



Año 2016- Bicentenario de la Declaración de
la Independencia Nacional

*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2016

Ref.: Solicitud de Opinión Consultiva

**Al señor Secretario de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Dr. Pablo Saavedra Alessandri**

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. y por su intermedio a la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en mi carácter de titular del Ministerio Público de la Defensa de la Nación argentina, a fin de efectuar distintos aportes al proceso de elaboración de la Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica con fecha 18 de mayo de 2016.

Corresponde dejar aclarado que el presente constituye una aporte a la discusión de estándares de derechos humanos, en los términos que se indicarán más abajo, pero ello no implica asumir la representación de la República Argentina ni, en consecuencia, que las opiniones que se expresarán sean la posición oficial del Gobierno Nacional.

En los términos de la Ley N° 27.149, el Ministerio Público de la Defensa de la Nación (MPD) es una institución que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, y que promueve toda medida tendente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. El MPD distribuye sus competencias a través de defensorías públicas, comisiones y programas especializados.

Entre ellos, el Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos fue creado en el año 1998 y su objetivo principal es el de brindar soporte técnico al trabajo de los defensores públicos, funcionarios y empleados en la aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, la Comisión sobre Temáticas de Género fue creada en el año 2007 y tiene como objetivo promover el efectivo respeto de los derechos humanos de las personas que sufren violencia y discriminación por razones de género, en especial las mujeres y los colectivos LGTBI.

Es desde la experiencia de estas dependencias del MPD que se realizan los presentes aportes, que se corresponden a su vez con los avances que se han dado en el país en tiempos recientes, en especial a través de la sanción de leyes como la N° 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario), la N° 26.743 (Ley de Identidad de Género) y la N° 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación).

USO OFICIAL

STELLA MARIO MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

I. Sobre la relevancia de la presente Opinión Consultiva

A modo de introducción, cabe resaltar la relevancia de la presente solicitud de Opinión Consultiva, en tanto ofrece a la Corte IDH la posibilidad de desarrollar en mayor medida los estándares de derechos humanos vinculados con la orientación sexual y la identidad de género, y consecuentemente mejorar la protección de los colectivos LGTBI y su acceso a los derechos en condiciones de igualdad. Si bien el tribunal interamericano dio algunos pasos trascendentales en este sentido en el marco de los casos *Atala Riff y niñas vs. Chile*, *Duque vs. Colombia* y *Flor Freire vs. Ecuador*, el tenor de las consultas remitidas por el Estado de Costa Rica permite ir más allá de ellos.

En especial, en lo que se refiere a la "identidad de género", la presente solicitud permitirá a la Corte IDH establecer un piso mínimo de estándares a nivel regional, que la reconozca como un componente central del libre desarrollo de la personalidad y que garantice el derecho de las personas a procedimientos ágiles de rectificación de sus partidas documentales, en especial respecto del nombre y sexo/género registral. Asimismo, en aquello que se vincula con la "orientación sexual", esta solicitud permitirá a la Corte IDH profundizar su jurisprudencia en materia igualitaria y extender su aplicación a casos no tratados hasta el momento, como ser los que se vinculan con el cúmulo de derechos patrimoniales derivados de los vínculos entre personas del mismo sexo.

Por lo mencionado, el impacto de la potencial Opinión Consultiva trasciende al Estado parte que la ha solicitado. En un sentido, puede colaborar con los procesos domésticos que actualmente se llevan adelante en algunos países de la región, dirigidos hacia la ampliación de derechos de los colectivos LGTBI. En otro sentido, puede colaborar con el blindaje convencional de logros ya obtenidos, que siempre se ven sujetos a amenazas de regresividad.

II. Sobre el primer punto sometido a consulta

II. (a). En primer término, el Estado de Costa Rica solicita la opinión de la honorable Corte respecto de los alcances de la protección convencional de la identidad de género; en particular, respecto de si tal protección exige a los Estados reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una.

Desde la perspectiva de este organismo, la pregunta en cuestión merece una respuesta afirmativa. Tal como el propio Estado de Costa Rica indica, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH la "identidad de género" hace parte del catálogo de categorías especialmente protegidas por la Convención Americana¹, lo que implica que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno pueden restringir arbitrariamente los derechos de una persona a partir de este factor. Por otra parte, la

¹ Véase Corte IDH, Caso *Atala Riff y niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/2/2012, párr. 91 y *Duque vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26/2/2016, párr. 104.



Año 2016- Bicentenario de la Declaración de
la Independencia Nacional

*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

identidad de género tiene relación directa con el derecho a la vida privada (art. 11, CADH), que "es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas"². De acuerdo con la Corte IDH, "[l]a protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. 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 exterior (...) La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad"³. Asimismo, la identidad de género se encuentra en relación directa con el derecho a la libertad personal, que "constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones" y que es, a su vez, "un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana"⁴.

Si bien la CADH no contiene una definición de la "identidad de género", cabe remitir a aquella ofrecida por los "Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género" (Principios de Yogyakarta), que es de amplia aceptación y capta muchas de las dimensiones adelantadas en el párrafo previo. Sin tener carácter obligatorio, estos Principios en los últimos diez años han sido utilizados como punto de referencia o como criterio de interpretación por distintos organismos de Naciones Unidas, así como por aquellos que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵. También han influido en la legislación y jurisprudencia de Estados en la región, como es el caso de la Argentina⁶.

De acuerdo con ellos, la identidad de género "se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales" (véase Principios de Yogyakarta, Preámbulo). Esta definición ha sido explícitamente receptada por la Comisión IDH en el marco del estudio realizado en cumplimiento

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

² Véase Corte IDH, *Atala Riff y niñas*, cit., párr. 162.

³ Véase Corte IDH, *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2012, párr. 143 y sus respectivas citas.

⁴ Véase *Ibid.* párr. 142.

⁵ Véase, a modo de ejemplo, Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, cit., párr. 110.

⁶ Véase la Ley Nº 26.743, que en su artículo 2º trascibe con ligeras modificaciones la definición de "identidad de género" contenida en el Preámbulo de los Principios de Yogyakarta.

de la resolución AG/RES. N° 2653 de la OEA⁷ y luego reiterada en su *Informe sobre Violencia contra Personas LGBTI en América*⁸.

Como puede observarse, de la definición ofrecida por el Preámbulo de los Principios de Yogyakarta se desprende que la identidad de género es parte de la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad, aspecto que luego se ve reforzado a través de principios específicos. En particular, el Principio N° 3 -vinculado con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica- indica que “[l]a 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 libertad”. En sus distintos numerales, también exige a los Estados: (1) adoptar “todas 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” (Principio N° 3.b); (2) adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar 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” (Principio N° 3.c); (3) garantizar que “tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida” (Principio N° 3.d), y (4) asegurar que “los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas” (Principio N° 3.e).

Típicamente, los documentos de identidad y partidas registrales consignan datos tales como el sexo/género y el nombre, que hacen parte de los atributos de la personalidad. Cuando los distintos elementos de la identidad de género definida para sí no encuentran correlato en esos registros, se está ante un supuesto de violación, en términos convencionales, de los ya referidos derechos a la vida privada (art. 11., CADH) y a la libertad personal, junto con los derechos más específicos a la personalidad jurídica (art. 3, CADH) y al nombre (art. 18, CADH). El Estado no puede desplazar la soberanía personal para determinar quién se es, aspecto que la Corte IDH tuvo oportunidad de reafirmar recientemente⁹. Tampoco puede privilegiar una asignación de sexo/género y de nombre primigenia, en la que la persona no ha participado ni ha sido oída, por sobre aquella que es requerida por la propia persona de conformidad con su vivencia interna e individual del género.

⁷ Véase Comisión IDH, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.166/12, 23/4/2012, párr. 18 y ss. Para una aproximación inicial al tema, se sugiere también Global Action For Trans Equality (GATE), *Identidad de Género y Derechos Humanos en dos páginas*.

⁸ Véase Comisión IDH, *Violencia contra personas LGBTI en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36, 12/11/2015, párr. 20.

⁹ La Corte IDH recordó que “la manera en que las personas se identifican es lo único relevante al momento de definir su orientación sexual”, aspecto que es posible trasladar también a la identidad de género, dada la misma vinculación que ésta presenta con la “libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”. Véase Corte IDH, *Homero Flor Freire vs. Ecuador* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 31/8/2016, párr. 103 y sus citas.



Año 2016- Bicentenario de la Declaración de
la Independencia Nacional

*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

Por otra parte, cuando la identidad de género definida para sí no encuentra correlato en los registros públicos, también se está ante una amenaza del catálogo completo de derechos, si se considera que el Documento Nacional de Identidad –como se lo llama en la Argentina, pero tiene otras denominaciones en los demás países de la región- es generalmente una llave de acceso a ellos. Son muchos e importantes los actos de la vida cotidiana que exigen exhibir el DNI: participar políticamente (art. 23, CADH), circular libremente (art. 22, CADH), acceder a la justicia (arts. 8 y 25, CADH), etc. También es condición necesaria para el goce de Derechos Económicos, Sociales y Culturales básicos (art. 26, CADH), como el de educarse, trabajar y acceder al sistema de salud. La falta de correspondencia entre aquello que la documentación indica y la identidad de género puede desalentar el ejercicio de los derechos señalados o someterlos a condiciones de acceso violatorias del principio de igualdad y no discriminación (arts. 1.1 y 24, CADH). Asimismo, puede exponer a las personas a sufrir numerosas afectaciones a su integridad personal (art. 5, CADH).

En consideración a todo lo dicho, la relación trazada por el Estado de Costa Rica en el marco de su consulta entre las disposiciones de los arts. 11.2, 18 y 24 es de suma relevancia. Adicionalmente, la falta de medidas estatales que permitan de forma ágil y voluntaria adecuar o rectificar las partidas documentales por razones de identidad de género, también compromete un conjunto más amplio de derechos convencionales. Desde esta perspectiva, y por mandato de los arts. 1.1 y 2 de la CADH, el Estado debe arbitrar mecanismos no discriminatorios, que permitan a solicitud de las personas interesadas el cambio de nombre y de género en las partidas documentales y en los distintos registros estatales, de manera tal que garanticen el derecho al reconocimiento de la identidad de género.

II. (b). Reconocida la existencia de un derecho a la identidad de género con los alcances señalados, la segunda pregunta del Estado de Costa Rica exige un análisis de razonabilidad de los procesos estipulados para la modificación o rectificación de datos. Las funciones de policía civil y de seguridad jurídica que en general los Estados guardan a través de la estabilidad de los datos registrales, ha inclinado a distintas legislaciones a establecer rígidos procesos jurisdiccionales para habilitar cambios en este sentido. Sin embargo, este tipo de procesos resulta desproporcionado cuando se aplica a los requerimientos vinculados con la identidad de género, dado el especial carácter de las razones invocadas, la situación de violencia que atraviesan las personas trans (travestis, transexuales y transgénero) en sistemas *cisnormativos*¹⁰ y la tortuosa experiencia que la judicialización de sus solicitudes ha implicado para ellas.

USO OFICIAL

STELLA MARÍA MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

¹⁰ De acuerdo con la Comisión IDH: "Respecto de la identidad de género, el término cisnatividad (siendo el prefijo "cis" el antónimo del prefijo "trans") ha sido usado para describir 'la expectativa de que todas las personas son cissexuales [o cisiénero], que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres'". Véase Comisión IDH, *Violencia contra personas LGBT en América*, cit., párr. 32 -citas del original, aquí omitidas-. Véase también European Commission, *Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, 2012, p. 88. De acuerdo con este último trabajo:

Con frecuencia, los procesos jurisdiccionales han estado marcados por numerosos obstáculos de accesibilidad. En primer lugar, han desplazado el poder epistémico para determinar quién uno/a es desde el propio agente hacia el funcionario judicial y los/as auxiliares de justicia, lo cual afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la construcción de la propia identidad sin injerencia de terceros¹¹. En segundo lugar, han involucrado manifestaciones de violencia respecto de las personas requirentes, a través de exigencias tales como pericias médicas, psicológicas y sociales; declaraciones de testigos sobre sus hábitos y vivencias; o imposiciones de modificación de su estado civil. Incluso, distintas legislaciones y prácticas han llegado al extremo de exigir esterilizaciones o intervenciones previas no consentidas sobre el propio cuerpo para "encuadrarlo" en los estereotipos asociados con la identidad de género reclamada, aspecto último que ha motivado la denuncia de organismos del Sistema Universal¹² e Interamericano¹³. En tercer lugar, estos procesos generalmente se han acompañado de otro tipo de obstáculos, tales como el pago de tasas de justicia, la necesidad de asistencia letrada y el manejo de un lenguaje especializado. Frente a esas consecuencias, respecto de la identidad de género ningún juicio de ponderación puede privilegiar criterios restrictivos vinculados con la estabilidad de los datos registrales y con la seguridad jurídica en las relaciones interpersonales, objetivos que por otra parte pueden alcanzarse a través de medidas proporcionales y menos lesivas, como ser la inmutabilidad del número de documento.

Como contrapartida a ese escenario, y de cara a la consulta realizada por el Estado de Costa Rica, es útil recordar que de manera reciente la Comisión IDH celebró la adopción en la Ciudad de México y en Colombia de decretos "que permiten modificar el componente sexo en los documentos de identidad a través de procedimientos administrativos simples". A la par, observó que "antes de que se adoptaran estas medidas, la corrección del componente sexo en los documentos oficiales sólo era posible a través de procedimientos judiciales lentos y onerosos", que "requerían diagnósticos psiquiátricos y/o exámenes médicos que patologizaban a las personas trans"¹⁴. En ese sentido, la Comisión IDH recomendó a los Estados "[a]adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad

"Cisnatividad hace referencia a las prácticas e instituciones que legitiman y privilegian a las personas conformes en el género correspondiente al sexo asignado al nacer. Por otro lado, esta norma sistemáticamente pone en desventaja y margina a las personas cuya identidad de género y expresión no encuadra en las expectativas sociales" (En el original: "*Cisnormativity refers to the practices and institutions that legitimise and privilege those who are comfortable in the gender belonging to the sex assigned to them at birth. On the other hand, this norm systematically disadvantages and marginalises all persons whose gender identity and expression do not meet social expectations*").

¹¹ Véase sobre el punto nota al pie N° 9.

¹² Véase *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan Méndez, A/HRC/22/53, 1/2/2013, párrs. 78 y 88; *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/HRC/31/57, 5/1/2016, pár. 49 y 72 h.; 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*, A/HRC/29/23, 4/5/2015, párrs. 69, 70 y 79 i. Véase también un panorama global en Human Rights Watch, *Rights in Transition: Making Legal Recognition for Transgender People a Global Priority*, January 2016.

¹³ Véase Comisión IDH, *Informe sobre la Violencia contra Personas LGBTI en las Américas*, cit.

¹⁴ Véase *Ibid.*, párr. 420 –citas del original, aquí omitidas–.



Año 2016- Bicentenario de la Declaración de
la Independencia Nacional

*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos, y sin que sea necesario que presenten evaluaciones o certificados médicos o psicológicos/psiquiátricos”¹⁵.

También es útil volver sobre las previsiones de los Principios de Yogyakarta. Por un lado, disponen que: “[n]inguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna 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”. Por otra parte, a los fines de respetar plenamente y reconocer legalmente la identidad de género que cada persona defina para sí, los principios Nº 3.b y Nº 3.c hacen referencia –entre otras- a las medidas de tipo administrativas, mientras que el principio Nº 3.d específicamente indica que los Estados deben garantizar que los procedimientos dirigidos a la modificación de partidas documentales sean “eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida”.

Finalmente, a la hora de ofrecer una respuesta resulta iluminadora la legislación argentina, diseñada por los movimientos trans locales y reconocida por la Comisión IDH como “la mejor práctica en la región”¹⁶.

Dicha legislación abraza el paradigma de la *des-judicialización* y la *des-patologización* de las identidades. La Ley Nº 26.743 permite la rectificación registral del sexo, el nombre de pila y la imagen a través de la mera solicitud ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, que en el caso de mayores de edad únicamente exige la expresión de la voluntad de la persona requirente, sin necesidad –en ningún caso- de acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico (art. 4), y sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo (art. 6)¹⁷. La norma también estipula la gratuidad de las solicitudes, aclara que no es necesaria ninguna gestoría o intervención letrada, y prohíbe cualquier referencia a esa ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma (art. 6), entre otras disposiciones dirigidas a agilizar el trámite y a

USO OFICIAL

SILVIA MARÍA MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

¹⁵ Véase Ibid., pág. 294, punto 26.

¹⁶ Véase Ibid., párr. 419. El texto oficial y completo de la norma puede encontrarse en: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=112. Fuera de la región latinoamericana, para otros avances véase la ley adoptada en Malta (*Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*), con fecha 1/4/2015. <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lorm&itemid=12312&l=1>

¹⁷ En el caso de los menores de 18 años, el art. 5 modifica algunos aspectos. La solicitud ante el Registro debe 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 26.061, 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 prevista en el art. 27 de la Ley 26.061. Finalmente, cuando se niegue o fuese imposible obtener el consentimiento de alguno de sus representantes legales, se podrá recurrir a la vía judicial sumarísima para que allí se resuelva el pedido.

garantizar que se sustancie de una forma respetuosa, confidencial y no discriminatoria (arts. 7, 9, 12 y 13, entre otros). La participación judicial sólo se reserva frente al caso de nuevas solicitudes de rectificación registral (art. 8), y en el supuesto en que se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representante de los menores de edad para realizar la solicitud (art. 5, 2º párr.).

Fuera de las disposiciones vinculadas con los datos registrales, la ley argentina también regula con un amplio criterio el acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo, incluida la genitalidad, a la identidad de género, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa para ello (art. 11)¹⁸. Este acceso es regulado como garantía del derecho a la salud integral y como un componente inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad, al mismo tiempo que las prestaciones se incorporan al Plan Médico Obligatorio (art. 11).

La ley también garantiza el trato digno (art. 12).

III. Sobre el segundo punto sometido a consulta

III. (a). En segundo término, el Estado de Costa Rica solicita la opinión de la honorable Corte acerca del nivel de protección convencional de los vínculos entre personas del mismo sexo. En particular, consulta si la protección contra la discriminación por orientación sexual de los arts. 1.1 y 24, el art. 11.2, y la CADH en general, contempla que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de tales vínculos.

Desde la perspectiva de este organismo, la pregunta en cuestión merece una respuesta afirmativa. Esta posición es la única consistente con la jurisprudencia interamericana en materia de igualdad y no discriminación. Como ya se ha afirmado en este escrito, y el Estado de Costa Rica indica en el marco de su consulta, los organismos del SIDH han reconocido a la orientación sexual dentro de las categorías especialmente protegidas por el derecho internacional, siguiendo de tal modo la senda adelantada por otros organismos de protección¹⁹. Las consecuencias jurídicas de este enfoque son varias.

Por una parte, la consideración de la orientación sexual como una categoría protegida reduce en grado extremo las posibilidades de los Estados de trazar distinciones para el acceso a derechos sobre la base de esta variable, que *a priori* se asume como prohibida a esos efectos²⁰. Esta presunción de ilegitimidad traslada a quien pretenda sostener la carga de argumentar y probar que la distinción es imperiosa a los fines de obtener un fin legítimo en los términos de la Convención Americana. Asimismo, la calidad de las razones exigidas para sostener la distinción es mayor que aquella que normalmente se requiere para justificar diferencias de trato sobre la base de factores que no se presumen prohibidos. En términos de la Corte IDH, "...tratándose de la prohibición

¹⁸ En el caso de los menores de 18 años, el art. 11 de la Ley N° 26.743 modifica algunos requerimientos.

¹⁹ Véase Corte IDH, *Atala Rifo y niñas vs. Chile*, cit.; *Duque vs. Colombia*, cit. y *Homero Flor Freire vs. Ecuador*, cit.

²⁰ Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, cit., párr. 104-105.



Año 2016- Bicentenario de la Declaración de
la Independencia Nacional

*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”²¹.

De conformidad con el test señalado -que en la teoría constitucional generalmente se conoce como “escrutinio estricto”²²-, no es posible justificar la distribución y/o protección desigual de derechos entre parejas conformadas por personas de igual sexo y parejas conformadas por personas de distinto sexo. Esta distinción no persigue objetivos legítimos, sino que responde a una serie de estereotipos y prejuicios sobre las relaciones sociales, afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo, que devalúan a este tipo de relaciones respecto de aquellas conformadas por personas de distinto sexo. Tal situación impone el deber de igualar a aquellos colectivos que han sido víctimas de discriminación, e incluso el deber de repararlos a través de medidas de acciones positivas²³.

La propia Corte IDH ha cuestionado los estereotipos y prejuicios que afectan a las personas homosexuales, así como el carácter estructural que presentan²⁴. Lo mismo hizo la Comisión IDH, al apelar al concepto de *heteronormatividad* para explicar la violencia sufrida por las sexualidades disidentes, concepto que “se refiere al sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, conforme al cual dichas relaciones son consideradas ‘normales, naturales e ideales’ y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género”, y que se compone de “reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes”²⁵. Por ese motivo, no son admisibles argumentos sustentados en “la tradición cultural o social” o en la “moral pública” para fundar posiciones restrictivas de los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo; por el contrario, han sido sistemáticamente rechazados por los organismos internacionales²⁶. Tampoco son admisibles aquellos que vinculan la familia exclusivamente con la procreación y la conservación de la especie, argumentos que por otra parte también desconocen la capacidad reproductiva y/o parental de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

²¹ Véase Ibíd., párr. 106 y sus citas.

²² Sobre el tema, véase Dulitzky, Ariel, “El principio de igualdad y no discriminación: claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, entre muchos otros.

²³ De acuerdo con el tribunal interamericano: “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”. Véase Corte IDH, OC 18/2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17/9/2003, párr. 104.

²⁴ Véase Corte IDH, *Afala Riffó y niñas vs. Chile*, cit., párr. 92; 111; 145-146 y 267, entre otros.

²⁵ Véase Comisión IDH, *Violencia contra personas LGTB+ en las Américas*, cit., párr. 31 –citas del original, aquí omitidas-.

²⁶ Véase en este sentido, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N° 28, 2000, párr. 5 y Observación General N° 31, 2004, párr. 14; Comité CEDAW, Observación General N° 21, 1994, párr. 13.

USO OFICIAL

STELLA MARÍA MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Si bien el Estado de Costa Rica ha limitado su consulta a los aspectos patrimoniales, cabe indicar que lo dicho resulta aplicable a cualquier distinción de derechos y no sólo a las que se refieren a la economía de las relaciones familiares, a la distribución y a la titularidad sobre los bienes materiales y/o a los aspectos sucesorios. La igualdad hace al *ius cogens*²⁷ y no se circumscribe a lo patrimonial. Tanto los vínculos entre personas del mismo sexo como aquellos de personas de distinto sexo están atravesados por otra multiplicidad de cuestiones propias de las relaciones familiares y parentales. De ello dio cuenta la Corte IDH en su sentencia en el caso *Duque vs. Colombia*, vinculado con el acceso del peticionario a beneficios de la seguridad social ante el fallecimiento de su pareja²⁸, y en el caso *Atala Riff y niñas*, vinculado con el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de una mujer ante la disolución de un vínculo heterosexual y el inicio de una relación con otra mujer²⁹. En estos casos, se ha encontrado que la orientación sexual no era una variable razonable a los fines de distribuir derechos y responsabilidades, y que su uso con fines de exclusión obedecía a criterios de discriminación histórica respecto de los colectivos LGTBI. Lo mismo cabría afirmar respecto del acceso a otros derechos, como la adopción o las técnicas de reproducción asistida.

Con relación al matrimonio, si bien no existen de momento pronunciamientos de organismos supranacionales que exijan a los Estados extenderlo a parejas conformadas por personas del mismo sexo, ésta ha sido la opinión de importantes tribunales supremos y constitucionales que intervienen a nivel doméstico³⁰, a los cuales ha apelado la Corte IDH en casos previos. Asimismo, es la consecuencia obligada de la línea jurisprudencial que el Sistema Interamericano ha exhibido en la materia. De acuerdo con esa línea, la CADH no reconoce un modelo específico de familia, menos aún de tipo limitado y estereotipado³¹. A su vez, "la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos

²⁷ Véase Corte IDH, OC 18/2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, cit., y jurisprudencia posterior.

²⁸ A su vez, en el marco de este caso la Corte IDH utilizó entre sus fundamentos el Principio de Yogyakarta N° 13, que señala el deber de garantizar el acceso sin discriminación por orientación sexual o identidad de género a un conjunto amplio de derechos sociales, como ser 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 muerte de cónyuges o parejas. Véase Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, cit., párr. 110.

²⁹ En el caso, la Corte IDH fue enfática a lá hora de señalar que: "Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseidas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños". Véase Corte IDH, *Atala Riff y niñas vs. Chile*, cit., párr. 111 –citas del original, aquí omitidas–.

³⁰ Véase, Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, *Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 576 US, 26/06/2015; Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU 214/16*, 28/04/2016; México, Corte Suprema de Justicia, *Tesis Jurisprudencial 46/2015*, 11/09/2015; Brasil, Conselho Nacional de Justiça, *Resolução nº 175*, 14/05/2013; Sudáfrica, Corte Constitucional, *Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another*, Case C.C.T. 60/04, 01/12/2005 y *Lesbian and Gay Equality Project and eighteen others v. Minister of Home Affairs and others*, Case C.C.T.10/04, 01/12/2005.

³¹ Véase Corte IDH, *Atala Riff y niñas vs. Chile*, cit., párr. 142 y 145, y *Formerón vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/4/2012, párr. 98.



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. 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 únicamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana³². Si bien este asunto no ha sido motivo expreso de consulta por el Estado de Costa Rica, es importante tenerlo en cuenta de cara a las discusiones regionales y al aspecto tratado en el punto que sigue, que lo toca indirectamente.

III. (b). El Estado de Costa Rica también consulta acerca de si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo a los fines de resguardar los derechos patrimoniales derivados de aquellos. Al respecto, cabe adelantar que los Estados en general adoptan fórmulas disímiles para regular las uniones de pareja³³, pero algunos aspectos desarrollados en el apartado anterior resultan útiles para abordar esta dimensión de la consulta, ya que ninguna de esas fórmulas será válida en la medida en que no garantice el principio de igualdad y no discriminación.

En efecto, es posible imaginar una variedad de regulaciones para la protección de los distintos vínculos de pareja, y de los grupos familiares en general. En muchos países los derechos patrimoniales se regulan a través del régimen del matrimonio, de sistemas de unión civil o de convivencia, de pactos de solidaridad, o de dispositivos atomizados. A modo de ejemplo, en el caso de la República Argentina coexisten a nivel nacional un sistema de "matrimonio igualitario" (Ley N° 26.618 y Ley N° 26.994) con un régimen de uniones convivenciales para parejas conformadas por personas del mismo o de distinto sexo (Ley N° 26.994, Título III), mientras que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se cuenta también con la ley N° 1004 de unión civil. Ello, sin contar la existencia de otras posibilidades contenidas en normativa y reglamentaciones de diferente orden. Asimismo, es posible añadir otras alternativas a las señaladas, a fin de abordar los distintos tipos de relaciones familiares y afectivas. Lo importante es que estos sistemas, regímenes y normas no discriminjen por razones vinculadas con el sexo o con la orientación sexual de las personas, ni por ningún otro factor prohibido.

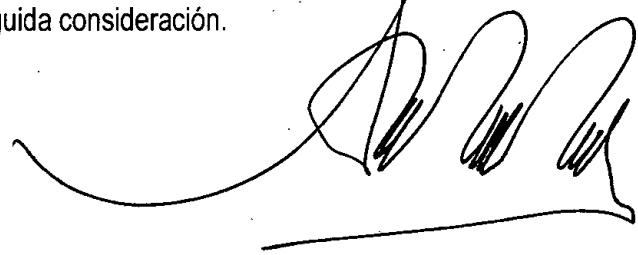
En ese sentido, de conformidad con lo señalado en el punto III. a., desde la perspectiva de este organismo todas aquellas opciones que hoy en día existen –así como aquellas que en el futuro puedan idearse– deberían estar disponibles tanto para personas del mismo sexo como para personas de distinto sexo (art. 1.1 y 24, CADH). Es decir, debería garantizarse un acceso amplio, y no apostar por la constitución de regímenes diferenciados o segregados. Estos últimos, no hacen más que perpetuar la discriminación, en tanto la razón

³² Véase Ibid., párr. 92. Véase también Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, cit., párr. 123.

³³ Véase una muestra en Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, cit., párr. 113-119.

última de la diferenciación y de la segregación de las parejas de personas del mismo sexo es, precisamente, el estereotipo y prejuicio que pesa sobre ellas.

A la espera de que los aportes de este organismo resulten útiles para el alto cometido que la Corte Interamericana tiene por delante, saludo a sus integrantes con la más distinguida consideración.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "ESTELLA MARIS MARTINEZ".

ESTELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION