden plantear, con libertad y sin temor, aunque sí con respeto, sus requerimientos de Justicia en lo que atañe a los derechos humanos.

102. No se comparte dicha afirmación, por otra parte, dado que ella parece no considerar que toda norma de derecho es, en especial en las sociedades democráticas, resultado de la confrontación o del consenso entre ideas, intereses o posiciones diferentes, sustentadas, a su turno, en distintas concepciones religiosas, ideológicas, políticas, culturales y aun económicas. En definitiva, las normas de derecho reflejan las relaciones existentes en la sociedad de que se trate, nacional o internacional, en un momento determinado.

103. De allí, que no es condenable que las personas expresen sus puntos de vistas políticos, ideológicos o religiosos sobre las normas jurídicas. Con ello no hacen más que ejercitar la Libertad

⁸⁹ Art 2 de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, Anexo a la Resolución A/RES/56/83: *"Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado"*.

⁹⁰ Art.30 de mismo texto: *"El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin, si ese hecho continúa; b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen."*

⁹¹ Párr. 223.

de Conciencia y de Religión⁹² y la Libertad de Pensamiento y de Expresión⁹³. Pero, además, esas opiniones podrían ser de utilidad para comprender más exactamente el sentido y alcance de la disposición de que se trate, de suerte, que no procedería que la Corte las rechace *prima face*.

104. Sin perjuicio de lo señalado, es de hacer presente que los argumentos esgrimidos por la OC 24 respecto de la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo, parecerían ser razones para impulsar su aceptación en el orden jurídico interno de los Estados, que para sustentar que ha sido acogido por el Derecho Internacional⁹⁴.

105. Ahora bien, el artículo 17.2 de la Convención señala que el derecho al matrimonio y a fundar una familia procede si los pretendidos contrayentes 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"*.

106. De esta forma, el citado artículo envía al ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del respectivo Estado, también en esta materia, la determinación de las condiciones para contraer matrimonio y fundar una familia, agregando que ellas no deben afectar el principio de no discriminación. Y con esto último no está disponiendo que procede el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que las condiciones para contraer matrimonio, entendido como la unión entre un hombre y una mujer, no deben ser discriminatorias, como lo sería, por ejemplo, se prohibiera el matrimonio entre tales personas en razón de la *"raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*.

107. Por ende y en tal orden de ideas, los Estados pueden, por ejemplo y de acuerdo al citado artículo 17.2, prohibir el matrimonio entre menores de edad o entre parientes cercanos o el polígamo.

108. Lo que ocurre es, entonces, que el que efectúa la diferencia o distinción entre el matrimonio y otras instituciones que podrían existir entre los seres humanos es el propio artículo 17.2 de la Convención. De suerte, pues, que siendo aquél convencionalmente concebido, como ya se expresó, entre un hombre y una mujer, no podría estimarse, a la luz del Derecho Internacional actual, que existiría discriminación si no se permitiera, en el ordenamiento jurídico interno de los Estados americanos, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

109. En última instancia, en consecuencia, de la interpretación del artículo 17.2 de la Convención, realizada de acuerdo a las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre el

⁹² Art. 12.1: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado."*

⁹³ Art.13.1: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección"*.

⁹⁴ Párrs. 223 a 226.

Derecho de los Tratados, no se puede colegir que el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido reconocido, ni siquiera tácitamente y, por ende, ni aun aplicando la interpretación evolutiva, por el Derecho Internacional o por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por el contrario, de esa interpretación se desprende con nitidez que no existe la obligación internacional de reconocer o consagrar el matrimonio entre personas del mismo sexo y si ello no ha acontecido, tampoco la obligación de modificar las respectivas legislaciones nacionales a fin de permitirlo.

110. Es, por ende, por todo lo señalado que no se puede compartir la 8ª Decisión⁹⁵ de la OC 24.

III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

111. Teniendo presente que lo que señala la Sentencia sobre el Control de Convencionalidad ejercido en el marco de la competencia consultiva o no contenciosa, en el presente texto se procura insertar lo que allí se afirma en lo que constituye la concepción general de dicho control según la Corte, esto es, sea que lo ejerza al amparo de su competencia contenciosa sea que lo haga en su competencia consultiva o no contenciosa. En ambas hipótesis, su inclusión en la jurisprudencia ha tenido por objetivo facilitar el oportuno y pleno respeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consecuentemente, también del Derecho Internacional General.

A. ANTECEDENTES.

a. Jurisprudencia.

112. La Corte se ha referido en muchas ocasiones al control de convencionalidad⁹⁶. Y así, ha ido progresivamente precisando los términos de esta institución que ha emergido a su amparo. Sin

⁹⁵ *Supra* Nota N° 3.

⁹⁶ Ver en este sentido, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158; Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162; Caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm.169; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186; Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214; Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm.216; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217; Caso Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218; Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220; Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221; Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227; Caso López Mendoza vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C, núm. 233; Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238; Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246; Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo,*

embargo, ha sido en una Resolución concerniente a la supervisión del cumplimiento de sentencia en la que se ha explayado sobre el tema⁹⁷ y lo ha hecho en los siguientes términos:

*"(S)e ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del "control de convencionalidad", concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal"*⁹⁸.

113. Y ha añadido que:

*"es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional"*⁹⁹.

b. Concepto.

114. Visto lo precedentemente transcrito, el tema atingente al control de convencionalidad ciertamente se inserta, entonces, en la relación entre el Derecho Interno o Nacional y el Derecho Internacional y ello considerando, por una parte, que este último no regula todas las materias e incluso en cuanto a algunas, cuando lo hace, no lo es en su totalidad y por la otra, consecuentemente, aún subsiste, como elemento central de la estructura jurídica internacional,

Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, núm. 250; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252; Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 253; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 259; Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, núm. 260; Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 271; Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 273; Caso J. vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 275; Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C, núm. 276; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C, núm. 279; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, núm. 282, y Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, núm. 285; Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312; Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314; Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 93; Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21; Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

⁹⁷ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

⁹⁸ *Idem*, Párr.65.

⁹⁹ *Idem*, Párr.67.

aunque no en la misma intensidad y amplitud de antaño, la institución denominada dominio reservado o jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado¹⁰⁰ o, como se le conoce en otras latitudes, margen de apreciación¹⁰¹. Esta realidad implica que un asunto deja de ser de dicha jurisdicción en la medida que es regido por el Derecho Internacional y es precisamente por ello que la mencionada relación tiene distinta respuesta según si el asunto se resuelve a nivel interno o en el ámbito internacional, en particular, en lo atinente a sus efectos.

115. Así, entonces, el control de convencionalidad consiste, en definitiva, en la comparación de una norma o práctica nacional con lo dispuesto por la Convención, a los efectos de determinar la compatibilidad de aquella con ésta y, consecuentemente, de la preeminencia de una respecto de la otra en el evento de contradicción entre ambas y, obviamente, la respuesta dependerá de si la proporciona un órgano del pertinente Estado Parte de la Convención de manera previa a la intervención de la Corte o si es ésta la que la emite con posterioridad o cuando aquél no ha realizado el mencionado control.

B. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PREVIO REALIZADO POR EL ESTADO.

a. Fundamento.

116. Como primera observación, es necesario destacar que norma internacional alguna, sea convencional, consuetudinaria o principio general de derecho, por ende, incluida la Convención, establece la supremacía, en la esfera interna del Estado, del Derecho Internacional por sobre el Derecho Nacional correspondiente. De allí que es dable concluir en que lo referente a la preeminencia, en el ámbito nacional, del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno del Estado, precisamente por ser un asunto no estar regulado por aquél, se estima que integra la esfera del dominio reservado o de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado.

117. Es en esta perspectiva que es preciso llamar la atención acerca de que, de conformidad a la citada Resolución sobre cumplimiento de sentencia, el control de convencionalidad debe ser ejercido por las autoridades estatales, por una parte, estando "*sujetas al imperio de la ley y, por ello ... obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico*" y por la otra, "*en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.*" Así, entonces, la Corte recuerda que dichas autoridades "*también están sometidos al tratado*", es decir, que lo están tanto respecto del Derecho Interno como de este último.

118. Es tal vez lo expuesto que explique, al menos en parte, que, en la práctica, es sobre la base de lo que dispongan las respectivas Constituciones de los Estados, que sus órganos se pronuncian sobre la relación, en el ámbito nacional, del Derecho Internacional y el Derecho Nacional correspondiente. Es decir, en definitiva, es la Constitución de cada Estado la que resuelve el asunto sobre las relaciones en el ámbito interno entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional correspondiente.

¹⁰⁰ *Supra* Nota N°14.

¹⁰¹ *Supra* Nota N°15.

119. Y es precisamente eso es lo que acontece en los veinte Estados Partes de la Convención que han reconocido la competencia de la Corte. En efecto, algunas de sus Constituciones, siguiendo en general la doctrina monista sobre dicha relación, le otorgan a los tratados , constitucionalmente¹⁰² y de acuerdo a la interpretación que de ella han hecho sus máximos tribunales, un valor sea "legal"¹⁰³, esto es, el mismo que las leyes, sea "infraconstitucional" o "supralegal"¹⁰⁴, vale decir, una jerarquía superior a la ley pero inferior a la Constitución, mientras otras Constituciones le conceden a las normas relativas a los derechos humanos un valor "constitucional"¹⁰⁵ y aún "supraconstitucional"¹⁰⁶.

120. En suma, es en mérito de que se entiende que la Convención se incorpora al ordenamiento jurídico interno del correspondiente Estado Parte, que su intérprete y ejecutor estatal debe entenderla como integrante de este último y, por ende, debe interpretarla y aplicarla en armonía con el mismo conforme a la jerarquía que le asigna la respectiva Constitución. En tal eventualidad, la fuente de la obligación de interpretar y aplicar la Convención, es aquella y no esta última u otra fuente de Derecho Internacional.

121. Es, por lo tanto, en ese entendido, vale decir, que la Convención se ha incorporado en el respectivo Derecho Nacional, que su intérprete interno debe determinar su sentido y alcance en tanto de tratado, considerando, como se señalará asimismo más adelante¹⁰⁷, el principio *pacta sunt servanda*, la improcedencia de invocar el derecho interno para dejar de cumplir lo pactado y, de manera conjunta y armoniosa, las reglas concernientes a la buena fe, a los términos del tratado, al contexto de los mismos y a su objeto y fin, sin privilegiar ni desmerecer a ninguno de esos elementos.

122. Es menester adicionalmente resaltar, a este efecto y en tanto comentario adicional, que el control de convencionalidad no sería únicamente aplicable en lo que respecta a la Convención, sino asimismo a todos los tratados vigentes en el Estado de que se trate.

b. La jurisprudencia.

123. Sobre el control de constitucionalidad que debe efectuar el Estado en forma previa al que eventualmente realice la Corte, ella ha expresado que:

¹⁰² En lo sucesivo, las referencias a artículos que se hacen por Estados lo es a sus respectivas constituciones.

¹⁰³ Barbados, Preámbulo y art 1; Trinidad y Tobago, art.2.

¹⁰⁴ Argentina, art.75.,inc.22; Brasil, art. 5;Ecuador, art.163; El Salvador, art.144; Guatemala, art.46; Haití, art.276.2; Honduras, art.18; Nicaragua, art.46.

¹⁰⁵ Argentina, art.75., inc.22; Bolivia, art.13.IV y 14. III; Colombia, art.93; Chile, art. 5.inc 2; México, art. 133; Panamá, art.17; Paraguay, art.142; Perú, Disposiciones finales y transitoria cuarta; República Dominicana, art.74.3; Uruguay, art.6.; Venezuela, art.23 (denunció la Convención).

¹⁰⁶ Bolivia, art.257. I. y II.; Costa Rica, art.7.

¹⁰⁷ *Infra*, párrs.139 y 140.

“en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”¹⁰⁸.

124. Lo que la jurisprudencia de la Corte afirma, entonces, es que en el evento de que un Estado parte de la Convención no lo sea, empero, de un caso sometido a ella, de todas maneras todos sus órganos deben realizar el pertinente control de convencionalidad *“en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”*.

125. En definitiva, por tanto, en parte alguna de la jurisprudencia de la Corte se indica, de manera expresa y sin margen de duda alguna, que, en caso de discrepancia, divergencia o contradicción entre la Constitución o alguna norma del Estado de que se trate y la Convención, *“todos”* los *“órganos”* estatales, *“incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”*, deben hacer prevalecer la primera por sobre lo que disponga la segunda, ni se ha referido, consecuentemente, a la preeminencia de una sobre la otra en esa eventualidad. La Corte no ha hecho un llamado, en ese hipotético caso, a desconocer a la Constitución estatal.

126. Se reitera que lo que ha sostenido la Corte, es, en cambio, por una parte, *“que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”¹⁰⁹* y por la otra, que, en ese marco, deben *“velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales”¹¹⁰*, sin señalar, empero, cómo deben alcanzar ese objetivo.

127. En suma, lo que la Corte expresa es que la Convención debe ser aplicada e interpretada como parte del derecho interno del correspondiente Estado y por su órgano con competencia para ello, más no indica que el control de convencionalidad deba hacerse en contra lo que disponga el ordenamiento jurídico interno ni tampoco señala que no le pueda corresponder, en última instancia, tal como acontece con el control de constitucionalidad, al tribunal más alta jerarquía del Estado o un tribunal especializado, como son los tribunales constitucionales.

¹⁰⁸ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013., párr.56.

¹⁰⁹ *Idem*, párr.66.

¹¹⁰ *Idem*.

128. Y el problema se presenta, precisamente, en aquellas situaciones en que el pertinente órgano estatal hace prevalecer la norma interna, que puede ser incluso la propia Constitución del Estado, por sobre lo que dispone la Convención, violando, de ese modo, alguna obligación internacional convencional. En el evento de que dicho órgano estatal ampare su actuar en el texto constitucional, no ejercerá en realidad el control de convencionalidad sino más bien el de constitucionalidad, cuyo objeto es garantizar la supremacía de la Constitución sobre toda otra norma.

c. Comentarios.

129. En tanto primer comentario respecto del control de convencionalidad realizado por un órgano del Estado, es factible sostener que, en el evento de que Convención contradiga lo dispuesto en la Constitución, obviamente y en definitiva, aquél generalmente hará prevalecer ésta por sobre aquella o, en otras palabras, el control de constitucionalidad por sobre el de convencionalidad, acorde, por lo demás, al sistema jerarquizado que caracteriza a las sociedades nacionales y, por ende, a sus ordenamientos jurídicos.

130. También se puede sostener, como segunda observación, que, habida cuenta que el control de convencionalidad por parte de los órganos del respectivo Estado no se encuentra regulado por el Derecho Internacional sino que, incluso, éste lo deja en el ámbito del Derecho Nacional correspondiente, es decir, en el dominio reservado o de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de aquél, lo afirmado precedentemente es válido incluso en lo que se refiere a los Estados que unilateralmente han aceptado la supremacía de la Convención en su Derecho Nacional o el carácter vinculante a su respecto de su jurisprudencia, incluso la que emana de casos en los que no han sido partes, puesto que ellos también lógicamente y unilateralmente podrían, siempre al amparo de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva, modificar su Constitución o la norma interna de que se trate, despojando a la Convención de la referida superioridad.

131. En tanto tercera reflexión, asimismo se puede afirmar que el control de convencionalidad por parte de órganos del Estado, es, en consecuencia, más bien de carácter preventivo, esto es, conforma más bien una obligación de comportamiento, cual es la de *“velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales”* y no de resultado, como sería si se exigiera que, en el evento de contradicción entre la norma interna y la Convención, el correspondiente órgano estatal debería hacer prevalecer, en el orden jurídico interno y a todo evento, lo prescrito en esta última.

132. El control de convencionalidad realizado por un órgano del Estado es, por lo tanto, preventivo puesto que, si decreta la supremacía de la Convención por sobre lo que establezca alguna norma de su Derecho Interno, evitará, por lo general, que se recurra ante la Corte por tal motivo y si, por el contrario, resuelve que el ordenamiento jurídico nacional prevalece sobre lo contemplado en la Convención, asumirá el riesgo de que el asunto pueda ser llevado al Sistema

Interamericano de los Derechos Humanos y que, consecuentemente, la Corte pueda declarar la responsabilidad internacional del Estado.

133. Ahora bien, lo sostenido podría inducir a pensar que el control de convencionalidad efectuado en el correspondiente Estado, no sería, en rigor, útil o necesario. Sin embargo, se debe indicar que dicho mecanismo ha desempeñado y de seguro lo continuará haciendo, un relevante e insustituible rol, en especial, en lo que concierne la incorporación de la Convención al Derecho Interno. Y es que ha permitido socializar entre los agentes estatales la idea de que deben procurar la aplicación de la Convención como parte de su propio ordenamiento jurídico y ello en vista de no hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

d. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD REALIZADO POR LA CORTE.

a. Consideración preliminar.

134. Lo primero que, con relación a esta materia, se debe recordar es que en el ordenamiento jurídico internacional no existe una jerarquía de las fuentes autónomas, esto es, ninguna norma establece que un tratado prima sobre otro o que el tratado prevalece ante la costumbre o ésta sobre aquél o uno y otra sobre los principios generales de derecho¹¹¹, como, por el contrario, acontece en el ordenamiento jurídico nacional, en donde la Constitución se encuentra en la cúspide de la jerarquía, seguida de las leyes, sean orgánicas, de quórum especiales u ordinarias, decretos, resoluciones, instructivos y finalmente los contratos. Lo que sí considera el Derecho Internacional es una prelación en la utilización de sus fuentes autónomas y que algunas de sus normas, no todas, son *jus cogens*¹¹², por lo que su modificación resulta más exigente. De suerte, entonces, que en el ordenamiento jurídico internacional no existe un cuerpo normativo con un valor similar al que detenta la Constitución en el ordenamiento jurídico nacional.

135. La Convención, consecuentemente, tampoco tiene una jerarquía superior a otros tratados. No hay, entonces, norma internacional alguna que establezca la supremacía, en el ámbito internacional, de un cuerpo normativo internacional por sobre otros.

136. Es por tal razón que, al realizar el control de convencionalidad, la Corte lo hace, no para garantizar, en el ámbito internacional, la supremacía de aquella sobre otros tratados, sino, siempre en dicha esfera, para hacer valer o proclamar su obligatoriedad por parte de los correspondientes Estados Partes de la Convención.

¹¹¹ *Supra*, Nota N° 10.

¹¹² Art.53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "*Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogen"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*"

137. Ahora bien, la Corte puede realizar el control de convencionalidad en dos situaciones. Una es en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa y la otra en el de su competencia contenciosa.

b. Normas aplicables.

138. Teniendo en cuenta lo precedentemente señalado, se puede sostener que el control de convencionalidad que efectúa la Corte tiene su fundamento en las siguientes normas internacionales:

i. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

139. Las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que sirven de fundamento al control de convencionalidad que ejerce la Corte son, principalmente, el artículo 26, que consagra el principio *pacta sunt servanda*¹¹³, la primera frase del artículo 27, que establece la improcedencia de invocar el derecho interno para dejar de cumplir lo pactado¹¹⁴ y el artículo 31.1, que establece, como regla fundamental, la interpretación de los tratados de acuerdo a la buena fe, los términos del tratado, el contexto de los mismos y su objeto y fin¹¹⁵.

140. Por lo tanto, de conformidad a la citada Convención, que, por lo demás, codifica el derecho consuetudinario y que es aplicable a los tratados entre Estados¹¹⁶, es decir, en el ámbito internacional, los tratados deben ser interpretados considerando que sus Estados Partes los han libremente suscritos y ratificados, comprometiendo su honor en su cumplimiento, aun cuando eventualmente podría contradecir lo dispuesto en su derecho interno. Igualmente, lo prescrito por la citada Convención importa que la interpretación de los tratados debe hacerse empleando simultánea y armoniosamente los cuatro elementos contemplados para ello, vale decir, que la voluntad de los contratantes se expresa en la intención de efectivamente celebrarlos, en los términos de uso corriente en que lo hacen, salvo que le otorguen a estos un sentido especial, en la concordancia con el contexto de los mismos y en su objeto y fin. Ninguno de estos elementos debe ser ni ignorado ni sobrevaluado. Todos son igualmente necesarios para una correcta interpretación del tratado de que se trate. No se puede, prescindir ni privilegiar a ninguno de ellos. Ellos deben ser empleados armoniosamente.

i. Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos internacionalmente Ilícitos preparados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

¹¹³ *"Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*"

¹¹⁴ *"El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46."*

¹¹⁵ *Supra* Nota N°77.

¹¹⁶ Art. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: *"Alcance de la presente Convención. La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados."*

141. El segundo grupo de normas que sirven de sustento al control de convencionalidad que realiza la Corte, son las normas consuetudinarias relativas a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹¹⁷. Tales artículos establecen que todo hecho ilícito acarrea responsabilidad para el correspondiente Estado¹¹⁸, que la ilicitud consiste en una acción u omisión atribuible a este último y que viola una obligación internacional según el derecho internacional¹¹⁹, con prescindencia de lo que establezca su derecho interno¹²⁰ y que la responsabilidad la contrae el Estado por el comportamiento de cualquiera de sus órganos¹²¹.

142. Estas normas, al igual que las anteriores, también son aplicables en lo que respecta al control de convencionalidad de todo tratado y no únicamente de la Convención.

ii. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

143. Las específicas normas de la Convención que pueden ser invocadas en tanto sustento al control de convencionalidad realizado por la Corte, son la que dispone que los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar y a hacer respetar los derechos humanos¹²² y la que establece la obligación de ellos de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos¹²³.

144. Dichas normas configuran, entonces, una estructura jurídica que le permiten a la Corte proceder a impartir justicia en el caso que le es sometido, con la certeza de que lo resuelva será acatado por el correspondiente Estado, en razón de haber consentido libremente en ello.

c. Control de convencionalidad y competencia no contenciosa o consultiva.

¹¹⁷ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, Anexo a la Resolución A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001.

¹¹⁸ Art.1: "*Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*".

¹¹⁹ Art.2: "*Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado*".

¹²⁰ Art.3: "*Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno*".

¹²¹ Art.4: "*Comportamiento de los órganos del Estado 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado*".

¹²² *Supra* Nota N°30.

¹²³ Art.2: "*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*".

i. Competencia consultiva o no contenciosa.

145. De acuerdo al artículo 64 de la Convención¹²⁴, la Corte tiene la competencia no contenciosa o consultiva, en virtud de la cual los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos pueden consultarla sea acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados sea respecto de la compatibilidad entre sus respectivas leyes y los mencionados instrumentos internacionales.

146. Nótese, por una parte, que la facultad de requerir una opinión consultiva le es reconocida por la Convención a todos los Estados miembros de la OEA y no únicamente a los Estados Partes de aquella y por la otra, que el correspondiente requerimiento puede versar tanto sobre la interpretación de la misma u otros tratados sobre derechos humanos como acerca de la compatibilidad de ésta y éstos y las correspondientes leyes internas de tales Estados.

147. También pueden recabar una opinión consultiva de la Corte, en lo que les compete, los órganos principales de la OEA indicados en el capítulo X de su Carta¹²⁵.

148. En otras palabras, las opiniones consultivas de la Corte proceden a requerimientos de más Estados y órganos internacionales y en más casos que lo se contempla para otras instancias jurisdiccionales internacionales¹²⁶.

149. Es en atención a lo expuesto que se explica la relevancia de las opiniones consultivas, no obstante que no sean, como su propia denominación lo indica, obligatorias¹²⁷, lo que constituye la

¹²⁴ "1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales."

¹²⁵ En la actualidad, VII: "Art. 53: "La Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de:

- a) La Asamblea General;
- b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores;
- c) Los Consejos;
- d) El Comité Jurídico Interamericano;
- e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- f) La Secretaría General;
- g) Las Conferencias Especializadas, y
- h) Los Organismos Especializados.

Se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios."

¹²⁶ Ej. Art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas: "1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.
2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades."

¹²⁷ Salvo que el respectivo Estado unilateralmente le asigne obligatoriedad a su respecto, como podría desprenderse de la decisión de la sentencia 0421-S-90 de la Sala Constitucional de Costa Rica que señaló que la jurisprudencia de la Corte "tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada."

principal diferencia con las sentencias. Y no son vinculantes, no solo porque, de lo contrario, no existiría diferencia con estas últimas, sino porque, además, en ellas no hay partes, de donde se desprende que sería del todo injusto que una resolución de la Corte fuese obligatoria para los que no han comparecido ante ella ni han sido demandados o interpelados. Por otra parte, en la hipótesis de que se estimara que las opiniones consultivas fuesen obligatorias para todos los Estados, no solo el derecho de defensa se vería muy seriamente afectado, sino que también los Estados que no son parte de la Convención serían, de esa forma, sometidos a la jurisdicción de la Corte, lo que escapa del todo de lo que establece la propia Convención.

150. Más, lo anterior no implica que las opiniones consultivas de la Corte no tengan especial relevancia. Efectivamente, su trascendencia radica precisamente en que, sobre la base de su autoridad moral e intelectual, mediante ellas la Corte ejerce un control de convencionalidad preventivo, esto es, le indica a los Estados que han reconocido su competencia contenciosa, que, de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que diga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado. Y a los demás Estados, les proporciona una orientación para el pleno y cabal respeto de los derechos humanos que se comprometieron a respetar, sea por ser partes de la Convención sea porque lo son de otros instrumentos jurídicos internacionales.

ii. Jurisprudencia.

151. De suerte, entonces, que, como lo ha expresado la Corte,

"(a)l afirmar su competencia, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, en virtud de la cual y a diferencia de lo dispuesto para otros tribunales internacionales, se encuentran legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y los Estados Miembros de la OEA, aunque no fueran partes de la Convención. Otra característica de la amplitud de esta función se relaciona con el objeto de la consulta, el cual no está limitado a la Convención Americana, sino que, como ya se mencionó, alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y, además, se concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".¹²⁸

152. Ahora bien, en la OC que motiva el presente voto concurrente, la Corte expresa que:

"... estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos,

¹²⁸ Párr.23 OC 21.

también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la protección al medio ambiente y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.¹²⁹"

iii. Comentarios.

153. De esa forma, la Corte ha precisado el alcance del control de convencionalidad en una situación que no había previsto hasta ahora, cual es, en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa.

154. Y, en especial, ha precisado que el efecto preventivo difiere del que tiene el control de convencionalidad realizado por el Estado, dado que el efectuado por la Corte a través de una opinión consultiva goza de un cierto grado de certeza del que carece aquél. Obviamente, dicha certeza no es total o definitiva, habida cuenta que la jurisprudencia puede variar, pero que, en todo caso, reposa, como se señaló, en la autoridad de la Corte, expresada en la sabiduría, imparcialidad y justicia que deben emanar de sus pronunciamientos. La función judicial consiste, en este perspectiva, más en convencer que en imponer.

a. Control de convencionalidad y competencia contenciosa.

i. Normas aplicables.

155. En lo que dice relación con el control de convencionalidad ejercido en el ámbito de la competencia contenciosa de la Corte¹³⁰, las normas aplicables se refiere al contenido de la sentencia que emita¹³¹, la que consagra el valor de cosa juzgada de la misma¹³², la que declara su

¹²⁹ Párrs. 26 y 27 de la OC.

¹³⁰ *Supra* Nota N°8.

¹³¹ *Supra* Nota N° 23.

¹³² Art.67: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo".

obligatoriedad para el Estado parte en el caso de que se trate¹³³ y, por último, la que contempla lo que ocurre si no cumple con el fallo¹³⁴.

ii. Competencia contenciosa.

156. El control de convencionalidad en esta hipótesis ocurre en los casos en que, existiendo discrepancia entre lo dispuesto por la Convención y lo previsto en la Constitución u otra norma o práctica interna del pertinente Estado, el respectivo órgano estatal ha hecho prevalecer, en el orden interno, a esta última por sobre aquella.

157. En esa eventualidad, tal control se lleva a cabo sobre la base del carácter complementario y coadyuvante que la jurisdicción interamericana tiene respecto de la nacional¹³⁵, lo que se expresa en el cumplimiento del previo agotamiento de los recursos internos¹³⁶ o, en otras palabras, luego de que el correspondiente Estado ha tenido la oportunidad de ejercer su propio control de convencionalidad.

iii. Jurisprudencia.

158. Indudablemente, es que, teniendo en cuenta las referidas normas, la Corte, en la resolución de cumplimiento de sentencia citada, ha indicado que:

"cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo

¹³³ *Supra* Nota N° 22.

¹³⁴ Art. 65: "La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos".

¹³⁵ 2º párr. del Preámbulo: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos."

¹³⁶ Art. 46.1.a): "Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos."

ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente¹³⁷.

iv. Comentarios.

159. Sobre el particular, procede, por de pronto, resaltar que la Corte, en los casos en que ha considerado que alguna norma o acto del Estado de que se trate es violatorio de lo prescrito en la Convención, no ha señalado que ella tiene, en la esfera nacional, preeminencia sobre lo dispuesto en ordenamiento jurídico interamericano, sino que ha ordenado que el Estado debe “dejar sin efecto” el respectivo acto violatorio de la misma¹³⁸ o debe asegurarse que la norma interna “no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones”¹³⁹ o que “debe modificar su ordenamiento jurídico interno”¹⁴⁰ o que debe garantizar que la norma contraria a la Convención “no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos”¹⁴¹.

160. Pero, todo ello en vista de que el correspondiente Estado deje de incurrir en un ilícito internacional y cese, consecuentemente, su responsabilidad internacional. Deja, pues, en el dominio reservado o ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, la manera o forma de dar cumplimiento a la obligación de resultado determinada en el pertinente fallo, consistente en que la norma nacional o la acción del órgano estatal correspondiente no impida el cabal cumplimiento de lo dispuesto por la Corte y, en consecuencia, por la Convención, a lo que, por lo demás, se reitera, el Estado Parte de la Convención se ha comprometido libre y solemnemente.

161. Por lo tanto y al tenor de lo contemplado en las reproducidas normas y la evocada jurisprudencia, la Corte realiza el ejercicio del control de convencionalidad conforme a su artículo 62.3, de la Convención, aplicando e interpretando ésta en tanto precisamente tratado¹⁴², vale decir, como un acuerdo entre Estados por el que contraen obligaciones exigibles entre ellos¹⁴³,

¹³⁷ Párr 68.

¹³⁸ Ej.: *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.*

¹³⁹ Ej.: *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.*

¹⁴⁰ Ej.: *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.*

¹⁴¹ Ej.: *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.*

¹⁴² Art.2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “*Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;*”

¹⁴³ Art. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “*Alcance de la presente Convención. La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados.*”

entre las que se encuentran la de permitir que personas o grupos de personas o entidades no gubernamentales¹⁴⁴ puedan dar origen al procedimiento que, en definitiva, conduzca a la intervención de los órganos internacionales que establece¹⁴⁵ y, en lo que dice relación con la Corte, por así demandarlo algún Estado o la Comisión.¹⁴⁶

162. Por otra parte y como asimismo se deduce claramente de las normas tanto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como de la Convención, ellas no tienen por propósito otorgarle a ésta, sea en el orden jurídico doméstico sea en el internacional, una determinada jerarquía, sino simplemente establecer que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado Parte de ella deben ser aplicadas e interpretadas en el ámbito internacional, vale decir, en el marco de las relaciones entre sus Estados Partes y exigibles en ese ámbito, también por personas o grupos de personas o entidades no gubernamentales y que si la legislación nacional no garantiza los derechos que la Convención reconoce, sus Estados Partes deben adoptar las medidas que procedan para que ello acontezca.

163. En razón de lo reseñado, resulta, por tanto, que la preeminencia, en la esfera internacional, del Derecho Internacional y de la Convención por sobre toda norma del Derecho Interno, es evidente e indiscutible por precisamente tratarse, esta última, de un instrumento internacional, esto es, acordado entre Estados y obligatorio en sus relaciones recíprocas en asuntos que concierne a las relaciones entre el Estado y las personas sujetas a su jurisdicción y que, consecuentemente, han dejado de integrar la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva o del margen de apreciación de aquél.

164. Pues bien, el control de convencionalidad por parte de la Corte procede, como ya se consignó, en el evento de que la Comisión estime que lo resuelto por el Estado infringe la Convención, sea por no haber efectuado el control de convencionalidad sea porque, habiéndolo hecho, hizo prevalecer su Constitución u ordenamiento jurídico interno por sobre lo estipulado en aquella. En tal hipótesis y acorde a lo previsto en el artículo 63.1 de la Convención, la Corte así lo debe señalar en la sentencia, ordenando que se garantice el goce del derecho conculcado y se reparen las consecuencias. De esa forma, la Convención recoge lo que establecen las normas consuetudinarias sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁴⁷. Cabe

¹⁴⁴ Art. 44 de la Convención: "*Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.*"

¹⁴⁵ Art. 33 de la Convención: "*Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:*
a) *la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y*
b) *la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.*"

¹⁴⁶ Art. 61.1 de la Convención: "*Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.*"

¹⁴⁷ Art. 29: "*Continuidad del deber de cumplir la obligación. Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.*"

Art. 30: "*Cesación y no repetición. El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:*

a. *A ponerle fin, si ese hecho continúa;*

b. *A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.*"

hacer presente que en las sentencias de la Corte, normalmente se contemplan, además del restablecimiento del derecho violado y la obligación de no repetición, la mayoría de las formas de reparación previstas en la normas consuetudinarias sobre la materia, es decir, la *restitutio in integrum*, la indemnización y la satisfacción. En suma, la Corte al cumplir lo dispuesto en la norma convencional, hace, en última instancia, efectiva la responsabilidad internacional del Estado parte en el caso que conoce.

165. Por otra parte y de acuerdo a los artículos 68 de la Convención¹⁴⁸, el fallo dictado en el ejercicio del control de convencionalidad ejercido por la Corte ante un caso contencioso que le ha sido sometido, es obligatorio para el Estado Parte del caso en que se dicta y para ese caso. En cambio, no lo es para otros casos que le sean sometidos referentes al mismo Estado ni tampoco para los demás Estados Partes de la Convención que han aceptado su jurisdicción pero que no han sido partes del caso de que se trate. Norma internacional alguna dispone que la sentencia de la Corte tenga efectos vinculantes más allá del Estado Parte del correspondiente caso o incluso de éste. La Convención sigue así la misma orientación de otros tribunales internacionales.¹⁴⁹ Consecuentemente, tampoco su jurisprudencia es vinculante para Estados no partes del caso que

Artículo 31: "Reparación. 1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado."

Art.34: "Formas de reparación. La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

Art. 35: "Restitución. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

a. No sea materialmente imposible;

b.No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización."

Art. 36:"Indemnización.1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado."

Art. 37: "Satisfacción.1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Art. 38: "Intereses.1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.

2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago."

¹⁴⁸ Supra Nota N° 22.

¹⁴⁹ Art. 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido."

Art. 46.1 de la Convención Européenne des Droit de l'Homme: "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties."

Art. 46. y 3 du Statut de la Cour Africaine de Justice y des Droits de l'Homme: "Force obligatoire et exécution des décisions. 1. La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige. ... 3. Les parties doivent se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige auquel elles sont parties, et en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour."

falla, todo ello salvo que un Estado, unilateralmente, así lo establezca en su Derecho Interno¹⁵⁰, lo que únicamente a él vincularía.

166. Igualmente y de conformidad a lo que establece el artículo 68.1 de la Convención, el Estado Parte en el respectivo caso respecto del que falla, es el que debe cumplir la sentencia correspondiente, de suerte que ésta no se puede ejecutar en el territorio de aquél sin su consentimiento o participación. La Corte no fue concebida como ni es, por tanto, un órgano supranacional, es decir, con la facultad de dictar resoluciones directamente aplicables o exigibles en sus Estados Partes, sin, incluso, la intervención del afectado por aquellas. Para eso se requiere siempre de la participación de este último. Y es así en mérito de que norma alguna le concede a la Corte dicha facultad, sino que, por el contrario, la Convención sigue también, sobre este particular, la regla general aplicable a los tribunales internacionales.¹⁵¹

167. Por último, es de resaltar la circunstancia de que, al ser la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos informada por la Corte del incumplimiento de la sentencia por parte del correspondiente Estado Parte del caso en que se pronuncia, éste deja de ser un asunto de la esfera jurisdiccional, pasando a serlo de la política, en donde los señalados Estados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos deben adoptar las medidas, ciertamente de orden diplomático, que estimen procedentes.¹⁵²

168. Procede advertir, sin embargo, que aún en esa posibilidad y dado que la Corte, acorde a sus normas reglamentarias, supervisa el cumplimiento de la sentencia de que se trate¹⁵³, puede resultar que su cumplimiento vuelva a la esfera nacional o continúe en ella.

169. De lo afirmado precedentemente, se colige que el control de convencionalidad efectuado por la Corte en el ejercicio de su competencia contenciosa, se asemeja más a la idea de control de

¹⁵⁰ Podría ser el caso de Costa Rica, en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia afirmó en su sentencia 0421-S-90 que la jurisprudencia de la Corte Interamericana "tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada."

¹⁵¹ Art. 46.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos (modificado por el Protocolo de reforma nº 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010): "Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes."

¹⁵² Art. 46.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos (modificado por el Protocolo de reforma nº 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010): "La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución."

¹⁵³ Art.69 del Reglamento de la Corte: "Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal.

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.

4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión."

constitucionalidad existente el orden interno, en la medida en que efectivamente persigue y se sustenta en la obligatoriedad, en la esfera internacional, de la Convención para sus Estados Partes que han aceptado la competencia de aquella. Esto es, no tiene el carácter de preventivo que caracteriza al control de convencionalidad previo que realiza algún órgano del Estado o el que la Corte efectúa en el ámbito de su competencia consultiva o no contenciosa, puesto que lo que la Corte resuelve, de acuerdo a los artículos 67 y 68 de la Convención, es decir, de acuerdo a su competencia contenciosa, definitivo e inapelable, además de obligatorio el Estado parte del caso. El efecto del control de convencionalidad realizado por la Corte es, pues, en el ámbito internacional, de carácter vinculante.

170. En definitiva, pues, el cumplimiento de las sentencias de la Corte y el sistema de responsabilidad internacional por su incumplimiento, se inserta en la actual estructura jurídica internacional, en la que aquellas carecen de fuerza vinculante directa al interior de los Estados Partes de la Convención que han reconocido su competencia y tampoco la Corte tiene competencia, por ende, para ejecutar o hacer cumplir lo que resuelve. De allí que, el incumplimiento de sus resoluciones pueden devenir, en último término, tal como se expresó, en un asunto político o diplomático, escapando así de la esfera propiamente judicial.

171. Sin duda, el control de convencionalidad ejercido bajo el amparo de la competencia contenciosa de la Corte, es de utilidad para, como ella misma lo ha señalado, "*aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal*"¹⁵⁴. Empero, también es verdad que aún no cumple del todo ese rol, habida cuenta que, de los 203 fallos de fondo que ha dictado la Corte, si bien 25 han sido archivados por cumplimiento total de lo fallado, 168 se encuentran bajo el sistema de supervisión de sentencias por no haberseles dado cumplimiento total y otros 15 han sido informadas a la Asamblea General de la OEA en aplicación del artículo 65 de la Convención¹⁵⁵.

CONCLUSIÓN.

172. Precedentemente se han expuesto dos materias diferentes. Una relativa al "*reconocimiento del cambio de nombre a de acuerdo (o partir de la) identidad de género*" y "*de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo*" y la otra en cuanto al control de convencionalidad. Ambos asuntos tienen, empero y entre otros aspectos, un elemento en común, a saber, que plantean el tema del rol de la Corte, sus potencialidades y sus limitaciones, en lo atinente al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, consecuentemente, también del Derecho Internacional General.

173. Efectivamente, en ambas materias, surge la interrogante hasta donde puede avanzar la jurisprudencia de la Corte en materias no previstas en la Convención de manera expresa y respecto de las que existe un margen de duda en cuanto a que incluso lo haga tácitamente.

¹⁵⁴ *Supra* Nota N°98.

¹⁵⁵ *Informe Anual, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016.*

174. En lo pertinente al primer asunto, en este voto se ha concluido que, si se pretendiera el reconocimiento de las parejas entre personas del mismo sexo e incluso el matrimonio entre ellas, sería menester sea que los Estados americanos unilateralmente lo hicieran, como algunos, la minoría, lo han hecho sea que se celebrara un tratado que lo contemplara.

175. En lo atingente al control de convencionalidad, se podría afirmar que si se quisiera establecer la supranacionalidad de la Convención en el ámbito nacional, vale decir, que sus resoluciones tuviesen fuerza obligatoria directa al interior de los Estados Partes de la Convención, incluso sin su participación de sus órganos y con preeminencia o supremacía por sobre lo que dispongan sus respectivas Constituciones, y de esa manera proporcionar una respuesta definitiva al tema de las relaciones entre el Derecho Nacional de los Estados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se requeriría, más que un acto jurisprudencial de la Corte, una expresa e inequívoca decisión en tal dirección de quienes disponen de la facultad para dar origen a una fuente autónoma de Derecho Internacional, como es el tratado, la costumbre, los principios generales de derecho y el acto jurídico unilateral.

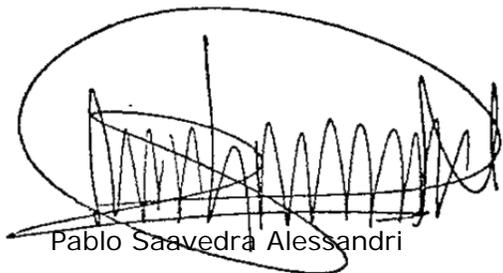
176. Y es que la legitimidad y eficacia de transformaciones de tales envergaduras precisarían de una fuente, no auxiliar como la jurisprudencia, que, en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, únicamente "*determina las reglas de derecho*", sino una que sirva o baste por sí sola para, conforme al mismo artículo, "*decidir conforme al derecho internacional*" las pertinentes controversias, esto es, tal como se expresó, de una fuente autónoma de Derecho Internacional.

177. Dicho condicionamiento es más evidente aun tratándose de Estados obligados a ejercer efectivamente la democracia, como acontece con los Estados Americanos, de acuerdo con lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana, que interpreta lo previsto en la Carta de la OEA y en la Convención¹⁵⁶. No resultaría lo más apropiado, por lo tanto, que, en asuntos de cambios tan profundos como los aludidos, la función jurisdiccional¹⁵⁷ reemplace a la normativa, expresamente asignadas por la Convención a sus Estados Partes¹⁵⁸.

¹⁵⁶ "TENIENDO PRESENTE que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia"; "REAFIRMANDO que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia;" y "TENIENDO EN CUENTA el desarrollo progresivo del derecho internacional y la conveniencia de precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos e instrumentos básicos concordantes relativas a la preservación y defensa de las instituciones democráticas, conforme a la práctica establecida", Párrs. 8, 9 y 20, respectivamente, del Preámbulo de Carta Democrática Interamericana (Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001)

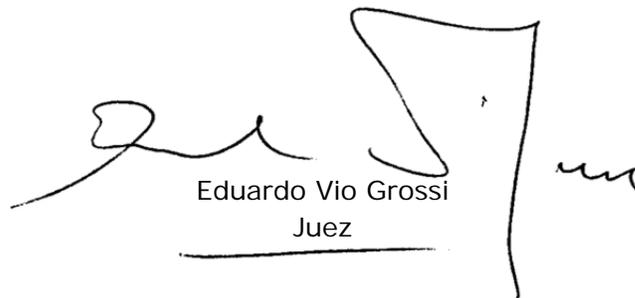
¹⁵⁷ *Supra* Nota N° 8.

¹⁵⁸ *Supra* Notas N°s 16 y 17.

A highly stylized and dense handwritten signature consisting of many overlapping loops and lines, enclosed within a large oval shape.

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

A handwritten signature with a large, prominent vertical stroke on the right side and a smaller, more fluid signature on the left.

Eduardo Vio Grossi
Juez



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME
CÔRTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS



**VOTO CONCURRENTENTE DEL
JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17
DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017
SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA**

**IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL
MISMO SEXO**

**OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA
IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO
ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS
ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)**

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito formular a continuación el presente voto concurrente anexo a la Opinión Consultiva – 24/17 (en adelante “OC-24”) con la intención de presentar de forma detallada las razones por las cuales voté a favor de los puntos resolutivos 3 y 5 de la decisión. Para llevar a cabo el referido análisis, se seguirá el siguiente orden: A. Introducción; B. La reserva de ley en la Convención Americana; C. La reserva de ley y las funciones de la ley frente a los derechos humanos, y D. El caso costarricense.

A. INTRODUCCIÓN

2. El presente voto propone desarrollar un aspecto relacionado con un punto concreto que si bien fue abordado por el Tribunal en el texto de la OC-24, no fue desarrollado de manera más completa y amplia y es el que se relaciona con la fundamentación de la potestad del Ejecutivo, para que en determinados casos pueda regular mediante reglamentos derechos humanos. En este sentido, el presente voto tiene como hipótesis principal demostrar que el principio legalidad y la garantía de la reserva de ley no pueden ser usados para impedir el pleno ejercicio de los derechos humanos, por cuanto dicho principio y su subsiguiente garantía también ostentan límites.

3. Con relación a ese tema, el párrafo 161 de la decisión establece que “se puede [...] señalar que la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la medida que el

mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente¹.

4. Por su parte, el párrafo 171 de la OC-24 determina, con respecto al procedimiento costarricense de cambio de datos de identidad para que éstos sean conformes a la identidad de género auto-percibida del requirente, que “[e]l Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela².”

5. Este voto tiene, entonces, la intención de presentar de forma detallada las razones por las cuales voté a favor de los puntos resolutivos 3 y 5 de la OC-24 y en términos más generales, pretende profundizar en el fundamento internacional mediante el cual la Corte IDH determinó la necesidad de que los Estados introduzcan – a través de un reglamento, y en determinados supuestos – vías alternas a los procedimientos de jurisdicción voluntaria relacionados con las solicitudes de cambios de datos en los registros y los documentos oficiales por motivos de identidad de género auto-percibida. En ese sentido, se trata de describir cual es, en mi opinión, la *ratio decidendi* de la decisión que determina que el Poder Ejecutivo, o la Administración – según corresponda – pueda expedir, en ciertas hipótesis como la que corresponde a este caso, reglamentos que se encarguen de hacer eficaz la vigencia de los derechos humanos.

B. LA RESERVA DE LEY EN LA CONVENCIÓN AMERICANA

6. A mi juicio, la presente Opinión de la Corte no se pronuncia de forma sistemática y clara sobre cuáles son los supuestos en los que una “ley” en sentido formal y material³ es necesaria para que los Estados den cumplimiento a sus obligaciones internacionales. La Opinión adoptada por la Corte se refiere a la posibilidad de que el procedimiento de adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género en los respectivos registros, no sea regulado necesariamente por medio de una ley, sino que pueda hacerse a través de un reglamento o un decreto del Poder Ejecutivo.

7. Durante la audiencia pública celebrada los días 16 y 17 de mayo de 2017 la delegación de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se refirió a la problemática que subyace en la postura de algunas instituciones públicas que sostienen la necesidad de que se aplique la reserva de ley para permitir el ejercicio de un derecho como el de la identidad de género. Al respecto, dicha entidad indicó que “en la jurisprudencia [...] y en realidad en el discurso principalmente en la Asamblea Legislativa se tiende a revertir la idea del principio de reserva de ley, es decir cada vez más vemos tanto una Sala Constitucional como pronunciamientos de legisladores en el sentido de que es necesario emitir una ley para permitir un ejercicio, no necesariamente para limitarlo [...]. [P]ara la Defensoría de los Habitantes en el marco normativo que actualmente tiene el registro civil, no sería necesario una reforma sino simple y sencillamente una interpretación de esta Corte que permita aplicar directamente un control de

¹ OC-24, párr. 161.

² OC-24, párr. 171.

³ Véase en este sentido La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 26, 27, 32.

convencionalidad para interpretar que no existe una restricción al derecho a la identidad que limite la posibilidad de cambiar el nombre en vía administrativa”⁴.

8. Sobre la reserva de ley, corresponde recordar que ésta es una figura que históricamente surge con el propósito distribuir la competencia legislativa entre el congreso (Parlamento) y el ejecutivo (Rey) en un momento en el que el fundamento de la legitimidad del Estado era producto de la concurrencia entre el principio democrático y el principio monárquico. No obstante, en la actualidad el valor normativo de las Constituciones se deriva del principio democrático (llámese soberanía popular, o soberanía nacional), y el fundamento de validez y de eficacia de los derechos en el ámbito interno se encuentra en la voluntad popular.

9. Dentro de esta lógica de legitimidad democrática los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Convención Americana encuentran en el principio democrático y en los valores propios del Estado de Derecho uno de sus principales fundamentos. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que “[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”⁵.

10. Sin perjuicio de lo anterior, considero oportuno recordar que el Tribunal ha señalado que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto los derechos humanos⁶. En ese sentido, la Corte ha sido de la opinión que “[l]a legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales”⁷. Es una realidad histórica que los derechos y en particular de sectores minoritarios o sujetos a estereotipos discriminatorios arraigados en la sociedad, pueden ser objeto de abusos por las mayorías parlamentarias.

11. Por otra parte, el Tribunal se pronunció sobre la reserva de ley en asuntos vinculados a derechos fundamentales en la resolución de supervisión de cumplimiento del caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs Costa Rica*. En esa decisión, la Corte Interamericana señaló que la necesidad de regular la técnica de la *fecundación in vitro* “no debía representar un impedimento para el ejercicio de los derechos humanos a la vida privada y familiar”⁸ pues éstos debían de “tener una eficacia jurídica

⁴ Cfr. Audiencia Pública de 16 de mayo de 2017, intervención de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.

⁵ *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26.

⁶ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

⁷ *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

⁸ *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36.

directa"⁹. Atendiendo a este razonamiento, sumado al hecho que la Corte no indicó específicamente qué tipo de norma debía ser emitida para dar cumplimiento a la Sentencia¹⁰, el Tribunal consideró que la técnica de *fecundación in vitro* "podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable"¹¹. Lo anterior, fue establecido en aras de evitar que el ejercicio de los derechos protegidos por la Sentencia de la Corte resultase ilusorio¹². Lo anterior se entiende "sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia"¹³.

12. Ahora bien, es innegable que la Corte ha sido consistente en requerir la reserva de ley para determinados actos del poder público, específicamente aquellos dirigidos a limitar derechos fundamentales. Desde muy temprano en su jurisprudencia, esta Corte ha señalado que "[el principio de legalidad], dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al 'ejercicio efectivo de la democracia representativa', que se traduce, *inter alia*, en (...) el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común" [el subrayado no es del original]¹⁴.

13. Teniendo en cuenta lo anterior, considero que el artículo 2 de la Convención¹⁵ resulta especialmente relevante para determinar si es necesaria la expedición de normas en sentido formal para respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que "[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones

⁹ *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36.

¹⁰ *Cfr. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 35.

¹¹ *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36.

¹² *Cfr. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36.

¹³ *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 36.

¹⁴ La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32.

¹⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas¹⁶. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)¹⁷.

14. En este sentido, considero que el alcance del artículo 2 no puede leerse como si esta norma implicara que los derechos y libertades fundamentales requieren siempre de un desarrollo legislativo o de una "interpretación legislativa". En mi consideración, sería un razonamiento *ad absurdum* entender que no puede aplicarse, respetar, hacer efectivo ningún derecho humano o fundamental si no existe un desarrollo legislativo. Por estos motivos, los tratados de derechos humanos típicamente son considerados como tratados *self executing* o auto ejecutables. Por ejemplo, resultaría irracional considerar que sin leyes que permitan la objeción de conciencia en temas educativos, el derecho a la libertad de conciencia no puede hacerse efectivos si no existe una ley que establezca la objeción de conciencia en materia educativa.

15. La reserva de ley no es entonces una figura que pretende enervar la eficacia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ni tampoco puede ser una figura que suspenda su vigencia. Por el contrario, la Convención Americana exige una lectura integral y con base en ello, los Estados deben garantizar el efecto útil de la misma.

16. En este orden de ideas, es pertinente tener presente que desde la histórica sentencia de *Velásquez Rodríguez Vs Honduras*, la Corte ha considerado que el deber de garantía implica el deber de los Estados Partes de "[...] organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"¹⁸.

17. Ahora bien, la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por este Tribunal implica que no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención¹⁹.

¹⁶ *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 179.

¹⁷ *Cfr. Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 288.

¹⁸ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

¹⁹ *Cfr. Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 338.

18. Lo anterior significa que la Convención –y los derechos allí reconocidos– tienen eficacia jurídica directa, que supone o implica que todos los operadores jurídicos tienen un mandato de aplicación directo, que no requiere por regla general de *interpositio legislatoris*, de interpretación legislativa.

19. Por estos motivos, a mi juicio, es necesario ponderar las exigencias de la legalidad con el imperativo categórico de vigencia y eficacia de los derechos humanos y con la eficacia directa de los tratados internacionales que los reconocen y protegen. Las únicas restricciones o limitaciones permitidas, como apuntaba anteriormente, son aquellas que exigen la intervención de la representación popular a través del Poder Legislativo de los Estados. Esto, sin embargo, no quiere decir que leyes en el sentido formal o material sean necesarias en todo momento para hacerlos efectivos o asegurar su respeto y garantía. En efecto, sería un error considerar que la reglamentación de un derecho es equiparable a la restricción o limitación del mismo. La garantía de “reserva de ley”, como se expuso, busca crear un sistema de pesos y contrapesos que exija una mayor legitimidad democrática a la hora de restringir el ejercicio de un derecho, pero no es viable requerir este mismo estándar cuando el objetivo es garantizar un derecho determinado, más aún cuando se intenta proteger personas que afrontan múltiples inequidades.

C. LA RESERVA DE LEY Y LAS FUNCIONES DE LA LEY FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

20. De conformidad con lo planteado en el acápite anterior, si bien se ha subrayado la importancia que reviste la garantía de reserva de ley como un resguardo y un límite a la restricción a los derechos contenidos en la Convención por parte del Estado, también se advirtió que esa misma reserva de ley no puede erigirse en un instituto que opere como un obstáculo para el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales o que suspenda la plena vigencia de los derechos humanos. Ni la reserva de ley, ni el principio de legalidad ni la voluntad de las mayorías parlamentarias puede instrumentarse para hacer nugatorios los derechos humanos, éstas figuras no pueden enervar la eficacia de los derechos, no pueden servir de fundamento para oprimir determinados sectores de la sociedad.

21. Un argumento recurrente para entender que la reserva de ley es una figura que exige siempre una *interpositio legislatoris* para la aplicación y goce de los derechos humanos, consiste en entender que la reserva de ley es el mecanismo para establecer en que consiste el núcleo esencial de los derechos humanos o fundamentales (según corresponda al ámbito internacional o nacional). Solo podemos determinar el contenido intangible de los derechos humanos si el legislador lo precisa en una ley. Esta lógica de argumentación pretende hacer de la ley un requisito *sine qua non* para el goce efectivo del derecho. Esta manera de comprender la vigencia de los derechos convencionales y eventualmente constitucionales fundamentales (en tanto haya coincidencia, insisto) parte de entender que siempre que se regula un derecho se debe producir una ley “formal” esto es, expedida por el órgano legislativo, esta lógica de argumentación es equivocada, entre otras razones, porque el concepto mismo de núcleo o contenido esencial impide que la ley pueda derogarlo o modificarlo²⁰.

²⁰ La problemática de cuándo debe entenderse que es necesario exigir reserva de ley o cuáles son los límites y el objeto de esta figura ha sido objeto de debates en la jurisprudencia constitucional colombiana a propósito del ámbito de competencia de ley estatutaria para regular derechos fundamentales (art. 152 lit a.). El criterio central que tradicionalmente se ha manejado por la Corte Constitucional colombiana consiste en utilizar el concepto de “contenido esencial” como criterio para determinar la necesidad de leyes de desarrollo. Algunos aspectos de esta discusión se pueden apreciar en mi aclaración de voto a la Sentencia de

22. El punto de partida sobre la necesidad de utilizar la reserva de ley es que si bien *prima facie* es necesario, es una exigencia convencional, en determinados supuestos la *interpositio legislatoris*, puede ser conveniente pero no indispensable para el efectivo goce de los derechos humanos contemplados en la Convención.

23. La distinción que opera entre estos dos escenarios en los cuales aplicaría o no el principio de reserva de ley, puede ser evaluada y analizada a través de un abordaje de la problemática de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales desde la perspectiva de las funciones que cumple la ley frente a esos derechos.

24. Sobre este punto, se podría entender en términos generales que las funciones que cumple la ley frente a los derechos humanos fundamentales son esencialmente tres: i) la de articularlos al interior del ordenamiento jurídico mediante su ponderación y armonización; ii) la función de configurar o definir los derechos humanos, y iii) la de actualizar el contenido de los derechos humanos.

25. En lo que respecta la primera de las funciones de las leyes, a saber la que consiste en articular los derechos humanos del ordenamiento jurídico mediante su ponderación y armonización, se recuerda que efectivamente esos derechos irradian la totalidad del ordenamiento jurídico. En esa medida toda la normatividad guarda relación directa o indirecta con ellos, bien sea mediante el establecimiento de límites, condiciones o supuestos para su ejercicio o mediante la definición de relaciones de precedencia *prima facie* en el caso de colisiones entre derechos humanos o de éstos con otros bienes internacionalmente protegidos.

26. Sin embargo, cuando el derecho y sus contenidos esenciales están claramente descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos o eventualmente en el derecho interno (por ejemplo en la Constitución), la posibilidad de que existan leyes para ponderarlos o armonizarlos no resulta indispensable (si bien siempre es deseable). En esos supuestos, puede ser suficiente en casos concretos con la protección jurídica prevista en los ordenamientos jurídicos internos. Por ejemplo, lo anterior podría hacer efectivo mediante una tutela efectiva de estos derechos bien sea con mecanismos ordinarios o excepcionales como el amparo o el recurso de tutela. Atendiendo a lo expresado, las leyes que ponderan pueden no ser necesarias no obstante su importancia y conveniencia. La necesidad de ponderar y armonizar los derechos que puedan entrar en conflicto no niega la vigencia de los derechos que están redactados de manera clara. La exigencia de ponderación es un concepto que no se opone a la vigencia efectiva de los derechos convencionales.

27. De conformidad con lo expuesto, se colige, tomando en cuenta el principio *pro persona*, que las leyes de ponderación no constituyen un requisito *sine qua non* para la vigencia o para la protección de varios derechos humanos como el derecho a la vida y a la dignidad. En efecto el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la Convención Americana dispone que ninguna disposición de la Convención Americana puede ser interpretada en el sentido de: "a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, y b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en

la Corte Constitucional de Colombia C-662 de 2009 sobre objeciones presidenciales al proyecto de Ley Sandra Ceballos, por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia.

que sea parte uno de dichos Estados [...]”²¹. Una interpretación correcta, *favor libertatis*, no entiende que la reserva de ley es un requisito previo de vigencia o de goce efectivo del derecho a la vida, o como en este caso, al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica.

28. En lo que atañe a la segunda función, la cual se relaciona con la de configurar o definir los derechos humanos, se entiende que por regla general los enunciados normativos de derechos fundamentales contenidos en la Convención y en las Constituciones de los Estados presentan un alto grado de abstracción y generalidad, por lo que corresponde a los intérpretes, en particular los legisladores, fijar los alcances de estos derechos así como su ámbito de aplicación y de señalar sus contornos y sus límites internos. Por tanto, de acuerdo a esta función, de conformidad con la cual se requiere que existan leyes de desarrollo cuando el derecho cuando está “meramente enunciado”, en ese supuesto el ámbito de la reserva de ley se hace pertinente cuando existe una redacción vaga, o ambigua del derecho que no permite, con niveles aceptables de objetividad, la aplicación y/o el respeto del derecho en casos concretos. En consecuencia, en el evento de que se pretenda aclarar el contenido de derechos humanos, se requiere la emisión de una ley formal y opera la reserva de ley.

29. Sobre este punto, corresponde aclarar que no toda disposición que defina el ámbito de conductas protegidas por un derecho humano debe ser materia de ley formal y material pues esto supondría, por una parte, una carga imposible de cumplir por parte del legislador a quien se le exigiría configurar en abstracto todas las posibles manifestaciones del derecho fundamental regulado. Por otra parte, lo anterior implicaría el riesgo que aquellas conductas que hacen parte del ámbito de protección del derecho y no hayan sido enunciadas, no podrían ser objeto de protección por medio de los mecanismos internos de defensa de los derechos humanos.

30. La tercera función que la ley cumple es la de actualizar el contenido de los derechos humanos. En efecto, el sistema jurídico, debe evolucionar a la par de la sociedad y no puede desconocer los cambios que en ésta se operan, so pena de tornarse ineficaz. En este orden de ideas, respecto a los derechos humanos, la ley debe mantener vigentes el alcance de las garantías y libertades reconocidas por la Convención y por el derecho interno. Así, corresponde a la ley, regular nuevas maneras de ejercicio de los derechos humanos, estrechamente ligadas a los avances y desarrollos tecnológicos. Al igual que la función de configuración, las leyes que actualizan indican significados, alcances, contenidos que en el momento en el que se creó el derecho no se previeron o simplemente no existían. Un ejemplo de ello sería el alcance de la libertad de expresión y el habeas data los cuales no eran imaginables hace 50 o 100 años atrás. Sin embargo, tampoco es posible pretender que la actualización del alcance de las normas se dé exclusivamente bajo la expedición de nuevas normas, pues el legislativo no suele tener la capacidad para responder de forma pronta a las nuevas necesidades, razón por la cual en muchos casos, dicha evolución es realizada por los órganos competentes para interpretar los tratados de derechos humanos o las Constituciones de los Estados.

31. En conclusión la eficacia jurídica directa, el valor normativo de los derechos establecidos en la Convención Americana es compatible con la existencia de reserva de ley en tanto esta es necesaria o conveniente según las funciones de configuración, armonización de derechos, o actualización. Sin embargo la vigencia de los derechos convencionales y la obligación de garantizar el goce efectivo de éstos permite que en

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29.

ausencia de ley los jueces puedan decidir de manera tal que amparen a las personas a quienes se les conculquen sus derechos. Además, en supuestos en los que las exigencias de configuración, ponderación o armonización de derechos no sean esenciales para determinar las obligaciones derivadas del derecho convencional, además de la protección judicial se puede, es más, existe el deber de que mediante reglamento se proteja el derecho.

D. EL CASO COSTARRICENSE

32. Con relación a la situación concreta que se configura en las preguntas planteadas por Costa Rica en la solicitud de Opinión Consultiva en relación con la regulación del procedimiento de adecuación de los datos de los registros y documentos oficiales de conformidad con la identidad de género auto-percibida, se constata que el derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentran contemplados en la Convención Americana²². Por otra parte, la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana ha sido clara en establecer que el derecho a la identidad era un derecho protegido por la Convención Americana a pesar de no estar expresamente establecido en las disposiciones del tratado²³.

33. Como consecuencia de lo anterior, en lo que se refiere a los supuestos para el procedimiento de cambio de nombre por identidad de género no cabe duda sobre el derecho que está en juego ni sobre sus manifestaciones. Por ende, en el supuesto que se plantea en la OC-24 sobre la naturaleza jurídica de esos procedimientos, su reglamentación para hacer efectivo la identidad de género de las personas no constituye una ley de "desarrollo" en el sentido de que la norma que los regula deba cumplir con funciones de actualización o configuración. Asimismo, tampoco nos encontramos frente a un supuesto que implica necesariamente una función de la norma de armonización o de ponderación en tanto los procedimientos relativos al reconocimiento de la identidad de género no se refieren ni deben referirse a un tema litigioso, a un proceso de conocimiento, a la resolución de una controversia o a la determinación de derechos.

²² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Artículo 18. Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

²³ *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122; *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 123, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 116. Asimismo, OC-24, párr. 90: "[...]específicamente con respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. Al respecto, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no el único. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)".

34. Por el contrario, como se ha indicado en esta opinión consultiva, se trata de un procedimiento que debe ser de naturaleza únicamente declarativa y “no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento”²⁴. En efecto, se estableció que “una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente”²⁵.

35. Por tanto, la posición que se sostiene en este voto, y es mi comprensión de esta OC, plantea que la naturaleza de la norma que regula los procedimientos relativos al reconocimiento de la identidad de género auto-percibido corresponde a aquellas que configuran o definen derechos humanos que se encuentran claramente descrito en la Convención Americana (derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica – artículos 18 y 3 de la Convención Americana) o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (derecho a la identidad). Siendo así, tomando en cuenta que ese tipo de regulación sobre la vía para el reconocimiento del derecho al cambio de nombre no necesariamente debe estar contenido en ley, pero si contenido en norma jurídica general (*supra* párr. 27), ese tipo de procedimiento puede ser regulado por reglamentos administrativos o decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de los Estados²⁶.

E. CONCLUSIÓN

36. A partir de lo anteriormente expuesto, estimo que quedan mejor detalladas las razones por las cuales estuve de acuerdo con la posición de la Corte Interamericana en esta materia. Este es un tema de suma importancia para el goce efectivo de los derechos humanos, no sólo en Costa Rica, sino también en otros países de la región donde una interpretación restrictiva de la garantía de reserva de ley ha impedido o paralizado la reglamentación de los mismos. A manera de ejemplo, en algunos Estados de la región, este mismo argumento ha sido utilizado para frenar la reglamentación de dos temas en los que urge tener claridad sobre su aplicación, como lo son el acceso al aborto en las tres causales permitidas o el tipo de procesos que se deben adelantar para poder aplicar la eutanasia de forma legal. De manera, que espero que el presente Voto contribuya para que los Estados tengan en cuenta que la garantía de reserva de ley no puede ser un obstáculo para el desarrollo de los derechos y mucho menos para el cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional que adquirieron al momento de ratificar tratados de derechos humanos como lo es la Convención Americana

²⁴ OC-24, párr. 158.

²⁵ OC-24, párr. 160.

²⁶ Cfr. OC-24, párrs. 161 y 171.



Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



Humberto A. Sierra Porto
Juez