

**LA DIVERSIDAD SEXUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS DESPUÉS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17¹**

**SEXUAL DIVERSITY IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM
AFTER THE ADVISORY OPINION OC-24/17**

*Martín Bertolotti **

RESUMEN: El presente trabajo analiza la Opinión Consultiva OC 24/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017 a solicitud de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En la misma la Corte considera a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas contra la discriminación por el Art. 1.1 de la Convención. Determina la necesidad de contar con un procedimiento expedito (independientemente de su naturaleza) a los fines de la adecuación de nombre y de registros con la identidad de género. Asimismo la Corte establece la necesidad de que los Estados garanticen el acceso 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. Finalmente en este trabajo se analiza la vinculatoriedad, obligatoriedad y ejecutoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte.

PALABRAS CLAVE: Corte IDH – Opinión Consultiva – OC 24/17 – Discriminación – Igualdad – Orientación Sexual.

ABSTRACT: This paper analyzes Advisory Opinion OC 24/17 issued by the Inter-American Court of Human Rights on November 24, 2017 at the request of Costa Rica on Gender Identity and Equality and non-discrimination to same-sex couples. In it, the Court considers sexual orientation, gender identity and the expression of gender as categories protected against discrimination by Art. 1.1 of the Convention. It determines the need to have an expedited procedure (regardless of its nature) for the purpose of adapting names and registers with gender identity. The Court also establishes the need for States to guarantee access to marriage to ensure the protection of all the rights of families formed by same-sex couples, without discrimination with respect to those that are constituted by heterosexual couples. Finally, this paper analyzes the binding, mandatory and enforceable nature of the Advisory Opinions of the Court.

KEYWORDS: IHR Court - Advisory Opinion - OC 24/17 - Discrimination - Equality - Sexual Orientation.

¹ Artículo recibido el 4 de abril de 2018 y aprobado para su publicación el 21 de agosto de 2018.

* El autor es abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripto a la materia Derecho Internacional Público.

Introducción

El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2 (protección de la vida privada y familiar), 18 (derecho al nombre) y 24 (igualdad ante la ley sin discriminación) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con el artículo 1 (obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos por la CADH sin discriminación) del mismo instrumento.

La finalidad perseguida fue que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronuncie sobre la protección que brindan estos artículos al reconocimiento del cambio de nombre de las personas de acuerdo con la identidad de género de cada una y la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica (que prevé un procedimiento jurisdiccional) a las personas que deseen optar por un cambio de nombre en base a su identidad de género. Asimismo, la consulta versó sobre la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Los motivos expuestos por Costa Rica para fundar su solicitud fueron:

- El disímil reconocimiento que existe en la región de los derechos humanos derivados de la orientación sexual y la identidad de género. Desde estados que garantizan el matrimonio igualitario y cuentan con leyes de identidad de género a estados que penalizan las vivencias y expresiones contrarias a la heteronormatividad.
- La jurisprudencia de la Corte en los casos *Atala Riffo vs. Chile* y *Duque vs. Colombia* en la que se determinó que la identidad de género y la orientación sexual son categorías protegidas frente a la discriminación por la CADH.
- La necesidad de que la Corte se pronuncie sobre el tema para que los Estados Americanos puedan adaptar su derecho interno con el objetivo de cumplir con sus obligaciones en relación a los Derechos Humanos. OC-24/17 (2017).

El estado solicitante formuló cinco preguntas específicas (como lo dispone el art. 70.1 del Reglamento de la Corte IDH). Con el fin de emitir su opinión la Corte dividió las preguntas realizadas en dos temas. El primero se refiere a la no discriminación por Identidad de

Género, que responde a las preguntas específicas 1, 2 y 3, y en virtud del cual la opinión emitida por la Corte fue unánime. EL segundo tema se refiere a la igualdad y no discriminación de parejas del mismo sexo y responde a las preguntas específicas 4 y 5. Sobre este tema la opinión de la Corte fue unánime salvo en lo respectivo a la necesidad de extender todas las figuras jurídicas ya existentes para las parejas de distinto sexo, matrimonio inclusive, a las parejas del mismo sexo. Seis de los siete jueces (disidencia del Juez Eduardo Vio Grossi) opinaron que debe garantizarse el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo sin discriminación.

Previo a entrar en el análisis de la solicitud la Corte elaboró un glosario² de gran valor para el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. La Corte explica la elaboración del mismo de la siguiente manera:

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. (OC-24/17, 2017, párr. 31).

² Sobre quiénes se investiga [...] hay problemas hasta para denominar a los sujetos de las investigaciones: personas no heterosexuales, homosexuales, gays, lesbianas, travestis, transexuales, transgénero, trans, bisexuales e intersex, miembros de la diversidad sexual, personas y grupos que no se ajustan a los patrones heteronormativos o heterosexistas, miembros de las minorías sexuales, disidentes sexuales... y las letras y siglas como GLTTT-BI. Las dificultades atraviesan la definición acerca de si se trata de categorías (por definición objetivables), grupos, movimientos, identidades (esenciales, construidas, fluidas, necesarias, contingentes) o qué. Aquí reaparece la tensión irresuelta de la primera pregunta: si entre las principales formas de opresión, dominación y violencia en el campo de las sexualidades se encuentra la denominación heterónoma, lo objetivación y la homogeneización, cualquier definición que se adopte desde la investigación potencialmente contribuye a reproducir aquello contra lo cual luchan los sujetos. Pero la trampa no se resuelve huyendo, es decir, no definiendo. Según el criterio que me parece más adecuado, podemos intentar resolver éticamente este dilema usando definiciones siempre en su contexto: dependiendo de la discusión en juego, de las y los interlocutores, de la claridad con la que pretendemos comunicarnos. La ausencia de definiciones, al menos en textos académicos, es un sinsentido (PECHENY, FÍGARI, & JONES, 2008)

En esta opinión consultiva la Corte deja claro que no está constreñida a los términos de la consulta realizada (en este caso por Costa Rica) ya que tratándose de su competencia consultiva –no limitada a los formalismos de la competencia contenciosa- cuya finalidad es coadyuvar al cumplimiento de los compromisos internacionales sobre derechos humanos y en virtud del art. 2 de la CADH puede sugerir medidas de otro carácter con el fin de efectivizar los derechos humanos.

Cumplido el procedimiento establecido por los arts. 70 a 75 del Reglamento de la Corte IDH y en virtud de la competencia otorgada a la misma por el art. 64 de la CADH, el 24 de noviembre de 2017 la Corte emitió la OC-24/17. La que fue notificada el 9 de enero de 2018.

Tema I: Identidad de Género e Igualdad

La Corte comienza su análisis recordando 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. Indica que según su jurisprudencia, entre la que cita casos contenciosos y opiniones consultivas (OC-18/03, 2003), en la actual etapa de evolución del Derecho Internacional el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*³. No se debe pasar por alto las reiteradas citas que la Corte realiza de los 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), fortaleciendo el carácter de fuente del Derecho Internacional de los mismos (PULECIO PULGARÍN, 2011).

Seguidamente la Corte reconoce que en el texto de la Convención no existe un concepto de discriminación por lo que toma el mismo de su jurisprudencia –Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y Caso *Duque vs. Colombia*. Así discriminación es 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 (*Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2012, párr. 81).

³ Las normas de *ius cogens* tienen la característica de ser imperativas, es decir no pueden ser derogadas por acuerdo particular. La autonomía de los Estados se restringe y los gobiernos pierden la facultad de disponer libremente de sus intereses, sometándose al orden público internacional (DO AMARAL JÚNIOR, 2013)

La prohibición de discriminar surge explícitamente de la Convención en dos oportunidades. Primero en el art. 1.1., el cual el Tribunal entiende que es una norma de carácter general que se extiende a todas las disposiciones del tratado y dispone la obligación de los Estados de respetar y garantizar a todas las personas sin discriminación los derechos reconocidos por la CADH. Asimismo la prohibición de discriminar surge nuevamente del art. 24, no ya en relación a los derechos reconocidos por la Convención, sino en relación al derecho interno de cada estado, al decir que todas las personas tienen igual derecho a ser protegidas por la ley sin discriminación. Siguiendo el mismo razonamiento, no toda diferencia de trato será discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, cuando no persiguen un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo configuran indicios de actuación arbitraria del Estado cuando el criterio diferenciador alude a rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad, grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados y criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos y cargas sociales.

La Corte considera que el art. 1.1. CADH no es taxativo en su enunciación de categorías protegidas frente a la discriminación. Así la identidad de género, expresión de género y la orientación sexual encuadran dentro del mencionado artículo cuando este refiere a “cualquier otra condición social” en virtud del principio *pro homine*. La Corte sustenta su postura en su misma jurisprudencia –casos contenciosos y opiniones consultivas- en diferentes resoluciones en el ámbito de la ONU y la OEA, como también en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Siguiendo a Gelli, las leyes por definición crean distinciones, clasificaciones y categorías: acreedores y deudores, inocentes y culpables, mayores y menores de edad, entre otros. Sin embargo la discriminación prejuiciosa crea categorías basadas en datos inadecuados e implica hostilidad contra grupos de personas o contra personas dentro de esos grupos (GELLI, 2015).

La igualdad formal establece que la igual protección de las leyes no podrá negarse a ninguna persona – es la receptada en el art. 24 de la CADH, en la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos y en art. 16 de la Constitución Argentina. Esta igualdad formal como aclara Gelli no soluciona los problemas planteados cuando son las mismas

leyes las que crean distinciones sobre el modo de tratar a diferentes personas o de abordar diversas situaciones. Entonces, si las leyes pueden hacer distinciones (facultad que la misma Corte reconoce en el párrafo 66 de la presente opinión consultiva) ¿Qué criterios aseguran la igual protección de la ley y evitan las discriminaciones odiosas?

La Corte Suprema de los Estados Unidos da una respuesta a esta pregunta cuando crea su doctrina de las *categorías sospechosas* (doctrina que se ha extendido por toda la región), es decir aquellas categorías que originan una discriminación perversa en virtud de que no se justifican estricta y rigurosamente en un interés legítimo del Estado o están organizadas en base a la persecución de grupos que tradicionalmente fueron excluidos de los derechos o beneficios que otorgan las leyes o que se encuentran relegados a una situación en la cual se los posterga sin término (CORWIN, 1987). Claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enrola en esta doctrina de las categorías sospechosas cuando se refiere a los indicios de actuación arbitraria del Estado, explicados *supra*.

Sin embargo también existen otros tipos de distinciones basadas en categorías sospechosas pero que benefician a las personas o grupos marginados. Gelli da como ejemplo la existencia de cuotas raciales de ingreso a las universidades norteamericanas, esto es lo que se llama discriminación positiva. La misma doctrina norteamericana establece que cuando las llamadas categorías sospechosas sean utilizadas para ampliar o garantizar un derecho fundamental (reconocido por la constitución) su utilización deberá ser evaluada con un criterio menos estricto que cuando restringe derechos (GELLI, 2015).

Así la Corte IDH es clara al prohibir la discriminación en virtud de la identidad y expresión de género (y en virtud de la orientación sexual como se explicará más adelante) y al incorporar la misma como una categoría sospechosa o indicio de arbitrariedad del estado a los fines de analizar la violación a la garantía de igualdad de una norma dentro del Sistema Interamericano.

El alcance del derecho a la no discriminación por identidad de género y orientación sexual incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona por lo que se encuentra protegido dentro del mismo derecho de no discriminación. Esta postura de la Corte es sumamente importante teniendo en cuenta que en el Continente Americano son diez estados -Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y

Tobago- todos miembros de la OEA, los que aun penalizan las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo (Asociación Internacional de Lesbianas Gays Bisexuales Trans e Intersex (ILGA), 2017). Asimismo la Corte recuerda que la falta de consenso al interior de los estados sobre el respeto de los derechos de grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, identidad o expresión de género, real o percibida, no es un argumento válido para perpetuar esa discriminación histórica.

Al tratar directamente el Derecho a la Identidad, la Corte deja claro que el mismo es consustancial a la naturaleza humana y por tanto no sólo se relaciona directamente con varios derechos reconocidos por la Convención, sino que tiene un carácter instrumental para el ejercicio de los mismos. Así el Derecho a la Identidad entendido 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 que se trate y las circunstancias del caso (Gelman vs Uruguay, 2011) (Fornerón e Hija vs. Argentina, 2012) (Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, 2014). Asimismo, está ligado al respeto por la dignidad humana, el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona. La identidad sexual y de género como manifestaciones de la autonomía personal y elementos constitutivos y constituyentes de la identidad personal están a su vez, íntimamente ligados con el derecho a la libertad, a la vida y a autodeterminarse, todos reconocidos por la Convención.

En cuanto a la posibilidad de cambio de nombre en adecuación a la identidad de género, la Corte lo sustenta, no sólo en el art. 18 que recepta el Derecho al Nombre, sino también en el art. 3 de la Convención como Derecho a la Personalidad Jurídica, ya que el derecho a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectivo garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad. Asimismo, la posibilidad de cambio de nombre se condice con el derecho a la libertad, a la vida y a la no discriminación, explicados anteriormente.

Finalmente y en relación a la consulta sobre las características de los procedimientos previstos en el derecho local para la modificación del nombre y de los registros pertinentes, la Corte resolvió que 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 independientemente de su naturaleza jurisdiccional o

administrativa. Sin embargo deben cumplir los siguientes requisitos: 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 (CIDH, OC-24/17, 2017).

Tema II: Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo

La Corte realiza una interpretación del alcance del término familia utilizando los criterios: del sentido corriente de los términos, interpretación literal, contextual, sistémica e incluso analiza los trabajos preparatorios de CADH. Finalmente encuentra su fundamento en la utilización del criterio evolutivo. 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. A su vez, utilizar una concepción restrictiva de familia iría contra el fin de la Convención Americana de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos.

Nuevamente el Tribunal distingue entre el art. 1.1. (Respetar y garantizar derechos reconocidos por la Convención sin discriminación) y el art. 24 (Todas las personas tienen igual derecho a ser protegidas por la ley sin discriminación). El vínculo familiar entre personas del mismo sexo tiene la protección general de no discriminación del art. 1.1. A su vez, en virtud del art. 24 las parejas del mismo sexo tienen igual derecho a ser protegidas por la ley en los mismos términos que las parejas heterosexuales sin discriminación. La obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales (motivo de consulta de Costa Rica) 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. Así la Corte como ya lo había previsto en el párrafo 25, no se constriñe a los términos de la consulta sino que, en ejercicio de su competencia 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 los compromisos internacionales sobre derechos humanos, puede también sugerir otras medidas que garanticen ese propósito en virtud del principio *pro persona*.

En cuanto a la figura jurídica idónea para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, la Corte resalta que en un pequeño lapso de tiempo, doce años, siete Estados americanos reconocieron el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y otros dos reconocen derechos a uniones convivenciales (los que representan aproximadamente el 70% de la población americana), al mismo tiempo la Corte reconoce que en la evolución normativa de esos estados existieron diferentes medidas administrativas, judiciales y legislativas que fueron adoptadas para ampliar los derechos de las parejas del mismo sexo. En relación a la necesidad de crear nuevas figuras jurídicas para proteger los derechos que surgen de este tipo de vínculos, la Corte considera que el medio más sencillo y eficaz para asegurar estos derechos no es crear nuevas instituciones, sino extender las ya existentes para parejas de distinto sexo a las parejas del mismo sexo, inclusive el matrimonio.

La Corte IDH sostiene enérgicamente la necesidad de que los estados extiendan el matrimonio tal cual existe en los respectivos derechos internos a las parejas del mismo sexo. Para sostener su postura la Corte rebate algunos argumentos clásicos de los sectores opositores al matrimonio entre personas del mismo sexo.

La falta de consenso interno: según la propia jurisprudencia de la Corte (*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *Caso Duque vs. Colombia* y *Caso Flor Freire vs. Ecuador*) la presunta falta de consenso interno de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no es un argumento para negarles los mismos ni para perpetuar una discriminación histórica.

Instituciones diferentes: la existencia de instituciones familiares diferentes según se trate de parejas del mismo o distinto sexo (aun si reconocieran los mismos derechos) no responde a una finalidad necesaria ni proporcional. Asimismo, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio pero que no lleve ese nombre sólo tiene como finalidad señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación estigmatizante. La Corte así se encuadra en la lógica de los mismos derechos con los mismos nombres (SOLARI & VON OPIELA, 2011) y en consonancia con lo dispuesto por el Principio de Yogyakarta N° 24.

La finalidad procreadora del matrimonio: la Corte establece que el art. 17 de la Convención protege a la familia como realidad social y no como instrumento procreador. Asimismo la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario resultaría degradante para las parejas –casadas o no- que carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear.

Etimología: Si bien la etimología puede ser ilustrativa, pretender una imposición semántica de la etimología (es decir la etimología como significado y definición de las cosas) llevaría a que muchas palabras debieran ser eliminadas del lenguaje atento a que su significado actual se aparta del origen de la misma. Al mismo tiempo la Corte reconoce que las realidades a las que hacen alusión las palabras matrimonio y familia han evolucionado a lo largo del tiempo incluso más rápido que las legislaciones locales.

Convicciones religiosas o filosóficas: la Corte reconoce la importancia de dichas convicciones en la vida y dignidad de las personas, no obstante estas no pueden ser parámetros para determinar los derechos humanos. En las sociedades democráticas debe existir una coexistencia pacífica entre lo secular y lo religioso.

Opinión de la Corte OC-24/17

1) 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 autopercibida 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. OC-24/17 (2017).

2) 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. OC-24/17 (2017).

3) 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. OC-24/17 (2017).

4) 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. OC-24/17 (2017)

5) 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. OC-24/17 (2017).

6) 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. OC-24/17 (2017).

7) 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. OC-24/17 (2017).

Vinculatoriedad, obligatoriedad y ejecutoriedad de las Opiniones Consultivas

La vinculatoriedad de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es controvertida. A los fines de echar luz sobre ello se distinguirá entre el efecto vinculante de las Opiniones Consultivas y el control de cumplimiento establecido en el artículo 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 69 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto al efecto vinculante la Corte en la misma OC-24/17, siguiendo los precedentes de los fallos *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina, Mendoza y otros vs. Argentina* y la OC 21/14, recuerda 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 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, 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 3.1) 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” (OC-24/17, 2017, párr. 26/27) (el resaltado me pertenece).

En coincidencia con la Corte IDH se entiende que es ésta la intérprete última de la Convención. Al revestir tal carácter es esta quien determina el alcance de los derechos contemplados en la CADH. Así las resoluciones emitidas por este órgano convencional tanto en su competencia contenciosa como no contenciosa son interpretaciones que integran la Convención (ratificando el carácter de instrumento vivo de los tratados) y por tanto tienen preeminencia por sobre la legislación local en virtud de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴.

En la misma línea de pensamiento el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Dr. Pedro Nikken afirma que las opiniones consultivas son vinculantes para los Estados y sustenta su postura en el art. 64 de la Convención y el art. 1 del estatuto de la Corte, el cual define a la misma como una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención. En consecuencia, al ejercer, sea en el

⁴ En el mismo orden de ideas la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en “Acción Inconstitucional Voto 2313-95 Exp. 0421-S-90” ha establecido que: “no puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, **debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido**”.

campo contencioso, sea en el consultivo, la función de "aplicar o interpretar" el Pacto de San José, la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional. Se trata, en consecuencia, de jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho internacional, en los términos previstos por los artículos 38 y 59 de la Corte Internacional de Justicia, jurisprudencia que ha sido invocada en numerosos casos contenciosos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último, aunque sus opiniones consultivas no están llamadas per se a ser ejecutadas de inmediato, sí están dotadas de un efecto práctico virtual y, además, se pueden citar ejemplos en los que el ejercicio de la función consultiva ha repercutido en esferas concretas de la actividad estatal. (NIKKEN, 2003, pág. 171;172).

La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional. Ni la Corte Internacional de Justicia ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen una función consultiva tan amplia al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas.

Según lo ha entendido la misma Corte, al otorgársele facultades consultivas tan amplias, la CADH crea un sistema paralelo al del artículo 62 –competencia contenciosa- y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso (OC-3/83, 1983, Párr. 24).

Es decir según lo ha entendido la misma Corte las opiniones consultivas son otro medio judicial que ayuda a conseguir el fin de la protección de los derechos humanos pero desprovisto del formalismo de la jurisdicción contenciosa. Se entiende así que la finalidad no ha sido emitir declaraciones no vinculantes ni expresiones de deseos, la finalidad buscada es la protección efectiva de los derechos humanos resguardados por la Convención, cuya intérprete es la Corte, de una manera más amplia, accesible y menos formalista.

Por otro lado cuando nos referimos a la ejecutoriedad de las opiniones consultivas, vemos que la Convención Americana no prevé para las mismas un mecanismo como el existente para sus sentencias. Esto a su vez queda plasmado en los informes anuales que la Corte presenta en los que desarrolla con detenimiento todos los casos en etapa de supervisión de sentencias, mientras que sobre las opiniones consultivas se limita a decir cuáles han sido resueltas, cuales se encuentran en estudio y cuales se rechazaron.

De lo expuesto anteriormente surge la pregunta ¿Puede un Estado Parte desconocer la Opinión de la Corte, que emana de la competencia otorgada por la misma Convención, en su

derecho interno? Una respuesta en pos de la coherencia del sistema hemisférico de protección de derechos humanos sería negativa. Sin embargo el mismo Juez Eduardo Vio Grossi, actualmente miembro de la Corte IDH, en su voto individual a la OC 24/17 expresa que las opiniones consultivas no son obligatorias para los Estados salvo que estos unilateralmente le otorguen tal carácter, lo que refleja que existen posiciones encontradas sobre el tema.

La realidad es que hoy, tal y como están las cosas. La obligatoriedad de las Opiniones Consultivas depende de lo que el máximo órgano jurisdiccional de un determinado estado determine. Pero esta salvedad no es solo aplicable a las opiniones consultivas, sino también a los fallos de la Corte IDH. Por ejemplo en la República Argentina desde el 14 de febrero de 2017 la Corte Suprema de la Nación (CSJN) con el voto mayoritario de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti resolvió que los Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden revocar sentencias firmes de ese máximo tribunal, en relación a lo ordenado en el Fallo *Fontevecchia* (*Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, 2011) de la Corte IDH que manda dejar sin efecto una Sentencia de la CSJN del 2001. Si la Corte se aparta del cumplimiento de un fallo en virtud de la competencia contenciosa de la Corte IDH que específicamente condena a la República Argentina, entendemos que con más razón lo hará respecto de una opinión de carácter general emana de la competencia consultiva. En relación a ese mismo caso el juez de la Corte Suprema Argentina Juan Carlos Maqueda mantuvo la postura fijada en sus votos en los casos “Cantos” (2003), “Espósito” (2004), “Derecho” (2011), “Carranza Latrubesse” (2013) y “Mohamed” (2015), según la cual a partir de la reforma constitucional de 1994, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CIJ, 2017).

Distinto son los casos de Chile y Costa Rica. El primero desde el caso “La última tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos Vs. Chile*) del cinco de febrero de 2001 mantiene una jurisprudencia de cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH (con sus salvedades). La emisión de la OC 24/17 llega en un momento en el que el país trasandino debate las leyes de identidad de género y de matrimonio entre personas del mismo sexo.

El caso costarricense es tanto o más interesante en virtud de que fue este estado el solicitante de la Opinión Consultiva. La jurisprudencia de la Sala Constitucional del máximo

tribunal local es clara al decir “Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido” (fallo 2313-95). Por lo que la obligatoriedad de la OC 24/17 es incuestionable. Sin embargo sectores conservadores locales, e incluso actores políticos como el candidato a presidente y predicador evangélico Fabricio Alvarado Muñoz, hicieron declaraciones sobre la posibilidad de excluir al país centroamericano del Sistema de protección de Derechos Humanos con lo que Costa Rica hubiera abandonado su tradicional respeto al sistema interamericano y se sumaría a Venezuela o el Perú de Fujimori (como los únicos países que se excluyeron de la competencia de la Corte previamente conferida). Esta opinión consultiva publicada en enero del 2018 se convirtió en el centro del debate de los candidatos a presidente (BBC Mundo, 2018) (El Nuevo Diario, 2018) y se materializó el 1 de abril en el triunfo del candidato que se manifestó a favor del matrimonio igualitario y del respeto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Carlos Alvarado Quesada (con el 60,7% de los votos) frente a su contrincante Fabricio Alvarado Muñoz.

La resistencia de los sectores locales más conservadores a los avances en la ampliación de los derechos humanos a nivel regional (o comunitario en el caso Europeo) en relación a las minorías sexuales es bien tratado por Phillip Ayoub en *With arms wide shut: Threat perception, norm reception, and mobilized resistance to LGBT rights*. La estrategia de estos sectores es hacer ver las resoluciones de tribunales regionales como amenazas a los valores nacionales (AYOUB, 2014). Sin embargo que el cumplimiento de lo dispuesto por un Tribunal Regional cuya competencia fue reconocida previamente por un estado quede sujeto a la presión de sectores locales o cambios políticos, lesiona al estado de derecho, a la seguridad jurídica, a los propios procesos de integración regional y a la protección de los derechos humanos.

Conclusiones

La Opinión Consultiva OC-24/17 representa el *summum* del compromiso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para con las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex de la región. Ejemplos de este compromiso fueron las nueve resoluciones

aprobadas desde 2008 en la Asamblea General de la OEA respecto de la protección de personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual, identidad de género y expresión de género, la creación de la Relatoría LGBTI en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2014, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Atala Riffo vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*. Asimismo, la OC-24/17 responde al reclamo de la Sociedad Civil y a la realidad de una conquista social que se expande por todo el continente.

Esta opinión consultiva es un mensaje también a aquellos diez estados americanos que aun penalizan las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo. Llega también a fortalecer la lucha social en estados como Chile donde hoy se debaten las leyes de identidad de género y de matrimonio igualitario, Bolivia donde en 2017 un fallo del Tribunal Constitucional limitó los derechos reconocidos por la vigente ley de identidad de género y prohibió el matrimonio de personas trans, sólo por citar algunos ejemplos. La Corte marca así el sendero por el cual deben transitar aquellos estados que tengan la vocación de comprometerse con la protección de los derechos humanos.

En esta oportunidad también se puede observar la disparidad que existe en nuestro continente, tanto normativa, como social, respecto de las personas LGBTI. No sólo entre los diferentes estados, sino también en el seno de sus sociedades. La Corte advierte esta situación e insta a los estados a impulsar realmente y de buena fe las reformas necesarias para que todas las personas, independientemente de su orientación sexual, identidad o expresión de género, puedan gozar de los mismos derechos sin distinción.

En cuanto al efecto jurídico de las opiniones consultivas, este trabajo sostiene que las mismas son vinculantes sin excepción. El fundamento no es otro que garantizar el pleno funcionamiento del sistema de protección de derechos humanos regional. Las decisiones - tanto en su competencia consultiva como contenciosa- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretan e integran el texto de la Convención Americana. En consecuencia deberán los estados adecuar su derecho interno a lo dispuesto por la misma. Una posición contraria tornaría ilusorio al sistema regional de protección de derechos humanos.

Bibliografía consultada.

- OC-3/83, Restricciones a la pena de muerte (Corte IDH 8 de septiembre de 1983).
- OC-18/03, Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados. (CorteIDH 17 de septiembre de 2003).
- Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 238. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de 11 de 2011).
- Gelman vs Uruguay, Fondo reparaciones y costas (CorteIDH 24 de febrero de 2011).
- Atala Riffo y niñas vs. Chile, fondo reparaciones y costas (CorteIDH 24 de febrero de 2012).
- Fornerón e Hija vs. Argentina, Fondo reparaciones y costas (CorteIDH 27 de abril de 2012).
- Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, fondo reparaciones y costas (CorteIDH 14 de octubre de 2014).
- Duque vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (CorteIDH 26 de febrero de 2016).
- Opinión Consultiva: Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, OC-24/17 (CorteIDH 24 de Noviembre de 2017).
- Asociacion Internacional de Lesbianas Gays Bisexuales Trans e Intersex (ILGA). (2017). *Homofobia de Estado 2017: Estudio Jurídico mundial sobre la orientacion sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. Ginebra.
- AYOUB, P. (2014). With arms wide shut: Threat perception, norm reception, and mobilized resistance to LGBT rights. *Journal of Human Rights*, 13(3), 337-362.
- BBC Mundo. (2 de abril de 2018). Elecciones en Costa Rica: el candidato oficialista Carlos Alvarado Quesada gana la presidencia en comicios marcados por debates sobre la religión y el matrimonio igualitario. *BBC Mundo*, págs. <http://www.bbcmundo.com/mundo/noticias-america-latina-43609207>.
- CIJ. (14 de febrero de 2017). Recuperado el 28 de febrero de 2018, de Centro de Información Judicial - Agencia de Noticias del Poder Judicial: <http://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>
- CIURLIZZA, J. (1995). La interpretación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el caso de la función consultiva de la Corte Interamericana. *Agenda Internacional*, vol. 2, no 4, p. 91-105.
- CORWIN, E. (2015). La constitución de los Estados Unidos y su significado actual - Fraterna - 1987. En M. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada - 4 edición*. (pág. 630). Buenos Aires: La Ley.

- DO AMARAL JÚNIOR, A. (2013). *Curso de Direito Internacional Público (4a edicao)*. Sao Paulo: Atlas.
- El Nuevo Diario. (1 de abril de 2018). Costa Rica vota en balotaje polarizado en torno al matrimonio homosexual. *El nuevo diario*, págs. <https://www.elnuevodiario.com.ni/internacionales/centroamerica/459857-costa-rica-vota-balotaje-polarizado-torno-matrimon/>.
- FIGARI, C. (2010). El movimiento LGBT en América Latina: institucionalizaciones oblicuas. En *Movilizaciones, protestas e identidades colectivas en la Argentina del bicentenario* (págs. 225-240). Buenos Aires: Nueva Trilce.
- GELLI, M. (2015). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada - 4ta edición*. Buenos Aires: La Ley.
- NIKKEN, P. (2003). La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Nikken, P. (2003). La función consultiva de la Corte Interamericana Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Nikken, P. (2003). La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humana1, 161-184.
- PECHENY, M., FÍGARI, C., & JONES, D. (2008). *Todo sexo es político: estudio sobre sexualidades en la Argentina*. Buenos Aires: Libros del Zorzal.
- PULECIO PULGARÍN, M. (2011). Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Análisis Internacional*, 3, 239-259.
- SOLARI, N., & VON OPIELA, C. (2011). *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes, implicancias, efectos*. Buenos Aires: La Ley.
- STEINER, C., & GRANADOS, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.