

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

INTERSEXUALIDAD Y LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17.
RETOS PENDIENTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS
Olga Lucía Camacho

INTERSEX AND THE LAW: HOW CAN THE LAW PROTECT
INTERSEX RIGHTS?
Luiza Drummond Veado

EDUCAÇÃO, DIREITO À NÃO-DISCRIMINAÇÃO DE LGBTI
E O ARTIGO 12.4 DA CADH
Sergio Gardenghi Suiama

MATRIMONIO, UN CONCEPTO JURÍDICO DINÁMICO.
ENTRE EL PERFECCIONISMO MORAL Y EL ENFOQUE IGUALITARIO
Eduardo Elías Gutiérrez López
Raymundo Gutiérrez López

VIABILIDAD DE UNA CONVENCION PARA LA
ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION Y LA VIOLENCIA
POR ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO
Cristhian Manuel Jiménez

EL MATRIMONIO IGUALITARIO: EL CASO DE HONDURAS
Y UNA PERSPECTIVA KANTIANA
Leonardo Rivera Mendoza

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO,
¿ES UN DERECHO RECONOCIDO Y TUTELADO
POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?
Carlos Enrique González Aguirre

LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 SOLICITADA
POR COSTA RICA: EL RESULTADO DE UNA
CONSULTA ESTRATÉGICA
William Vega-Murillo
Esteban Vargas-Mazas

Julio - Diciembre 2017

66

Julio - Diciembre 2017

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Versalles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

Intersexualidad y la Opinión Consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos 11

Olga Lucía Camacho Gutiérrez

Intersex and the Law: How can the law protect intersex rights? 37

Luiza Drummond Veado

Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH..... 59

Sergio Gardenghi Suiama

Matrimonio, un concepto jurídico dinámico. Entre el perfeccionismo moral y el enfoque igualitario ... 81

Eduardo Elías Gutiérrez López

Raymundo Gutiérrez López

Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género 101

Cristhian Manuel Jiménez

El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana..... 125

Leonardo Rivera Mendoza

Matrimonio entre personas del mismo, ¿es un derecho reconocido y tutelado por el tribunal europeo de derechos humanos?	153
---	-----

Carlos Enrique González Aguirre

La opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: el resultado de una consulta estratégica	171
---	-----

William Vega-Murillo

Esteban Vargas-Mazas

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 66 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. Esta edición ofrece los artículos académicos y las reflexiones de ocho autores y autoras de Latinoamérica sobre el impacto y la aplicación de la reciente opinión consultiva OC-24/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en lo concerniente a identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

En un contexto en el cual las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI) continúan siendo una población sujeta a la discriminación y la violencia, la opinión consultiva OC-24 de la CorteIDH –emitida en noviembre de 2017 y solicitada por el Estado de Costa Rica– es de gran relevancia para los sistemas jurídico-políticos de nuestro continente ya que se constituye en el principal precedente acerca de la interpretación y el alcance de los derechos de las personas LGBTI en relación con las obligaciones estatales de cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.

Si bien en la región se han observado avances importantes en la generación de legislación y políticas públicas para la protección de las personas LGBTI, estos no son aún suficientes para garantizarles una vida libre de violencia y exclusión. Los estereotipos y la discriminación aún permean a nuestras

sociedades en el ámbito público y privado, convirtiéndose en obstáculos para la garantía de sus derechos.

Por lo tanto, a partir del importante paso que implica un precedente interamericano en la materia, el IIDH ha abierto este espacio editorial e investigativo para difundir reflexiones jurídicas y sociales que –desde el ámbito académico– incidan en la promoción de acciones que contribuyan a avanzar hacia el reconocimiento de la diversidad. En ese sentido, el IIDH abrió una amplia y exitosa convocatoria cuyo resultado fue el de una gran cantidad de artículos recibidos. Sin ser posible incluir todos los interesantes aportes, se han seleccionado algunos que suman ampliamente al debate.

Al respecto, en la presente Revista podremos leer en el artículo “Intersexualidad y la opinión consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos” que Olga Lucía Camacho Gutiérrez realiza un análisis, en el contexto de la violencia médica, de las razones por las cuales la intersexualidad se encuentra en la actualidad en un escenario constante de censura y discriminación orientada por el sistema sexo-género.

Por su parte, Luiza Drummond Veado en “Intersex and the Law: How can the law protect intersex rights?” nos presenta un estudio acerca del concepto de persona intersexual, el movimiento social en torno al mismo, la manera en que este se enmarca en las legislaciones nacionales y el derecho internacional, así como los derechos y el reconocimiento de esta comunidad.

En “Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH”, cuyo autor es Sergio Gardenghi Suiama, se realiza una importante reseña acerca de los derechos a la

educación y no discriminación de las personas LGBTI a la luz de los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos.

“Matrimonio, un concepto jurídico dinámico. Entre el perfeccionismo moral y el enfoque igualitario” –de Eduardo Elías Gutiérrez López y Raymundo Gutiérrez López– es el artículo en el cual se estudian los antecedentes y las mutaciones del concepto dematrimonio, en el contexto jurídico mexicano, y la resistencia presentada por las autoridades federativas a modificar su regulación.

En el trabajo titulado “Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género”, Cristhian Manuel Jiménez nos brinda un análisis de las perspectivas, la viabilidad y la necesidad de elaborar una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género, en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas.

Leonardo Rivera Mendoza nos presenta “El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana”, donde profundiza acerca de los problemas que surgen al tratar el tema del matrimonio igualitario a la luz de la reciente opinión consultiva OC-24/17 de la CorteIDH, el concepto de Immanuel Kant al respecto y la situación jurídica del Estado hondureño sobre el tema.

En el texto titulado “Matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Es un derecho reconocido y tutelado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Reflexiones en torno a la sentencia Chapin y Charpentier contra Francia”, Carlos Enrique González Aguirre nos expone un estudio enmarcado en la

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la luz de la sentencia emitida por este en el caso Chapin y Charpantier contra Francia, respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo que es –sin duda– uno de los debates de mayor abordaje en los últimos años.

Por su parte, William Vega-Murillo y Esteban Vargas Mazas –autores de “La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: El resultado de una consulta estratégica”– analizan el uso de la función consultiva de la CorteIDH para suprajudicializar la megapolítica respecto al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos así como el de los demás derechos de las personas LGBTI y otras categorías en Costa Rica.

Agradecemos a las autoras y los autores sus valiosos artículos y aportes. Esperamos que los mismos sean de relevancia, tanto para el estudio y la investigación de las personas lectoras como para la reflexión jurídica de todos los actores del sistema interamericano de derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

**Intersexualidad y la Opinión Consultiva
OC-24/17.
Retos pendientes del sistema interamericano
de derechos humanos**
*Olga Lucía Camacho Gutiérrez**

Introducción

La violencia médica ha sido calificada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) como el primer y más importante tipo de violencia por prejuicio que lesiona, de manera particular, los derechos de las personas intersexuales. Esto es así pues, a partir de la proposición del protocolo de medicalización de las corporeidades diversas, aquellas han estado sujetas a la sanción normalizadora del bisturí mediante la cual se pretende conseguir la adaptación a la sociedad de la persona, mediante la asignación de los roles del macho-hombre o de la hembra-mujer según requisitos de apariencia y tamaño de la genitalidad.

El propósito de este artículo es ahondar –en el contexto anterior– en las razones por las cuales la intersexualidad se encuentra en la actualidad en un escenario constante de censura y discriminación orientada por el sistema sexo-género, mostrando al lector cuál ha sido el tránsito de lo que alguna vez se circunscribió exclusivamente al ámbito de la relación médico-

* Abogada por la Universidad La Gran Colombia. Interesada en estudios de género, salud e intersexualidad; investigadora de la Universidad de Buenos Aires.

paciente hasta ser considerado hoy como un asunto urgente de derechos humanos que demanda, cada vez más, mayor atención especialmente del sistema interamericano de derechos humanos cuyos logros en la materia –a pesar de ser significativos– siguen siendo todavía escasos.

I. Intersexualidad en contexto. Medicalización y violación de derechos humanos

El concepto intersexualidad –que reemplaza para algunos el empleo del término hermafroditismo¹– puede ser entendido como la variación de la corporeidad de la persona producto de la interacción entre características genéticas, hormonales y/o físicas que se apartan de los estándares aceptados en el sistema sexo-género aplicables a lo femenino y lo masculino. La corporeidad intersexual bien puede ser evidente en el acto del nacimiento o identificarse solo hasta llegada la pubertad, cuando se está a la expectativa de ciertos cambios físicos y hormonales que al final no se reportan²; por ejemplo: la menstruación, el crecimiento del vello facial, etc.

Asociada a través del tiempo a explicaciones de orden mitológico y a sanciones que comprendían desde la hoguera, el ahogamiento o el cadalso como formas auténticas de exterminio³,

1 Cfr. Dreger, Alice. *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Harvard University Press, 1998, Estados Unidos de América, p. 31.

2 Cfr. Greenberg, Julie A. “Health Care Issues Affecting People with an Intersex Condition or DSD: Sex Disability Discrimination?”, *Loyola Los Angeles Review*, Vol. 45, N. 849, 2012, p. 854.

3 Cfr. Bastien-Charlebois, Janik. *Sanctioned sexualities: the medical treatment of intersex bodies and voices*, ILGA International World Congress, 2014, disponible en <http://ilga.org/an-introduction-to-sanctioned-sexualities-the-medical-treatment-of-intersex-bodies-and-voices> (acceso 30/01/2018); y Cfr. García,

lo cierto es que la intersexualidad es una realidad actualmente atravesada por las decisiones que se asumen en el escenario médico sanitario en el cual la ambigüedad en el sexo es “curada” a través del bisturí.

Los pretendidos actos de cura inscritos en lo que se denomina protocolo de medicalización⁴, modelo hegemónico que propone el entendimiento de la intersexualidad como enfermedad a la cual se diagnostica como desorden o trastorno en el desarrollo del sexo, han sido acogidos como *lex artis* por la comunidad médica desde que dicho protocolo fuera propuesto en 1950 por el Dr. John Money, vinculado a la Universidad Johns Hopkins de los Estados Unidos de América.

El protocolo de medicalización se funda en la teorización de la “neutralidad psicosexual”, según la cual el infante puede ser amoldado en uno u otro género siempre que el sexo anatómico refleje la elección sobre si éste deberá ser niño o niña⁵; dicho protocolo propone esencialmente la reasignación del sexo a través de intervenciones quirúrgicas y hormonales, en compañía de actitudes de reafirmación de la decisión asumida que estarán dirigidas a insistir –a través de la vestimenta adecuada, el cambio de nombre y la crianza, entre otros– en la decisión de aquel género fijado en la genitalidad de la persona menor de edad intersexual intervenida⁶.

Daniel J. “Del mito a la carne”, en *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Daniel J. García ed., España, 2015, p. 21 a 29.

4 Cfr. Lavigne, Luciana. “La regulación biomédica de la intersexualidad. Un abordaje de las representaciones socioculturales dominantes”, en *Interdicciones: Escrituras de la Intersexualidad en Castellano*, Mauro Cabral ed., Anarrés Editorial, Córdoba, Argentina, 2009, p. 56.

5 Cfr. Uslan, Samantha S. “What Parents Don’t Know: Informed Consent, Marriage, and Genital-Normalizing Surgery on Intersex Children”, *Indiana Law Journal*, Vol. 85, N. 302, 2010, p. 306.

6 Cfr., *ibid*, p. 302.

La decisión asumida por los padres de dicha persona, que están escasamente informados⁷, o por los prestadores médicos según lo autoriza el criterio de urgencia médica que –de acuerdo al protocolo en cuestión– se sostiene en el presunto riesgo que la ambigüedad en el sexo representa no solo para la persona menor de edad, su salud psicológica y la de sus padres, sino también en los eventos de discriminación futura que un estado así le haría padecer en su círculo social⁸. Así, la urgencia médica de obligar al desarrollo de los actos “curativos” en los primeros dieciocho meses de vida hasta máximo los dos años de edad del infante⁹.

Ahora bien, la asignación de género reafirmada mediante la asignación de un inequívoco sexo de macho o hembra en la corporeidad de la persona menor de edad intersexual se orienta hacia lo femenino o lo masculino, de acuerdo a los parámetros del falómetro; esto es, medidas antropométricas¹⁰ del sexo anatómico según el cual un pene con un tamaño inferior al mínimo permitido (2.5 cm) deberá ser reasignado al sexo femenino –demandando la reconstrucción de un orificio vaginal, labia, remoción de testículos, etc.– o un clítoris que exceda el máximo permitido (1 cm) deberá ser ajustado a los parámetros de medida aceptados al interior de dicho sexo.

Este singular criterio de medición se justifica a su vez en los “deber ser” del sexo femenino y masculino, en torno a los cuales se requiere que el pene del tamaño adecuado ejecute el acto de penetración; mientras que la vagina adecuada, con la apariencia propia de un clítoris que no podrá confundirse con un falo, cuenta

7 Cfr. Greenberg, Julie A. “Health Care Issues ...”, p. 859.

8 Cfr. Dreger, Alice. “Intersex and Human Rights: The Long View”, en *Ethics and Intersex*, S.E. Systma ed., The Netherlands, Springer, 2006, p. 76.

9 Cfr. Lee, Peter y otros. “Consensus Statement on Management of Intersex Disorders”, *Pediatrics Journal*, No. 118, 2006, p. e492.

10 Cfr., *ibid*, p. e490.

con la capacidad de alojar al miembro viril durante el acto sexual. Idearios estos que, desde luego, ignoran la posibilidad placentera o la fertilidad del sujeto intersexual.

Intacto en su ejecución el protocolo de medicalización, empezaría a ser retado tan solo a inicios de la década de 1990 por los adultos que durante la etapa de infancia habían sido intervenidos, levantando su voces por la inconformidad en torno a los efectos que los actos de intervención quirúrgica y hormonal habían producido sobre sus cuerpos. Las historias de David Reimer –como primer sujeto de prueba del protocolo de J. Money– y Cheryl Chase, fundadora de la primera organización de activismo por la causa intersexual, entre otras, hicieron notar que la teoría acerca del cuerpo y el género como *tabulas rasas* estaba errada¹¹.

Así, habiendo sido propiciado el nacimiento del activismo intersexual debido en parte al surgimiento del internet, los movimientos feministas y la creciente visibilidad de lo transgénero¹², la subjetividad política intersexual empezó desde entonces a abogar en concreto (i) por la moratoria del protocolo hegemónico hasta tanto la persona se encuentre en edad para consentir por sí misma cualquier decisión vinculada con el destino de su propio cuerpo; (ii) por la suspensión definitiva de toda recomendación de intervención sobre su anatomía que fuera de naturaleza meramente estética; y (iii) por el fin del secretismo médico que privaba de las historias clínicas y del derecho a saber su pasado, a quienes habían sido sometidos a la práctica medicalización.

11 Cfr. Uslan, “What Parents Don’t Know...”, p. 302 y ss.

12 Cfr. Georgian, Davis. *Contesting Intersex: The Dubious Diagnosis*, New York, New York University Press, 2015, p. 28 a 33.

Esta actitud de movilización condujo a que en el 2000 se emitiera, por parte de la Academia Norteamericana de Pediatría, el documento titulado *Evaluation of the Newborn with Development Anomalies of the External Genitalia* y en el 2006 la declaración titulada *Consensus Statement on Management on Intersex Disorders* por parte de un grupo de médicos estadounidenses. Ambos documentos, habiendo intentando implementar un cambio comportamental en la atención a las personas intersexuales, no han trascendido del ámbito meramente discursivo¹³.

Así, mientras en el primero se sugería involucrar a los padres en la toma de las decisiones sobre asignaciones de género y sexo anatómico, proponiendo la evaluación individualizada de la persona menor de edad con genitales ambiguos, se mantenían –al mismo tiempo– las recomendaciones acerca de la pronta intervención de dicha persona entre los primeros seis y dieciocho meses de edad, para lograr una apariencia genital normal en su cuerpo¹⁴.

El segundo documento introdujo un cambio terminológico que reemplazó –sobre todo en el escenario médico– la expresión intersexual y hermafrodita por *disorder of sex development* o trastorno en el desarrollo del sexo, haciendo énfasis nuevamente en la necesidad de involucrar a los padres en la toma de decisiones e invitando a los galenos a reducir cirugías de índole cosmética, salvo excepciones; asimismo, insistiendo en la necesidad de

13 Cfr. Bastien-Charlebois, Janik. *Sanctioned sex/ualities: The medical treatment of intersex bodies and voices*, ILGA International World Congress, 2014, disponible en <http://ilga.org/an-introduction-to-sanctioned-sexualities-the-medical-treatment-of-intersex-bodies-and-voices> (acceso 30/01/2018).

14 Cfr. Committee on Genetics. “Evaluation of the Newborn with Developmental Anomalies of the External Genitalia”, *Pediatrics Journal*, Vol. 1, N. 106, 2000, p.138.

asignar a la persona menor de edad un género y un sexo definido con el propósito de hacer de esta un miembro bien ajustado y funcional de la sociedad¹⁵.

Sin pronunciarse acerca de la falta de evidencia en torno a los supuestos beneficios que trae consigo la temprana intervención en la corporeidad diversa de las personas menores de edad intersexuales y sin referir a estudios de seguimiento de casos de personas intersexuales durante su desarrollo hacia la pubertad y la adultez, ambos documentos poseen un carácter simbólico; más aún, cuando ha sido señalado respecto al último y más reciente documento que ni sus alcances ni su puesta en práctica han sido auditadas en los escenarios clínicos en los que se presta atención en salud a pacientes intersexuales¹⁶.

Desde la publicación del documento del 2006 hasta ahora, múltiples han sido los cuestionamientos formulados al protocolo hegemónico de la intersexualidad. Estos comprenden desde la falsa motivación del criterio de urgencia médica, relacionada más con razones de satisfacción del deber de registrar civilmente a la persona menor de edad conforme a la ley que en la salvaguarda de su salud expuesta a algún riesgo o peligro¹⁷; la inaplicación de los principios bioéticos de beneficencia y no maleficencia que guían la praxis, ante la formulación de tratamientos de naturaleza invasiva; y las críticas en torno a la asunción, a través de los actos en salud, del propósito de normalización antes que de cura o restablecimiento de la misma basado en la asociación de los conceptos anormalidad-patología¹⁸.

15 Cfr. Lee, Peter y otros. “Consensus Statement...”, p. e492.

16 Cfr. Creighton, Sara M. y otros. “Childhood surgery for ambiguous genitalia: glimpses of practice changes or more of the same”, *Psychology & Sexuality*, Vol. 1, N. 5, 2014, p. 34 y 35.

17 Cfr. Lavigne, Luciana. “La regulación biomédica de la intersexualidad...”, p. 56.

18 Cfr. Giroux, Élodie. *Después de Canguilhem: Definir la Salud y la Enfermedad*,

Aun sin tener certeza del porcentaje específico de población que puede nacer con una de las más de 30 condiciones que constituyen un estado intersexual¹⁹, su situación desde el ángulo de los derechos humanos solo es posible delimitarla en toda su complejidad a través de los testimonios rendidos por las personas que han asumido –en su intersexualidad– una posición de visibilización de esta tras tanto tiempo en silencio, no solo por la relación de subordinación e inferioridad en que se veían inmersas al interior de la relación médico-paciente sino por el frecuente desplazamiento de sus intereses al interior del colectivo LGBT²⁰ que –en ocasiones– sostiene visiones normativas acerca del cuerpo sexuado²¹.

Aquellos testimonios que dan cuenta del padecimiento físico y psicológico al que se enfrentan las personas intersexuales luego de someterse al protocolo medicalizante, comparten la tragedia de un mismo *topos*: el de la discriminación de la diferencia ejercida en la mesa de operación.

Tengo entendido que mis labios vaginales fueron creados.
¿Ante quién debo quejarme si mis labios se irritan fácilmente,
si la piel se me cuartea y sangra todo el tiempo? Además ¿cuál
fue la razón para la clitorrectomía? Tengo entendido que la
cirugía a niños solo es recomendada cuando está en peligro

José V. Bonilla trad., Bogotá, Universidad del Bosque, 2010, p. 31, 148 y 154.

19 Cfr. Sax, Leonard. “How Common is Intersex? A response to Anne-Fausto Sterling”, *Journal of Sex Research*, Vol. 39, No. 3, 2010, p. 177; Cfr. Greenberg, Julie A. “Health Care Issues ...”, p. 854.

20 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OEA/Ser. L/V/II. rev. 1 doc. 36, 2015, párr. 12.

21 Cfr. Bastien-Charlebois, Janik. *Sanctioned sexualities: The medical treatment of intersex bodies and voices*, ILGA International World Congress, 2014, disponible en <http://ilga.org/an-introduction-to-sanctioned-sexualities-the-medical-treatment-of-intersex-bodies-and-voices> (acceso 30/01/2018).

inminente la vida del infante, o cuando la operación serviría a un incremento evidente de la calidad de vida de éste. ¿En qué sentido esta clitoridectomía me ha salvado de algo o ha mejorado mi vida?²²

La confección de una neovagina utilizando un trozo de intestino no solamente instaló en mi cuerpo, sino que dañó el intestino de manera permanente [...] un trozo que seguía funcionando como tejido intestinal produciendo un líquido que no dejaba de acumularse en el tramo superior de la neovagina; cerrada en el medio por la presión de los músculos perineales, el líquido terminó por invadir la cavidad peritoneal; una septicemia y seis años de dilataciones continuas²³.

Las anteriores violencias sexuales y de género ejercidas como instrumentos de normalización en sociedades que conciben el paradigma identitario arraigado exclusivamente en la genitalidad, presuponen que la persona menor de edad intersexual deberá ser intervenida para lograr no solo su adaptabilidad social desempeñando uno de los dos únicos roles de género aceptados, sino también para asegurar su participación en relaciones heterosexuales que refuerzan la idea de que el tamaño al final sí importa. Violencias que, de manera conjunta, han introducido al interior de la corporeidad intersexual un sesgo visible de género²⁴ en el que –dada la facilidad de construir vaginas antes que penes– se ejecutan feminizaciones forzadas sobre los

22 Cabral, Mauro. “En estado de excepción: Intersexualidad e intervenciones sociomédicas”, en *Sexualidad, Estigma y Derechos Humanos. Desafíos para el Acceso a la Salud en América Latina*, Cáceres, C. F., Careaga, G., Frasca, T. y Pecheny, M. eds., Lima, ASPA-UPSH, 2006, p. 79.

23 *Ibid.*, p. 81.

24 Cfr. Cabral, Mauro y Benzur, Gabriel. “Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad”, *Cadernos Pagu*, Vol. 24, janeiro-junho, 2005, p. 294.

cuerpos de seres humanos a través de la resección de falos que no satisfacen el estereotipo peneano, en compañía de procedimientos que hiperestetizan la apariencia del clítoris ideal o la vagina adecuada.

Lo anterior, sin duda, ha derivado en la múltiple violación de los derechos humanos a la salud²⁵, a la integridad personal física y psicológica, al deporte²⁶, al matrimonio²⁷, a la definición de la identidad sexual y de género, a la igualdad y no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, y al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la persona menor de edad, adolescente o adulta.

Sobre el particular, se ha pronunciado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos insistiendo que las prácticas de medicalización de la intersexualidad no solo son innecesarias desde el punto de vista médico²⁸, sino que —como lo sostuvo Juan E. Méndez en su informe del 2013— constituyen un acto genuino de tortura cuya verificación no se sustrae del ámbito

25 *Cfr.* Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) y otros. *Eliminating forced, coercive, and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement*, World Health Organization, Geneva, 2014, p. 7 y ss.

26 *Cfr.* Karkasis, Katrina y otros. “Out of Bounds? A critique of the New Policies on Hyperandrogenism in Elite Female Athletes”, *The American Journal of Bioethics*, Vol. 12, N. 7, 2012, p. 3.

27 *Cfr.* Greenberg, Julie. “International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities”, en *Ethics and Intersex*, S. E. Systma ed., The Netherlands, Springer, 2006, p. 88-90.

28 *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Informe sobre discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23, 2015, párr. 53; *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Informe sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/19/41, 2011, párr. 56 y 57.

sanitario²⁹. Sobre el particular Tamar-Matis expresó que aquellos procedimientos eran bajo su caracterización —en efecto— tratos crueles, inhumanos y degradantes ejecutados con intención y propósitos discriminantes por parte de personal médico bajo el control, custodia o aquiescencia del Estado, causando sufrimiento y dolor físico y psicológico severo inclusive en niños sin el poder o la capacidad de resistir³⁰.

Por su parte, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos como Amnistía Internacional³¹, Human Rights Watch³², la Organización Internacional de Intersexuales (OII)³³,

29 *Cfr.* Méndez, Juan E. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, A/HRC/22/53, 2013, párrs. 15, 17, 27, 31 y 35; *Cfr.* Grossman, Claudio. “The U.N. Committee Against Torture and the Eradication of Torture in Health Care Settings”, en *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic Report*, Washington D.C., Center for Human Rights & Humanitarian Law, 2013, p. 43 a 50.

30 *Cfr.* Traducción de la autora al español del siguiente texto: “the medical practices described above constitute torture or CIDT in violation of article 1(1) of the Convention. These procedures are intentional and performed for discriminatory and non-medical purposes; are performed with state control, custody or consent; can cause severe physical and psychological pain or suffering; and involve children who are powerless to refuse.” Tamar-Matis, Anne. “Medical Treatment of people with Intersex Conditions as Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, en *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic Report*, Washington D.C., Center for Human Rights & Humanitarian Law, 2013, p. 99.

31 *Cfr.* Amnistía Internacional. *Ante todo no hacer daño: garantizar los derechos de las personas menores de edad con variaciones de las características sexuales en Dinamarca y Alemania*, Reino Unido, 2017, p.4.

32 *Cfr.* Human Rights Watch & Interact Advocates. *I want to be like nature made me: Medically Innecessary Surgeries on Intersex Children in the U.S.*, United States of America, 2017, p. 20.

33 *Cfr.* Organisation Intersex International Europe. *Annual Report 2016*, Germany, 2016, p. 6.

el Consejo de la Unión Europea³⁴, la Agencia para los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵ y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo de la República Argentina³⁶, también han advertido y abordado la situación de los derechos humanos de las personas intersexuales refiriéndose a (i) los protocolos de atención vigentes, (ii) la necesidad de detener las intervenciones medicalizantes y/o (iii) los efectos que han sido ocasionados en las vidas de quienes fueron intervenidos bajo dicho enfoque.

Sin embargo, pese a estas advertencias acerca de la violación de derechos humanos a la que está sujeta la población intersexual –considerada como una especialmente vulnerable– la protección y defensa de sus derechos en el escenario judicial aún sigue siendo escasa, tal y como ha sido posible verificarlo en las secciones de relatoría de las altas cortes a nivel global³⁷ que dan

34 Cfr. Council of the European Union. *Guidelines to promote and protect enjoyment of all Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) persons*, Luxemburgo, 2013.

35 Cfr. European Union Agency for Fundamental Rights. *The fundamental rights situation of intersex people*, 2015.

36 Cfr. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. *Intersexualidad*, 1ª ed., Buenos Aires, p. 20.

37 Corte Constitucional. *Sentencias de tutela T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003, T-622 de 2014 y T-450A de 2013*, Colombia, que abordan problemas jurídicos concernientes al consentimiento informado de menores intersexuales y el derecho al registro civil; Cfr. Corte Suprema de Justicia. *Caso Sunil Babu Pant y otros v. Gobierno de Nepal*, Oficina del Primer Ministro y Consejo de Ministros, Legislatura-Parlamento, República Federal Democrática de Nepal, en el que se ordena instalar una Asamblea Constituyente para establecer en una nueva Constitución la protección a los derechos de la minoría del “tercer género” o intersexual” y personas LGBTI; Cfr. Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito. *Caso M.C. vs. Medical University of South Carolina*, Estados Unidos de América, en la que se demanda de responsabilidad civil contra prestadores médicos que llevaron a cabo protocolo de normalización en menor de edad bajo el cuidado del Estado;

cuenta, entre otros, de las dificultades que tiene esta población para acceder a los sistemas de justicia internos y obtener una respuesta efectiva.

Las razones de lo anterior bien pueden deberse al desconocimiento de las acciones que les permiten reclamar en sede judicial la efectividad de sus derechos, porque no existe confianza en una judicatura que desconoce los intereses de la intersexualidad; porque, además, acudir a las acciones pertinentes supera las posibilidades económicas de la persona intersexual para financiar un juicio, incluyendo su propia representación; o, simplemente, porque el momento de interposición de la acción en comparación con aquel otro en que se ejecutaron los actos de normalización superan los plazos legales de prescripción de las acciones³⁸.

Cfr. Suprema Corte. *Caso R.M. vs. Attorney General*, República de Kenia, sobre la situación de un ciudadano intersexual encarcelado de quien las autoridades no tenían la seguridad acerca de su confinamiento en instituciones para mujeres o varones dada la ambigüedad en su sexo; Cfr. Australia. *Caso In Marriage of C. And D (falsely called C.)*, 1979, sobre la determinación de la habilidad de contraer matrimonio de una persona intersexual; Cfr. Australia. *Caso Attorney General v. Kevin*, 2003, sobre comparaciones entre la condición intersexual y transgénero para efectos del matrimonio; Cfr. Tribunal Constitucional. *Order of the First Senate of 10 October 2017 - 1 BvR 2019/16 - paras. (1-69)*, República Federal de Alemania, sobre el derecho al registro civil con la inscripción “inter” o “diverso” para personas intersexuales en la cual se ordena al congreso alemán – con plazo hasta el 31 de diciembre del 2018– aprobar una ley que permita registrar civilmente a personas intersexuales; Cfr. Corte Estatal de Nüremberg. *Caso Christiane Völling*, República Federal de Alemania, 2011, primero en el mundo en reconocer responsabilidad por daños derivados del protocolo de normalización llevado a cabo sobre un infante intersexual que interpuso la acción siendo adulta; Cfr. Corte Regional de Colonia. *Caso Michaela Raab*, 2015, República Federal de Alemania, segundo en ser fallado reconociendo responsabilidad del equipo médico por daños.

38 Cfr. Van de Meene, Ineke y Van Rooji, Benjamin. *Access to justice and legal empowerment: Making the Poor Central in Legal Development Co-operation*, Leiden, 2008, p. 10 y ss.

Uno de los casos representativos de estas dificultades se relaciona, por ejemplo, con la acción interpuesta por una persona intersexual ante el Consejo de Estado colombiano³⁹ reclamando que se condenara a la nación por la presunta responsabilidad en que habría incurrido el equipo médico de un hospital público, por no haber advertido acerca de los efectos adversos asociados al protocolo de normalización. Consideró el alto tribunal –que confundía la intersexualidad con la transexualidad– que se trataba de una práctica médica aceptada al momento en que esta fue llevada a cabo, que de la enfermedad del accionante no tenía responsabilidad la institución y que, además, los tiempos en que el reclamo había sido elevado sugerían que la acción había sido interpuesta fuera de los plazos legales para ello.

En conjunto, con este panorama y tratándose del sistema interamericano de derechos humanos, las medidas de reconocimiento y protección de este grupo minoritario todavía resultan incipientes. Así, en 2013 la CIDH llevó a cabo la primera audiencia temática dedicada a la intersexualidad y solo hasta 2015 emitió el primer informe con interés y alcance para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA) sobre violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante LGBTI), en cuyo contenido se deja constancia no solo de la falta de data específica sobre población intersexual y la casi inexistente legislación en la materia al interior de cada una de las legislaciones bajo estudio, sino que declaró por primera vez a la violencia médica como especialmente lesiva de los derechos humanos de las personas intersexuales la cual adquiere connotaciones diferenciadas respecto de los otros tipos de violencia que suelen ser ejercidos contra el resto del colectivo LGBT⁴⁰.

39 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. *Rad. 54.781*, 30 de agosto de 2017, Colombia.

40 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra*

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CorteIDH) emitió la Opinión Consultiva OC-24/17 (en adelante la Opinión) sobre las “[o]bligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo”, que trajo consigo avances en materia de igualdad y no discriminación pero además en lo relativo al reconocimiento de la autonomía⁴¹ del derecho a la identidad sexual y de género.

En lo que sigue, habiendo puesto bajo contexto el entorno al que se enfrentan las personas intersexuales y los hechos que configuran la violación de sus derechos humanos, conviene revisar este último documento en el que la CorteIDH interpreta la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en contraste con los intereses del colectivo LGBTI, pues es preciso aterrizar los logros allí plasmados al terreno de incumbencia de las corporeidades diversas que –como se verá– en poco parece beneficiarse de la Opinión.

II. Lo que no dijo la Opinión Consultiva OC-24/17

En términos literales, la Opinión excluye en un primer plano a las corporeidades diversas. De la lectura de su texto se extrae que el interés esencial de la CorteIDH estaba dirigido al estudio preferente de la identidad de género, la orientación sexual y la expresión de género al señalar –por ejemplo– que estas tres “son

personas..., párrs. 10 y 182.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *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* (arts. 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 92.

categorías protegidas por la Convención⁴² y que por ello “está proscrita [...] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género⁴³, enfatizando una vez más que “la orientación sexual y la identidad de género así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención⁴⁴”.

Dicha exclusión literal de las corporeidades diversas, no obstante, contrasta con el empleo repetitivo de la sigla LGBTI⁴⁵ por parte de la CorteIDH cada que debe referirse a los derechos del colectivo, cuya interpretación se desarrolla a propósito del pedido de un Estado. El uso deliberado de la intersexualidad deja en evidencia la realidad a la que apuntan los defensores de derechos humanos de la misma⁴⁶, en torno a la doble invisibilización a la que se ve expuesta la población con corporeidades no normativas al interior de otros grupos minoritarios, pues sostienen que su mera inclusión no genera automáticamente conciencia sobre las preocupaciones en derechos humanos de las personas intersexuales y sus anatomías diversas; puede, más bien, incurrir en la asociación de lo intersexual como un asunto de orientación sexual o de género.

Tratándose de un problema en apariencia de mera literalidad y por lo mismo “insignificante”, no puede ignorarse que históricamente una de los intereses de lo intersexual ha sido tanto el reclamo de poder nombrarse a sí mismos al interior de

42 *Ibid.*, párr. 68.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*, párr. 78.

45 *Ibid.*, párrs. 21, 27, 30, 35-9, 41, 44, 48, 50, 50 y 61. En estos, la Corte IDH se refiere al colectivo LGBTI.

46 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas...*, párr. 12.

los idiomas que reducen al sujeto a él o ella⁴⁷, como el interés específico por ser nombrados y reconocidos al interior de los textos que crean, reproducen e interpretan el derecho en cualquier ámbito.

Por otra parte, si bien el concepto de intersexualidad es abordado por la CorteIDH al interior del glosario que antecede el desarrollo de las cuestiones de fondo, su vinculación a las consideraciones sobre el derecho al cambio de nombre o sexo como elementos constitutivos del derecho a la identidad no es tampoco expresa, por ejemplo, siendo que lo contrario sí fue consagrado respecto de la población transgénero.

Aun cuando esta situación puede ser comprensible en tanto que las cuestiones remitidas a la CorteIDH por el Estado costarricense se pueden vincular a primera vista solo a los intereses de la comunidad transgénero, lo cierto es que a la población intersexual también le es negado el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en los eventos en que se condiciona su acceso al registro civil, hasta tanto no se efectúe una cirugía de normalización del sexo en la persona menor de edad para que pueda ser inscrita en alguna de las únicas dos casillas legalmente permitidas: la de lo femenino o lo masculino.

Dicho esto, es preciso ahora rescatar tres argumentaciones básicas contenidas en la Opinión pues resultan aplicables respecto de personas intersexuales, en tanto su condición de seres humanos discriminadas por la variación de su sexo.

47 Algunos autores anglófonos han acudido a los términos “hir”, “s/he” o “h/er” para nombrar en su idioma a las personas intersexuales que no se identifican bajo los pronombres he/she. *Cfr.* Valentine, David. “One percent on the burn chart. Gender, genitals and hermaphrodites with attitude”, *Social Text*, No. 52/53, 1997, p. 222; *Cfr.* Fausto-Sterling, Anne. *Sexing the Body: Gender, Politics and the Construction of Sexuality*, United States of America, Basic Books, 2000, p. 31.

La primera tiene que ver con la alusión a la cláusula de protección de la dignidad que contiene –a su vez– el principio de autonomía de la persona que obliga a terceros a respetar al ser humano como fin en sí mismo, debiendo ser tratado “según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida”⁴⁸. Principio de autonomía que lo faculta para autogobernarse como dueño de sí mismo y orientar su propia personalidad, aspiraciones, identidad y relaciones personales⁴⁹, sus opciones y todas aquellas otras circunstancias que le den sentido a su existencia, “conforme sus propias opiniones y convicciones”⁵⁰ de manera que pueda formarse como un ente diferenciado.

De acuerdo a dicha interpretación, el segundo argumento de la CorteIDH se encuentra vinculado al reconocimiento del sexo y el género como construcciones identitarias que deben ser producto del ejercicio de la autonomía libre de la persona; no una imposición basada en la percepción de terceros que condicionan estas dos categorías a la mera genitalidad⁵¹. Dicho reconocimiento permitiría a la CorteIDH, llegado el caso, ordenar la suspensión del protocolo medicalizante de las personas intersexuales a quienes –para asegurar su “acoplamiento” a la sociedad– le son asignados de manera no consentida y forzada un sexo y un género de acuerdo a la percepción que el equipo médico tratante acerca del deber ser de su genitalidad.

El tercero de los argumentos expuestos por la CorteIDH, particularmente aplicable para el logro de la protección de los intereses intersexuales, es el desarrollo del concepto de discriminación por percepción; este “tiene el efecto o propósito

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Obligaciones estatales en relación con...*, párr. 86.

49 *Ibid.*, párr. 87.

50 *Ibid.*, párr. 91.

51 *Ibid.*, párr. 94.

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 autoidentifica o no con una determinada categoría”⁵². Tal discriminación puede estar basada, como sucede con las personas intersexuales, en el sexo y el género percibidos por terceros quienes llevan a cabo las asignaciones que –para ser reafirmadas de manera “inequívoca”– obligan a la práctica de tratamientos hormonales y quirúrgicos de “normalización” de la víctima.

De manera significativa, además, la CorteIDH señala que las argumentaciones vertidas en la OC-24/17 sobre derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual, e identidad y expresión de género –pero también sobre la discriminación por percepción y el ejercicio a la autonomía en la determinación del propio sexo y género sin injerencias de terceros– deben igualmente reconocerse a los “niños y niñas en su calidad de sujetos de derechos”⁵³; en su aplicación deberán, en consecuencia, ser interpretados en compañía del *corpus iuris* sobre derechos de la infancia⁵⁴.

Lo anterior contiene al menos una idea esencial aplicable por analogía en materia de derechos de la intersexualidad en la infancia y tiene que ver con el respeto que debe garantizarse al menor de edad como autonomía en desarrollo⁵⁵, debiendo

52 *Ibid.*, párr. 49.

53 *Ibid.*, párr. 150.

54 *Ibid.*, párr. 149.

55 *Cfr.* Corte Constitucional. *Sentencia de unificación SU-337*, 1999, párr. 23, Colombia, “Los padres y tutores pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es

ser escuchado al anunciar su sexo morfológico autopercebido y –en ese mismo orden– ser atendido en caso de querer cambiar de nombre o corregir el sexo contenido en su documento de registro civil, como producto de la identidad sexual que va siendo desarrollada y perfilada entre los dos y cinco años de edad⁵⁶.

III. ¿Qué debiera esperarse en materia de intersexualidad y derechos humanos al interior del sistema interamericano?

Siendo que en materia de visibilización y respeto de los derechos humanos de las personas intersexuales queda todavía bastante por desarrollar al interior del sistema interamericano de derechos humanos, trazar perspectivas sobre lo que debiera esperarse por parte de la CIDH y la CorteIDH tan solo es posible considerando –por una parte– las advertencias y los pronunciamientos que hasta el momento la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y los relatores especiales de dicha entidad han efectuado al respecto; por la otra, tomando en cuenta los intereses por los que abogan los colectivos y grupos de intersexuales alrededor del mundo, quienes conocen de primera mano las áreas y niveles de afectación de sus derechos.

propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”.

56 Cfr. Siverino Bavio, Paula. *Amicus Curiae frente al pedido de Opinión Consultiva de Costa Rica sobre la protección de la Convención Americana del reconocimiento del cambio de nombre de las personas transgénero*, 2017, disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78_siverino_bavio.pdf (acceso 30/01/18).

Ahora bien, en el ejercicio de la función de atención a líneas temáticas prioritarias, la CIDH –en correspondencia con las observaciones y advertencias de los anteriores organismos– debiera no solo enfatizar en la categoría de trato cruel e inhumano de los tratamientos médicos invasivos e irreversibles a los que son sometidas las personas intersexuales, sino también en la necesidad de que se respeten la autonomía y el consentimiento de la persona menor de edad postergando toda opción quirúrgica y hormonal hasta tanto pueda ser informada y considerada en el proceso de toma de decisiones relativas al destino de su propio cuerpo.

Además, la atención de la CIDH deberá estar enfocada en la evaluación de las gestiones legislativas asumidas por los Estados parte de la OEA que se dirijan a la protección de la comunidad LGBT, para determinar qué acciones resultan extensivas en aplicación del principio de igualdad a los intereses de la población intersexual entre las que pueden resaltarse –por ejemplo– los procedimientos de cambio de nombre y sexo en los registros civiles o documentos de identificación personal.

En este mismo sentido, convendría que la CIDH conminara a los Estados a que evalúen sus políticas públicas en materia de salud y los protocolos de atención a personas intersexuales, para que se proceda no solo a la suspensión definitiva de los tratamientos médicos invasivos e irreversibles sino también para que se les garantice el acceso a la salud física y mental en condiciones de igualdad y no discriminación, junto a la de sus familias, y se incluya específicamente la provisión de los servicios en salud sexual y reproductiva a las personas que –habiendo sido intervenidas y se encuentran imposibilitadas para la procreación– puedan hacerlo a través de la financiación de las técnicas de reproducción asistida permitidas al interior de cada jurisdicción nacional.

Otro de los puntos en que debiera hacerse énfasis, es el deber de los Estados de proveer un remedio adecuado y efectivo a las personas intersexuales intervenidas sin su consentimiento, y cuyos padres o representantes legales tampoco fueron advertidos de los efectos adversos aparejados a los procedimientos quirúrgicos y hormonales de normalización. Asunto este que, desde luego, obligaría a los Estados a la introducción de excepciones en materia de prescripción de las acciones civiles o administrativas de responsabilidad médica por daños, dado que la posibilidad de que la persona afectada acuda por sí misma a la judicialización de su caso supera en términos temporales aquellos otros permitidos para la interposición de la acción debida.

Igualmente, en este sentido valdría la pena que la CIDH instara a los Estados a proveer información estadística integral acerca del uso de los diferentes mecanismos legales al interior de cada jurisdicción, por parte de personas intersexuales y sus familias; también a enfatizar en su integración en el desarrollo de políticas públicas dirigidas a su protección, visibilización y defensa.

Por último, convendría que la CIDH evaluara los compromisos de la agenda LGBT en las Américas e invitara a sus activistas a integrar de manera consciente y activa la intersexualidad junto a sus intereses y preocupaciones, suscribiendo por ejemplo la Declaración del 4º Foro Internacional de la Intersexualidad de 2017 –que reunió al más extenso grupo de representantes de grupos activistas intersexuales y abogados independientes de todas las regiones del mundo– en cuyo texto se hicieron expresos los avances y retos aún pendientes para lograr el respeto universal de la intersexualidad libre de estigma, discriminación y maltrato⁵⁷.

57 *Cfr. Fourth International Intersex Forum*, 2017, disponible en <https://oieurope.org/wp-content/uploads/2017/04/EDITED-FINAL-FINAL-FINAL->

Al menos por ahora, solo puede esperarse que los esfuerzos de visibilización de la intersexualidad que emprenda la CIDH en un futuro logren activar el sistema de peticiones individuales, para que en su curso normal permitan a la CorteIDH –en el ejercicio de su función contenciosa– pronunciarse sobre los puntos aquí referidos. Hasta entonces no se tenga conocimiento del acceso por parte de personas intersexuales al sistema interamericano de derechos humanos, queda servida la oportunidad para que algún Estado consulte a la misma acerca de los derechos humanos de las personas intersexuales sobre alguno de los asuntos que les afectan.

Conclusiones

Comprender el contexto en el que se desarrolla la intersexualidad en la actualidad, demanda no solo indagar en el trayecto histórico de los protocolos de normalización que tienen lugar en el escenario médico-sanitario, sino también conocer los testimonios de quienes han sido afectados bajo aquel enfoque así como las preocupaciones de las organizaciones que reúnen aquellas voces en torno a un mismo punto en común: la suspensión o moratoria de las intervenciones invasivas e irreversibles hasta tanto la persona pueda consentir por sí misma sobre los actos que injieren en el futuro de su propio cuerpo.

Pensar la intersexualidad requiere, además, considerar que su comprensión ha estado sumida hasta ahora en el universo estereotipado del sexo-género que ha facultado a terceros a partir de la percepción del cuerpo del recién nacido y a introducir modificaciones definitivas y no reversibles en su corporeidad en cumplimiento del deber cultural de integrar al sujeto en uno de

los dos extremos posibles del macho-hembra/hombre-mujer, todo con el fin de lograr –supuestamente– la adaptabilidad social de aquel ser humano tenedor de una anatomía señalada de trastorno, desorden, ambigua o anormal.

Aun cuando todavía no resulte claro cuál es el índice de población nacida con alguno de los 30 tipos posibles de intersexualidad, existe el deber de asumir una posición desmedicalizada de las corporeidades que se generan de manera natural a pesar de que difieran de los “estándares anatómicos”. Posición de desmedicalización que solo será posible asumir una vez se comprenda la asociación entre los conceptos de anormalidad y patología, que asocian la enfermedad a la infrecuencia con que un ser humano puede nacer con una corporeidad intersexual.

Por otra parte, conviene reconocer la actitud deliberada al interior de muchas organizaciones no gubernamentales LGBT en acoger la intersexualidad. Así, esta se ha visto inmersa en un doble proceso de invisibilización tanto social como al interior de estos grupos que defienden los intereses de minorías según su orientación sexual, expresión sexual e identidad de género, que incluyendo-excluyendo la intersexual solo generan dudas acerca de los intereses y prioridades de este otro grupo que apoya por su parte el cuestionamiento de los estereotipos basados en la dicotomía sexo-género.

Ahora, tratándose de lo avanzado en el terreno de los derechos humanos, la intersexualidad todavía tiene enfrente diversos retos. Uno de los más relevantes se encuentra relacionado con el reconocimiento del tratamiento medicalizante como un genuino acto de tortura, tratamiento cruel e inhumano, lo cual debería llamar la atención de los Estados para proceder a su suspensión definitiva y a la priorización de una agenda de derechos humanos basada en el reconocimiento y la reparación.

Al interior del sistema interamericano, el interés por la intersexualidad ha sido más bien reciente pues solo hasta el 2015 la CIDH –en el marco de su función de atención a líneas temáticas prioritarias– evaluó el estado del ejercicio de los derechos humanos por las personas intersexuales en las Américas. Los resultados configuran, al menos, un inicio del trayecto que en este sentido debe emprenderse. Sin duda alguna, resulta un logro significativo que en su texto haya sido reconocida la violencia médica como especialmente lesiva de los intereses de las personas intersexuales y diferenciada del resto del colectivo LGBT.

Por su parte, la CorteIDH emitió la opinión consultiva OC-24/17 del 2017 a propósito de las preguntas que elevó ante este alto tribunal el Estado de Costa Rica en torno al reconocimiento del derecho a la identidad de género y –como parte integrante de este– el derecho al cambio de nombre, su procedimiento y los derechos derivados de las relaciones entre personas del mismo sexo.

Su alusión a la intersexualidad es modesta, siendo que a lo largo de su texto se refiere en repetidas ocasiones a los intereses de la comunidad LGBTI; incluso, desarrollando un concepto acerca de la intersexualidad en su glosario. A pesar de esto, argumentos en torno a la autonomía de la persona, a la construcción autopercibida del sexo y el género por parte de esta sin injerencias de terceros y su aplicación incluso respecto de personas menores de edad, resultan igualmente aplicables tratándose de la intersexualidad.

Finalmente, múltiples son las áreas en las que se transversalizan los intereses y las preocupaciones de la población intersexual: acceso a la justicia, equidad en el acceso al sistema de salud incluyendo aquellas prestaciones de costosa financiación

que benefician el ejercicio de la salud sexual y reproductiva, el reconocimiento de su personalidad jurídica en el acceso al registro civil sin previos acondicionamientos medicalizantes de su corporeidad, derecho al cambio de nombre y sexo, y reconocimiento de la persona menor de edad como autonomía en desarrollo, entre otros.

Intersex and the Law: How can the law protect intersex rights?

*Luiza Drummond Veado**

Introduction

The United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) defines intersex people as those who “are born with sex characteristics (including genitals, gonads and chromosome patterns) that do not fit typical binary notions of male or female bodies.”¹ Intersex is an umbrella term that includes people with different sex characteristics. It is estimated that 1.728% of the population have bodies that differ from the medical standard of male and female body.² Not all intersex persons have their conditions visible at the moment of birth, but half of those who do are submitted to operations to “normalize” the appearance of their genitals.³

* Luiza Drummond Veado has an LL.M in International Human Rights Law from the University of Essex and is a Fellow at the LGBTI Rapporteurship of the Inter-American Commission on Human Rights.

1 United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Free & Equal Campaign Fact Sheet: Intersex” (*OHCHR*, 2015) <https://unfe.org/system/unfe-65-Intersex_Factsheet_ENGLISH.pdf> accessed 22 April 2017.

2 Melanie Blackless and others, “How sexually dimorphic are we? Review and synthesis” [2000] 12 *American Journal of Human Biology*, p.151.

3 Intersex Society of North America, “How common is intersex?” <<http://www.isna.org/faq/frequency#fn2>> accessed 22 April 2017.

In the past, intersex people were referred to as “hermaphrodites,” a term that is normally used in biology to describe animals that have both male and female reproductive organs.⁴ This term was utilized between 1950 and 1990 because the medical community used the characteristics of the visible genitalia to determine an individual’s sex.⁵ Due to its misleading and stigmatizing nature, the term “hermaphrodite” should no longer be used to refer to intersex people.⁶

Currently, medical experts state that there are nine characteristics that determine an individual’s sex.⁷ Individuals who do not fall within the typical medical differentiation of one or more of those categories are medically considered to be intersex. Intersexuality had its narrative mostly determined by medicine, overshadowing the social, political and legal implications of the status of intersex people.⁸

The protection of intersex rights is not very present in domestic and international law. The intersex movement gained force in the 1990s and attempted to change this situation by

4 Emi Koyama, *Introduction to Intersex Activism* (Intersex Initiative Portland 2003), p.4.

5 Julie A. Greenberg, *Intersexuality and the Law* (NYU Press 2012), p.15.

6 Alice D. Dreger and others, “Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale” [2005] 18(1) *Journal of Paediatric Endocrinology and Metabolism*, pp.732-733.

7 Julie A. Greenberg (n 5) p.11. Those attributes include “genetic or chromosomal sex, gonadal sex (reproductive sex glands), internal morphologic sex (seminal vesicles, prostate, vagina, uterus, and fallopian tubes), external morphologic sex (genitalia), hormonal sex (androgens or estrogens), phenotypic sex (secondary sexual features such as facial hair or breasts), assigned sex and gender of rearing, and gender identity.”

8 Francesca Romana Ammaturo, “Intersexuality and the ‘Right to Bodily Integrity’: Critical Reflections on Female Genital Cutting, Circumcision, and Intersex ‘Normalizing Surgeries’ in Europe” [2016] 25(5) *Social & Legal Studies*, p. 602.

advocating for the protection of intersex rights.⁹ The best known example of an intersex rights violation is the practice of subjecting intersex children to unnecessary surgeries at a very early age to make their genitals look similar to what is expected of male and female bodies.¹⁰

This article will address how intersex rights should be protected by law. It will first define intersex and show how the intersex movement has developed. Then, it will present the different legal issues that are faced by intersex people and will highlight the few existing good practices. Finally, this paper will show how the law should take into consideration the particularities of intersex people and protect their rights.

The concept of intersex

Intersex people do not fall within the division of male and female that the law encompasses as sex.¹¹ Sometimes they have characteristics of both sexes and at other times they lack the characteristics that would be determinant in including them in either of the two sexes. Accordingly, the term intersex includes

9 Julie Greenberg and others, “Beyond the Binary: What Can Feminists Learn from Intersex and Transgender Jurisprudence?” [2010] 17(1) *Michigan Journal of Gender & Law*, p.13.

10 Katrina Roen, “Queerly sexed bodies in clinical contexts: Problematising conceptual foundations of genital surgery with intersex infants.” in Potts and others (eds), *Sex and the Body* (Dunmore Press 2004), p. 89.

11 Cfr. United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI Preamble; UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III) Preamble; Inter-American Commission on Human Rights, American Declaration of the Rights and Duties of Man, 2 May 1948, art.17; Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, art.12.

individuals who have “variations in sex characteristics” that differ from those who are generally perceived as “normal.”¹²

Sex characteristics “refer to the chromosomal, gonadal and anatomical features of a person, which include primary characteristics such as reproductive organs and genitalia and/or chromosomal structures and hormones; and secondary characteristics such as muscle mass, hair distribution, breasts and/or structure.”¹³

It is important to highlight that, although individuals with different types of sex characteristics fall within the scope of intersexuality, not all intersex people perceive themselves in the same way. Intersex people “experience the same range of sexual orientations and gender identities as non-intersex people.”¹⁴

The Yogyakarta Principles define sexual orientation as “each person’s capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender”¹⁵ and gender identity as “each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body [...] and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms”.¹⁶

12 Human rights and intersex people, 12 May 2015, CommDH/IssuePaper (2015)1, p.15.

13 Malta, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, Chapter 540, ACT XI of 2015, as amended by Acts XX of 2015 and LVI of 2016,¹⁴ April 2015, para.2.

14 OHCHR (n. 1).

15 International Commission of Jurists, Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, March 2007, Preamble.

16 Ibid.

Although the terms sexual orientation, gender identity and sex characteristics are not synonymous, they are interrelated as layers that form an individual’s personality.¹⁷ In the particular situation of intersex people, society’s lack of acceptance of their sex characteristics as normal is what violates their human rights, independently of their sexual orientation or gender identity.

The intersex movement

The intersex movement came into being in the 1990s in order to raise awareness of the human rights violations suffered by intersex people. The Intersex Society of North America (ISNA) was established in 1993.¹⁸ The movement was later strengthened by the publication of diverse academic articles on intersex topics outside the medical arena and by the creation of events to bring attention to the intersex struggles.

Julie Greenberg states that, at the beginning of the intersex movement, “[f]eminist theory provided a supportive framework for people whose gender identity did not conform to the sex assigned to them at birth, as well as those who had developed an intersex identity. It also helped many intersex persons understand how their medical treatment had been based on societal assumptions about appropriate genitalia and gender roles.”¹⁹

Nevertheless, the intersex movement did not receive the help that it expected from the feminist movement to ban non-consensual surgeries to “normalize” intersex children, also

17 Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Human rights and intersex people* (2015), p.15.

18 Intersex Society of North America, “Dear ISNA Friends and Supporters” <<http://www.isna.org/>> accessed 22 April 2017.

19 Julie Greenberg and others (n. 9), p.17.

known as intersex genital mutilation (IGM).²⁰ Despite the similarities of IGM to the scenario of female genital mutilation (FGM), most of the feminist movement decided not to accept requests for help from the intersex movement.²¹

The intersex movement also connected with the lesbian, gay, bisexual and trans (LGBT) movement. Intersex activists copied many of the techniques and strategies that the LGBT movement was using to bring attention to their rights.²² These movements share a number of concerns, such as misconceptions and misinformation from society in general as well as from members within their own group.²³

However, as not all intersex people are included under the LGBT umbrella, many intersex persons are not represented by the LGBT movement. In addition, some intersex activists worry that the specific issues that relate solely to the reality of intersex people are ignored by the LGBT movement and that the “I” of intersex should only be added to the LGBT acronym when intersex rights are advocated with the same force as those of the other groups.²⁴

There are other discussions that have been present within the intersex movement, such the use of the disability framework

20 Cheryl Chase, ‘Cultural Practice’ or ‘Reconstructive Surgery’? US Genital Cutting, the Intersex Movement, and Medical Double Standards, in Stanlie M. James and Claire C. Robertson (eds), *Genital Cutting and Transnational Sisterhood: Disputing US Polemics* (University of Illinois Press 2002), pp. 141-145.

21 Julie A. Greenberg (n 5), p. 99.

22 Ibid., p.101.

23 Council of Europe Commissioner for Human Rights (n. 18), pp.15-16.

24 Emi Koyama, “Adding the ‘I’: Does Intersex Belong in the LGBT Movement?” (*Intersex Initiative*) <<http://www.intersexinitiative.org/articles/lgbti.html>> accessed 22 April 2017.

through an alliance with physicians and the idea of intersex as an identity movement. Those who believe that intersex should be dealt with through the disability rights movement approach utilize the terminology “disorders of sex development” and believe that the only way to avoid non-consensual surgeries is to work with the medical community.²⁵ Moreover, the medical approach attempts to conciliate activists and doctors, eliding questioning of the medical reasoning.

On the other hand, the identity movement focuses on getting “people to understand that there are not just two pre-existing sexes. There is an infinite combination of possibilities on the spectrum of sex and gender.”²⁶ The identity movement argues that intersex people do not fall within any of the existing sexes and it advocates for intersex not to be considered an abnormality.

Like any human rights movement, there is no consensus on strategies within the intersex movement. Even among people who have the same ideas, there are different understandings as to the correct way that the intersex movement should deal with advocating for its rights. What the movement as a whole does agree on is that the intersex reality must be addressed and their rights should be guaranteed.

The intersex movement has been able to organize four international intersex fora where intersex rights and issues have been given visibility and advocates have come together to strengthen the movement. At the Third International Intersex Forum, which took place in 2013 in Malta, the intersex activists

25 Consortium on the management of disorders of sex development, *Clinical Guidelines for The Management of Disorders of Sex Development in Childhood* (2008).

26 OII intersex network, “On a third sex” (*OII Intersex Network*, 16 January 2012) <<https://oiiinternational.com/2614/on-third-sex/>> accessed 22 April 2017.

present adopted the Declaration of Malta.²⁷ This Declaration states the common demands of the movement and the advocates at the Forum called on international and domestic human rights actors to help develop the protection of intersex people. Although the Declaration is not legally binding, it is a document drafted by the intersex community that is useful to those people and governments that wish to increase intersex protection in their countries.

Intersex and the Law

There are few known litigations dealing with the subject of intersex as these cases only started to show up at the end of the 1990s and the beginning of the 2000s. Internationally, intersex related rights are not present in any hard laws and there are no international cases.

Although international human rights law is also applicable to violations of the human rights of intersex people, there was no mention internationally of intersex before the creation of the Yogyakarta Principles in 2007.²⁸ Hard law and case law that are focused on intersex rights can only be found in the domestic law of certain countries, but the number of those countries remains small and intersex rights protections are very few.

27 Declaration of Malta (Public Statement by the 3rd International Intersex Forum, Valetta, Malta, 2013) < <https://oiiieurope.org/malta-declaration/> > accessed 22 April 2017.

28 International Commission of Jurists (n. 15) Preamble.

Intersex and International Law

To highlight intersex human rights violations, in 2016 the United Nations has initiated the campaign “Free and Equal – United Nations for intersex awareness.”²⁹ Moreover, since 2011, four different UN Committees on 22 occasions have addressed how IGM is a human rights violation in their concluding observations on different country reports.³⁰

29 United Nations, “United Nations for Intersex Awareness” (*United Nations Free & Equal*, 2016) <<https://www.unfe.org/intersex-awareness/>> accessed 22 April 2017.

30 The Committee against Torture has declared that IGM is “inhuman treatment” on six occasions: Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention - Germany, 12 December 2011, CAT/C/DEU/CO/5; Concluding observations on the seventh periodic report of Switzerland, 7 September 2015, CAT/C/CHE/CO/7; Concluding observations on the sixth periodic report of Austria, 27 January 2016, CAT/C/AUT/CO/6; Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Denmark, 4 February 2016, CAT/C/DNK/CO/6-7; Concluding observations on the fifth periodic report of China with respect to Hong Kong, China, 3 February 2016, CAT/C/CHN-HKG/CO/5; Concluding observations on the seventh periodic report of France, 10 June 2016, CAT/C/FRA/CO/7.

The Committee on the Right of the Child has stated that IGM is a “harmful practice” on eight occasions: Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, 26 February 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4; Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Chile, 30 October 2015, CRC/C/CHL/CO/4-5; Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Ireland, 29 January 2016, CRC/C/IRL/CO/3-4; Concluding observations on the fifth periodic report of France, 29 January 2016, CRC/C/FRA/CO/5; Concluding observations on the fifth periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 3 June 2016, CRC/C/GBR/CO/5; Concluding observations on the third to fifth periodic reports of Nepal, 3 June 2016, CRC/C/NPL/CO/3-5; Concluding observations on the second periodic report of South Africa, 30 September 2016, CRC/C/ZAF/CO/2; Concluding observations on the fifth periodic report of New Zealand, 30 September 2016, CRC/C/NZL/CO/5.

The Committee on the Elimination of Discrimination against Women has also utilized the term “harmful practice” to refer to IGM on five occasions: Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of

In 2015, the Human Rights Council adopted a Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights³¹ in which it was stated that States should prohibit medically unnecessary procedures on intersex children and that they should create internal anti-discrimination measures. Nevertheless, there are no decisions at the present time that focus solely on intersex rights nor any recommendations on intersex rights in the Universal Periodic Review process.³²

In the human rights regional systems, there have not yet been any reports on individual petitions relating to intersex human rights violations. Nevertheless, the topic has been approached in different ways by the different regions. The Council of Europe (CoE) has adopted Resolution 1952, in which the CoE calls on its member States to ensure that intersex children have their physical

France, 22 July 2016, CEDAW/C/FRA/CO/7-8; Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland, 18 November 2016, CEDAW/C/CHE/CO/4-5; Concluding observations on the sixth periodic report of the Netherlands, 18 November 2016, CEDAW/C/NLD/CO/6; Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany, 3 March 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8; Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Ireland, 3 March 2017, CEDAW/C/IRL/CO/6-7.

The Committee for Persons with Disabilities has stated three times that IGM is a “violation of integrity.” Concluding observations on the initial report of Germany, 13 May 2015, CRPD/C/DEU/CO/1; Concluding observations on the initial report of Chile, 13 April 2016, CRPD/C/CHL/CO/1; Concluding observations on the initial report of Italy, 31 August 2016, CRPD/C/ITA/CO/1.

31 UN Human Rights Council, Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 4 May 2015, A/HRC/29/23.

32 ARC International, the International Bar Association and the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), “Sexual Orientation, Gender Identity and Expression, and Sex Characteristics at the Universal Periodic Review” [2016], p. 67

integrity protected.³³ In addition, the CoE Commissioner for Human Rights in 2015 published a report on the different human rights violations that intersex people suffer, such as the lack of legal recognition in the region.³⁴

In the Inter-American System of Human Rights, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) has addressed the invisibility of intersex people and declared IGM to be medical violence in its report “Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas.”³⁵ Moreover, in 2013 and 2017 the IACHR held public hearings on the topic of intersex rights.³⁶ However, State representatives did not participate in either hearing, which led to a lack of official responses directly related to the hearings.

The Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (APFNHRI) has dealt with intersex rights by publishing a manual for national human rights institutions. In this manual, the APFNHRI refers to the rights to physical integrity, non-discrimination, effective remedies and redress, recognition before the law, and some good practices in the region.³⁷

33 Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 1952/2013, “Children’s right to physical integrity.”

34 Council of Europe Commissioner for Human Rights (n. 18).

35 Inter-American Commission on Human Rights, “Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas,” OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 12 November 2015.

36 IACHR, 147 Period of Sessions, March 15, 2013, Situation of Human Rights of Intersex Persons in the Americas; 161 Period of Sessions, March 20, 2017, Human Rights Situation of Intersex People in the Americas (Ex-officio).

37 Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, “Promoting and Protecting Human Rights: Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics - A Manual for National Human Rights Institutions,” June 2016.

Although intersex rights have been gaining visibility in the international sphere, these rights are still marginalized and have not been granted the attention that they deserve.

Intersex and domestic law

Domestic law has also not been very successful in addressing and protecting intersex people's rights. There are, however, some countries that have enacted laws to protect intersex individuals within their jurisdiction. The most well-known case is Malta's "Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act" of 2015, the first law in the world to specifically prohibit IGM.³⁸ Malta is the only country that has any kind of legal regulation of medical practices with regard to intersex bodies.³⁹

With respect to non-discrimination, Australia is the only country to have explicit protection against discrimination on the specific grounds of intersex status.⁴⁰ Other countries, like Bosnia and Herzegovina⁴¹ and South Africa,⁴² have begun to include "sex

38 Malta (n. 15), para. 14.

39 In the same year, the Chilean Ministry of Health published instructions prohibiting IGM in the country. However, the instructions were cancelled less than a year after their publication. Chile, Ministerio de la Salud, Circular N°18, Instruye Sobre Ciertos Aspectos de la Atención de Salud a Niños y Niñas Intersex, 22 December 2015.

40 Australia, Sex Discrimination Act 1984, as amended by the Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013, Section 5C-7D.

41 ILGA Europe, "Anti-discrimination law updated – great step forward in Bosnia and Herzegovina" (*ILGA Europe*, 14 July 2016) <<http://www.ilga-europe.org/resources/news/latest-news/anti-discrimination-law-updated-bosnia-herzegovina>> accessed 22 April 2017.

42 South Africa, Judicial Matters Amendment Act, No. 22 of 2005, Amendment of section 1 of Act 4 of 2000, p.16.

characteristics" in their non-discrimination laws. Although the topic of intersex rights is starting to appear in some domestic laws, the number of countries that have enacted laws protecting intersex rights remains minimal.

Another advance in the domestic protection of intersex people is that, on rare occasions, there has been domestic litigation on individual cases of intersex rights violations. The first case related to intersex issues to reach a Constitutional Court occurred in Colombia (Judgment SU-337/99).⁴³ This case dealt with the different nuances of the consent needed for sex-designating surgery. The most well-known litigation on an intersex subject occurred in Germany, where an intersex individual successfully sued a surgeon for damages because he had failed to provide her with adequate information as to the procedure that removed her female reproductive organs.⁴⁴

There are not many known cases relating to intersex rights and they are all in the domestic sphere. However, just like the creation of new laws, the number of litigations on intersex rights has grown over the years, which has strengthened the intersex movement.

Intersex Rights

The growing visibility of intersex rights in the international sphere and the enactment of new domestic laws on the topic have only been made possible because of the indefatigable work of advocacy by the intersex movement. The intersex movement has been proving that human rights law can be used as a tool to

43 Colombia, Constitutional Court, Judgment SU-337/99, 12 May 1999.

44 Germany, Regional Court Cologne, Volling, 25 O 179/07, 25th Civil Division, February 6, 2008.

protect intersex rights. The exponential growth of the movement has been impressive.

Intersex advocacy has given special attention to the development of four pillars of rights: the prohibition of non-consensual surgeries; the legal recognition of intersex people; access to justice and accountability, and non-discrimination.

Non-discrimination

Like other marginalized groups, intersex people are discriminated against throughout the world. The UN has stated that intersex people are “vulnerable to discriminatory practices in a range of settings, including access to health services, education, public services, employment and sports”⁴⁵ because of their sex characteristics.

As mentioned above, only a handful of countries have included protection against discrimination on the basis of individuals being intersex or having non-binary sex characteristics. However, intersex people are victims of discrimination everyday around the globe, which leads to other human rights violations such as the right to life. The right to life of intersex people, like that of all persons, is protected under Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Nevertheless, it is “violated in discriminatory sex selection” and “preimplantation genetic diagnosis, other forms of testing, and selection for particular characteristics.”⁴⁶

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights also applies to intersex people, but these rights are

45 OHCHR (n. 1), p.1.

46 Council of Europe Commissioner for Human Rights (n 18), p. 30.

continually being violated as studies have shown that intersex people have higher levels of early school leaving⁴⁷ and lower levels of high-paid jobs.⁴⁸

All violations of intersex rights are, to some extent, related to the discrimination that intersex individuals suffer. To develop the protection of intersex rights, States and the international community should focus on combating structural discrimination with laws and programs of inclusion.

Non-consensual surgeries and physical integrity

The most discussed topic regarding the legal protection of intersex people is non-consensual surgeries, also known as IGM, that damage the physical integrity of intersex persons. IGM consists of “medically unnecessary cosmetic surgeries on infants born with an intersex condition,”⁴⁹ which the UN has recognized as a form of torture, prohibited under Article 7 of the ICCPR as well as under the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

These “interventions are rarely life-sustaining measures in a narrow sense, since intersex individuals generally have completely healthy bodies. These measures solely serve to socially adapt the intersex individual to the socially dominant corset of two sexes/genders.”⁵⁰

47 Tiffany Jones, “The needs of students with intersex variations” [2016] 16(2) Sex Education: Sexuality, Society and Learning, p. 610.

48 Tiffany Jones and others, *Intersex: Stories and Statistics from Australia* (Open Book Publishers 2016), p.150.

49 Julie A. Greenberg (n. 5), p. 27.

50 Dan Christian Ghattas, *Human Rights between the Sexes A preliminary study on the life situations of inter* individuals* (Heinrich Böll Foundation 2013), p.18.

All of those who belong to the intersex movement may not agree on how to implement the protection of intersex people against IGM, but there is a general agreement that this protection must exist. There are three proposed alternatives to the question of whose consent should be given: the parents, the intersex individual after reaching a consenting age, or an outside ethics committee.⁵¹

This question has been open ever since the first known IGM case was decided by the Constitutional Court of Colombia in 1999.⁵² In this case, a mother requested a precautionary measure that would allow her intersex child to be submitted to sex-designating surgery. The child was designated as female at birth, but upon reaching the age of three, a doctor stated that the child had ambiguous genitalia. The Court decided that there was no need for a precautionary measure since the life of the child was not endangered by not having the surgery. The Court also stated that the surgery should not be done without the consent of the intersex individual.

The Constitutional Court further discussed when would be the right moment for an individual to give consent to the surgery, but the only other conclusion was that each case should be analyzed individually by experts.⁵³ Since the Constitutional Court's decisions are only valid *inter partes*, the 1999 decision is not applicable to other intersex people in Colombia.

In 2008, another case dealing with similar rights reached the same Constitutional Court.⁵⁴ This case was brought by the

51 Julie A. Greenberg (n. 5), p. 29.

52 Colombia, (n. 45).

53 Ibid., paras. 88-90.

54 Colombia, Constitutional Court, Judgment T-912/08, Pedro v. Seguridad Social et al, 18 December 2008.

father of a five-year-old intersex child who was denied a genital-conforming surgery by a medical board that reasoned that the child could only give consent when he reached 18 years of age. The Court, once again, did not determine the appropriate age for an intersex individual to give consent. It did, however, resolve the case by ordering a medical team to be formed within forty-eight hours to provide the pertinent information to the child and his parents.⁵⁵ If the child and the parents agreed on doing the surgery following the information provided by the team, the surgery could be legally performed. If there was no agreement, the child would have to be eighteen years old in order to give proper consent.

With respect to who should give the consent, the Maltese legislation that prohibits IGM offers a more satisfactory answer by stating that intersex individuals have the final decision over their bodies. However, even in this case, implementation of the law is still being discussed. Malta's law states that the surgery must be deferred "until the person to be treated can provide informed consent,"⁵⁶ but leaves open the question as to when an individual is considered to be able to give informed consent.

Each of the solutions to the question of consent for genital-conforming surgeries has been open to criticism.⁵⁷ Moreover, with respect to any of the solutions, "the medical community [should] investigate whether genital-normalizing surgeries are recommended solely for social and psychological, as opposed to medical, concerns."⁵⁸

55 Ibid., para. 2.4.2.

56 Malta (n. 36), para.14.

57 Julie A. Greenberg (n. 5), p.38.

58 Alyssa Connel Lareau, "Who Decides? Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants" [2003] 92(1) Georgetown Law Journal, p.151.

Furthermore, it is always important to remember that the bodies in question belong to the intersex individuals and, unless there is a medical need for surgery, they are the only ones who can decide on how their bodies are going to look.⁵⁹ In that sense, the Maltese legislation closely follows the work of the intersex movement and its needs and it should be used as a model.

Legal recognition

Legal recognition was defined by the APFNHRI as “having legal personhood and the legal protections that flow from that.”⁶⁰ Intersex people face the problem that, in some jurisdictions, they are not even allowed to obtain identification documents as most countries require an indication of the child’s sex in order to officially register births, “which limits the recognised sexes to the “F” and “M” dichotomy.”⁶¹ One example is the Kenyan case of Richard Muasya, an intersex individual who was denied his right to a birth certificate because he had ambiguous genitalia.⁶²

One solution that has been used to deal with this issue is the inclusion of a “third sex” in documents. Australia, for example, has addressed the 19% of intersex people who prefer not to use a binary gender marker⁶³ by adopting a law that recognizes “X,” which “refers to any person who does not exclusively identify

59 Cheryl Chase, “What Is the Agenda of the Intersex Patient Advocacy Movement?” [2003] 13(3) *Endocrinologist*, pp. 240-241.

60 Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n. 39), p. 80.

61 Council of Europe Commissioner for Human Rights (n. 18), p. 37.

62 Kenya, High Court of Kenya, *Richard Muasya v. the Hon. Attorney General*, 2 December 2010.

63 Tiffany Jones and others (n. 50), p. 75.

as either male or female, as a gender identification in national documents.”⁶⁴

Although the creation of a third gender could resolve the situation of intersex children not receiving any documentation, the problems created by the gender binary system still remains because “[i]f only trans and/or intersex people can access that third category, or if they are compulsively assigned to a third sex, then the gender binary gets stronger, not weaker.”⁶⁵

A better and a long-term solution to the issue of the legal recognition of intersex people would be to end the requirement of the designation of sex in official documents. As the Declaration of Malta states, in the future “as with race or religion, sex or gender should not be a category on birth certificates or identification documents for anybody.”⁶⁶

This solution would also address the difficulties that intersex people face when trying to correct the sex marker in their official documents. Although some countries, like Argentina,⁶⁷ that follow the binary sex system have enacted laws that facilitate amending the recorded sex, they would not be necessary if sex were not a mandatory category in identification documents.

64 Australia, Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender, July 2013, paras.19-20.

65 Open Society Foundations, *License to be yourself: laws and advocacy for legal gender recognition of trans people* [2014], p. 23.

66 Declaration of Malta (n. 29) Demands.

67 Argentina, *Ley 26.743 Identidad de Género - Establécese el Derecho a la Identidad de Género de las Personas*, 9 May 2012.

Access to justice and accountability

The intersex movement advocates for “adequate redress, reparation, access to justice and the right to truth”⁶⁸ for intersex people whose rights have been violated. Currently, there are no known cases of criminal charges related to the violation of intersex rights. There are, however, a handful of cases that ask for civil reparations.

The most known examples of cases for civil damages have happened in Germany. Christiane Völling⁶⁹ is allegedly the first intersex person to have received reparations for non-consensual sex designation surgery. She was raised as a boy and had her feminine reproductive system removed without her consent during an appendectomy. Mrs. Völling only discovered what happened forty years later, when she asked for her medical records. She sued the surgeon for damages and was awarded €100,000.

Another German case is that of Michaela Raab,⁷⁰ which is also related to a lack of information provided by medical personnel. She had her penis removed and was put on female hormone therapy and was not told that she had masculine chromosomes. The Nuremberg Court found that the clinic had to pay her compensation and a monthly pension as damages.

Litigation is beginning to help intersex people to achieve “[t] ruth, and accountability for past malpractice and human rights

68 Declaration of Malta (n. 29) Demands.

69 Germany (n. 46).

70 Von Katja Auer, ‘Intersexuelle verklagt ihre Ärzte’ (*Sueddeutsche Zeitung*, 26 February 2015) <<http://www.sueddeutsche.de/bayern/prozess-in-nuernberg-intersexuelle-verklagt-ihre-aerzte-1.2368704#redirectedFromLandingpage>> accessed 22 April 2017.

violations”⁷¹ and it is a tool that the intersex movement is learning how to use in order to advance the protection of their rights.

Conclusion

In a relatively short time, the intersex movement has extended international and domestic awareness of the issues that the intersex community has to face. However, despite the efforts made by the movement, intersex people are marginalized and stigmatized because they do not fit within the idea of what a “normal” body should be.⁷² This marginalization brings with it multiple violations of human rights that have not yet been resolved.

While there have not been many legal challenges regarding intersex rights, the law is now being seen as a powerful tool to achieve the changes that the intersex movement seeks to achieve. There is no doubt that intersex people, like all humans on the planet, are protected by the existing international human rights law.

However, the intersex movement has found that the law as it exists is not being used to protect intersex individuals and that there is a need for specific laws to address intersex rights.⁷³ The Maltese law that prohibits IGM is a good example of how the efforts of the movement to include intersex within the scope of law are finally starting to bear fruit.

In order to rightfully protect intersex rights, the movement has to strengthen itself by making alliances with other human rights

71 Council of Europe Commissioner for Human Rights (n. 18), p. 51.

72 Julie A. Greenberg (n. 5), p.127.

73 Declaration of Malta (n. 29) Demands.

movements that have existed for a longer time and are better resourced. On the other hand, international, regional and national human rights institutions must also act to raise awareness on intersex issues. More than that, these institutions need to take a stand to create instruments that guarantee the protection of intersex people, returning full control over their own bodies to intersex individuals.

The laws should be changed to include the intersex issues that are discussed throughout their texts. As a path to that change, it is important to include intersex voices and to ensure that intersex persons are allowed to participate in solidifying their own rights.

The laws should guarantee that intersex people are not discriminated against and that they are given the same opportunities as non-intersex people. Also, sex-designation surgeries should be regulated by law so that they can only be performed with the total consent of the individuals who are going to have their bodies altered. Furthermore, in order to guarantee that intersex people have the right to live normal lives, sex should be legally removed as a necessary category in identification documents. In the case that these laws are violated by the State or by a third party, the laws must guarantee the existence of effective remedies for intersex people to achieve redress.

It is true that laws alone cannot resolve all the violations of rights that have been and are still being perpetrated against intersex people. What the law can do is to be one of the many mechanisms that the intersex movement has as a means to achieve change, make intersex issues visible and enhance the quality of life of intersex people. Moreover, in protecting the human rights of intersex people, the intersex movement is teaching us that society is more complex and diverse than the binary system would have us believe.

Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH

*Sergio Gardenghi Suiama**

Introdução

O artigo 12.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) - que trata do direito dos pais a que seus filhos recebam educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções¹ – vem sendo invocado no Brasil para impedir que escolas públicas e privadas abordem temas relacionados aos direitos ao reconhecimento e à não-discriminação de LGBTI. Leis estaduais e municipais foram aprovadas nesse sentido, e um modelo de “notificação” que circula na Internet² ameaça com ações judiciais os professores que “apresentem, ministrem, ensinem ou informem” sobre qualquer assunto relacionado ao que o documento denomina (mas não define) de “ideologia de gênero”, bem como a “temas relacionados a comportamentos sexuais especiais”, sem o prévio e expresso consentimento do pai notificante.

* Mestre em direito e *Human Rights Fellow* pela Universidade de Columbia, Nova York. Procurador da República, coordena o Grupo de Trabalho sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal brasileiro.

1 Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 12: “Liberdade de consciência e de religião. (...) 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções”.

2 Disponível, dentre outros *sites*, em <http://www.escolasempartido.org/artigos-top/552-modelo-de-notificacao-extrajudicial-arma-das-familias-contra-a-doutrinação-nas-escolas>, acesso em 12/02/2018.

Humanos (Corte IDH), do Parecer Consultivo OC-24/17, sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo³, na linha do que já fora decidido nos Casos *Atala Riffo e crianças Vs. Chile*⁴ e *Duque Vs. Colômbia*⁵, representa, sem dúvida, um grande avanço no Sistema Interamericano em termos do reconhecimento do direito à igualdade de gênero e orientação sexual. Todavia, nem a OC, nem a jurisprudência da Corte abordam, especificamente, o direito à proteção de alunos e docentes LGBTI contra a discriminação no ambiente escolar⁶. Ademais, como ressaltou o Estado solicitante na consulta formulada:

[O] reconhecimento dos direitos humanos derivados da orientação sexual e da identidade de gênero se caracterizam como um processo diferente nos vários Estados integrantes do Sistema Interamericano. É possível vislumbrar um amplo espectro de casos, desde países que reconheceram de maneira plena os direitos às pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, e intersex, até aqueles Estados membros que, nos dias de hoje, mantêm vigentes leis proibitivas contra qualquer forma de convivência e expressão contrária à heteronormatividade, ou que foram omissos no reconhecimento dos direitos relativos a estas populações⁷.

Especificamente sobre o artigo 12.4 da CADH, não há jurisprudência da Corte IDH a respeito do possível conflito entre o direito dos pais a que seus filhos recebam educação moral e

3 Corte IDH. Parecer Consultivo OC 24/17, de 24 de novembro de 2017.

4 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile* (Mérito, Reparações e Custas), sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C N° 239.

5 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colômbia* (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C N° 310.

6 Muito embora a OC 24/17 mencione o *bullying* transfóbico como forma específica de violência, como se verá adiante.

7 Corte IDH. OC 24/17, citada, par. 41, tradução do autor.

religiosa em consonância com suas próprias convicções, e o direito à não-discriminação de LGBTI em ambiente escolar. A questão que se coloca é: os pais de um aluno que se sintam incomodados com abordagens pedagógicas que reconheçam a pluralidade de identidades, configurações familiares e expressões de gênero e de orientação sexual poderiam invocar validamente o art. 12.4 da CADH para impedir que tais temas sejam tratados na escola? Seriam os titulares do pátrio poder de um aluno menor de 18 anos igualmente titulares de um direito individual potestativo, oponível contra professores e dirigentes de qualquer escola pública, privada ou confessional, consistente na faculdade de proibir a veiculação de conteúdos relacionados à sexualidade e ao reconhecimento de gays, lésbicas, bissexuais, intersexuais e transgêneros? Como resolver a aparente colisão entre o direito previsto no art. 12.4 e os direitos à igualdade, à não-discriminação e à identidade de gênero, reconhecidos pela Corte IDH na OC-24/17?

A questão posta não é um simples exercício teórico pois, como já referido, grupos conservadores têm efetivamente obtido sucesso em impedir a inclusão, nos currículos e programas escolares, de temas relacionados à sexualidade humana e à proteção de crianças e adolescentes LGBTI. Assim é que, no Brasil, na última versão da Base Nacional Comum Curricular, foram excluídas todas as referências a gênero e orientação sexual do documento que determina o que deve ser abordado nas classes em cada ano das educações infantil e fundamental. A omissão do governo federal brasileiro em garantir proteção a LGBTI foi, inclusive, objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5668), na qual se pede que o Supremo Tribunal Federal reconheça o dever constitucional das escolas públicas e particulares de prevenir e coibir o *bullying* homofóbico e transfóbico, bem como de respeitar a identidade de crianças e adolescentes LGBT no ambiente escolar.

Ora, uma vez que a CADH vem sendo invocada como fundamento da pretensão de tais grupos conservadores, é relevante analisar a questão a partir de uma visão sistêmica da proteção internacional dos direitos humanos (DH). É o que o presente artigo pretende fazer.

I. Direitos de LGBTI no âmbito do Sistema Interamericano de DH

Na OC-24/17, a Corte IDH de início registrou que as pessoas LGBTI estão sujeitas a diversas formas de violência e discriminação baseadas na percepção de sua orientação sexual e identidade ou expressão de gênero, tanto na esfera pública quanto nas relações privadas. Mulheres lésbicas e jovens LGBTI encontram-se especialmente expostos ao risco de violência física, psicológica e sexual no âmbito familiar e comunitário, acrescenta a OC⁸. Estas múltiplas formas de discriminação, prossegue a Corte:

“[P]odem ter efeitos em nível individual, mas também no plano social, já que as pessoas LGBTI que têm vedado seu acesso a direitos básicos como o trabalho, a saúde, a educação e a moradia vivem em situações de pobreza, privadas de toda oportunidade econômica. Tanto é assim que, segundo foi constatado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos – ACNUDH, as taxas de pobreza, a falta de uma moradia e a insegurança alimentar são mais elevadas entre as pessoas LGBTI”⁹.

8 *Ibid.*, par. 36.

9 *Ibid.*, par. 41, tradução do autor.

De modo geral, a resposta dos Estados a essas formas de violência não é adequada, registra a OC, pois os fatos não são usualmente investigados, seus autores não são responsabilizados e tampouco existem mecanismos de apoio às vítimas¹⁰.

A Corte IDH recorda, em seguida, que a interpretação das normas dos tratados deve ser feita a partir de um modelo baseado nos valores que o Sistema Interamericano pretende resguardar, considerando o “melhor ângulo” para a proteção da pessoa humana¹¹.

Especificamente, observa a Corte IDH que a orientação sexual, a identidade e a expressão de gênero são categorias protegidas pelo direito à igualdade declarado no art. 1.1 da CADH¹². Tal posição já fora explicitamente afirmada no Caso *Atala Rizzo e crianças Vs. Chile* e está, no mais, em consonância com a manifestação de outros organismos internacionais, inclusive a Corte Europeia de DH e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os DH, como recorda a OC.

Com relação à identidade de gênero, a OC afirma ser ela um “elemento constitutivo e constituinte da identidade das pessoas”¹³. Em consequência:

“O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado resulta de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, tortura, maus tratos, direito à saúde, à

10 *Ibid.*, par. 38

11 *Ibid.*, par. 56.

12 *Ibid.*, pars. 68 a 80.

13 *Ibid.*, par. 98.

educação, emprego, moradia, acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e de associação”¹⁴.

A contrario sensu, como bem nota a Corte:

“A falta de reconhecimento do direito à identidade de gênero das pessoas transgênero contribui para reforçar e perpetuar comportamentos discriminatórios contra elas. O não reconhecimento também pode aprofundar a vulnerabilidade destas pessoas a crimes de ódio, ou à violência transfóbica e psicológica, a qual constitui uma forma de violência baseada em razões de gênero, guiada pela vontade e o desejo de castigar as pessoas cuja aparência e comportamento desafiam os estereótipos de gênero. Do mesmo modo, a falta de reconhecimento de sua identidade de gênero pode implicar em violações a outros direitos humanos, por exemplo, torturas ou maus tratos em centros de saúde ou de detenção, violência sexual, denegação do direito de acesso à saúde, discriminação, exclusão e *bullying* em contextos de educação, discriminação no acesso ao emprego ou atividade profissional, moradia e acesso à seguridade social”¹⁵.

Neste parágrafo da OC 24-17, como se vê, a Corte IDH menciona especificamente o *bullying* transfóbico em ambiente escolar como forma de violência derivada da falta de reconhecimento do direito à identidade de gênero. A referência se estende, por certo, a quaisquer situações de violência física e psicológica enfrentadas na escola por crianças e adolescentes que não se ajustam às noções tradicionais de gênero, as quais obrigam as pessoas a atuarem conforme os padrões heterossexuais dominantes.

¹⁴ *Ibid.*, par. 101, tradução do autor.

¹⁵ *Ibid.*, par. 134, tradução do autor.

II. O direito dos pais à educação conforme suas convicções morais e religiosas na jurisprudência da Corte Europeia de DH

Como dito, não há no Sistema Interamericano de Proteção dos DH jurisprudência específica acerca do art. 12.4 da CADH. Todavia, no Sistema Europeu, o qual possui previsão similar no art. 2º do primeiro Protocolo Adicional da Convenção Europeia¹⁶ (1952), há um corpo razoável de decisões jurisprudenciais a respeito do conteúdo e da forma de exercício do direito dos pais em matéria de educação.

Segundo a Corte Europeia de DH (CEDH), o direito de que trata a segunda parte do art. 2º do Protocolo deve ser lido em conjunto com o direito à educação, declarado na primeira sentença do mesmo artigo. Isto significa, para a CEDH, que, em matéria de educação, os Estados têm a obrigação de conduzir as atividades em consonância com os princípios de objetividade e pluralismo, estando vedada a doutrinação política, moral ou religiosa (*prohibition of indoctrination*):

“A segunda sentença do artigo 2º do Protocolo n.º 1 não impede os Estados de disseminar, nas escolas públicas, através de ensinamentos dados, informações objetivas estabelecidas no currículo escolar pois, de outro modo, todo ensinamento institucionalizado correria o risco de se tornar impraticável. (...) A segunda sentença do art. 2º implica (...) que o Estado, no cumprimento das funções assumidas a respeito da educação, deve tomar cuidado para que informações e conhecimentos

¹⁶ Conselho da Europa. *Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem n.º 1*, art. 2º: “Direito à instrução. A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas”.

incluídos no currículo sejam veiculados de forma objetiva, crítica e pluralista. O Estado está proibido de perseguir um objetivo de doutrinação que pode ser considerado como desrespeitoso com as convicções religiosas e filosóficas dos pais. Este é o limite que não deve ser excedido”¹⁷.

A impossibilidade prática de se oferecer tratamento diferenciado à criança toda vez que um pai assim o exigir foi o motivo alegado pela Corte para adotar o princípio da proibição da doutrinação como parâmetro de interpretação do art. 2º do Protocolo:

“Em particular, a segunda sentença do artigo 2º do Protocolo não impede os Estados de transmitir, direta ou indiretamente, ensinamentos, informações educativas ou conhecimentos de natureza religiosa ou filosófica. Tampouco autoriza os pais a se oporem à integração desses ensinamentos no currículo escolar, pois de outro modo todo o ensino formal correria o risco de se tornar impraticável. Com efeito, parece ser muito difícil que muitos assuntos ensinados na escola não tenham, em maior ou menor extensão, complexidades ou implicações filosóficas. O mesmo é verdade para assuntos de religião, quando se tem em mente o fato de que as religiões formam uma larga e dogmática entidade moral, a qual tem ou pode ter respostas para cada questão filosófica, cosmológica ou de natureza moral”¹⁸.

Neste contexto, segundo a jurisprudência da CEDH, o direito dos pais estará, em geral, atendido se existirem alternativas educacionais em estabelecimentos privados, veiculadoras de

17 CEDH. Caso *Dojan and Others v. Germany*, App. n.º 319/08, decisão de 13/09/2011 (tradução do autor).

18 CEDH. Caso *Jeldsen v. Denmark*, 23 Eur. Ct. H.R. 28, 1976, par. 53 (tradução do autor).

abordagens pedagógicas que levem em consideração as demandas familiares específicas¹⁹. Nos estabelecimentos públicos, o que a proibição contra a doutrinação exige são os requisitos do pluralismo e objetividade do ensino.

Além disso, para a CEDH, o direito dos pais sobre a educação formal de seus filhos deve ser respeitado apenas em relação a “convicções da parte dos pais que não conflitem com o direito da criança à educação”²⁰; os pais, ademais, não tem o direito

19 CEDH. Caso *Jimenez Alonso et Jimenez Merino v. Spain*, 2000-VI Eur. Ct. H.R.

No caso em questão, o peticionário, pai de uma menina de 13 anos, insurgiu-se contra uma cartilha que tratava de gravidez, métodos contraceptivos e doenças sexualmente transmissíveis, dentre outros tópicos. No julgado, a CEDH ponderou que as informações contidas na cartilha eram de caráter geral e que atendiam ao interesse de toda a coletividade, nada tendo que ver com doutrinação (“*That was information of a general character which could be construed as of a general interest and which did not in any way amount to an attempt at indoctrination aimed at advocating particular sexual behaviour. Furthermore, that information did not affect the right of parents to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents’ own religious or philosophical convictions. Besides that, the Court notes that the Constitution guarantees to all natural and legal persons the right to establish schools in a manner consistent with constitutional principles, and the right to everyone to receive a religious and moral education in accordance with their own convictions. As the High Court of Justice of Cantabria stressed in its judgment, that freedom presupposes ‘in a pluralist society, the right to choose, that right being linked to the freedom to establish schools so that parents can choose one adapted to their beliefs and ideas’*”).

20 CEDH. Caso *Konrad v. Germany*, 2006-XIII Eur. Ct. H.R. 355, 364 (“*[T]he second sentence of Article 2 must be read together with the first which enshrines the right of everyone to education. It is on to this fundamental right that is grafted the rights of parents to respect for their religious and philosophical convictions. Therefore, respect is only due to convictions on the part of the parents which do not conflict with the right of the child to education, the whole of Article 2 of Protocol No. 1 being dominated by its first sentence. This means that parents may not refuse the right to education of a child on the basis of their convictions’*”).

de manter seus filhos ignorantes a respeito de outras visões filosóficas e religiosas diferentes das dele próprios²¹.

Como ressaltado pela CEDH no Caso *Konrad vs. Germany*, julgado em 2006:

“[A] Convenção Europeia não garante o direito dos pais de não serem confrontados com opiniões que se opõem às suas próprias (...). Além disso, como ressaltado pelos tribunais alemães, os pais do petionário estavam livres para educar seus filhos depois da escola e nos finais de semana; assim, seu direito a educar seus filhos em conformidade com suas convicções religiosas não foi restringido de forma desproporcional. A frequência obrigatória no ensino fundamental não retira dos pais do petionário o direito a exercer, com relação a seus filhos, suas funções como educadores, ou guiá-los segundo suas próprias convicções religiosas ou filosóficas”²².

Neste trecho da decisão, a CEDH estabelece uma diferença que, embora aparentemente óbvia, é de fundamental relevância para a questão aqui enfrentada, a saber, a distinção entre a educação formal, propiciada pela escola, e a educação informal, desenvolvida em ambiente familiar ou comunitário. A primeira, segundo Salomão Ximenes, “é constituída pelo sistema educativo com alto grau de institucionalização, estruturando-se cronológica e hierarquicamente em diferentes níveis, estendendo-se desde a educação infantil aos níveis mais elevados de ensino, com progressão fortemente regulada e mediante certificação de

21 CEDH. Caso *Folgerø v. Norway*, 2007-III Eur. Ct. H.R. 51, par. 89 (“Moreover, it should be noted that (...) the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 does not embody any right for parents that their child be kept ignorant about religion and philosophy in their education”).

22 CEDH. Caso *Konrad v. Germany*, citado, tradução do autor.

desempenho”. A educação informal em sentido amplo, por outro lado, “abrange todo processo formativo que envolva troca de conhecimentos, experiências, valores e atitudes, que ocorre na sociedade, na comunidade e na família como um processo que dura toda a vida”, pois “decorre da capacidade humana de acumular conhecimentos, experiências, habilidades e atitudes e da possibilidade de repassá-los aos demais indivíduos através de práticas educacionais informais”²³.

Reconhecer que o direito fundamental à educação, em sentido amplo, abrange essas duas modalidades de educação (formal e informal) não significa, contudo, dizer que seus regimes jurídicos sejam iguais, sobrepostos ou hierarquicamente organizados. Seguindo a teoria constitucional das posições jurídicas fundamentais²⁴, observa Ximenes que a modalidade de educação informal deve ser respeitada e protegida pelo Estado desde que não viole os parâmetros de direitos humanos e a integridade dos educandos. Já a modalidade formal, escolar – prossegue ele – “deve ser provida pelo Estado, diretamente ou através da regulação da oferta privada, como forma de assegurar a realização dos objetivos públicos na educação escolar”²⁵.

23 Ximenes, Salomão. “O que o direito à educação tem a dizer sobre ‘escola sem partido?’”, in Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação (org.), *A Ideologia do Movimento Escola sem Partido*, Ação Educativa, São Paulo, 2016, pp. 53-54.

24 Sobre o conceito de “posição jurídica”, cf. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 177-185.

25 Ximenes, Salomão. “O que o direito à educação tem a ver...”, p. 54. As recentes iniciativas voltadas a impedir que assuntos relacionados à orientação sexual, identidade e expressão de gênero sejam discutidas em sala de aula objetivam, segundo o mesmo autor, “subverter a diferenciação necessária entre a educação formal, um bem público mesmo quando ofertado pela iniciativa privada (...) e a educação informal, essa sim uma atribuição corriqueira da família e da comunidade, que acontece ainda que de forma inconsciente enquanto dimensão da socialização” (*Ibid.*, p. 54-55).

Em artigo sobre a jurisprudência da CEDH a respeito da proibição da doutrinação, Fernando Méndez Powell pondera que:

“Determinar o que constitui doutrinação em casos específicos pode ser uma questão difícil. No direito internacional, os Estados são demandados a promover certas visões através de seus respectivos sistemas educacionais, tais como os valores democráticos, o respeito aos direitos humanos e a igualdade de gênero e racial. Ainda que tais assuntos possam ser considerados visões políticas ou filosóficas, promovê-los diretamente através da educação não parece ser uma forma proibida de doutrinação. Isto é justificado pelo fato de que visões opostas são tidas como prejudiciais ao avanço dos direitos humanos”²⁶.

O mesmo autor prossegue afirmando que:

“Posições religiosas são delicadas porque o que uma pessoa pode considerar objetivo ou pluralista, outra pode perceber como doutrinação de secularismo, uma posição filosófica ela própria. A Corte Europeia de DH nunca definiu o que ‘objetividade’ e ‘pluralismo’ significam em relação ao princípio da proibição da doutrinação. Todavia, ela considerou que uma violação ocorre quando uma matéria ou elemento do currículo vai além da simples transmissão do conhecimento de uma visão particular. A Corte Europeia de DH também conferiu peso à circunstância se os estudantes aprendem sobre a importância de tolerar e respeitar visões distintas das suas e se eles são estimulados a exercitar o pensamento crítico

26 Powell, Fernando Méndez. “Prohibition of indoctrination in education: a look at the case law of the European Court of Human Rights” in *BYU Educ. & L.J.* 597, 2015, pp. 614-615, disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1376&context=elj>, acesso em 12/02/2018 (tradução livre do autor do presente artigo).

como indicador de se um propósito de doutrinação tem sido perseguido”²⁷.

A posição referida por Powell foi afirmada pela CEDH no julgamento do Caso *Appel-Irrgang and Others v. Germany*, de 2009, referente à obrigatoriedade de aulas de ética no ensino médio. Segundo este julgado:

“[E]star aberto a uma pluralidade de ideias e opiniões é pré-requisito de uma educação pública em um Estado democrático e liberal, estando este legitimamente autorizado a buscar evitar a segregação baseada em opiniões religiosas ou filosóficas e a promover a integração das minorias. A habilidade de um aluno de ser tolerante e aberto ao diálogo é um dos mais básicos requisitos para a participação na vida democrática e para a vida em sociedade com respeito mútuo por diferentes crenças e convicções filosóficas”²⁸.

No Caso *Dojan and Others v. Germany*, de 2011, a CEDH finalmente enfrentou a oposição de pais de alunos à veiculação de conteúdos voltados ao reconhecimento de LGBTI. Uma lei do estado alemão da Renânia do Norte-Vestfália estabelecia que um dos objetivos da educação básica era proporcionar aos alunos conhecimentos sobre os aspectos biológicos, éticos e culturais da sexualidade humana, segundo sua idade e maturidade, a fim de garantir-lhes o desenvolvimento de suas próprias concepções morais e uma visão independente sobre suas próprias sexualidades. No caso em questão, a CEDH rejeitou a impugnação formulada pelos pais, fundada no art. 2º do Protocolo, sob o argumento de que:

27 *Ibid.*, p. 615.

28 CEDH. Caso *Appel-Irrgang and Others v. Germany*, 2009-IV Eur. Ct. H.R. 415, 429.

“A educação sexual deve promover a tolerância entre os seres humanos, independentemente de suas orientações sexuais e identidades. Este objetivo se reflete nas decisões dos tribunais alemães no caso em tela, os quais entenderam, em suas cuidadosamente fundamentadas decisões, que a educação sexual para o grupo etário em causa era necessária para permitir que as crianças lidem criticamente com as influências da sociedade, em vez de evitá-las. Tal conteúdo destina-se a formar cidadãos responsáveis e emancipados, capazes de participar dos processos democráticos de uma sociedade pluralista - em particular, com o fim de integrar as minorias e evitar a formação de ‘sociedades paralelas’ religiosa ou ideologicamente motivadas. A Corte entende que estes objetivos estão em consonância com os princípios de pluralismo e objetividade constantes do art. 2º do Protocolo n.º 1”²⁹.

Deste modo, programas e conteúdos escolares que tenham por objetivo a promoção de uma cultura de respeito e integração de grupos socialmente vulneráveis não podem, na visão da CEDH, ser considerados como doutrinação vedada pelo art. 2º do primeiro Protocolo à Convenção Europeia de DH.

Em síntese, em breve análise da jurisprudência da Corte Europeia de DH a respeito do alegado direito parental à definição de conteúdos pedagógicos escolares³⁰, podemos concluir que:

29 ECHR. Caso *Dojan and Others v. Germany*, citado.

30 Transcrevemos abaixo decisão da CEDH no Caso *Dojan and Others v. Germany*, a qual sintetiza a interpretação dada por aquele tribunal internacional ao direito dos pais em matéria de controle do conteúdo escolar: “*In short, the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 aims at safeguarding the possibility of pluralism in education, a possibility which is essential for the preservation of the ‘democratic society’ as conceived by the Convention. In view of the power of the modern State, it is above all through State teaching that this aim must be realised. (...) It is in the discharge of a natural duty towards their children*

- a) a obrigação internacional é atendida quando o sistema de ensino garante a coexistência de escolas públicas, privadas e confessionais, dotadas de relativa liberdade na adoção de métodos pedagógicos e modos de difusão do conhecimento, pois nesse caso os pais podem optar por uma escola que mais se aproxime da forma de pensamento que adotem;
- b) no que se refere ao sistema público de ensino, a obrigação correlata ao direito dos pais volta-se à proibição da doutrinação e à exigência de que o conhecimento seja transmitido de forma objetiva, crítica e pluralista;
- c) o direito à educação da criança e do adolescente, nele compreendido o direito a uma formação escolar que favoreça a autonomia individual, o acesso a múltiplas visões de mundo, o respeito aos direitos humanos e o pensamento crítico tem primazia, em caso de conflito, sobre o direito dos pais a conformarem o sistema educacional às suas concepções morais;
- d) a promoção dos valores universalmente reconhecidos pelos instrumentos internacionais de proteção a DH não constitui “doutrinação” vedada.

– *parents being primarily responsible for the ‘education and teaching’ of their children – that parents may require the State to respect their religious and philosophical convictions. Their right thus corresponds to a responsibility closely linked to the enjoyment and the exercise of the right to education. However, the setting and planning of the curriculum fall in principle within the competence of the Contracting States. (...) The Court recalls that it has already examined the German system imposing compulsory elementary school attendance while excluding home education in general. It has found it established that the State (...) had aimed at ensuring the integration of children into society with a view to avoiding the emergence of parallel societies, considerations that were in line with the Court’s own case-law on the importance of pluralism for democracy”.*

III. O art. 12.4 da CADH à luz da OC 24/17

À luz de todo o exposto, vê-se que a atual tentativa de grupos conservadores de impedir a veiculação de conteúdos pedagógicos relacionados ao reconhecimento e proteção de LGBTI não encontra guarida no art. 12.4 da CADH. Com efeito, muito embora não exista jurisprudência específica no Sistema Interamericano sobre o assunto, nem a jurisprudência da Corte Europeia de DH, nem a recente publicação da OC 24/17 corroboram o entendimento de que os países têm o direito de vetar o tratamento de tais conteúdos na escola.

As impugnações até agora apresentadas não estão baseadas em fatos concretos que permitam inferir que há algum tipo de “doutrinação” a respeito da orientação sexual, da identidade ou da expressão de gênero. O que as iniciativas conservadoras (pelo menos as veiculadas no Brasil) buscam é unilateralmente proibir os professores de abordar tais temas, “ainda que de forma ilustrativa ou informativa, seja por qual meio for, vídeo, exposição verbal, música, livro de literatura ou material didático”³¹. A frase “ainda que de forma ilustrativa ou informativa”, presente nos modelos de notificação veiculados, revela o claro propósito de censurar qualquer tipo de referência aos temas que pretende impugnar, e não impedir suposta “doutrinação”.

Em outras palavras, em vez de, no âmbito de uma discussão democrática conduzida no próprio ambiente escolar, pleitear que as questões relacionadas à sexualidade, orientação sexual e identidade de gênero sejam tratadas de forma objetiva, crítica e pluralista, o que grupos conservadores no continente pretendem é unilateralmente impedir qualquer tipo de discussão sobre gênero e sexualidade, ignorando até mesmo o óbvio interesse público na difusão de informações relacionadas à saúde sexual

31 Cf. o modelo de “notificação extrajudicial” referido na nota 3 *supra*.

e reprodutiva de adolescentes e na promoção da igualdade de gênero e orientação sexual no ambiente escolar.

Tal objetivo, como se viu, é incompatível com os direitos à identidade de gênero, à igualdade e à não-discriminação de LGBTI, expressamente reconhecidos pela Corte IDH na OC 24/17. O direito parental previsto no art. 12.4 da CADH não pode, assim, ser invocado para impedir que os sistemas educacionais dos Estados tratem desses temas pois, caso contrário, haveria a perpetuação da discriminação e da violência física e psicológica contra LGBTI, dentro e fora da escola.

A propósito, a referência às normas de interpretação constantes do art. 29 da CADH, feita nos parágrafos 54 a 60 da OC 24/17, é muito apropriada também para a solução do aparente conflito entre o direito parental estabelecido no art. 12.4 e os deveres de proteção estatal de LGBTI em ambiente escolar. Lembra a Corte IDH que, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “as normas [convencionais] devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser fixados em função do sistema jurídico ao qual pertencem”³². Observa a Corte IDH, também, que “os tratados de DH são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais”³³.

Ora, uma vez que o art. 29 da CADH explicitamente declara que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de “permitir a qualquer (...) grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista”, nem de “excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática

32 Corte IDH. OC 24/17, par. 59.

33 *Ibid.*, par. 58.

representativa de governo”, ou ainda “excluir ou limitar o efeito que possam produzir (...) outros atos internacionais da mesma natureza”, não parece razoável supor que os pais de um aluno possam, validamente, invocar o art. 12.4 da CADH para impedir que escolas públicas e privadas abordem temas relacionados à não-discriminação e ao reconhecimento de LGBTI.

Como registra o Parecer Consultivo:

“Os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades que prejudiquem determinados grupos de pessoas. Isto implica no dever especial de proteção que o Estado deve exercer com relação a ações e práticas de terceiros que, em decorrência de sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias”³⁴.

“Reverter ou mudar situações discriminatórias” exige dos Estados muito mais do que sancionar criminalmente atos concretos de violência física contra LGBTI. Os Princípios de Yogyakarta, que versam sobre a aplicação da legislação internacional de DH em relação à orientação sexual e à identidade de gênero, estabelecem que os Estados, em sua obrigação de garantir o direito à igualdade e à não-discriminação, devem “implementar todas as ações apropriadas, inclusive programas de educação e treinamento, com a perspectiva de eliminar atitudes ou comportamentos preconceituosos ou discriminatórios, relacionados à ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero”³⁵.

34 *Ibid.*, par. 65, tradução do autor.

35 Comissão Internacional de Juristas. *Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e à Identidade de Gênero*, 2007, princípio 2, “f”, disponível

No mesmo sentido, o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comitê sobre os Direitos da Criança, todos da ONU, expressaram preocupação com a discriminação contra LGBTI nas escolas e pediram que sejam tomadas medidas para combater atitudes homofóbicas e transfóbicas³⁶. A UNESCO, por sua vez, observa que muitas vezes é no pátio da escola que crianças consideradas diferentes do padrão são vítimas de provocação, e onde também elas sofrem a primeira violência, simplesmente por causa da aparência e de comportamentos que não se encaixam no que o senso comum entende por identidade de gênero heteronormativa³⁷. Isolamento e estigma geram problemas de depressão e outros problemas de saúde e contribuem para a evasão escolar e, em casos extremos, tentativas de suicídio ou até mesmo o próprio suicídio.

Em sentido convergente, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os DH, em relatório dirigido ao Conselho de DH da ONU, observa que “o direito à educação inclui o direito de receber informação ampla, abrangente, precisa e adequada à idade sobre a sexualidade humana, de modo a assegurar que os jovens tenham acesso à informação de que necessitam para levar uma vida saudável e para lhes permitir tomar decisões de forma consciente e proteger-se e proteger os outros de infecções

em <https://yogyakartaprinciples.org>, acesso em 14/02/2018.

36 Cf., por exemplo, as Observações finais do Comitê de Direitos Humanos com relação ao México (CCPR/C/MEX/CO/5), par. 21; Observações finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com relação à Polônia (E/C.12/POL/CO/5), pars. 12 e 13; e Comitê sobre os Direitos da Criança, Observação Geral n.º 3 (CRC/GC/2003/3), par. 8; e n.º 13 (CRC/C/GC/13), pars. 60 e 72; e Observações finais do Comitê com relação à Nova Zelândia (CRC/C/NZL/CO/3-4), par. 25; Eslováquia (CRC/C/SVK/CO/2), pars. 27 e 28; e Malásia (CRC/C/MYS/CO/1), par. 31.

37 UNESCO. *Education Sector Responses to Homophobic Bullying*, Paris, 2012, disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002164/216493e.pdf>, acesso em 14/02/2018.

sexualmente transmissíveis³⁸. Do mesmo modo, o relator especial da ONU sobre o direito à educação observa que, para ser abrangente, “a educação sexual deve prestar especial atenção à diversidade, pois todos têm o direito de lidar com sua própria sexualidade sem serem discriminados em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero”³⁹.

Conclusão

O art. 12.4 da CADH - que trata do direito dos pais a que seus filhos recebam educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções – não deve ser interpretado isoladamente, mas sim como parte de um todo que é o sistema internacional de proteção a DH. Neste sistema, como ressalta a OC 24/17, “é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio, ou que, de forma inversa, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine no gozo de direitos que se reconhecem a quem não se considera incurso em tal situação”⁴⁰.

Objetivamente, na jurisprudência da Corte Europeia de DH, o direito parental previsto no art. 2º do Protocolo 1 da Convenção Europeia estará atendido sempre que o sistema de ensino garanta a coexistência de escolas públicas, privadas e confessionais, dotadas de relativa liberdade na adoção de métodos pedagógicos

38 Conselho de Direitos Humanos da ONU. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/19/41*, 2011, par. 61.

39 ONU. *Report of the United Nations Special Rapporteur on the Right to Education, A/65/162*, 2010, par. 23, tradução do autor.

40 Corte IDH, OC 24/17, citada, par. 61.

e modos de difusão do conhecimento, pois neste caso os pais podem optar por uma escola que mais se aproxime da forma de pensamento que adotam. No que se refere ao sistema público de ensino, a obrigação correlata ao direito dos pais previsto na Convenção Europeia (e no art. 12.4 da CADH) volta-se à proibição da doutrinação e à exigência de que o conhecimento seja transmitido de forma objetiva, crítica e pluralista.

Conteúdos pedagógicos voltados à formação de cidadãos responsáveis e emancipados, capazes de participar dos processos democráticos de uma sociedade pluralista - em particular, com o fim de integrar as minorias e a evitar a formação de sociedades paralelas, religiosa ou ideologicamente motivadas, não devem, segundo a CEDH, ser considerados “doutrinação” vedada.

Matrimonio, un concepto jurídico dinámico. Entre el perfeccionismo moral y el enfoque igualitario

*Eduardo Elías Gutiérrez López**

*Raymundo Gutiérrez López***

Introducción

El 19 de junio de 2015 se publicó en el Semanario Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) de México, la tesis de jurisprudencia identificada con la clave 1a./J.43/2015 y el siguiente rubro: *MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL*. En este criterio judicial se cuestionó y declaró inconstitucional, en primer término, la exégesis jurídica sobre la finalidad de la unión matrimonial referente a la procreación y en segundo lugar, –derivado de la interpretación anterior– se desligó la definición jurídica de matrimonio del presupuesto necesario de un vínculo exclusivo entre un hombre y una mujer.

* Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California y estudiante de doctorado en Estudios de Migración por El Colegio de la Frontera Norte. Actualmente es profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho Tijuana, de la Universidad Autónoma de Baja California.

** Licenciado en Derecho por el Centro Universitario de Tijuana. Actualmente es jefe de Departamento Desconcentrado de Recaudación en el Servicio de Administración Tributaria.

Este precedente legal no es el primero que abriría las puertas a estas reconfiguraciones sobre familia y matrimonio, ya que el Código Civil del Distrito Federal –hoy Ciudad de México– había reformado su artículo 146 en 2010, a partir de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por la Procuraduría General de la República para modificar su definición legislativa de matrimonio y establecerla como “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua [...]”¹.

No obstante, es hasta la publicación de la jurisprudencia referida y comprendiendo las implicaciones legales que se producirían en los diversos tribunales federales y estatales de México, que las entidades federativas comenzarían a asumir un rol protagónico en torno al tema medular del criterio jurisprudencial ya sea en la adecuación de sus marcos normativos, con base en las interpretaciones emanadas de este canon judicial o bien a través de una resistencia –algunas veces sigilosa– reflejada en la omisión de modificar sus ordenamientos legales en concatenación al referido criterio, así como en la negativa de celebrar matrimonios a la luz de la consideración del máximo intérprete constitucional.

Esta oposición o resistencia ha traído como consecuencia una serie de promociones, litigios e interposición de medios de control constitucional, tales como el juicio de amparo indirecto –con todos los costes, tiempos y riesgos procesales que ello implica– siendo esta la opción más viable para lograr oficializar legalmente un matrimonio entre dos hombres o dos mujeres, en la mayoría de las entidades federativas mexicanas.

1 Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura. *Código Civil para el Distrito Federal*, artículo 146, disponible en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/427/Distrito%20Federal.-%20Codigo%20Civil.pdf> (acceso 08/01/2018).

Hasta 2018, solamente nueve entidades federativas mexicanas –Ciudad de México, Campeche, Coahuila, Colima, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit y Quintana Roo– han reformado sus codificaciones civiles o familiares, para permitir el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres, y eliminar a la procreación o a la perpetuación de la especie como las finalidades únicas de este vínculo legal. Otras entidades como Chihuahua u Oaxaca, han operado a partir de la permisibilidad de estos matrimonios sin la necesidad de reestructurar sus ordenamientos jurídicos locales; solo lo han hecho bajo la fundamentación conferida por la jurisprudencia de la SCJN. Por ello –como es de apreciarse– este tipo de prácticas son desarrolladas en muy pocos lugares del país de forma directa, sin la necesidad de una resolución jurisdiccional.

La renuencia mostrada por la mayoría de Gobiernos de las entidades federativas en cuanto a la creación de legislación respecto al matrimonio y la supresión de la heterosexualidad como una de sus condicionantes o esencialidades, forma parte –a su vez– de un discurso político-jurídico que se encuadra dentro de lo que Carlos Nino² denominó “perfeccionismo”, el cual será desarrollado más adelante. Por consiguiente, la hipótesis de este trabajo –basada en el concepto de este autor³– consiste en que el Estado mexicano por conducto de los diversos Gobiernos locales trasgrede el principio de autonomía de las personas, al establecer planes o proyectos de vida “definidos” –como el matrimonio entre un hombre y una mujer– con la pretensión de que los sujetos orienten sus conductas hacia estas formas de vida objetivamente “mejores” u “óptimas”, obstruyendo la posibilidad de que ejerzan plenamente su libertad pese a que la celebración de un

2 Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 205.

3 *Ibid.*, pp. 204 y 205.

matrimonio entre dos personas del mismo sexo no repercute en daños o afectaciones hacia terceros.

Finalmente, parte de la metodología utilizada en este trabajo, servirá también para comparar los niveles de resistencia de las entidades federativas de México a modificar sus ordenamientos legales en cuanto a la regulación del matrimonio; a su vez, esta información es susceptible de ser organizada por regiones, empleando el ordenamiento regularmente desarrollado por diferentes fuentes de información como las encuestas. Ello permitirá establecer conclusiones sobre cuáles regiones del país siguen operando en mayor medida bajo modelos de gobierno perfeccionistas.

I. El perfeccionismo moral

De acuerdo con Nino, el conjunto de derechos considerados básicos –desde una perspectiva liberal– se integra por diferentes tipos de libertades para hacer ciertas cosas o realizar determinadas conductas como profesar o no un culto religioso, asociarse con otros, elegir prácticas sexuales, etc.; empero, el principio que subyace en todos estos derechos es aquel que prohíbe la interferencia del Estado frente a actividades que no produzcan daños a terceros⁴. Este principio ha sido parte estructural del pensamiento asociado al liberalismo político; de allí que Stuart Mill⁵ advirtiera que una sociedad que no respeta la libertad de conciencia –de pensar, sentir, expresar, opinar, etc.– así como la libertad de elección de gustos y fines para trazar los planes de vida, y la libertad de asociación entre individuos, no es una sociedad libre independientemente de su forma de gobierno.

4 *Ibid.*

5 Stuart Mill, John. *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, México, 1989, pp. 68 y 69.

A pesar de que persiste un disenso para determinar cuáles son los rasgos distintivos del liberalismo político, autores como Raz⁶ han identificado por lo menos tres modelos dominantes a partir de cómo se rige el uso de la coacción estatal respecto a las libertades individuales: a) el que requiere razones de peso para limitar una libertad individual, b) el que protege ciertas libertades con suma dureza y c) el principio de daño, que intenta reconocer razones legítimas e ilegítimas para restringir la libertad individual. Este último modelo es el que alberga al “antiperfeccionismo” como uno de sus conceptos centrales.

El “antiperfeccionismo” también ha sido identificado como neutralidad liberal, la que a su vez defiende dos tesis fundamentales: 1) los Estados deben ser neutrales en torno a las concepciones del “bien”, solo en relación con la justificación mas no con los efectos⁷, y 2) los Estados no deben ser neutrales en cuestiones relativas a los derechos⁸.

Esta neutralidad liberal se intenta justificar a partir de diferentes argumentos; por ejemplo, el escéptico que consiste en subrayar la incapacidad de los Estados para –de forma racional– hacer soportable la idea de imponer ciertos fines o hábitos a los gobernados y suprimir otros. Por su parte, está el argumento que se funda en la creencia de la igualdad moral entre las personas,

6 Raz, Joseph. “*Liberalism, Autonomy and Politics of Neutral Concern*”, *Midwest Stud. Phil.* 89, 1982, p. 89; en Zambrano, Pilar. “Antipaternalismo y antiperfeccionismo en John Rawls y Ronald Dworkin”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XXXVIII, N° 113, mayo-agosto de 2005, p. 870.

7 Esto quiere decir que los Estados deben abstenerse de actuar de tal manera que busquen incrementar las posibilidades de que los sujetos gobernados acepten una doctrina o un valor moral por encima de otros.

8 Villavicencio, Luis. “La neutralidad liberal como antiperfeccionismo”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Ensayos, Año 19, N° 2, 2012, p. 374.

de tal modo que los Estados no pueden menos que considerar de manera respetuosa y equitativa todas las formas o proyectos de vida que tenga cada quien. Finalmente se encuentra el de la autonomía, sobre el cual descansa la hipótesis de este trabajo; este dispone la imposibilidad de los Estados y otros individuos de interferir en las elecciones de los planes personales ya que estos nacen de la concepción de la “buena vida” que cada agente considera para sí mismo, independientemente de cuál sea el contenido de estos planes⁹.

Bajo este orden de ideas, el perfeccionismo moral refiere a aquellos sistemas estatales que pretenden determinar o controlar la conducta de sus gobernados a través de la restricción de ciertas libertades y la realización de conductas específicas. En el fondo de estas restricciones los Estados privilegian algunas formas de vida sobre otras, estableciendo jerarquizaciones respecto a las concepciones morales de las personas y diseñando un estándar conductual que tiene como objetivo alinear el comportamiento de la población de un Estado hacia la manera “correcta” o “perfecta” de conducirse al interior de la sociedad.

Es importante puntualizar que la restricción es un concepto ampliamente distinto al de regulación; por ello, la crítica hacia los modelos perfeccionistas no es dable a partir de que regulan ciertos comportamientos humanos sino porque restringen de modo tajante algunas libertades. La regulación, que es necesaria, parte de la idea de que las libertades pueden chocar entre sí y es justo en el centro de esta confrontación que la regulación se justifica; sin embargo, la misma debe dejar intactos los márgenes centrales de aplicación de cada libertad básica¹⁰.

9 *Ibid.*, pp. 378 a 383.

10 Rawls, John. *Sobre las libertades*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1996, pp. 38 y 39.

El perfeccionismo moral ha alcanzado a los Estados e irrumpe con el principio del daño, pues es evidente que los sistemas jurídicos –frente a sus deberes de organización– estipulan formas legítimas para restringir la libertad individual. La legitimidad de estas limitantes encuentra respaldo en la comprensión de dicho principio; es decir, en la noción de que todo ejercicio de una libertad produce efectos, los que no siempre repercuten exclusivamente sobre el agente de la conducta sino también sobre terceras personas. En la medida que estos efectos puedan ser concebidos –de forma justificada– como daños a terceros, los Estados tienen una razón legítima para coaccionar tal libertad individual; sin embargo, en los Estados perfeccionistas no opera necesariamente este principio pues en muchas ocasiones se restringen libertades, sin que haya quedado demostrado el perjuicio derivado de la comisión de un comportamiento.

El caso de los matrimonios entre dos hombres o dos mujeres se enmarca justo en este último supuesto, pues no se puede demostrar desde un punto de vista jurídico el daño o perjuicio que aparentemente ocasionarían sobre terceras personas. Independientemente de que el razonamiento de la SCJN haya sido orientado hacia el principio de no discriminación y a la prohibición de prácticas que disminuyan o restrinjan derechos a partir de la orientación sexual, el argumento de la autonomía personal –robustecido por el principio del daño– presenta otro tipo de razones de mayor profundidad, ya que incluso dilucida una transgresión a una serie de valores que dan sentido a los propósitos de cualquier sistema jurídico.

Kelsen¹¹ justificó la existencia y la necesidad de un sistema jurídico desde lo que llamó conflictos de intereses; estas

11 Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?*, Editorial Fontamara S.A., México, 1999, p. 20; en Triana, Alexander. “Hans Kelsen: la justicia y los valores”, en *Filosofía UIS*, Vol. 11, N° 1, enero-junio 2012, p. 101.

controversias surgen mayoritariamente por la pugna entre dos libertades o derechos, y su resolución se torna compleja si se deja en manos de las personas, pues cada cual defendería de manera desmedida sus intereses. Es la figura del juzgador y su conciencia neutral la que, a través de su conocimiento y criterio, dirimiría esta discordia. Empero, nuevamente sale a la luz el principio del daño pues la actuación neutral de los Estados solo tendría sentido al presentarse una confrontación de libertades; es decir, una muestra de que el ejercicio de una libertad por parte del “agente A” lastima inexorablemente otra libertad del “agente B”.

Se ha intentado advertir por parte de ciertos grupos defensores del matrimonio heterosexual que la celebración de otro tipo de uniones matrimoniales afecta su libertad de pensamiento, de conciencia e incluso la libertad de educar a sus hijos desde una visión “tradicional” de la familia. Sin embargo, no queda claro en qué radica la afectación pues finalmente ellos seguirán gozando de la libertad de pensar y creer lo que deseen respecto a la institución del matrimonio, al tiempo que podrán formar a sus hijos bajo los valores que consideren adecuados. Si bien el Estado tendrá que reformar ciertos puntos en la enseñanza de la educación básica para efectos de comprender la diversidad sexual, ello no implica una postura estatal impositiva pues precisamente el concepto de diversidad alberga el respeto de todo tipo de creencias, sin necesidad de jerarquizarlas o de señalar algunas como mejores que otras. Esto último sí los hace un modelo perfeccionista.

Como se puede advertir, partiendo del liberalismo político y del “antiperfeccionismo moral” no se puede coartar, limitar o restringir las libertades individuales a menos que se tenga una causa legítima. Las restricciones se legitiman a través de la exégesis del principio del daño; es decir, en la medida en que se logre acreditar que el ejercicio de una libertad individual

causa perjuicios a terceros. Si un Estado opta por restringir libertades sin cumplir con el principio del daño, no solo vulnera la autonomía personal de los individuos sino que trastoca el principio democrático de cualquier Gobierno pues únicamente está contemplando las demandas de ciertos sectores e ignorando las de los demás, intentando imponer sobre los últimos los valores y pensamientos de los primeros, convirtiéndose por tanto en un Estado perfeccionista.

II. Mutaciones del concepto de matrimonio: análisis de caso a partir del fallo judicial recaído al amparo en revisión 735/2014.

A fin de ilustrar el contexto que se desprende de párrafos anteriores, tenemos el caso concreto del amparo en revisión identificado con el expediente número 735/2014 en el cual el doliente reclamó la inconstitucionalidad del Decreto Número 155, fechado el 10 de agosto de 2013, a través del cual el Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Colima (en adelante CCELSC) en ejercicio de sus facultades resolvió sobre las propuestas relativas a:

1. La Iniciativa de Ley con Proyecto de Decreto tendiente a crear la Ley de Sociedad de Convivencia para el Estado de Colima, planteada mediante oficio 2290/011.
2. La Iniciativa de Ley con Proyecto de Decreto relativa a reformar el artículo 147 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, así como diversos artículos del Código Civil de dicha entidad; esta fue ingresada el 13 de marzo de 2013 por la presidenta del H. Ayuntamiento Constitucional de Cuauhtémoc, Colima.

3. La Iniciativa de Ley con Proyecto de Decreto presentada por diputados integrantes de los grupos parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional, del Partido Acción Nacional, del Partido Nueva Alianza y de los diputados únicos del Partido Verde Ecologista de México y del Partido del Trabajo, relativa a reformar diversas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Colima¹².

La propuesta de creación de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Estado de Colima así como las reformas planteadas para la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, junto a diversas disposiciones del Código Civil y de Procedimientos Civiles para tal entidad se justificaron en la necesidad de un marco normativo que brindara responsabilidad y protección a las relaciones de vida entre personas del mismo sexo y, además, en términos amplios encontró sedimento en los principios de progresividad jurídica y garantía constitucional de los derechos humanos aplicables sin distinción por motivos de orientaciones de índole sexual. También se aludió a la normatividad en materia de discriminación con que cuenta esta entidad, misma que previene distintas formas de discriminación; entre estas, naturalmente, la relacionada con la orientación sexual de las personas.

No obstante lo anterior, al emitir el Decreto Número 155 el CCELSC –además de declararse competente para resolver sobre los planteamientos enumerados líneas arriba– adujo discordar con la iniciativa de regular mediante un ordenamiento especial, a través de la creación de una nueva ley, las relaciones de las parejas homoparentales por considerar que el proyecto de iniciativa remitía a disposiciones del Código Civil que norman

12 Congreso del Estado de Colima LVII Legislatura, *Decreto* Número 155, disponible en http://www.congresocol.gob.mx/web/Pagina/index.php/c_actividad/decretos (acceso 07/01/2018).

tanto la sucesión, el concubinato o los alimentos “dando por hecho que serán aplicables a la sociedad de convivencia; hecho considerado jurídicamente incorrecto, en razón de que el Código Civil vigente no reconoce la institución de las sociedades de convivencia”¹³.

Aunado a lo anterior, la Comisión Dictaminadora aseveró que si el fin medular de las iniciativas en comento era que las parejas homoparentales se unieran en sociedad de convivencia, a fin de gozar del acceso a la seguridad social¹⁴, tal situación resultaba inviable puesto que –de obrar en dicho sentido– implicaría una reforma a los ordenamientos federales que regulan estas instituciones ya que las relaciones homoparentales son, en todo caso, uniones de hecho y no una relación conyugal como acontece con la figura de enlace conyugal o matrimonio, desligando a las uniones de convivencia de esta semántica; es decir, discriminándolas de dicho binomio.

Culminando esta Comisión con la reforma de diversos numerales del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles de la citada entidad federativa, enfocándose únicamente en la regulación de las relaciones conyugales, haciendo una distinción entre el matrimonio y el “enlace conyugal”, y afirmando que de resolver favorable a las propuestas antes indicadas, no se estaría ante un avance para la determinación de la situación legal de las parejas del mismo sexo sino que –por el contrario– complicaría la situación patrimonial de las personas colocadas en ese supuesto pues representaría la imposibilidad de

13 *Ibid.*

14 Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (FOVISSSTE).

darse alimentos y gozar de los derechos sucesorios que permiten las leyes civiles y de seguridad social.

Se debe destacar que para la fecha en que fuera emitido el Decreto referido, ya se había suscitado uno de los más representativos avances en cuanto al respeto a lo diferente y al otorgamiento de garantías constitucionales a los derechos fundamentales de tales grupos o individuos respecto de sus libertades sexuales; siendo dicho referente el otorgado por la SCJN, al resolver el recurso de inconstitucionalidad 2/2010 planteado por la Procuraduría General de la República contra las diversificaciones realizadas al Código Civil para el Distrito Federal –ahora Ciudad de México– por conducto de la Asamblea Legislativa, demandando la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil aludido publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de diciembre de 2009.

En esa tónica, al solicitar el quejoso la inconstitucionalidad del Decreto Número 155 mediante el amparo en revisión 735/2014 lo hizo sustentando su reclamación en el hecho de tener el carácter de homosexual, ubicado en el ámbito competencial y territorial del Estado de Colima y con interés legítimo para combatir las normas en cuestión, ya que estas se revestían de un efecto discriminatorio que le causaba perjuicio. Conociendo en primera instancia, el juez Primero de Distrito en el Estado de Colima sobreseyó en el asunto ya que a su arbitrio el quejoso no acreditó que su interés jurídico y legítimo se encontrara trastocado o dañado por las normas en combate pues –a criterio del juzgador– no logró acreditar haber sido objeto de actos discriminatorios.

En plena inconformidad con las elucubraciones del órgano jurisdiccional de referencia, el gobernado acudió en recurso de revisión radicado ante la Primera Sala de la SCJN, competente para conocer del asunto y la que emitiera sentencia ordenando

la revocación del sobreseimiento acordado por el juez de Distrito mencionado y otorgando el amparo junto a la protección de la justicia federal respecto de las normas de las que se dolió el quejoso, considerándolas inconstitucionales por sus efectos notoriamente discriminatorios.

Sumado a lo anterior y a efectos de tener por superada la causal de improcedencia que planteó en su momento el Juzgado de Distrito para sobreseer en el juicio de amparo indirecto, la Primera Sala de la SCJN reafirmó el hecho de que el quejoso sí tenía interés legítimo para acudir en amparo respecto de las normas sometidas al control constitucional –en su modalidad de autoaplicativas– al ser un receptor directo del mensaje negativo que transmiten dichas normas pues se adujo homosexual y, efectivamente, se ubicó en el espectro perimetral de alcance de dicho mensaje que acusó de peyorativo y discriminatorio.

En mérito de lo expuesto, es indudable que nos encontramos ante una mutación del concepto de matrimonio pues es de notoria evidencia que este ha sido objeto de cambios en razón de debates y litigios histórico-jurídicos; por ende, no es una figura rígida sino que –por el contrario– se ve permeada por las transformaciones que la sociedad y sus bases fundamentales han ido sufriendo en el transcurso del tiempo.

En tal contexto, queda de manifiesta la necesidad de que los tribunales de corte constitucional se posicionen en el contexto real y actual en que la sociedad se encuentra; de no ser así, las libertades personalísimas se verían en riesgo de vulnerabilidad al no estar cubiertas por el manto protector del control constitucional. Más cuando del propio estadístico judicial como del historial litigioso relacionado con el tema central del presente trabajo, se desprende que un grueso de la sociedad mexicana continúa quejándose de situaciones o ejercicios legislativos discriminatorios recaídos sobre aspectos esenciales

de su desarrollo humano, pues no se está ante un tema revestido de frivolidad o una ampliación “innecesaria” de la inclusión de grupos segregados al desarrollo social y cultural del país, sino de una determinante decisión sobre la forma en que los individuos crean sus propios proyectos de vida en conjunto con otros individuos.

En conclusión, la elucubración a la que arriba el máximo intérprete constitucional no solo sentó un precedente histórico-jurídico en cuanto al irrestricto y libre ejercicio de la personalidad de las personas, extendiéndolo de manera progresiva y adecuándolo a la realidad actual, sino que configura lo que en esencia constituye el Estado de derecho pues con la inclusión de grupos en situación de vulnerabilidad se garantiza y satisface el ejercicio total de los derechos más esenciales.

III. Resistencia de las entidades federativas a modificar su regulación del matrimonio: un comparativo por regiones de México

Para efectos de comprender de manera más integral los procesos de resistencia que se presentan en las diferentes entidades federativas de México, se ha optado en este trabajo por dividir las 32 existentes en cinco regiones. Ello, a partir de la división tradicional que se utiliza regularmente en los estudios que pretenden efectuar análisis a nivel nacional. Estas regiones son las siguientes: noroeste, norte-noreste, la del Bajío, centro y sureste.

Se asume que esta regionalización aporta datos importantes, pues las entidades federativas a partir de su vecindad tienen una serie de características comunes derivadas de procesos culturales, sociales, políticos o de movilidad que inciden en la forma en que asimilan cambios significativos en sus ordenamientos legales.

Sin embargo, también se reconoce que cada entidad federativa tiene sus razones concretas por las que no ha participado de estas alteraciones normativas, por lo que la información aquí vertida es solo una subrepresentación pero suma a un mayor entendimiento sobre la postura de las regiones mexicanas respecto al matrimonio homoparental, a la par que pone en revisión ciertos prejuicios que se tienen sobre determinadas zonas del país.

Tabla I
Regiones de México

Noroeste	Norte-noreste	Bajío	Centro	Sureste
Baja California	Coahuila	Aguascalientes	Cd. de México	Campeche
Baja California Sur	Chihuahua	Colima	Hidalgo	Chiapas
Nayarit	Durango	Guanajuato	Edo. de México	Guerrero
Sinaloa	Nuevo León	Jalisco	Morelos	Oaxaca
Sonora	San Luis Potosí	Michoacán	Puebla	Quintana Roo
	Tamaulipas	Querétaro	Tlaxcala	Tabasco
	Zacatecas			Veracruz
				Yucatán

Fuente: Elaboración propia con base en la regionalización tradicional de México.

En términos de lo expuesto en el apartado introductorio, la región noroeste solamente cuenta con Nayarit como la única entidad federativa que ha visto reestructurado su marco jurídico en materia familiar, a partir de los criterios de jurisprudencia dispuestos por la SCJN en lo referente al matrimonio. Mientras, en la región norte-noreste resalta Coahuila como el caso exclusivo que ha experimentado estos procedimientos de

adecuación legislativa¹⁵. Por su parte, en la del Bajío es donde destaca el mayor número de casos al respecto pues ha habido reestructuración normativa en Colima, Michoacán y Jalisco; es decir, la mitad de las entidades federativas que la componen. Asimismo, en la región centro se cuenta con los cambios legislativos operados en la Ciudad de México –pionera además en el tema– y en Morelos. Finalmente, en la región sureste solamente Campeche y Quintana Roo han pasado por esta clase de procesos transicionales en la regulación del matrimonio dentro de sus ordenamientos locales.

Tabla 2

Porcentaje de entidades federativas que han modificado su marco normativo familiar a partir de los diferentes criterios de jurisprudencia, por regiones del país

Región	Porcentaje
Noroeste	20 %
Norte-noreste	14.3 %
Bajío	50 %
Centro	33.3 %
Sureste	25 %

Fuente: Elaboración propia.

15 Sin omitir el caso particular de Chihuahua, entidad que –como ya se ha señalado en este trabajo– en algún momento permitió el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres sin modificar sus codificaciones familiares; únicamente bajo el fundamento de los criterios judiciales.

A partir de los resultados presentados en la Tabla 2, se identifica a las regiones noroeste y norte-noreste como aquellas donde ha existido mayor resistencia para alterar sus ordenamientos locales en función de las jurisprudencias de la SCJN; la región del Bajío es la que ha cumplido en mayor grado con los procedimientos de adecuación legislativa para la regulación del matrimonio. Estos datos son llamativos, si se considera que la posición geográfica de las regiones que presentan mayor grado de renuencia a reconfigurar legislativamente la institución matrimonial se encuentra en la frontera norte del país; se esperaría lo contrario pues dichas regiones tienen una conexión directa con Estados Unidos de América y su cultura, la que de a poco ha ido permitiendo en más Estados el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres¹⁶.

Los datos presentados reflejan la situación crítica en materia de derechos humanos para ciertos grupos; en este caso, el de personas con orientación sexual distinta ya que a pesar de los diversos pronunciamientos judiciales de la SCJN las entidades federativas –a través de sus órganos ejecutivos y legislativos– han inobservado notoriamente las estipulaciones procedentes del máximo intérprete constitucional en México, al omitir cambiar sus marcos legales e impedir la celebración de estos matrimonios en la mayoría de estas. En el fondo de esta aparente pugna entre poderes públicos, pareciera que se ocultan los propósitos del Estado Mexicano que sigilosamente y a veces de forma evidente va dibujando una sociedad de tipo disciplinaria por medio de dispositivos y aparatos –normas jurídicas, racionalidades gubernamentales, etc.– en la que pretende producir ciertos hábitos

16 El 26 de junio de 2015 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América determinó que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo violaba su Constitución, por lo que –a partir de su fallo– el matrimonio homoparental debía ser permitido en todos los Estados del país.

y costumbres, y asegurar por medio de algunas instituciones su obediencia a estas reglas¹⁷.

Consideraciones finales

Una vez estudiado el caso mexicano respecto a la adecuación legislativa –a partir de las interpretaciones jurisprudenciales de la SCJN– en torno a la permisibilidad del matrimonio entre dos hombres o dos mujeres, ha quedado claro que persiste una disociación entre los distintos poderes públicos; dicho desacuerdo afecta directamente a quienes intentan contraer matrimonio amparados por estos criterios jurídicos. Esta disociación emana de una resistencia por parte de los órganos ejecutivos y legislativos de la mayoría de las entidades federativas del país, a admitir la celebración de estos matrimonios con los efectos inherentes a esta institución legal.

Tal renuencia se inscribe, a su vez, en una visión perfeccionista de la moral y del rol del Estado frente a la sociedad. Este perfeccionismo tiene como objetivo cerrar las posibilidades de las personas a tomar decisiones basadas en sus planes de vida, de tal manera que se vean forzadas a elegir solo entre aquellas opciones sugeridas por el Estado o impuestas en la ley como “mejores” u “óptimas” para la sociedad. La prohibición de estos matrimonios no obedece únicamente a un temor a la otredad o a lo diferente, sino también a un ferviente rechazo a estas personas y sus conductas que provoca que los Gobiernos locales pretendan orientar sus vidas hacia la heterosexualidad y, por ende, hacia el matrimonio en su concepción “tradicional”.

17 Giraldo Díaz, Reinaldo. “Poder y resistencia en Michel Foucault”, en *Tabula Rasa*, N° 4, enero-junio 2006, p. 108.

Es preocupante la postura de dichos Gobiernos pues no la sustentan en ninguna causa legítima, ya que no se ha podido probar la afectación negativa que estos matrimonios tendrían en la vida de otras personas. Por el contrario, esta postura genera perjuicios en los planes de vida de mucha gente que –a través de estos actos u omisiones de parte de las entidades federativas mexicanas– ven transgredidos sus derechos humanos.

Esa visión perfeccionista con la que operan las autoridades mexicanas es un obstáculo para la vigencia de los derechos humanos, pues un Estado que la proclame acomete inexorablemente contra sus principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Tales principios son los que deben regir las actuaciones de todas las autoridades en México, en el ámbito de sus competencias y en términos de lo previsto por el artículo primero constitucional. No cabe duda que los derechos humanos fueron concebidos como una tabla de mínimos, pero la mayoría de las veces parecen ser una tabla de máximos que muy pocos países alcanzan¹⁸.

La visión perfeccionista anterior, contrasta de forma contundente con la conclusión a la que ha arribado el máximo intérprete constitucional. Esta última –recubierta de un dejo de igualitarismo– ha colocado el matrimonio entre personas del mismo sexo y el tradicional en una línea paralela, reprochando la razón de excluir a las primeras del derecho a unirse en matrimonio así como la discriminación histórica de que han sido blanco las parejas homosexuales, extendiendo su manto de protección sobre el libre desarrollo de la personalidad.

18 Valcárcel, Amelia, *Ética para un mundo global. Una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*, p. 67, en Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, p. 14.

Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género

*Cristhian Manuel Jiménez**

Introducción

Hablar sobre una convención que proteja los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante personas LGBTI) no es algo nuevo en la agenda del movimiento internacional que agrupa a esta población; de hecho, este lo pidió por primera vez en la Declaración de Montreal de 2006, en los siguientes términos:

Hacemos un llamamiento a abogados, instituciones de derechos humanos y ONG para que prosigan estudiando qué derechos humanos de la personas LGBT están ya protegidos por los tratados internacionales de derechos humanos en vigor y si hay lagunas en la protección que proporcionan esos tratados. Esto podrá conducir a un debate sobre los posibles beneficios de una Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación debida a la orientación sexual o a la identidad de género (CEDOSIG)¹.

* Licenciado en Diplomacia y Servicios Internacionales (2008); especialista en Docencia Universitaria (2010) de la Universidad Católica de Santo Domingo y magíster en Recursos Humanos de la Universidad APEC (2012); becario de la Organización de Estados Americanos (2015-2017); maestría en Humanidades y Ciencias Sociales, Universidade Federal do ABC (UFABC). Activista de derechos humanos, fundador y actual vicepresidente de la Fundación Comunidad y Justicia Internacional (FUNCEJI); integrante del grupo de investigación sobre Organizações Internacionais e Temas Globais (OITEG) del Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) de Brasil.

1 Declaración de Montréal. Outgames. Montreal, 2006.

Esta convención tendría, como uno de sus objetivos, acabar con la polarización en torno a la discusión sobre el reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI y el reclamo de que no existen bases en el derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia; también el de crear un marco normativo explícito para la orientación sexual e identidad de género (en adelante OSIG).

Como hemos visto, el discurso de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) y los países a favor de las personas LGBTI sostiene que los derechos humanos de estas no son nuevos, sino que son los mismos, pero aplicando la universalidad del derecho a la no discriminación. Sin embargo, los países contrarios a la anterior visión argumentan que nunca se había discutido ni existe referencia sobre las categorías de orientación sexual e identidad de género; asimismo, afirman que derechos como el cambio de sexo en registros civiles, el matrimonio entre personas del mismo sexo, los patrimoniales y otros, no están previstos en el derecho internacional ni en la mayoría de los regímenes jurídicos domésticos en el mundo. Justamente por estas razones evocadas por quienes esgrimen la segunda postura, se manifiesta la necesidad de plasmar los derechos humanos de las personas LGBTI en una convención para llenar aquellos vacíos que el derecho blando ha intentado hacer, pero sin fuerza vinculante y sin que los Estados lo respeten.

A continuación se analizan los principios de Yogyakarta como un marco desde el cual podría partir dicha convención, se presentan argumentos que justificarían la adopción de la misma, se discute si el derecho blando es insuficiente ya que hasta ahora es donde han proliferado las referencias a los derechos humanos de las personas LGBTI en la ONU, se analiza el principio de no discriminación y su aplicación a las personas LGBTI, se realizan

análisis sobre si ciertos términos podrían generar exclusiones en la convención y se culmina ponderando desde la teoría de regímenes internacionales si estamos viviendo el momento apropiado para la adopción de una convención sobre el tema.

I. Reflexión crítica sobre los Principios de Yogyakarta

Los Principios de Yogyakarta (en adelante los Principios) representan uno de los mayores esfuerzos y contribuciones del movimiento internacional LGBTI, así como de académicos y juristas que han trabajado para el avance del reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI. Los mismos consisten en una transcripción de derechos plasmados en tratados internacionales de derechos humanos donde se incluyen la OSIG, como también se adhieren algunas reivindicaciones significativas adicionales reclamadas por el movimiento internacional LGBTI, así como jurisprudencia de los órganos de los tratados de derechos humanos de la ONU y de tribunales regionales.

Estos Principios fueron estructurados por 29 juristas de diversos países, expertos y expertas en derechos humanos; fueron redactados en la ciudad de Indonesia, cuyo nombre llevan, en noviembre de 2006 y presentados oficialmente en Ginebra en marzo de 2007². Estos son una muestra de la capacidad que tienen actores no estatales para promover la adopción de normas internacionales de derechos humanos.

Debido a que ningún tratado internacional incluye las categorías de la OSIG y que su desarrollo recae tanto en decisiones como en comentarios generales de los mecanismos de tratados –todos instrumentos del derecho blando, el cual no

2 Comisión Internacional de Juristas. *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ginebra, 2009.

es vinculante para los Estados miembros de la ONU– se hizo necesaria la elaboración del documento en Yogyakarta. Estos Principios constituyen un esfuerzo por definir cómo se aplica el derecho internacional de los derechos humanos a las categorías de la OSIG; desde su publicación en 2007 han sido difundidos por todo el sistema de la ONU en el mundo. Hoy se consideran como el único y más importante documento internacional sobre la OSIG en el derecho internacional, por lo que varios países lo utilizan en sus discursos oficiales, así como lo han hecho funcionarios del sistema universal de protección de derechos humanos.

No obstante, sin el apoyo y compromiso de una mayoría de los Estados miembros de dicho sistema los Principios no tienen ningún carácter de relevancia en el derecho internacional³. De hecho, estos no han sido recibidos con buenos ojos por todos los Estados ni por el movimiento internacional conservador. Un artículo de Piero A. Tozzi⁴ realiza críticas desde la perspectiva conservadora. El mismo fue publicado por la organización no gubernamental estadounidense Catholic Family & Human Rights Institute (C-FAM), organización católica que internacionalmente se pronuncia contra los derechos sexuales y reproductivos; también contra la población LGBTI. El artículo menciona los siguientes “problemas” con los Principios:

1. Minan el control parental y la autoridad familiar

El autor sostiene que el Principio 5 que pide a los Estados criminalizar la violencia generada por la OSIG, podría impedir que los padres pudiesen dar “azotes” e incluso “amenazar” a

3 Ryan Richard Thoreson. “Queering Human Rights: The Yogyakarta Principles and the Norm that dare not speak its name”. *Journal of Human Rights*. 2009.

4 Piero A. Tozzi. “Six Problems with the “Yogyakarta Principles”. C-FAM. New York. 2007.

las y los adolescentes cuando experimentan con su sexualidad. Se han destacado ese par de palabras, debido a que parece que Tozzi entiende como un derecho de los padres ocasionar malos tratos o torturas por las prácticas sexuales y las expresiones de género no heterosexuales llevadas a cabo por personas LGBTI.

A la vez, ve con preocupación que los padres no puedan oponerse a que sus hijos o hijas reciban en las aulas de la escuela privada o pública a un profesor homosexual o transgénero. Aquí Tozzi nos demuestra cómo para el movimiento conservador, el principio de no discriminación aplicado a las personas LGBTI no es total sino parcial; en algunos casos no identifica algunas acciones como discriminatorias hacia las personas LGBTI.

Por último, plantea que reconocer derechos a parejas del mismo sexo para tomar decisiones una sobre la otra en momentos de emergencia de salud, es una usurpación de los derechos de la familia. Aquí vemos el rechazo de los conservadores a aceptar los derechos que engendraría una unión civil entre personas del mismo sexo.

2. Minan el derecho a la libre expresión

El autor presenta algunas de las más repetidas argumentaciones en diferentes países occidentales colocadas por grupos evangélicos y católicos, cuando se presentan normativas legales que pretenden criminalizar el discurso de odio contra las personas LGBTI. Este autor entiende que los Principios podrían suprimir la libertad de expresión de personas que disientan y cuestionen la moralidad y las conductas homosexuales. Vemos cómo los grupos conservadores entienden que la libertad de expresión no tiene límites; sin embargo, no dudan en utilizar mecanismos legales para censurar la libre expresión de personas LGBTI y defensores de derechos humanos, como lo ha señalado el Alto Comisionado de Derechos Humanos en sus informes de

2011 y 2015. Para el derecho internacional, el discurso de odio está prohibido y no lo protege la libertad de expresión.

3. Minan la libertad religiosa

Tozzi plantea –de una forma paranoica– que afirmar que la libertad de pensamiento, culto y religión no deben ser presentadas como impedimentos para garantizar los derechos humanos de las personas LGBTI, implicaría por ejemplo que las iglesias, sinagogas y mezquitas se verían obligadas a realizar ceremonias de matrimonio de personas del mismo sexo. Sin embargo, lo que los Principios establecen es promover que las personas LGBTI no sean perseguidas, violentadas o discriminadas por razones religiosas –como ocurre en diferentes Estados– y que estos más bien deben asegurar esa protección como ya había sido acordado en la Declaración de Viena de 1993.

4. Minan la soberanía nacional y las instituciones democráticas

Tozzi critica que los Principios pidan a los Estados establecer leyes y guiarse por estas para la protección de las personas LGBTI. Para él, reclamar eso significa no respetar el derecho de los Estados a manejar sus asuntos internos con soberanía. Sin embargo, lo que los Principios establecen es una recomendación y a la vez un recordatorio de las obligaciones internacionales ya adoptadas por la mayoría de miembros de la ONU, por lo que eso no implica un quebrantamiento de la soberanía. Como podemos apreciar, el autor del artículo apoya el discurso de la soberanía.

5. Promueven elecciones no saludables

Tozzi expone que los Principios promueven opciones que podrían implicar daños a la salud física, mental y moral de las personas, ya que consideran como “bueno” la modificación del sexo a través de cirugías de las personas trans. Según él, existen estudios que contradicen que dichas cirugías sean favorables para la salud. A la vez, presenta como otra elección no saludable permitir que parejas del mismo sexo adopten a niños y niñas ya que –según afirma– se ha demostrado científicamente que colocar menores de edad en casas con parejas del mismo sexo es contrario al mejor interés del niño.

Tanto la primera afirmación como la segunda no están del todo respaldadas en la actualidad por la comunidad científica, ya que aún se discute en la Organización Mundial de la Salud (OMS) el mantenimiento de la patologización de las personas transgénero y por mucho tiempo se ha prescrito el cambio de sexo a través de cirugías como una acción médica que mejorara la salud del paciente. También, en la actualidad existen pocos estudios sobre los efectos de la crianza de niños y niñas por parejas del mismo sexo, debido a que es prácticamente reciente que esto ocurra en los pocos países que lo permiten.

6. Fallan al proveer estándares objetivos para evaluar la conducta

En otro razonamiento paranoico, ataca los Principios por ser vagos en sus aspiraciones y porque serían una amenaza para la sociedad debido a que podrían eliminar leyes que criminalizan prácticas sexuales como la pedofilia y la necrofilia. Aquí vemos un argumento repetido por instituciones cristianas, cuando en los debates de la ONU se presenta el argumento de la pedofilia en contra del reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI, lo cual no es más que una manipulación y una

mentira mal intencionada. A la vez, es importante resaltar que los Principios en ninguna medida permitirían tales prácticas.

Tozzi concluye que los Principios no garantizan ni están en coherencia con el mantenimiento del bien común, sino que pretenden imponer el bien de una minoría. Él entiende que tanto la homosexualidad como la eutanasia y el aborto nunca deben universalizarse ya que eso significaría el fin de la especie humana, lo cual no es compatible con el bien común; tampoco permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Podemos apreciar que el autor cierra con otros argumentos paranoicos respecto a que garantizar la protección contra la violencia y la discriminación en perjuicio de las personas LGBTI, podría implicar el fin de la humanidad. Este ha sido utilizado ampliamente por grupos religiosos cristianos alrededor del mundo, basado en el miedo a romper con su esquema mental de entender la sexualidad solo a través de la reproducción. El artículo de Tozzi es un reflejo importante de las argumentaciones que enfrentan en el mundo occidental los principios de Yogyakarta para su aplicación; también presenta los alegatos que serán utilizados contra la adopción únala citada convención. Quienes promuevan esto último, deben estar preparados para enfrentar ese tipo de “razonamientos”.

Otra crítica a los Principios es lanzada por teóricos *queer*, los cuales se preocupan porque la definición de conceptos como la identidad de género puede ser problemática y dejar personas excluidas. Una de las teóricas que plantea dicha crítica es Dianne Otto⁵, quien argumenta que el concepto de identidad de género, así como está establecido en los Principios excluye a aquellas personas que no experimentan el género como una identidad o se consideran con un género neutral. A partir de este importante

5 Dianne Otto. “Queering Gender [Identity] in International Law”. *Nordic Journal of Human Rights*. 2015.

punto de vista de Otto, también se puede realizar una crítica al concepto de orientación sexual expuesto en los Principios ya que excluye a las personas asexuales.

Así, pues, una definición de los términos de la OSIG en una convención deberá tener estas preocupaciones en cuenta, debido a que estos deben ser abiertos e inclusivos a toda la diferencia sexual del mundo. Es importante que se tomen en cuenta los reclamos del movimiento *queer* y que estos aporten en un proyecto de desarrollo del derecho internacional de este tipo. A la vez, Gross⁶ entiende que –desde una perspectiva *queer*– asumir las identidades que colocan los principios a través de los conceptos de la OSIG no consiste en un acto de liberación sino de subordinación al sistema sexo/género, que demanda ubicarse en la polaridad heterosexual vs homosexual.

II. Justificación de una convención

En varios países del mundo, las personas LGBTI siguen siendo consideradas como menos que humanas por el hecho de no concordar con la heteronormatividad; están bajo un marco de desigualdades en razón de su OSIG y –a la vez– en conexión con su color de piel, clase y género. Este marco genera injusticias que obstruyen el respeto de los derechos humanos de las personas LGBTI.

Aunque la ONU utilice interpretaciones del derecho internacional de los derechos humanos de forma extensiva a las personas LGBTI, como la declaración que expresa que todas las personas son iguales en derechos, existen un sinnúmero de condiciones y características en las que no se incluyen textualmente a las personas LGBTI. Por tanto, dicha

6 Aeyal M Gross. “Sex, Love, and Marriage”. *Leiden Journal of International Law*. 2008.

afirmación de igualdad está comprendida dentro del marco de la universalidad de derechos que –aunque se pretenda neutra– está viciada por las características de la heteronormatividad.

Si al igual que Butler⁷ se logra llegar a la convicción de que todas las vidas son vulnerables a la destrucción, se hace necesaria la protección de la generalidad de las personas –incluidas las LGBTI– mediante consensos internacionales. Un instrumento legal internacional vinculante dirigido a eliminar la discriminación y la violencia por la OSIG, cumpliría este propósito de reconocer la precariedad inducida y mal distribuida de las personas LGBTI, su reconocimiento y percepción como humanos y como vidas pasibles de luto e indignación cuando sufren por alguno o ambos de esos males.

Aunque la ONU exprese que ya el derecho internacional de los derechos humanos incluye a las personas LGBTI por las interpretaciones de convenciones y pactos, estas son rechazadas por muchos Estados. Al igual que fue necesaria la adopción de instrumentos de protección específicos para niños, niñas, personas con discapacidad, mujeres y demás, se hace necesario adoptar una convención para las personas LGBTI. De acuerdo a lo expresado en 2006 por la entonces Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Louise Arbour⁸, sobre la existencia de una inconsistencia en el abordaje jurídico de la OSIG, se hace necesario articular una comprensión mayor sobre la misma y los derechos asociados en el derecho internacional, así como las obligaciones de los Estados. Una convención sobre la eliminación de la discriminación y la violencia por la OSIG de las personas, sería una fuente internacional del *hard law* (“derecho duro”) que ayudaría a aclarar conceptos y posiciones acerca del tema.

7 Judith Butler. *Quadros de Guerra; quando a vida e passivel de luto?*. 1era Ed. Rio de Janeiro. Civilizacao Brasileira. 2015.

8 Kimberley Vance. “Raising our Voices: Opening Global Spaces for Sexual and Gender Minorities”. *arc-international*. 2016.

III. El derecho blando no es suficiente

Como ya se ha indicado, todos los progresos en la ONU respecto al reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI se han dado a través del “derecho blando”. Según Malcolm N. Shaw⁹, este derecho se refiere a la categoría que reúne instrumentos internacionales no vinculantes los cuales –por lo tanto– no deben ser considerados como obligaciones; sin embargo, tienen cierta relevancia en el marco del desarrollo del derecho internacional ya que pueden reflejar una intención política para actuar de cierta forma.

Aquellos instrumentos internacionales catalogados dentro del “derecho blando”, no son considerados como vinculantes; sin embargo, sí pueden servir para influenciar y orientar a los Estados y con el tiempo –si el instrumento es legitimado mediante su uso por parte de la mayoría de estos– posiblemente será convertido en un instrumento vinculante. Por ello, siempre dependerá de la soberanía y la voluntad de los Estados atarse o no a ciertas reglas.

Dentro del sistema de derechos humanos de la ONU se entiende como “derecho blando” las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, los informes y las decisiones de los mecanismos de los tratados, así como los reportes de los mecanismos extra convencionales. Un ejemplo es la Asamblea General, que, aunque sus resoluciones pueden ser vistas solo como recomendaciones a los Estados miembros –ya que no tiene facultades para legislar– varias de sus resoluciones han influido en la creación de políticas y normas internacionales en diferentes ámbitos; asimismo, han promovido la formación de consensos para el desarrollo y la codificación del derecho internacional.

9 Malcolm N. Shaw. “International Law”. *Cambridge University Press*. 2008.

Según Malcom¹⁰ las resoluciones emanadas de la Asamblea General de la ONU pueden ser vistas como costumbres internacionales que deberían ser vinculantes. El parte de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua versus Estados Unidos de América¹¹, donde esta entendió que las intenciones expresadas por los Estados en la aprobación de resoluciones en la Asamblea General puede algunas veces tener valor normativo y proveer evidencia de la existencia de una norma o del nacimiento de una práctica¹². Sin embargo, para Malcom¹³ dicha Corte expresó –sobre el caso de la legalidad de las armas nucleares– que muchas de las resoluciones de la Asamblea General habían sido adoptadas con un número elevado tanto de abstenciones como votos en contra y que el foco de la cuestión ha sido distinto y no constante; por ello, tales resoluciones no podían verse como una práctica que crea una costumbre internacional.

Dicho lo anterior, podemos concluir que en el caso de las resoluciones aprobadas en la Asamblea General de la ONU en torno a la OSIG y al reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI, no podrían ser consideradas como una práctica que pueda generar una costumbre internacional y –por tanto– una obligación para los Estados debido al alto número de países que frecuentemente han votado en contra. Mucho menos podrían considerarse como tales las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, cuya membresía es reducida en cuanto a los

10 Ibid.

11 Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua. International Court of Justice. The Hague. 1986.

12 El artículo 38 de los Estatutos de la CIJ establece que esta considera como fuentes del derecho internacional la “costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

13 Malcolm N. Shaw. “International Law”. *Cambridge University Press*. 2008.

Estados integrantes de la ONU y en donde las resoluciones han sido aprobadas por un margen muy pequeño.

El mayor avance en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI en la ONU se ha dado a través del derecho blando; es decir, a través de las resoluciones alcanzadas en el Consejo de Derechos Humanos, las decisiones del Comité de Derechos Humanos junto a los comentarios generales de este y otros comités, así como los informes de los mecanismos extra convencionales. Visto eso, es posible que el interés de desarrollar el tema de los derechos humanos de las personas LGBTI a través del derecho blando por los Estados que promueven dicha causa, esté basado en que es una vía más rápida que una convención la cual implicaría convencer actores domésticos de los Estados para su ratificación en los órganos legislativos nacionales; ello podría traducirse en un costo político que dichos gobiernos no estarían dispuestos a asumir. Sin embargo, los Estados que se oponen al reconocimiento seguirán descartando los esfuerzos que se hacen a través del derecho blando, argumentando que no existe ningún instrumento internacional vinculante que defina los conceptos de la OSIG y que incluya a las personas LGBTI.

Debido a que el derecho internacional establece límites muy claros para la aceptación de normas internacionales a través del derecho blando, que en este caso es insuficiente, una convención sería un método más directo y formal para llenar el vacío actual sobre la OSIG en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que actualmente aun el desarrollo del derecho internacional depende del consentimiento y los consensos de los Estados.

IV.El principio internacional de no discriminación

La no discriminación es un principio importante del derecho internacional de los derechos humanos; se entiende ligado a la dignidad de las personas y por lo tanto posee el rango de norma del *jus cogens*, que no admite excepciones de ningún tipo que no sean razonables y objetivas. Este principio, que hace parte de todos los pactos y convenciones de derechos humanos de la ONU, ha sido clave para que el movimiento LGBTI pueda plantear sus reivindicaciones.

El principio de no discriminación en los instrumentos de derechos humanos de la ONU se ha expresado de dos formas en cuanto a las características de los grupos a los cuales protege. Por un lado, con una lista exhaustiva en la cual enuncia –por ejemplo– raza, color de piel, religión, sexo y edad. Al hacer eso, no dejaría paso para otras características como nacionalidad u opinión política. Por el otro, se expresa de forma abierta al incluir al final los enunciados “otro estatus” o “cualquier otra condición social”.

Estos últimos son entendidos como cláusulas que dejan abierto el artículo de no discriminación en el disfrute de los derechos humanos, según el principio de progresividad; por tanto, otros grupos y colectivos humanos pueden beneficiarse de dicho derecho sin que exista una lista exhaustiva de sujetos que serían objeto del derecho indicado. Es a partir de esta interpretación del derecho internacional de los derechos humanos que académicos, la ONU y el movimiento internacional LGBTI han incluido a esta población dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos del sistema universal para su protección, ya que algunos de sus pactos y convenciones incluyen artículos contra la discriminación que terminan con ese enunciado.

Están así el segundo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el segundo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el segundo de la Convención de los Derechos del Niño y el 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual indica que:

Las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁴.

A la vez el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado los enunciados antes mencionados como abiertos, al expresar en su Observación General número 20 lo siguiente:

El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad (...). En “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual¹⁵.

14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. OACDH. 1966.

15 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observacion General No.20*. Ginebra, 2009.

Siguiendo la anterior interpretación, se entendería pues que las personas LGBTI están protegidas dentro del derecho internacional de los derechos humanos desarrollado por la ONU. Sin embargo, aunque dicha interpretación haya sido avalada por agencias especializadas de este organismo, mecanismos de tratados, relatores, el secretario general y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los Estados que se oponen al reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI asumen que es arbitraria y que nunca sus países convinieron en aceptarla.

A la vez, como hemos argumentado anteriormente, las decisiones de los comités de tratados de la ONU y sus comentarios generales e interpretaciones de la convención o pacto que vigilan, son categorizadas como “derecho blando”, ya que el protocolo que les permite decidir sobre casos y realizar las interpretaciones no contiene ningún mecanismo de aplicación ni la posibilidad de establecer sanciones a los Estados que violen derechos, por lo que sus expresiones son meras recomendaciones que dependen de la voluntad de estos para su cumplimiento.

Un ejemplo de la disparidad entre la legislación interna y la adoptada internacionalmente es Zimbabue que, aunque adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobó en 2006 una ley que criminaliza el afecto entre personas del mismo sexo, aunque en el mencionado instrumento –bajo la interpretación de su comité– se entienda como una violación al derecho a la no discriminación. Este impase es una de las justificaciones de la necesidad de una convención, como documento que establezca explícitamente la no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

V. ¿Alguien quedaría excluido?

La sigla LGBTI agrupa las identidades de las personas lesbianas, gays y bisexuales dentro del marco de la orientación sexual, más las personas transgéneros sobre el marco de la identidad de género; también a las personas intersexuales sobre el marco de las características sexuales. La ONU, como hemos visto, asigna en ciertas ocasiones los asuntos sobre las personas LGBTI bajo la sombrilla de “minorías sexuales”. La Comisión Internacional de Juristas parafraseando a la profesora Alice Miller, opina que:

A pesar de que los expertos y los mecanismos de la ONU han utilizado este término global [...] no está claro quién está exactamente incluido en este término, y de inmediato surgen luchas y competencias acerca de quién encaja en este genérico (tratando las trabajadoras y trabajadores sexuales de abrirse camino a codazos ante las lesbianas y los gays). Tampoco está claro quién tiene más derecho a la condición de “minoría”. En segundo lugar, la fusión de grupos tan dispares crea la sensación de que todos padecen la misma clase de discriminación o abuso y, por tanto, de que la misma clase de reparaciones bastará para todos¹⁶.

Dicho lo anterior, también es necesario recordar que Pakistán, Bangladesh, Nepal e India reconocen un tercer género como una acomodación a una tradición de personas no conformes con el género binario. A la vez –como argumenta Raewyn Connell¹⁷– la historia de las travestis en Argentina, las *hijras* en la India y las personas *kathoey* en Tailandia son diferentes, así como sus modificaciones corporales y su papel cultural; asimismo,

16 Comisión Internacional de Juristas. *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ginebra, 2009.

17 Raewyn Connell. *Genero em termos reais*. Sao Paulo, 2016.

se distinguen en gran medida de las personas transgénero en el norte global. Lo que sí es común, menciona Connell¹⁸, es el estigma y la discriminación que hace precarias sus vidas por lo que este problema debe ser el foco de atención para trabajar en una convención. Una convención debe cuidar las restricciones y exclusiones que ciertas definiciones podrían causar, como hemos discutido anteriormente.

Podemos concluir que, sobre la base común de problemas de violencia y discriminación que afectan la vida de las personas LGBTI y otras identidades y expresiones no heteronormativas, se debe aprobar una convención que establezca los mínimos acuerdos para eliminar la precariedad diferencial que sufren estas personas.

VI. Viabilidad desde la teoría de regímenes

La OSIG fue un tema desatendido por el derecho internacional por mucho tiempo; no obstante, en la última década y actualmente se ha desarrollado un mayor número de debates jurídicos a nivel doméstico en diferentes países del mundo. Asimismo, se cuenta con mayor jurisprudencia e iniciativas legales sobre este asunto.

Quien fuera Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, anunciaba en un informe¹⁹ de su oficina al Consejo de Derechos Humanos en 2011 que nos encontrábamos en un momento de esperanza debido a que diferentes Estados de todas las regiones del mundo habían tomado medidas a favor de los derechos humanos de las personas LGBTI; se refería a la aprobación de leyes contra la discriminación y la violencia por su OSIG, la abolición de

18 Ibid.

19 Nacidos Libres e Iguales; Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. OACDH. Ginebra. 2012.

sanciones penales contra la sodomía y otros crímenes morales que perjudicaban a estas personas, así como la aprobación de leyes que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y el reconocimiento de la identidad de género. Sin embargo, dicho informe –actualizado en 2015 por el sucesor de Pillay– demuestra un patrón de violencia y discriminación sistemática en todas las regiones del mundo contra las personas LGBTI.

Es de esperarse que, al promover una interpretación nueva de una norma internacional, como es el caso de asumir las convenciones de derechos humanos de la ONU incluyendo las categorías de la OSIG, se genere resistencia entre quienes se oponen a ese esfuerzo.

La creación de una subcategoría al régimen internacional de derechos humanos²⁰ dedicado a las personas LGBTI, podría verse como el surgimiento de un principio²¹ de protección a dichas personas que al ser reconocido a través de una institución como la ONU ayudaría para su vigilancia y legitimidad.

Como argumenta Krasner²², los regímenes internacionales tienen como función coordinar el comportamiento de los Estados para alcanzar determinados objetivos que son del interés de estos actores; en este caso, que sería el de reconocer los derechos humanos de las personas LGBTI, una convención al respecto

20 Se entiende como régimen internacional aquellas normas, reglas, principios y procedimientos de toma de decisiones en determinada área de las relaciones internacionales en torno del cual convergen las expectativas de los actores. Según Jack Donnelly, un régimen internacional de derechos humanos consiste en un régimen promocional compuesto por normas con extensa aceptación internacional y alguna actividad promocional, pero con gran limitación para su implementación.

21 Principio, desde la perspectiva de Krasner, se refiere a la creación de un régimen por causas morales.

22 S. D. KRASNER. “Causas Estruturais e consequencias dos regimes internacionais”. *Revista Soc. Polit.* Curitiba. 2012.

podría ser un siguiente paso en la agenda. Aunque exista también una alta resistencia en la ONU por más de 70 Estados miembros, dicha posición no es un impedimento para concretar el régimen ya que –según Puchala y Hopkins– “*regimes existem em todas as áreas temáticas, mesmo naquelas em que há grande rivalidade*”²³
²⁴.

Sin embargo, no podemos olvidar que en la creación de normas/regímenes internacionales no solo participan –como menciona Donnelly²⁵ (1986) – Estados que la impulsan, sino también otros que actúan como freno a la creación de esa norma/régimen y Estados que siguen la corriente del potencial de la creación del régimen, por lo que las acciones que puedan tomar los Estados que se oponen al reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI, puede afectar la elaboración de la convención.

También si valoráramos la viabilidad de una convención desde la perspectiva de Oran Young²⁶, el cual plantea según Krasner²⁷ que los regímenes surgen por comportamientos *padronizados* que convergen entre diferentes Estados, dicho comportamiento puede hacer emerger normas. Y dado que, a través de los años, más y más Estados están adoptando legislaciones y políticas públicas a favor de los derechos humanos de las personas LGBTI, dicho patrón podría ser interpretado como una política en la cual los mismos pueden tener interés de expresarlo en un compromiso

23 D. J. Puchala, D. J. & R. F. Hopkins. “International Regimes”. *International Organization*. 1982. Pag. 270.

24 “Regímenes existen en todas las áreas temáticas, incluso en aquellas en las que hay grandes rivalidades” Traducción del autor.

25 Jack Donnelly, Jack. “International Human Rights: A regime analysis”. *International Organization*. 1986.

26 Oran Young. “Regime Dynamics”. *International Organization*. 1982.

27 S. D. KRASNER. “Causas Estruturais e consequências dos regimes internacionais”. *Revista Soc. Polit.* Curitiba. 2012

internacional con la defensa de dichos derechos. A la vez y como ya hemos visto, dentro del conjunto de Estados que los promueven, están grandes potencias como los Estados Unidos de América, Alemania, Canadá, Francia y Reino Unido, los que pueden ser vistos como dominantes en el escenario internacional ante actores con menor poder en la política. La participación de actores de este nivel que empujen la creación de un régimen de este tipo, puede influenciar a los demás a adoptarlo; de hecho, el liderazgo que pueden jugar dichas potencias sería fundamental desde una teoría realista de las relaciones internacionales basada en argumentos como los de Keohane y Nye que plantean que “*quando um Estado e suficientemente poderoso [...] pode exercer o papel dominante na construção de novas regras*”^{28 29}.

Uno de los desafíos para la implementación de la convención será la ausencia de aquellos Estados que se oponen³⁰, ya que así la misma solo crearía obligaciones a los Estados parte; otro desafío sería que los Estados que apoyan podrían tener un revés en su adopción por los órganos legislativos nacionales y, a la vez, algunos podrían ratificar la convención con extensas reservas que debilitaría su implementación. Además, como apunta Donnelly³¹, la elaboración de normas internacionales es un proceso laborioso y lento que puede conllevar décadas.

Es por esto que ha sido mucho más rápido la promoción de normas sobre el tema LGBTI a través del derecho blando;

28 Robert Keohane, Robert y Joseph Nye, Joseph. “Power and Interdependence”. *International Organization*. 1987. Página 744.

29 “Cuando un Estado es suficientemente poderoso [...] puede ejercer el papel dominante en la construcción de nuevas reglas” Traducción del autor.

30 Justamente en dichos Estados la situación de respeto a los derechos humanos de las personas LGBTI es muy precaria y cualquier esfuerzo a su favor sería significativo.

31 Jack Donnelly, Jack. “International Human Rights: A regime analysis”. *International Organization*. 1986.

sin embargo, como vemos en el análisis de los textos de dichas resoluciones, las mismas son muy vagas y se limitan a condenar la discriminación y la violencia a grandes rasgos sin especificidades, al parecer para evitar grandes esfuerzos y pérdidas de apoyo en las negociaciones entre Estados.

Otro desafío es que, aunque se adopte la convención y se pretenda que sea vinculante, se ha demostrado que los regímenes internacionales de derechos humanos dependen totalmente de la voluntad de los Estados para ser implementados³² por ello, aunque se adopte dicha convención, sin el compromiso de los Estados parte del instrumento para hacer cumplir sus obligaciones adquiridas, poco o nada cambiará la situación de precariedad de las vidas de las personas LGBTI.

Sin embargo, también existen oportunidades para promover la adopción de la convención. La más relevante es que, en la actualidad, los medios de comunicación global informan sobre atentados contra personas LGBTI; un ejemplo es el ocurrido en 2016 en un centro de diversión nocturna LGBTI en la ciudad de Orlando, Estados Unidos de América, que cobró la vida de 49 personas; dicho evento causó gran conmoción a nivel internacional. También lo son las noticias de asesinatos de mujeres transgénero en Brasil, la ejecución de penas de muerte en Irán y la adopción de leyes en perjuicio de las personas LGBTI en Uganda; estos hechos produjeron conmoción y promovieron un mensaje de empatía a nivel mundial a favor de dicha población, por lo que cada vez más crece en diferentes sociedades del mundo el apoyo que se le brinda así como el rechazo a su discriminación y la violencia en su contra.

32 Ibid.

Ante lo anterior y considerando lo que plantea Donnelly³³ sobre el nacimiento del régimen internacional de derechos humanos, debido al aprovechamiento de situaciones de calamidad internacional que afectan a grupos vulnerables como mujeres, afrodescendientes, refugiados y –en general– a la humanidad tras el genocidio nazi y otros eventos, la empatía ha sido motivo del nacimiento del régimen de derechos humanos y sus subcategorías, así como también es la razón de su persistencia.

Conclusión

Pensar en la viabilidad de una convención, implica entender la posibilidad de su aprobación y posterior implementación. Para esto se utilizó la teoría de regímenes internacionales y en el análisis de dicha viabilidad se concluyó que, aunque nos encontramos en un tiempo de esperanza –debido a que varios países han descriminalizado la sodomía y otros han establecido políticas públicas favorables a las personas LGBTI– también vivimos tiempos de odio y violencia generalizada contra las personas en razón de su OSIG y más de 70 Estados miembros de la ONU han mostrado resistencia al avance en el diálogo sobre el tema.

Sin embargo, aun con la resistencia existente, no es del todo imposible promover la adopción de la convención ya que países considerados con gran influencia internacional están a favor del reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI y vivimos a nivel mundial un momento de crecimiento, tanto en apoyo social y como en empatía contra los actos de violencia y discriminación en su perjuicio. Por ello, apelar a la empatía puede ser un gran impulso para la adopción del instrumento.

33 Jack Donnelly, Jack. “International Human Rights: A regime analysis”. *International Organization*. 1986.

En definitiva, la convención podría servir para procurar llegar a un consenso mínimo sobre la importancia de reconocer la precariedad de las vidas de las personas LGBTI debido a la violencia y la discriminación de la cual son objeto en el mundo.

El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana

*Leonardo Rivera Mendoza**

Introducción

En este artículo buscamos dar una posible salida para algunos problemas que comúnmente surgen al tratar el tema del matrimonio igualitario; esta vez, a la luz de la reciente opinión consultiva OC-24/17¹ (en adelante la OC-24/17) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CorteIDH). Motivados por las particularidades constitucionales y políticas acerca de los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante LGBTI) hondureñas, damos una respuesta a la usual intención de invocar postulados éticos y teológicos para mermar los avances en la obtención de una figura marital menos excluyente, menos discriminatoria y más favorecedora de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Esta respuesta consta de dos partes. La primera es un examen y una réplica a la postura negativa absoluta frente a la posibilidad de reconocer derechos a las personas LGBTI en Honduras, exhibida por miembros de los poderes del Estado y ampliamente difundida a todo estrato de la sociedad. Consiste en:

* Operador judicial en materia civil. Estudios de licenciatura en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de Honduras.

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-24/17, opinión consultiva del 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 17.

(a) proponer un freno a la subrepción de las convicciones privadas de los agentes estatales en el diseño y aplicación de normas de carácter general, (b) examinar la validez de las justificaciones propuestas para las reformas constitucionales que derivaron en la prohibición expresa del matrimonio entre personas del mismo sexo, (c) traer a la memoria los deberes del Estado frente a las obligaciones contempladas en los tratados y convenciones sobre derechos humanos y (d) avanzar una salida a la confusión sobre el valor vinculante de las opiniones consultivas de la CorteIDH en Honduras.

La segunda parte toma la forma de una respuesta sustantiva a algunos argumentos vernáculos acerca de la naturaleza y la función del matrimonio, así como la legitimidad de su prohibición por consideraciones del género u orientación sexual de la pareja contrayente. Para ello, nos inspiramos en el modelo kantiano propuesto en “La metafísica de la moral”² que justifica el basamento del matrimonio en la dignidad humana sola, como condición suficiente para imposibilitar que su acceso por parejas del mismo sexo sea jurídicamente prohibido.

En esta parte, (a) explicamos la segunda fórmula del imperativo categórico kantiano y la vinculamos con un modelo del matrimonio, (b) explicamos la caracterización kantiana de las uniones maritales y la extendemos a las uniones de personas LGBTI, (c) exponemos algunos principios de necesaria observancia para delimitar entre el razonamiento ético y el jurídico, y (d) motivamos la extensión de las máximas de no

2 Kant, Immanuel. “Die Metaphysik der Sitten”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 6:295, Berlín: de Gruyter, 1968 [1797-98], pág. 205 a 493. Por motivos de estándar, todas las referencias a los trabajos de Kant en este documento remiten a su reproducción en la *Akademieausgabe*, salvo las de la *Crítica de la razón pura* (para la que usamos la segunda edición original). Toda cita de estas obras en español es traducción del autor de este ensayo.

discriminación al ejercicio de los derechos derivados de las uniones afectivas o familiares.

I. El caso hondureño

Honduras cuenta con numerosos pronunciamientos nacionales e internacionales de preocupación por la situación de derechos humanos de las personas LGBTI. En estos, constantemente se ha exhortado al Estado a mitigar los patrones de exclusión, violencia, falta de investigación y falta de prevención de los crímenes de odio cometidos por motivos de la identidad de género y orientación sexual de las víctimas, así como su constante situación de desigualdad legal³. También se ha expresado consternación por lo que parece ser una tendencia estatal hacia invisibilizar o aminorar la relevancia del tema, tanto en su práctica como en sus informes periódicos sobre derechos humanos⁴.

3 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Situación de derechos humanos en Honduras*, capítulo 2.5, OEA/Ser.L/V/I, 31 de diciembre de 2015; cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas LGBTI*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 3, párrs. 121, 139 y 141; cfr. Naciones Unidas. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: Honduras*, Asamblea General, A/HRC/30/11, 15 de julio de 2015, párrs. 105, 120, 124.10 y otros, y 125.11; cfr. Naciones Unidas. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Honduras*, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/34/3/Add.2, 9 de febrero de 2017, párrs. 4, 10, 47, 48 y 64; cfr. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua*, 2013, pág. 109 a 164; cfr. Human Rights Watch. “No Vales un Centavo”: *Abusos de Derechos Humanos en contra de las personas Transgénero en Honduras*, 2009.

4 Cfr. Secretaría de Derechos Humanos, Justicia, Gobernación y Descentralización. *Informe de Medio Término sobre el Examen Periódico Universal*, 2017, diapositivas 88 y 89; cfr. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y

En términos generales, la OC-24/17 no parece haber incentivado un cambio de dirección en la actitud de las agencias estatales hondureñas. Por el contrario, su publicación condujo al resurgimiento de un despliegue casi unísono de estereotipos discriminatorios de parte de personas en cargos públicos – especialmente legislativos– y en grupos de sociedad civil. Ante la amplitud del repudio a la OC-24/17, es difícil no convencerse de que la autoridad hondureña carece de un interés significativo por dar consecuencia a este u otros fallos acerca del tema de la identidad de género y de la orientación sexual. Por otro lado, la gravedad actual y potencial de las consecuencias vuelve notoria la necesidad de que hagamos urgente mención de algunos puntos que pueden ser útiles para el acercamiento del sistema jurídico hondureño a uno más garantista de derechos fundamentales. A continuación siguen algunos comentarios al respecto.

Alarmanamente, es siempre en casos como el de los derechos reproductivos de las mujeres⁵ y los derechos de las personas LGBTI que se vuelve evidente la necesidad de hacer recordar a Honduras que los Estados tienen la obligación internacional de integrar al derecho interno, los tratados y convenciones que ratifican. En el caso de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH), especialmente, deben realizar un control de convencionalidad a todo nivel que se dirija a adecuar la normativa nacional a esta,

otros. *Presentación audiencia sobre crímenes de odio por orientación sexual y/o identidad de género contra la población LGBT e impunidad en Costa Rica, Honduras y Nicaragua*, sesión del 26 de octubre de 2010 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El informe oficial no contempla las reformas legislativas recomendadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la discriminación en ley y sobre la persecución efectiva del delito.

5 Cfr. Naciones Unidas. *Informe del Alto Comisionado...*, párr. 39. Los comentarios acerca del paternalismo encontrados en este artículo pueden relacionarse al caso de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres hondureñas, dada la similitud de los argumentos en contra de su reconocimiento y protección.

así como a las sentencias y recomendaciones de sus órganos de protección⁶.

Honduras no es ajena a la idea y a los mecanismos del control de convencionalidad, habiéndolos invocado ya su Corte Suprema de Justicia en alguna ocasión para limitar la aplicabilidad de artículos constitucionales⁷, por lo que no es imposible pensar que el descuido referente a los derechos de las personas LGBTI pueda contener marcas de omisión deliberada. Las consecuencias de ello se agravan cuando el Estado no solo se inhibe de proteger, sino que activamente lesiona los derechos humanos de la población. Así, un ejemplo llamativo del último escenario es el del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues –mediante una reforma al artículo 112 de la Constitución en 2005– se endureció y explicitó la prohibición para reconocer jurídicamente los matrimonios, o siquiera las uniones de hecho, de personas LGBTI; aunándose esta prohibición, entonces, al amplio marco problemático relativo a los derechos humanos de este sector.

Los argumentos para esta reforma fueron “[q]ue la familia es la unidad más importante en la sociedad, por lo que el Estado deviene obligado a protegerla”, “[q]ue las formas tradicionales y aceptadas para fundar una familia son el matrimonio y la unión de

6 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124; cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia del 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párr. 142; cfr. Castilla Juárez, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, en *Revista IIDH*, Vol. 64, Costa Rica, julio-diciembre de 2016, pág. 87 a 125.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia de Honduras. *RI-1343-2014 y RI-0243-2015*, sentencia acumulada de inconstitucionalidad del 22 de abril de 2015. El control de convencionalidad fue invocado por la Corte Suprema de Justicia de Honduras para declarar la inaplicabilidad de artículos constitucionales que limitan la posibilidad de reelección en la Presidencia de la República.

hecho entre un hombre y una mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente” y “[q]ue sólo el matrimonio y la unión de hecho entre un hombre y una mujer, nacidos como tales naturalmente, son moralmente aceptables en nuestra sociedad”⁸. El texto del artículo deriva señalando que “[s]e prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo”⁹.

Ahora, emitida la OC-24/17, la autoridad legislativa hondureña debe tener presente que, si bien es cierta la validez del principio de primacía constitucional sobre las leyes, este no implica que la Constitución sea rígida frente a otras fuentes normativas, especialmente las referentes a los derechos humanos. Debe también recordar que el artículo 15 de la Constitución hondureña reconoce la obligatoriedad ineludible del cumplimiento de las sentencias y fallos de las cortes y tribunales internacionales¹⁰. Asimismo, se ha explicado ya que los tratados, los preceptos constitucionales y los fallos internacionales emitidos por tribunales competentes constituyen un “bloque de constitucionalidad”¹¹ en Honduras, conformado por normas – todas de igual rango– que condicionan material y formalmente la

8 Estos argumentos se encuentran en los “considerandos” del decreto 176-2004, publicado el 3 de enero de 2005.

9 La prohibición obstruye la aplicabilidad del artículo 321 del Código Penal, reformado en 2013, acerca de la punibilidad de conductas discriminatorias en agentes estatales, pues el motivo de discriminación tiene sustento formal mientras persista en la Constitución.

10 Diciendo que “Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universal [...] Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional”.

11 Cfr. Sala de lo Constitucional. *Fallo de RI-1343-2014*, considerando 8, Corte Suprema de Justicia.

producción de estatutos legales¹². Si esto finalmente se internaliza en el razonamiento de juristas y autoridades hondureñas, se clausurará la discusión arcaica –pero todavía usual– acerca de la relación de primacía entre las normas internacionales y las normas constitucionales, pues ambos cuerpos se integran al mismo nivel.

Valga también recordar que, ante la existencia de dos normas de contenido opuesto y ubicadas al mismo nivel –como el caso de la CADH, interpretada por la OC-24/17, y la Constitución hondureña– se debe recurrir a adecuar la norma más restrictiva a la más ampliativa de derechos fundamentales (interpretación extensiva)¹³, en aplicación del principio *pro persona* de los derechos humanos¹⁴, que también es asumido por el artículo 15 de la Constitución¹⁵. Además, se debe tener presente que la no discriminación es un principio de *ius cogens* internacional “[sobre el que] descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”¹⁶ y que, desde hace cierto tiempo, ha

12 Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pág. 488.

13 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-22/16*, opinión consultiva del 26 de febrero de 1999, Serie A No. 22, párr. 49; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-16/99*, opinión consultiva del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 114; Cfr. Canosa Usera, Raúl. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como Investigador del Derecho*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueira, Jorge (Coord.), Corte Suprema de Justicia, Paraguay, 2012, pág. 57 a 98.

14 Cfr. Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Vol. 39, Costa Rica, enero-junio de 2004, pág. 71 a 99.

15 Cfr., *supra*, nota 11.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Espinoza González vs. Perú*, sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 216.

sido un motivo para eliminar las restricciones de derechos por motivos de identidad de género y orientación sexual, inclusive previo a la reforma constitucional de 2005. Por ello, (a) la reforma constitucional no debió ocurrir, en su momento, y (b) ahora tiene que corregirse.

La OC-24/17 debe ser vista como una nueva oportunidad –notoriamente didáctica– para que Honduras rectifique la discriminación incluida en su derecho interno, adecuando este al contenido de la CADH. No obstante, optando nuevamente por la vía opuesta, ciertos sectores sociales no conformes con el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI han encontrado ocasión para dirigir nuevos cuestionamientos, esta vez a la fuerza compulsoria de las opiniones consultivas de la CorteIDH. De esa manera, en los últimos meses se ha negado su carácter “vinculante”, sosteniéndose –incluso– que la pretensión de dotar a la OC-24/17 de fuerza normativa es un intento de agresión contra la soberanía nacional, por medio de la supuesta imposición de una agenda política ajena a la propia de Honduras.

La CorteIDH se ha pronunciado ya, aunque en forma relativamente inexacta, acerca del valor de sus opiniones consultivas. Ha dicho que “[n]o debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas, [...] por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”¹⁷; además, ha expresado que “aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”¹⁸. Desde la reacción hondureña, es manifiesto que la forma en que estos fragmentos se encuentran

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-1/82*, opinión consultiva del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 51.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-15/97*, opinión consultiva del 14 de noviembre de 1997, Serie A No. 15, párr. 26.

redactados posibilita confusiones respecto del significado de la diferencia en concreto y sobre cuáles son, entonces, los “efectos jurídicos innegables” retenidos por las opiniones consultivas.

Es recomendable que la CorteIDH prontamente provea de mayor precisión a este asunto y direcciona la línea jurisprudencial, en forma más contundente, hacia la vía que posibilite la mayor protección de derechos. Por ahora, se puede eliminar cualquier tensión al respecto recordando que la CorteIDH es intérprete última de la CADH, según su artículo 64¹⁹. Desde ello, las lecturas que haga a de la misma pasan a *determinar su contenido y significado* más allá que lo que el texto original se permitió hacer. Los efectos jurídicos innegables de las opiniones consultivas son los mismos efectos jurídicos innegables que los de la propia CADH; es decir, la debida observancia de todo Estado parte.

La diferencia en lo relativo al carácter vinculante se deduce simplemente de la ausencia de partes en el proceso de opinión consultiva. Al no haber un reconocimiento de responsabilidad internacional de un Estado individual en un caso concreto, tampoco hay condena a reparaciones específicas. Puede entonces decirse que el procedimiento contencioso tiene dos dimensiones de vinculación, que varían en su intensidad normativa pero no en su extensión: (a) la interpretativa o general, con efecto de elaborar el contenido de los artículos de la CADH, de debida observancia por todo Estado parte y (b) la condenatoria o individual, con efecto de prescribir medidas de reparación concretas al Estado condenado. La opinión consultiva solo tiene el primer efecto, pero esto no comporta que el cumplimiento de cuanto en estas se dice sea opcional, pues retiene el valor interpretativo de la CADH. Un criterio contrario puede ser equivalente a proclamar que los

19 *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 193.

Estados solo cumplirán con la CADH cuando se les imponga una sanción internacional en el procedimiento contencioso, en contraposición al principio de buena fe internacional²⁰.

Es claro, pero necesario recordar, que tanto la firma y ratificación de tratados y convenciones internacionales, el reconocimiento de las competencias de los órganos de vigilancia, y el cumplimiento de sus fallos y recomendaciones no son cesiones de soberanía. Por el contrario, todos estos actos son producto de la deliberación autónoma que presupone y proclama potestades de los Estados respecto de sí mismos y de su relación con la comunidad internacional. Finalmente, la emisión de la OC-24/17 y el deber de observar su contenido no pueden ser vistos como parte de un ataque a la individualidad estatal, sino como una consecuencia de la proclamación expresa de la voluntad del Estado de formar parte del sistema interamericano de derechos humanos.

Es igualmente cuestionable el giro que toman los discursos propuestos como justificantes de estas omisiones estatales. No es posible obviar que la discusión pública del tema del matrimonio igualitario, entre otros asuntos relativos a la vida sexual, es usualmente sustanciada con amparo en los textos del pentateuco judeocristiano y en los preceptos catequéticos de algunas religiones, que son invocados a la manera de norma universal humana, vinculante para toda la ciudadanía, y como criterio determinante de lo que puede o no entrar en la agenda legislativa. Esto obvia el necesario reconocimiento de que los argumentos de este corte –cuando son empleados por personas en ejercicio de cargos públicos– no pueden, por ningún motivo, ser tomados como despliegues loables de intenciones inocentes, altruistas o beatas de parte de quienes los utilicen. Las agencias

20 *Cfr.* Convención de Viena, 1969, artículo 26.

que operan los poderes estatales deben siempre tener presente que estos planteamientos son inadmisibles en un Estado de derecho, pues entran en notorio incumplimiento de las máximas jurídicas acerca de la no preeminencia de alguna religión o culto sobre otro, sobre otro sistema de creencias o sobre la ausencia de alguno²¹.

Si bien cada persona está facultada para cultivar la fe y la cosmovisión que estime convenientes a nivel privado, la inspiración bíblico-teológica en el ejercicio de funciones públicas –de toda clase– necesariamente conlleva consecuencias lesivas contra quienes opten por realizar actos o mostrar características que han sido objeto de vilificación por los credos hegemónicos. De otro lado, el recurso a estatutos eclesiásticos por parte de las autoridades estatales contiene indicios de una ausencia de familiaridad con la naturaleza permanentemente democrática de los cargos a los que libremente optaron y en los que tienden a desempeñarse por extensos períodos; y habilita la pregunta sobre los motivos para no dar solución a la constante y manifiesta réplica de estos errores.

La aparente perpetuidad de esta confusión en Honduras pone de relieve una inaceptable apatía por solucionar las falencias gnoseológicas que imposibilitan un correcto ejercicio de los poderes estatales. Esto conduce al forzamiento oficial de intencionalidades de carácter teológico y subjetivo acerca de “qué es lo que el ser supremo dice o desea”, en lo que parece una proclamación de contacto directo entre la autoridad hondureña y la divinidad –al estilo premoderno– y abre una vía para el ejercicio de lo que podría llamarse un “despotismo teocrático”²²,

21 *Cfr.* Constitución de la República de Honduras, 1982, artículo 77.

22 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Der Streit der Fakultäten”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 7:5, Berlín: de Gruyter, 1973 [1798], pág. 28 y 29; *Cfr.* Kant, Immanuel. “Die Religion innerhalb der Grenzen der

con el potencial de vulnerar sistemática y continuamente la dignidad humana de las personas comprendidas en los grupos discriminados, con un supuesto arraigo supranatural.

Estas son algunas de las consideraciones acerca del caso de Honduras que configuran un entramado dificultoso claramente necesitado de una solución tomada desde el cambio en la voluntad programática de las agencias responsables; acompañado de un abordaje serio y completo, que incluya diversas perspectivas para disminuir y erradicar la discriminación por motivos de género y orientación sexual. A continuación, consternados por el caso específico de la prohibición del matrimonio igualitario, buscaremos dar un aporte que –a nuestro juicio– puede limitar la apelación a cualquier fundamentalismo dogmático y a la convicción inerte acerca de la supuesta necesidad de que el matrimonio cumpla con alguna función, usualmente procreativa. Para ello, recurrimos a un modelo alternativo del matrimonio fundamentado en la dignidad humana sola. La discusión preliminar acerca de algunos deberes concretos de los Estados –y el de Honduras en específico– dará paso entonces a una propuesta abstracta de aproximación al matrimonio igualitario, inspirado por el esquema kantiano.

II. El modelo kantiano del matrimonio

Consideramos que el planteamiento kantiano del matrimonio es óptimo para habilitar una óptica que permita deducir la libre opción de toda persona para contraerlo –incluidas las parejas del mismo sexo– dada la manera *sui generis* en que el autor caracteriza a esta institución, orientada por un sistema de filosofía

bloßen Vernunft”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 6:3, Berlín: de Gruyter, 1969 [1793], pág. 131.

práctica que comporta una escisión entre los deberes éticos y los jurídicos. Téngase en mente, sin embargo, que la presente no será una exégesis kantiana estricta, sino una variación interpretativa sobre el tema, embebida del convencimiento de la inocuidad moral y social del reconocimiento de la igualdad jurídica de toda persona, independientemente de la orientación sexual o identidad de género²³. La lectura que proponemos puede llegar a ser útil para eliminar los puntos de arraigo de algunas objeciones contra el matrimonio de las personas LGBTI, por cuanto:

- a. Previene las trabas semánticas y dogmáticas derivadas de la noción procreativa o reproductiva del matrimonio, o de cualquier teoría que le impute una función.
- b. Nace de la autonomía ética y busca protegerla; consecuentemente, busca proteger la dignidad de las personas contrayentes.
- c. Justifica el origen de derechos derivados del matrimonio para con las personas contrayentes, oponibles frente a terceros y al Estado mismo.

23 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Moralphilosophie Collins”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 27:243, Berlín: de Gruyter, 1974 [1785], pág. 391; *cfr.* Kant, Immanuel. “Metaphysik der Sitten Vigilantius”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 27:479, Berlín: de Gruyter, 1975 [1793], pág. 604; *cfr.* Kant, Immanuel. “Naturrecht Feyerabend”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 27:1,319, Berlín: de Gruyter, 1979 [1784], pág. 1,379. A pesar de fuertes censuras en sus cátedras de ética, es importante tener en mente que Kant no llega a justificar la prohibición jurídica de las uniones entre personas del mismo sexo.

1. El principio del respeto de la dignidad humana

Es usualmente referenciada, en el contexto de los estudios de derechos humanos, la segunda fórmula del imperativo categórico o “fórmula de la humanidad como propósito en sí misma”, que Kant elabora en la “Crítica de la razón práctica”²⁴ y que introduce en los “Cimientos para la metafísica de la moral”. Según estos últimos, la actividad humana se limita con respecto a la humanidad misma, “de manera que siempre uses a la humanidad, sea en tu propia persona como en persona la de toda otra, siempre al mismo tiempo como un propósito, y nunca solo como un medio”²⁵. En lo sucesivo nos referiremos a la dignidad humana como el respeto por la fórmula de la humanidad.

Esta fórmula es la que principalmente motiva la deducción de los deberes éticos y jurídicos en “La metafísica de la moral”²⁶, y es la que justifica la explicación kantiana del matrimonio²⁷.

24 Cfr. Kant, Immanuel. “Kritik der praktischen Vernunft”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 5:3, Berlín: de Gruyter, 1908 [1788], pág. 87.

25 Kant, Immanuel. “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 4:387, Berlín: de Gruyter, 1963 [1785], pág. 429.

26 Cfr. Wood, Allen. “The final form of Kant’s Practical Philosophy”, en *Kant’s Metaphysics of Morals, Interpretative Essays* (ed. Mark Timmons), Oxford: Oxford University Press, 2002, pág. 13.

27 Cfr. Kant, Immanuel “Grundlegung...”, pág. 402; cfr. Kant, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*, Riga: Hartknoch (segunda edición), 1787, pág. 3; cfr. Okey Ekijeme, Peter., “Sexual Orientations and Morality” en *International Journal of Humanities and Social Science Invention* 6 (9), septiembre de 2017, pág. 14; cfr. Oliphant, Jill., *OCR Religious Ethics for AS and A2*, segunda edición (ed. John Mayled), Londres & Nueva York: Routledge, 2008, pág. 260. La primera fórmula, o “de la universalidad” establece: “[d]ebo nunca actuar si no puedo también desear que mi máxima fuere una ley universal”. Ambas fórmulas son puras *a priori* en el sentido de la *Crítica de la razón pura*, pero la de la humanidad se estima como más útil al derivar deberes concretos (es decir, aplicar la metafísica

Como veremos, la figura marital es relativa a la dignidad humana porque conlleva el disfrute de ciertas actividades o atributos ajenos relativos a la vida íntima –actividad sexual, compañía, un grado de adjudicación– que dependen del consentimiento de la otra persona para que pueda ejercitárselos legítimamente. El vínculo con la dignidad es estrecho porque si en el matrimonio no hubiera consentimiento o la actividad no fuera precedida por un intercambio racional –es decir, que ambas partes manifiesten compartir el mismo propósito y ninguna solamente use a la otra– se caería en violaciones a la libertad y la integridad ajena, como la violencia sexual, el secuestro o el fraude²⁸, así como en la contravención del imperativo categórico y el principio de autonomía de la voluntad.

2. Un planteamiento del matrimonio basado en la dignidad humana sola

La justificación jurídica del matrimonio kantiano es la de legitimar derechos “personales a la manera de derechos sobre

de la moral a los objetos de la experiencia) cuando se trata de los deberes para con uno mismo o para con los demás, esto por referirse directamente al trato que amerita todo agente racional. Interpretaciones como la de Okey Ejikeme, o la de Oliphant, sostienen que la fórmula de la universalidad del imperativo categórico justifica la inmoralidad de las uniones entre personas del mismo sexo dado que –si se universalizan–, la humanidad supuestamente cesaría de existir, al no haber procreación. Pero esto obvia que el imperativo categórico sirve para examinar la *permisibilidad* de *máximas* en los agentes (es decir, principios que dependen de circunstancias e intereses subjetivos a los que se incorpora el interés moral) y no para *mandar acciones* concretas (no manda que toda la humanidad solamente entre en uniones entre personas del mismo sexo). Además, es una lectura consecuencialista basada en un juicio *a posteriori*, incompatible con el planteamiento kantiano.

28 Cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 271.

cosas”²⁹, que surgen cuando “seres libres forman una sociedad de miembros en un todo llamado ‘hogar’”³⁰. La facultad para entrar en esta condición no se fundamenta en un mero contrato o en un hecho, sino en la ley –intelectual– de respeto a su propia humanidad³¹. El matrimonio adquiere este carácter porque conlleva el llamado “comercio sexual”³², acto posible de ser visto como un uso de otra persona para lograr algo; en este caso, como medio para alguna satisfacción fisiológica o afectiva³³. Pero, dado que no se puede tratar a un ser humano como mero medio, la dinámica solo se justificará si –en la unión– las personas no se toman *como cosas* (como objetos sobre los que tienen dominio), sino *a la manera de cosas* (como personas sobre las que han pactado algunos derechos exclusivos semejantes a aquellos de posesión)³⁴. La entrega mutua de la pareja en el matrimonio genera un “derecho de posesión intelectual”³⁵ que no requiere de tenencia física permanente para que exista la titularidad³⁶.

La postura kantiana será, entonces, que este ejercicio de la libertad, por recaer sobre la humanidad misma de las partes, solo puede ser admitido cuando la persona que toma la humanidad de otra para un provecho también entrega la suya³⁷ y, de esta manera,

29 *Ibid.* pág. 275.

30 *Ibid.* Énfasis en “hogar” removido, comillas añadidas.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.* pág. 277.

33 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Anthropologie in pragmatischer Hinsicht”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 7:119, 1973 [1798], Berlín: de Gruyter, pág. 309; *cfr.* “Die Metaphysik...”, pág. 278.

34 Como la adjudicación “mi pareja”: similar, pero no equivalente, a la adjudicación de alguna cosa que se adquiere.

35 Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 245. Para la *possessio noumenon*, *cfr.*, *ibid.*, pág. 249-50.

36 *Ibid.*, pág. 254.

37 *Ibid.*, pág. 278.

la otra “se reclama y restaura su personalidad”³⁸ o “se adquiere a sí misma de nuevo”³⁹. Así, el matrimonio será una proclamación de respeto por la dignidad humana ante el prospecto de una entrega mutua⁴⁰.

La habilitación jurídica de tal entrega es el solo objeto del matrimonio. Desde luego, este modelo suprimirá de la esencia de la figura todas las doctrinas que le establecen función específica; por ejemplo, las de autorrealización ética de la mujer⁴¹, las de aseguramiento patrimonial⁴², las de utilidad política⁴³, etc., que usualmente son vestigios de modelos patriarcales de poder⁴⁴. Asimismo –en un fragmento que anticipa algunas recientes opiniones judiciales⁴⁵– el modelo kantiano elimina la postura

38 *Ibid.*

39 Kant, Immanuel. “Nurrecht...”, pág. 1,379.

40 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Moralphilosophie Collins...”, pág. 388; *cfr.* Hegel, Georg Friedrich Wilhelm. *Elements of the Philosophy of Right*, trad. H. B. Nisbet, Cambridge: Cambridge University Press, 1991. pág. 201. Kant se refiere, en sus cátedras, a una entrega ética o “unión de voluntades”, no solamente de los atributos sexuales. Hegel asume que Kant se refiere a lo último solo y lo censura como imposibilitando consideraciones relativas a la dialéctica de la vida ética, no reconociendo que la posición kantiana es, en realidad, similar a la suya.

41 *Cfr.* Fichte, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, parte II, Jena & Leipzig: Christian Ernst Gabler, 1797, pág. 168.

42 *Cfr.* Goldman, Emma. *Marriage and Love*, Nueva York: Mother Earth Publishing Association, 1911, pág. 4.

43 *Cfr.* Daumard, Adeline. “Affaire, amour, affection : le mariage dans la société bourgeoise au XIXe siècle”, *Romantisme* 68:33, 1990, pág. 35.

44 *Cfr.* Petit, Eugène. *Traité élémentaire de droit romain*, cuarta edición, Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1903, pág. 97 a 98.

45 *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Tesis Ia. CCLIX/2014 (10a.)*, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, Estados Unidos Mexicanos, julio de 2014, pág. 152; *Cfr.* Corte Suprema. *Caso Obergefell vs. Hodges*, Estados

tradicional que toma a la procreación como condición necesaria y fin último de las uniones maritales⁴⁶. Acerca de este, dirá que “el fin de traer y criar niños [...] no es requisito [...] para que [la] unión sea compatible con el derecho, porque de lo contrario el matrimonio terminaría cuando la procreación cese”⁴⁷. El matrimonio puede persistir inclusive cuando una parte pierde la capacidad de reproducirse o sostener comercio sexual⁴⁸ y desaparece o se invalida cuando hay una lesión al propósito asumido en común, a la dignidad de las partes o cuando hay un acuerdo de dar el comercio por terminado.

Ahora, bajo este modelo de matrimonio, todo pacto de exclusividad e intimidad que sea asumido por una pareja es susceptible de conformar una unión marital. Los detalles del comercio sexual no son relevantes, cuando se toma solo en cuenta la mera libertad y autonomía de las personas contrayentes. Si esto es válido, los requisitos para contraer matrimonio serán solo (a) la presencia de humanidad (es decir, poder establecerse propósitos)⁴⁹, (b) la capacidad civil o de obrar y (c) la voluntad de entrar en una unión íntima exclusiva que no lesione las libertades ajenas y que genere derechos derivados.

Unidos de América, 576 U.S. (2015), pág. 15-16, 26.

46 *Cfr.* Hume, David. “Essay XIX: Of Polygamy and Divorces”, en *The Philosophical Works of David Hume* 206, Londres: Adam Black & William Tait, 1826 [1742], pág. 206. Para una defensa actual de esta postura, *cfr.* Lee, Patrick. “Marriage, Procreation and Same-Sex Unions”, en *The Monist*, Vol. 91, 3 y 4, octubre de 2008, pág. 422 a 445.

47 Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 277; *cfr.* Kant, Immanuel. *Anthropologie...*, pág. 306. Para Kant, la preservación de la especie no es propósito del matrimonio sino de la naturaleza misma.

48 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Naturanrecht...”, pág. 1,379 y 1,380; *cfr.* Kant, Immanuel. “Metaphysik der Sitten Vigilantius...”, pág. 640. En este caso, dice aplicarse *casus sentit dominum*, atribuyendo la carga de la pérdida a la pareja de quien ya no tiene la capacidad.

49 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 392.

A esto sigue que toda remisión a la identidad de género o la orientación sexual de las personas contrayentes se encuentra naturalmente desvinculada de los requisitos para contraer matrimonio, bajo este planteamiento. Cualquier objeción contra el matrimonio LGBTI es insostenible frente a este modelo y debe ser hecha, entonces, desde postulados meramente éticos; pero –incluso en este caso– existe una dificultad para permitir que las convicciones internas individuales permeen en normas de aplicación general, como discutimos a continuación.

3. La decisión ética y la prohibición jurídica

Toda decisión basada en principios de acción,⁵⁰ es ética⁵¹. Las decisiones sobre contraer matrimonio o no hacerlo, sobre con quién hacerlo y atendiendo a cuál inclinación, son todas éticas. En palabras de Kant, “el matrimonio es una sociedad basada en la escogencia”⁵².

Los deberes éticos solo tienen consecuencias internas; es decir, de la persona para consigo misma. Esto los diferencia de los deberes jurídicos, caracterizados por su dimensión externa, reforzada por la posibilidad de coerción cuando no se cumpla el principio de que “la libertad de cada quien pueda coexistir con la libertad de los demás”⁵³. Tal coerción, en el hipotético estado de la naturaleza⁵⁴, no habría podido ser ejercida de individuo a individuo –por ejemplo, la venganza privada ante las lesiones–

50 Hablamos de reglas subjetivas de conducta, en sentido formal y avalorativo.

51 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Naturanrecht...”, pág. 1,327.

52 Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 220.

53 Kant, Immanuel. *Kritik der reinen...*, pág. 373.

54 *Cfr.* Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, pág. 11.

pues permanecería faltante un tercer criterio que dé validez objetiva a los reclamos jurídicos individuales (por qué una forma de coerción sobre otra o por qué un reclamo es procedente y otro no). Este criterio que homogeneiza las voluntades individuales es la constitución civil⁵⁵ en el Estado de derecho⁵⁶.

El Estado, entonces, deviene en facultado para distribuir justicia y diseñar estatutos por medio de un supuesto concurso de las voluntades de toda la ciudadanía, en el que acceden a conceder a la autoridad el poder de determinar sanciones legítimas. Los reclamos subjetivos, pues, serán *principium diiudicationis* del derecho; mientras, la impartición de justicia y el diseño de estatutos legislativos –a nivel estatal– será el *principium executionis* que valida la puesta en práctica de la coerción intersubjetiva⁵⁷.

Esto nos permite exponer dos teoremas importantes:

(a) Nuestro modelo kantiano justificará la prohibición de una actividad como el matrimonio si, y solo si, lesiona la libertad de otra persona o le impone una coerción ilegítima. Si la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo no lesiona la libertad de nadie, no existe legitimidad para prohibirla. En cambio, si la prohibición de contraer matrimonio es dirigida a un grupo de la ciudadanía que no está ejerciendo coerción ilegítima, lesionando su libertad, esta misma medida será ilegítima y generará un derecho de reclamo ciudadano frente a la autoridad.

55 Cfr. Kant, Immanuel. “Über der Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 8:275, Berlín: de Gruyter, 1969 [1793], pág. 289.

56 Cfr. Kant, Immanuel. “Naturrecht...”, pág. 1,338.

57 Cfr., *ibid*, pág. 1,337.

(b) La constitución civil y el Estado son instituciones necesarias para proteger el derecho subjetivo de posesión intelectual entre toda pareja casada y terceros⁵⁸, garantizando la pacífica exclusividad y el surgimiento de derechos derivados. La existencia de uniones estables y exclusivas –indistintamente de la orientación sexual de la pareja– que no puedan optar a una institución que las proteja frente a reclamos o agresiones de terceros, es imputable al Estado.

Ahora, la decisión de contraer matrimonio es el simple ejercicio de potestades referentes a la libertad personal, la vida privada y la vida familiar de cada cual⁵⁹, por lo que no es posible que genere, en sí misma, una coerción ilegítima sobre alguien más. Consecuentemente, la prohibición para entrar en ella no puede existir a nivel legal salvo por las causales que contemplen una invariable violación de la libertad de alguien, como –por ejemplo– contraerlo con personas con incapacidades civiles absolutas, pues no están facultadas para dar su consentimiento ni hacer concesiones jurídicas⁶⁰. Las prohibiciones para contraer matrimonio que no contemplen estas causales universales solo

58 Cfr. Kant, Immanuel. “Metaphysik der Sitten Vigilantius...” pág. 642; cfr. Stacey, Matthew. *Kant on Sex and Marriage: What Kant Should Have Said*, University of Guelph, 2009, pág. 35; cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 273; cfr. Kant, Immanuel. “Kritik der praktischen...”, pág. 55-56; cfr. Kant, Immanuel. “Kritik der reinen...”, pág. 570 a 586. Es importante recordar que la sanción estatal del matrimonio es para proteger derechos *excludendi alios*. Stacey, con otra opinión, dice que tal sanción es importante para darle permanencia, ya que Kant tendría un problema con las uniones afectivas no formalizadas a causa de su inestabilidad. Stacey olvida, sin embargo, que los ejercicios de la libertad kantianos son abstraídos de las condiciones temporales, dado el carácter inteligible de la libertad, por lo que la duración no puede ser argumento *a priori* de la justificación del matrimonio como institución jurídica.

59 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-24/17...*, párr. 199.

60 Cfr. Corte Interamericana de derechos humanos. *OC-24/17...*, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 105 y 107.

pueden hacerse tomando en consideración las particularidades de cada caso y únicamente podrán declararse con conocimiento de causa, a nivel judicial y en sentencias motivadas. Desde ello, toda instancia en que la orientación sexual de una persona sea el criterio determinante para prohibir el matrimonio legal y generalmente, será discriminatoria y susceptible de invalidez jurídica.

De otro lado, si el Estado o sus agentes –actuando en carácter público– optan por emitir disposiciones normativas sobre la vida ética de la ciudadanía –contrariando el artículo 11.2 de la CADH– incurren en *dictar a las personas cómo tomar decisiones privadas* (en este caso, cómo actuar para lograr la redención, con quién hacer vida afectiva para cumplir con un mandato teológico o qué esquema familiar adoptar para procrear). Tomando el ejemplo kantiano, podremos encuadrar esto dentro del paternalismo despótico⁶¹ opuesto directamente a la estabilidad del Estado de derecho, pues lesiona la autonomía de las personas para consigo mismas. Más allá, el imponer principios éticos a la ciudadanía es usarla como medio para el propósito de la autoridad que –valga decirlo– bien puede incluir el de identificarse con la intencionalidad discriminatoria de algunos sectores de la ciudadanía para obtener apoyo electoral, agravando la ofensa a la dignidad humana de las personas cuya escogencia es constreñida.

61 Cfr. Kant, Immanuel. “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 8:35, Berlín: de Gruyter 1969 [1784], pág. 39 a 40; cfr. “Über der Gemeinpruch...”, pág. 291 y 302.

4. La igualdad en los derechos derivados del matrimonio

Hasta este punto, debe tenerse presente que la posesión intelectual derivada del matrimonio no es de la persona en sí⁶² sino del estatus conyugal de una con respecto a la otra, en el cual entran para llevar vida íntima⁶³. La posesión, a su vez, implica que si alguien más accediere íntimamente a la pareja marital de alguien, habrá una lesión de los derechos generados⁶⁴. La institución, entonces, será siempre exclusiva, salvo un acuerdo de todas las partes. El propósito de proteger esta exclusividad es de interés común y omnilateral⁶⁵ en una sociedad civil⁶⁶; es decir, que toda persona que desee contraer matrimonio podrá hacerlo, estando segura de que no será conculcada en los derechos que nazcan de la unión, de acuerdo con el axioma jurídico de la armonía en el concurso de libertades. Esta protección estará a cargo del Estado por medio de instituciones legales, judiciales y de registro.

Ahora es necesario tratar los derechos que nacen del matrimonio. La explicación kantiana de este punto no es

62 Cfr. *ibid.*, pág. 358, nota; cfr. “Metaphysik der Sitten Vigilantius...”, pág. 642; cfr. Stacey, Matthew. *Kant on Sex...*, pág. 24, 34, 41 y 43. Otra formulación kantiana indica que, no es “tener a la persona como mía” sino “tener a una persona como aquello que es mío”. Kant es más específico en la cátedra Vigilantius, diciendo que esta forma de ilustración es meramente analógica. Es un error asumir, con Stacey, que la postura kantiana establece que el comercio sexual convierte a las personas en cosas, pues este comercio no implica una pérdida de humanidad en caso alguno. Es crucial tener este punto claro, si no se desea incurrir en la asunción de que el planteamiento kantiano promueve la objetificación de las parejas sexuales; al contrario, es precisamente lo que pretende evitar.

63 Cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 260.

64 Cfr. *ibid.* pág. 247.

65 Cfr. *ibid.* pág. 260.

66 Cfr. *ibid.* pág. 278.

particularmente clara con respecto a los derechos patrimoniales, al no detallar por qué existe la igualdad de la posesión [*Gleichheit des Besitzes*]⁶⁷ de bienes dentro del matrimonio, limitándose a aseverarla⁶⁸. Pero es posible aclarar el argumento diciendo que, dado que la pareja hace concesiones mutuas y equivalentes acerca de sus propias humanidades, la cuota de posesión intelectual recíproca será idéntica entre las personas contrayentes; por ello, la relación marital comporta una necesaria igualdad en la posesión intelectual de la pareja⁶⁹. Esto implica que cada persona deviene en valorada igualmente dentro del matrimonio y que no existen relaciones desproporcionadas de preferencia relativa a los derechos de una parte sobre los de la otra⁷⁰.

De la misma manera, no hay motivo para deducir un derecho real preferencial con respecto a los bienes del hogar para con una de las partes por sobre la otra. Es decir, que todo cuanto adquieran será como individuos con igual capacidad de obrar civilmente, pues el matrimonio tampoco da lugar a la cesión de personalidad. Esto comporta que el matrimonio cuenta con apertura para que las partes contrayentes decidan cuál es la manera en que regularán el patrimonio de su hogar –por ejemplo, si adquieren sus bienes a título común o individual, las reglas para la distribución en caso de separación, etc.– pudiendo modificarse inclusive en pactos adicionales de carácter contractual civil⁷¹.

67 Usamos “igualdad de posesión” en lugar de “igualdad en posesión” porque la última parece indicar equivalencia entre las porciones, que no es el punto aquí tratado.

68 Cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 278.

69 Cfr. Kant, Immanuel. “Moralphilosophie Collins...”, pág. 388.

70 Cfr. Petit, Eugène. *Traité...*, pág. 102. Por ejemplo, el caso de las *iustae nuptiae* en Roma antigua y en algunas codificaciones derivadas sí implica una desproporcionalidad que se extiende hasta los derechos de la persona sobre sí misma.

71 Cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”,

Esto siempre presupondrá la existencia de un matrimonio y será susceptible de ser limitado cuando haya otras personas que dependen del patrimonio familiar formado.

Aunemos este régimen patrimonial a un conjunto –no exhausto aún– de derechos que se fundamentan en 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 [...]”⁷² y que incluyen “[...] 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, [...] beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos [...]”⁷³. Todos estos son derechos derivados del matrimonio.

Con respecto a estos derechos, la prohibición del matrimonio, e inclusive de la unión de hecho, entre personas LGBTI deja a las partes – frente al resto de la población– en una potencial condición de inaceptable y grave desigualdad. En casos de potestades referentes a decisiones médicas o la sucesión sobre los bienes adquiridos durante la duración del hogar común, por ejemplo, la pareja afectiva de la persona vulnerable o fallecida puede ser sometida a la grave agresión –con arraigo estructural– de no tener derecho alguno frente a las personas reconocidas legalmente para representar o suceder, a pesar de haber hecho vida íntima y familiar consentida con su pareja, habiendo compartido un proyecto de vida.

Como hemos dicho, cualquier prohibición para contraer matrimonio –que no recaiga sobre los requisitos esenciales ya mencionados– es equívoca. Dado que el matrimonio da lugar

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-24/17...*, párrs. 197 y 198.

73 *Ibid.*

a derechos patrimoniales y a un conglomerado de derechos de otras índoles que derivan del mismo, toda prohibición para acceder a aquellos que esté motivada por condiciones ajenas a las que podrían válidamente imposibilitar el matrimonio mismo, también será equívoca. Si existe discriminación por motivos de orientación sexual para contraer matrimonio, existe también discriminación para ejercer los derechos derivados de la convivencia familiar⁷⁴. Por ello, si se quiere eliminar la discriminación, no basta con que la ley faculte el reconocimiento del estatus marital de las parejas del mismo sexo, sino que debe ser un reconocimiento que surta los mismos efectos jurídicos; es decir, los mismos derechos derivados del matrimonio entre parejas de distinto sexo.

Algunas consideraciones finales

Anticipamos que el modelo de matrimonio que hemos expuesto exhiba el potencial de erradicar cualquier subrepción foránea en las discusiones genuinas acerca del derecho a que las uniones afectivas, de toda conformación, sean protegidas. Nuestra base ha sido un planteamiento próximo al contractualismo prerromántico, pero parece idóneo –aun hoy– para limitar el poder estatal frente a los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Está claro que el matrimonio es solo uno de los temas problemáticos respecto a los derechos de las personas LGBTI en nuestra región. En países como Honduras, la violencia generalizada y la condición de vulnerabilidad diferenciada de este sector se ha manifestado en una serie ininterrumpida y creciente de crímenes violentos, cuya solución es del máximo

74 *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Karner vs. Austria*, sentencia del 24 de julio de 2003, 40016/98, párrs. 34 y 35.

apremio. Debido al esfuerzo de algunos grupos y organizaciones en su estudio de estos temas, Honduras cuenta ahora con significativos insumos para dar comienzo a medidas sistemáticas que contribuyan a reducir la vulnerabilidad de las personas LGBTI en su territorio. Se puede trabajar ahora en hacerlas realidad.

El prospecto de la construcción de sociedades más equitativas requiere que toda aspiración por el uso de la ley para ofuscar el principio de la igualdad sea renunciada. El reconocimiento del matrimonio igualitario no beneficia solo a las personas LGBTI, sino que significa –para la ciudadanía en general– que, mientras no exista un daño, toda persona podrá buscar su realización privada en la manera en que estime conveniente⁷⁵. Esta es una oportunidad, además, para convencernos de que las discusiones sobre derechos fundamentales necesitan que los argumentos utilizados eleven su nivel y se adecúen a los principios de la democracia material, por lo que no es recomendable dar continuación al constante conflicto de dogmas que frecuentemente nubla el avance en la reducción de las violencias en nuestros países. Bien puede ser ahora el momento para sustituir esta disonancia infructífera con el lenguaje unificado del interés por el respeto a la dignidad humana.

75 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Über der Gemeinspruch...”, pág. 290.

Matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Es un derecho reconocido y tutelado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Reflexiones en torno a la sentencia Chapin y Charpentier contra Francia

*Carlos Enrique González Aguirre**

Introducción

El matrimonio entre personas del mismo sexo es, sin duda, uno de los debates de mayor abordaje en los últimos años. Se desprende de la imperiosa necesidad de lograr el reconocimiento de dichas uniones con el amparo del sistema normativo interno, lo que supone la protección y la garantía de los derechos que derivan de dicha institución.

Es menester manifestar que las personas que conforman los grupos denominados LGBTI –personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero e intersexuales– han sido objeto de discriminación con motivo de su orientación sexual, la condición

* Licenciado en Derecho de la Universidad Veracruzana; diplomado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en American University, Washington College of Law; egresado de la maestría en Derechos Humanos y Justicia Constitucional de la Universidad Veracruzana; consultor independiente en derechos humanos y actuario judicial en el Poder Judicial del Estado de Veracruz, México.

indentitaria de género, su expresión de género e identidad corporal, respectivamente. En consecuencia, tales categorías traen consigo la configuración de una distinción en perjuicio de los derechos atribuibles a su condición humana; por tanto, una discriminación negativa¹.

A tenor de lo anterior, la discriminación supone un tratamiento diferenciado que repercute negativamente respecto de la protección y el ejercicio de los derechos humanos. Es, en este sentido, que traemos a colación las consecuencias derivadas del no reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo; en el caso que nos ocupa, la restricción para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo pues la pugna por dicho reconocimiento no solo refiere a una unión expresada en otra categoría –tales como sociedades de convivencia– sino que se exige del Estado la misma denominación e igual tratamiento para efectos del goce de todos los derechos y no solo de unos cuantos.

De acuerdo a lo antes expuesto, para el caso francés las personas del mismo sexo que deseaban tener un reconocimiento respecto de sus uniones bajo la protección del Estado, únicamente contaban con la figura denominada Pacto Civil de Solidaridad (en adelante PACS); este contempla una serie de derechos y obligaciones tales como el derecho a herencia, la asistencia mutua e impuestos conjuntos, verbigracia.

Sin embargo, dichas implicaciones exclusivamente apuntan a ciertos derechos; por tanto, no a todo el conjunto de derechos de los cuales una persona debería gozar sin distinción alguna al reconocerse su unión legal, como sí sucede con la institución del

1 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, Informe temático, Series OAS, Documentos oficiales, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciaPersonaslgBti.pdf> (acceso 12/09/2016).

que exigía como requisito el sexo distinto. Es precisamente en ese punto, donde se aborda la necesidad de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el contexto anterior, una pareja conformada por dos hombres demandaron al Estado francés ante la justicia subsidiaria internacional por la comisión de posibles ilícitos internacionales atribuibles al mismo; se trata justamente del caso Chapin y Charpentier contra Francia, cuya sentencia fue emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH o Corte de Estrasburgo) el 9 de junio de 2016 declarando la no violación a los artículos 12 (derecho a contraer matrimonio) y 8 (derecho al respecto de la vida privada y familiar), en relación con el numeral 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante el CEDH o el Convenio de Roma). Dicho fallo es el objeto de estudio del presente trabajo.

A primera vista, la sentencia podría comprenderse como un pronunciamiento en perjuicio del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo de manera generalizada, ya que en esta el TEDH determinó que el Estado cuestionado no era responsable del ilícito internacional alegado por los demandantes, según la jurisprudencia de la propia Corte de Estrasburgo; principalmente, la referida al margen de apreciación nacional y por tanto la interpretación que el TEDH realizó considerando los artículos invocados por los recurrentes.

Es por ello que el presente trabajo tiene como finalidad analizar si el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho tutelado y reconocido por el TEDH, en virtud de la aplicación del Convenio de Roma y de la producción jurisprudencial de dicho órgano. Si bien es cierto que la Corte de Estrasburgo se pronunció en favor del Estado francés, ello no supone lo que los grupos

opositores al reconocimiento y protección de derechos LGBTI han afirmado respecto del fallo, señalando que en el sistema de protección europeo de derechos humanos se resguarda a todas luces la figura de la familia tradicional y –en consecuencia– que en materia de justicia internacional subsidiaria europea se ha cerrado la puerta para el reconocimiento de dicho derecho a las personas del mismo sexo; por tanto, al reconocimiento de otros modelos de familia.

Para tales efectos, estudiaremos el análisis de fondo que realizó la sala que conoció del caso citado, así como diversos asuntos entre los cuales se incluyen el principio de subsidiariedad, el margen de apreciación nacional y la tutela de los derechos alegados por los demandantes en el caso examinado.

I. Los hechos

El caso se origina a partir de la demanda registrada con el número 40183/07, mediante la cual los señores Stephane Chapin y Bertrand Charpentier deciden acudir a la justicia subsidiaria europea en materia de derechos humanos, por la declaratoria de nulidad de su matrimonio celebrado por el alcalde de la comunidad de Burdeos, Francia, según sentencia del 27 de julio de 2004; en dicha resolución, el Tribunal Superior de Burdeos –a solicitud del fiscal– declaró la nulidad del matrimonio entre los demandantes en virtud la legislación interna respecto de esa institución, argumentando la exigencia de que la misma alude a la diferencia sexual para su constitución.²

2 En este punto se pone de manifiesto que el Tribunal Superior de Burdeos, al anular el matrimonio de los demandantes ordenó la transcripción de la sentencia en el marco de sus partidas de nacimiento y en el certificado del matrimonio anulado. En nuestra opinión, tales hechos pudieron haberse alegado como una violación al derecho de igualdad y no discriminación concatenado con la vida

Posteriormente, dicha sentencia fue recurrida por los demandantes ante un tribunal de apelaciones francés; este entendió que si bien “las personas del mismo sexo [...] tienen derecho al reconocimiento de su unión en las mismas condiciones, no todas las parejas sexuales lo buscan; por ello, la distinción que resulta de esta especificidad puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y respeta una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados perseguidos”³. En este contexto, dicho tribunal señaló que el derecho francés reconocía las uniones de las personas del mismo sexo, pero bajo otra denominación. Y en este sentido, mantuvo el mismo criterio del tribunal superior para la validez de la nulidad del matrimonio celebrado por los demandantes, ya que en efecto fundamentan de igual forma la condición del sexo distinto para poder acceder a la figura del matrimonio conforme al derecho civil francés.

Finalmente, dicha resolución fue sometida a una corte de casación; es decir, al tribunal de la más alta jurisdicción francesa del cual debe tenerse en cuenta que no representa una cuarta instancia, ya que su función estriba en examinar la aplicación correcta de las normas en virtud de los hechos y no resuelve sobre el fondo del litigio, sino sobre las sentencias recurridas. Por tal razón, se le denomina como el juez de las decisiones de los jueces⁴. Dicho lo anterior, el tribunal de casación no solo confirmó la resolución que declaraba la nulidad del matrimonio

privada de los señores Chapin y Charpentier, dado que tales transcripciones podrían ser objeto de distinciones y por tanto de discriminación en su perjuicio. Sin embargo, tales hechos no fueron alegados en el caso.

3 TEDH. *Caso Chapin y Charpentier vs. Francia*, Aplicación N° 40183/07, sentencia del 9 de junio de 2016, párr. 17.

4 *Cfr.* Tribunal de Casación. *El papel del tribunal de casación francés*, disponible en https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/in_six_2850/espa_ol_3722/del_tribunal_17513.html (acceso 14/09/201).

celebrado entre los señores Chapin y Charpentier, sino que – además– sostuvo que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no tenía efectos vinculantes para el Estado francés y, por tanto, no solo no se violaban derechos tutelados por el Convenio de Roma sino también los considerados por dicha Carta.

II. Análisis de fondo

En primer término, los demandantes alegaron haber sufrido discriminación por parte del Estado basada en su orientación sexual. Asimismo, asumieron que el derecho francés reconoce las uniones entre personas del mismo sexo a través del PACS. No obstante, manifestaron que tal figura no reconoce propiamente todos los derechos y todas las obligaciones que traen consigo la institución del matrimonio; por tanto, se configura una vejación ya que el Estado no puede sustentar tal distinción por ser carente de equilibrio jurídico y proporcional, pues no puede justificarse que la figura mencionada solo involucre ciertos derechos en materia fiscal y patrimonial ni se puede sostener la restricción que se fundamenta en el componente del sexo distinto.

En esta tesitura, los demandantes alegaron violaciones a los artículos 8 y 12 en relación con el artículo 14 del Convenio de Roma; esto es, como ya se apuntó, al derecho a la vida privada y familiar así como el derecho a contraer matrimonio, vinculado con la prohibición de discriminación. A tenor de los artículos invocados, es insoslayable destacar que la posición de la Corte de Estrasburgo en lo concerniente a la vida familiar de las personas del mismo sexo ha sido más compleja para la resolución de los casos sometidos a su competencia contenciosa⁵, no obstante que

⁵ Cfr. Gilbaja Cabrero, Estela. “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo

los criterios asumidos ya obran en la jurisprudencia del propio TEDH como se verá más adelante.

Por su parte, la representación del Estado alegó que –tal como los órganos jurisdiccionales internos lo manifestaron– la legislación francesa reserva el matrimonio para parejas de distinto sexo. Además, manifestó que el 17 de mayo de 2013 entró en vigor una ley que permite –tanto a los demandantes como a las personas que se encuentren en las mismas circunstancias– solicitar la celebración del matrimonio.

Ahora bien, la Corte de Estrasburgo se pronunció –en primer término– por la tutela del matrimonio en el Convenio de Roma y en este sentido recordó que, si bien existe el derecho a contraer matrimonio en este documento, dicho reconocimiento a la luz del contexto de los Estados parte –condiciones sociales y culturales– fue adoptado para tutelar tal derecho conforme a un criterio discrecional sobre el comportamiento social en el marco del derecho interno, lo cual supone que no se restringe la posibilidad de que los Estados reconozcan dichas uniones. No obstante, no obliga a los Estados concertantes –en virtud de la cláusula de no discriminación, tutelada en el artículo 14– a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En cuanto al caso en concreto, este criterio viene a ser reforzado conforme a lo dispuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al tutelar el matrimonio de forma neutral; así, no restringe el derecho al componente de sexo distinto y se deja un amplio margen para que los Estados integrantes de la Unión Europea legislen en favor del

de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, N.º 91, septiembre-diciembre 2014, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 303 a 340, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/13673/12367> (acceso 14/09/2016).

reconocimiento de las parejas del mismo sexo, bajo la figura del matrimonio. En consecuencia, no puede imponerse –en virtud de dicha Carta la obligación de los Estados para dicho reconocimiento⁶.

Aunado a lo anterior, el TEDH –recurriendo a los criterios pronunciados en casos como el de *Hämäläinen* contra Finlandia– determinó que la exigencia de un cambio en el estado civil de las personas transgénero como requisito previo para su reconocimiento legal no violaba su derecho a la vida privada y familiar, señalando en relación con el artículo 12 del Convenio de Roma que dicho precepto introduce el concepto tradicional de matrimonio sin que tal clausula imposibilite a los Estados parte a legislar en favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, tal como ya lo han hecho algunos; sin embargo, no supone que los obliga a conceder el acceso al matrimonio para parejas del mismo sexo⁷.

Asimismo, en la sentencia del caso *Oliari* y otros contra Italia, el TEDH señaló que el sistema normativo de ese Estado no otorgaba la posibilidad de casarse o acceder a algún tipo de unión civil a las personas del mismo sexo⁸; por tanto, manifestó

6 Cfr. Red de expertos independientes en derechos fundamentales de la Unión Europea. *Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, artículo 9, Condiciones para el ejercicio del derecho al matrimonio, parejas del mismo sexo, pp. 98 y 101, disponible en <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf> (acceso 14/09/2016).

7 Cfr. TEDH. *Caso Hämäläinen vs. Finland*, demanda N° 37359/09, sentencia del 16 de Julio de 2014, párr. 94.

8 Chávez, Estanislao. Trad., “El Tribunal respalda el reconocimiento legal en Italia de las parejas del mismo sexo”, *Revista Perseo*, UNAM, N° Programa Universitario de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 agosto de 2015, disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/category/tribunal-europeo-de-derechos-humanos/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-agosto-2015/> (acceso 13/09/2016).

que debería introducir al menos la posibilidad de una unión civil de parejas del mismo sexo con reconocimiento jurídico. Por ello, declaró la violación al artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio de Roma y la inadmisibilidad por las violaciones aducidas en relación con el derecho a contraer matrimonio para parejas del mismo sexo, afianzando el criterio de que el artículo 12 del mismo en relación con el 8 no puede ser interpretado como una imposición a los Estados concertantes para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo⁹. Sin embargo, debe destacarse que –en este caso– la Corte de Estrasburgo por primera vez afirmó que el derecho a la unión entre personas del mismo sexo debe ser reconocido legalmente por los Estados parte del Convenio de Roma¹⁰.

Ahora bien, conforme al mencionado caso *Oliari*, debemos destacar que se trató de un contexto distinto del caso que nos ocupa ya que en el mismo el Estado francés sí reconoce legalmente las uniones del mismo sexo bajo otra figura; el TEDH, por su parte, sostuvo que el artículo 12 del Convenio de Roma, alude al matrimonio tradicional sin que esto suponga un impedimento para que los Estados reconozcan los matrimonios de personas del mismo sexo, tal como ya ha sucedido en países como Bélgica (2003), Dinamarca (2012), Finlandia (2015, en vigor a partir marzo de 2017), Islandia (2010), Irlanda (2015), Luxemburgo (2015), Países Bajos (2001), Noruega (2009), Portugal (2010), España (2005), Suecia (2009) y en la mayor parte

9 Cfr. TEDH. *Caso Oliari and Others vs. Italy*, demandas N° 18766/11 y N°36030/11, sentencia del 21 de julio de 2015, párrs. 191, 192 y 194.

10 Cfr. Federación Internacional de Derechos Humanos. *Italia condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos por la falta de reconocimiento legal a parejas del mismo sexo*, Movimiento Mundial de Derechos Humanos, disponible en <https://www.fidh.org/es/impactos-1543/italia-condenada-por-la-corte-europea-de-derechos-humanos-por-la> (acceso 14/09/2016).

del Reino Unido (2014)¹¹. Es de resaltar que, de lo anterior, no se puede afirmar que la Corte de Estrasburgo deba interpretar dicho artículo como una imposición para los Estados frente a tal reconocimiento.

Por tanto, esta última argumentó que resultaban aplicables no solo los criterios jurisprudenciales referidos con antelación; también el principio del margen de apreciación estatal respecto de las condiciones para el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo, aludiendo a la sentencia del caso Gas y Dubois contra Francia. Este tiene que ver con una pareja –Valerie Gas y Nathalie Dubois– unida mediante un PACS, que decide recurrir a la Corte de Estrasburgo al estimar que el Gobierno francés había incurrido en una discriminación debido a su orientación sexual, ya que la señora Dubois había sido madre de una niña en Bélgica mediante reproducción asistida.

La niña fue inscrita como su hija en el Registro Civil, quedando la filiación del padre biológico sin establecerse por la naturaleza de dicha concepción. En consecuencia, la señora Gas inició los trámites para solicitar la adopción simple de la hija de su pareja; la misma le fue denegada por los órganos competentes a pesar de contar con todos los requisitos necesarios. Así, la madre biológica perdería los derechos y deberes que salvaguardan el interés superior de la niñez en Francia al ser transferidos a la solicitante: su compañera. Tras varias resoluciones desestimatorias recurrieron al TEDH, el cual reconoció la vida familiar de la pareja no obstante que –para el caso de la prohibición de discriminación basada en su orientación sexual por el rechazo a la solicitud de adopción– la Corte de

11 *Cfr.* Carroll, Aengus. *Homofobia de Estado 2016. Estudio jurídico mundial en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*, Ginebra, mayo de 2016, 11ª edición, disponible en http://ilga.org/downloads/02_ILGA_Homofobia_De_Estado_2016_ESP_WEB_150516.pdf (acceso 14/09/201).

Estrasburgo determina que el matrimonio confiere un estatuto exclusivo para quienes lo celebran.

En este orden de ideas, para el caso que nos ocupa el TEDH se refirió especialmente a la sentencia de otro: el caso Schalk y Kopf contra Austria; esta representó la primera oportunidad que se le presentó al TEDH para valorar si dos personas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio –bajo la protección del Convenio de Roma– en razón de que una pareja austriaca demandara la violación al derecho a la vida privada y familiar en relación con el derecho a la no discriminación reconocidos por el CEDH, al no tener acceso al matrimonio ni contar con alguna figura alternativa que reconociera su unión –hasta que entró en vigor la Ley de Parejas Registradas– bajo el amparo del sistema normativo austriaco.

Sin embargo, el TEDH falló negativamente para los demandantes sosteniendo que –al no existir un consenso europeo sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y considerando tanto las condiciones sociales como culturales de cada Estado concertante– resultaba aplicable el principio del margen de apreciación, el cual permite determinar que no es posible argumentar una violación al artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) ya que dicho precepto no obliga a los Estados a garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio; respecto del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el 8 (respeto a la vida privada y familiar), resolvió que no puede interpretarse de tal manera que imponga dicha obligación al Estado.¹²

Finalmente, es de suma relevancia expresar que el TEDH destacó que no cabía la posibilidad de resolver a favor de los demandantes –por las violaciones aducidas a los artículos

12 *Cfr.* Gilbaja Cabrero, Estela. “La orientación sexual ante...”, pp. 317 y 318.

consignados en el párrafo anterior– en el mismo sentido que el caso Vallianatos and otros contra Grecia, en el cual los demandantes no tenían acceso al matrimonio ni al PACS; por tanto, las uniones entre personas del mismo sexo estaban fuera de cualquier tipo de reconocimiento legal. En el caso Oliari y otros contra Italia, la normativa interna de ese Estado no contemplaba ningún tipo de reconocimiento, como ya se mencionó anteriormente. Así, la sala del TEDH que resolvió el caso Chapin y Charpentier contra Francia consideró que no veía la justificación para cambiar su postura respecto de las posibles violaciones atribuidas al Estado francés, declarando la no violación de los derechos a contraer matrimonio y al respeto de la vida privada y familiar, en relación con la prohibición de discriminación.

III. Aspectos relevantes para comprender las consideraciones del fallo

La sentencia del caso Chapin y Charpentier contra Francia representó un golpe para la comunidad LGBTI a nivel internacional, al tratarse de un fallo negativo para los demandantes; aunado a ello, diversos medios de comunicación lo publicitaron como un pronunciamiento que se concretó a sostener que el TEDH rechazó la existencia del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. En tal sentido, Patiño Reyes –académico de la Universidad Iberoamericana– escribió para un diario de gran circulación nacional en México una nota en relación con dicho caso en la cual afirmó que el TEDH estableció que “el matrimonio entre personas del mismo sexo no es un derecho humano”¹³.

13 Patiño Reyes, Alberto. *La falacia del matrimonio igualitario*, Opinión, El Universal, 10 de septiembre de 2016, disponible en <http://www.eluniversal.com>.

Asimismo, diversos sectores religiosos y académicos han afirmado que el TEDH ha protegido la familia natural en la sentencia del caso examinado; por ejemplo, el presidente de la Federación Europea de Asociaciones de Familia Católica, Antoine Renard, exhorta a organismos nacionales e internacionales, sustentándose en el fallo de la Corte de Estrasburgo, a considerar que dicha decisión afianza la exclusividad de que la unión entre un hombre y una mujer es la que forma una familia; como tal, asegura, representa una institución única que debe salvaguardarse.¹⁴

En tal sentido, puede manifestarse —al tenor de esa sentencia— que diversos grupos han afirmado que no existe el derecho humano de las personas del mismo sexo para contraer matrimonio, afianzando que la naturaleza jurídica del matrimonio alude finalmente a la protección de la familia natural y —por tanto— la exigencia del componente sexo distinto así como la condición biológica para su constitución.

Sin embargo, desde nuestra visión el TEDH nunca enunció tal afirmación pues ya ha quedado claro que la jurisprudencia a la que refirió en el caso— difiere en cuanto a los hechos suscitados, pero permite confirmar ciertos criterios de tal manera que en casos de impacto negativo para los demandantes —como el de Schalk y Kopf contra Austria— se determinó que no existe restricción alguna por parte del CEDH aplicable a Estados parte

mx/entrada-de-opinion/colaboracion/alberto-patino-reyes/nacion/2016/09/10/la-falacia-del-matrimonio (acceso 1/09/2016).

14 Cfr. Federación Europea de Asociaciones de Familia Católica. *Reservar el matrimonio para un hombre y una mujer no es discriminatorio, afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Comunicado de prensa, disponible en http://fafce.org/index.php?option=com_content&view=article&id=334:press-release-reserving-marriage-to-a-man-and-a-woman-is-not-discriminatory-says-the-european-court-of-human-rights&catid=69:council-of-europe&Itemid=234&lang=en (acceso 1/05/20189).

del Consejo de Europa, para que abran su legislación interna en favor del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo; pero, además, se estableció que tampoco puede imponerse a los Estados concertantes la obligación de hacerlo. Y en el mismo sentido refiere lo dispuesto por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aplicable a Estados parte de dicha entidad.

Debe señalarse también que el criterio anterior es aplicado en el caso analizado, con base en el principio del margen de apreciación; este se define como un criterio de interpretación que le determina a los Estados la posibilidad de ejercer cierto grado de discrecionalidad, para regular el alcance y el contenido de determinados derechos reconocidos convencionalmente teniendo en consideración circunstancias sociales, jurídicas y culturales¹⁵. Dicho principio ha sido desarrollado y aplicado ampliamente por el TEDH en los casos *Handsyde*, *Sunday Times*, y *A, B y C*; los dos primeros contra el Reino Unido y el tercero contra Irlanda.

En este sentido, la misma Corte de Estrasburgo ha señalado dos supuestos para la aplicación del margen de apreciación:

1. La ausencia de estándares mínimos comunes, lo cual supone una misma regulación de la institución controvertida en la mayoría de los Estados concertantes mediante un mínimo denominador común; es decir, la ausencia de un consenso internacional.
2. Las diversas realidades sociales respecto de las disposiciones convencionales, lo cual supone que el Estado –concedor de su realidad– está en mejor condición para determinar

15 Cfr. TEDH. *Caso Sunday Times c. Reino Unido*, Demanda N° 6538/74, sentencia del 29 de abril de 1979, párr. 115; Cfr. TEDH. *Caso Handsyde c. Reino Unido*, Demanda N° 5993/72, sentencia del 7 de diciembre de 1976, párr. 59.

cierta situación.¹⁶ En este sentido, Barbosa cita a Kastanas para sostener que la Corte de Estrasburgo puede considerar la legalidad en virtud del derecho interno y las medidas adoptados por un Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas en el Convenio de Roma.¹⁷

Es insoslayable mencionar que el principio del margen de apreciación, no se encuentra expresamente incorporado en los artículos que consagra el CEDH; mucho menos tiene antecedentes en los trabajos realizados para la adopción de dicho instrumento convencional. Sin embargo, se trata de un principio íntimamente ligado a otro: el de subsidiariedad, que resulta esencial para la protección internacional¹⁸. Por tanto, es necesario recordar que el principio de subsidiariedad supone –aun cuando se cuente con la existencia de normas y mecanismos internacionales en la materia– que es el Estado el principal protector de los derechos humanos y las libertades fundamentales; en tal sentido, le compete la responsabilidad primordial de respetarlos, hacerlos respetar y asegurar la reparación de las víctimas de violaciones. Por tanto, dicho principio sustenta que la comunidad internacional solo intervine

16 Cfr. TEDH. *Caso Vo. c. Francia*, Demanda N° 53924/00, sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 84.

17 Cfr. Barbosa Delgado, Francisco. *El margen nacional de apreciación en el DIDH: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf> (acceso 1/09/2016).

18 Cfr. García Roca, Francisco Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 117-143, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6778> (acceso 1/09/2016).

subsidiariamente; es decir, en la medida que el Estado ha fallado en el desempeño de su imprescindible responsabilidad.¹⁹

Dicho lo anterior, el margen de apreciación resultó aplicable simplemente porque en efecto no se cuenta con un consenso –entre los Estados parte del Consejo de Europa ni de la Unión Europea– en relación con el también denominado matrimonio igualitario dado que las circunstancias culturales, políticas y sociales son distintas; sin embargo, debe destacarse que el TEDH ha venido afirmando intrínsecamente que de acuerdo al mismo margen de apreciación y a los derechos a contraer matrimonio, al respeto a la vida privada y familiar así como al de no discriminación, los Estados están en posibilidad de reconocer legalmente las uniones entre personas del mismo sexo mediante el matrimonio o cualquier otra figura alternativa.

En ese marco, en primer término, el TEDH respetó que la legislación francesa sí contempla por lo menos una figura alterna que otorga el reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo; por tanto, señalamos que el TEDH no ha sostenido que las personas del mismo sexo no tengan derecho a contraer matrimonio sino que –según criterios interpretativos, jurisprudenciales y conforme a la tutela de los derechos humanos en el Convenio de Roma, aplicables al caso en concreto– determinó que es una atribución de los Estados concertantes la apertura de dicha institución para las parejas del mismo sexo, aunado a que también observó dos elementos que resultan de gran aprecio.

Por un lado, está la presencia de una figura alternativa que brinda un reconocimiento legal a dichas parejas. Por el otro, que al no ser existir un consenso internacional respecto del

19 Cfr. Ripol Carulla, Santiago. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Atelier, 2007, pp. 40 y 41.

derecho al matrimonio igualitario en relación con los otros derechos aludidos, el TEDH entiende que se trata de un derecho en evolución con base en el principio de progresividad de los derechos humanos; es así que el Estado francés adoptó la Ley N° 2013-404, lo que implicó una reforma al artículo 143 de su Código Civil reconociendo tanto a las parejas de sexo distinto como a las parejas del mismo el derecho a contraer matrimonio.

Además, nuestra postura rechaza la generalizada y tajante interpretación que han hecho ciertos grupos con motivo de la sentencia del caso Chapin y Charpentier, ya que en el caso Taddeucci y McCall contra Italia la Corte de Estrasburgo condenó dicho a Estado pues los demandantes son una pareja con estatus legal reconocido en Nueva Zelanda; pero, al trasladarse a Italia, a uno de ellos –que no era de nacionalidad italiana– le niegan el permiso de residencia porque el derecho interno en materia migratoria no permite la obtención de permisos a las parejas que no están casadas. En consecuencia, el TEDH determinó la violación del artículo 14 del CEDH que contempla la prohibición de discriminación, en relación con el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar)²⁰.

Finalmente, con la sentencia antes mencionada podemos afirmar que el TEDH **sí reconoce las uniones de personas del mismo sexo**; asimismo, protege el derecho a la no discriminación basada en orientación sexual ya que –como se desprende del caso Taddeucci– falló en favor de los demandantes, considerando los derechos aducidos y tutelados en el Convenio de Roma pero también los criterios interpretativos y su propia jurisprudencia.

20 Cfr. TEDH. *Taddeucci y McCall V. Italia*, Demanda N° 51362/09, sentencia del 30 de junio del 2016.

Conclusión

A manera de corolario, en la sentencia del caso Chapin y Charpentier contra Francia el TEDH no condenó al Estado por las violaciones aducidas por los demandantes al derecho a contraer matrimonio y al derecho a la vida privada y familiar, en conexión con el derecho a la no discriminación previstos en el Convenio; sin embargo, esto no supone que ese alto tribunal niegue el reconocimiento al matrimonio para las personas del mismo sexo. Por tanto, el resultado de la sentencia tampoco se traduce en la protección del TEDH a la familia tradicional. En efecto, no existe el derecho humano al matrimonio entre personas del mismo sexo; el TEDH nunca lo pronunció en el caso Chapin y Charpentier contra Francia.

En este sentido, el derecho a contraer matrimonio debe garantizarse para todas las personas, ya que restringir su acceso por componentes como el sexo asignado al nacer y la orientación sexual puede configurar una violación al derecho a la no discriminación. No obstante, en el marco del sistema europeo de derechos humanos, los Estados tienen la posibilidad de aperturar en su legislación interna el derecho al matrimonio para personas del mismo sexo, pero no significa que estén obligados a hacerlo; es decir, la Corte de Estrasburgo considera la posibilidad de reconocer y proteger dicho derecho, de conformidad con el contexto interno de cada Estado, en virtud del margen de apreciación nacional y la ausencia de un consenso internacional.

La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: El resultado de una consulta estratégica

*William Vega-Murillo**
*Esteban Vargas-Mazas***

Introducción

El objetivo de este artículo es analizar el uso de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CorteIDH) para suprajudicializar la megapolítica.

La judicialización de la política es desarrollada por Hirschl como “la constante y acelerada dependencia en los tribunales y medios jurisdiccionales para abordar dificultades morales, asuntos de política pública y controversias políticas”¹. Este

* Ha laborado en el Centro por la Justicia Internacional y el Derecho Internacional (CEJIL Mesoamérica); asesor en materia de derechos humanos en el Ministerio de la Presidencia de Costa Rica; consultor de agencias del Sistema de Naciones Unidas. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica; actualmente realiza una maestría en Derechos Humanos y Justicia Internacional en la Universidad de Valencia.

** Enseñante universitario en la Universidad de Toulouse 1 Capitole desde 2012; interviene principalmente en el marco de la licenciatura de Derecho y Mundo Hispánico, así como en los Dobles Diplomas Francia-España que organiza la Escuela Europea de Derecho; magíster en Derecho Público por la Universidad de Toulouse 1 Capitole; actualmente realiza su tesis doctoral en esta misma casa de estudios.

1 Hirschl, Ran. “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, N° 2, 2006, Vol. 75, pp. 721-753. Traducción de los autores para “the ever-accelerating reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies”.

autor distingue tres tipos de judicialización: (i) la difusión del discurso legal, la jerga, las reglas y los procedimientos en la esfera política y los foros y procesos de formulación de políticas; (ii) la judicialización de la creación de políticas públicas por vías administrativas o judiciales “ordinarias”; y, (iii) la judicialización de la “política pura” o megapolítica, que consiste en la transferencia a los estrados judiciales de asuntos de total naturaleza política y significado, incluyendo cuestiones sobre la legitimidad del régimen central y la identidad colectiva que definen y –según sus palabras– con frecuencia dividen las organizaciones políticas². Para Hirschl, la principal diferencia entre los dos últimos tipos de judicialización radica en que el primero aborda principalmente cuestiones de justicia procesal, mientras que la megapolítica aborda dilemas morales o políticos de gran relevancia que pueden llegar a enfrentar a un país entero. No sin antes relativizar que cada *polis* considera lo político y controversial de distinta manera. Por ejemplo, el tema del matrimonio igualitario puede no ser megapolítica en un país como lo sería en otro.

Es posible afirmar que en Costa Rica el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos así como el de los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero, intersexuales y demás categorías (en adelante LGTBI+), es un tema de megapolítica. Este es uno de los últimos países del continente en contar con una religión oficial de Estado: la católica, apostólica y romana³. Asimismo, mayoritariamente, su población considera que la religión es muy importante en sus vidas⁴. La principal denominación es la católica (un 69.71 % de

2 Cfr., *ibid.*, p. 723.

3 Artículo 75 de la Constitución Política costarricense.

4 Cfr. Centro de Investigación y Estudios Políticos. *Segundo informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en marzo de 2017*, disponible en <https://ciep.ucr.ac.cr/images/INFORMESUOP/Informe-encuesta-marzo-parte->

las personas consultadas), seguida por la evangélica o pentecostal (13.42 %) y la protestante (1.798 %)⁵. Adicionalmente, también la mayoría de la población costarricense se opone a las uniones civiles entre personas del mismo sexo⁶, a la supresión o reforma de la confesionalidad del Estado⁷, al aborto⁸ y a la legalización de la marihuana⁹.

En efecto, la consulta formulada por el Poder Ejecutivo costarricense a la CorteIDH es un ejemplo de suprajudicialización de la megapolítica. Lo es pues, frente a la insuficiencia de las vías institucionales nacionales como la Asamblea Legislativa y la Sala Constitucional, dicho órgano estatal la realizó ante esa entidad jurisdiccional supranacional competente para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH). Ahora bien, es sobre todo el impacto de sus decisiones a nivel interamericano y los efectos que estas tienen en el derecho interno de sus Estados parte –en algunos países más

[II.pdf](#) (acceso 18/03/2018). Resulta interesante señalar que, aunque un 77.59 % de las personas encuestadas considera que la religión es muy importante en sus vidas, solamente un 55.3 % se pronuncia a favor de mantener la norma que fija una religión oficial de Estado; mientras, un 29.7 % está a favor de su supresión y un 7 % de su modificación.

5 Cfr., *ibid.* Un 12.03 % no profesa ninguna religión.

6 Cfr. Centro de Investigación y Estudios Políticos. ¿Qué pasó el domingo 4 de febrero?, disponible en <https://ciep.ucr.ac.cr/index.php/noticias/81-que-paso-el-domingo-4-de-febrero> (acceso 18/03/2018). En enero de 2018, un 31 % de los consultados apoyaba el reconocimiento civil de parejas formadas por personas del mismo sexo, contra un 69 % que lo rechazaba.

7 Cfr., *ibid.* Esta encuesta revela que un 30 % de la población apoyaría la eliminación de la norma que indica que la religión católica es la oficial del Estado costarricense y que “el 60 % de las personas dice estar a favor de mantener la confesionalidad del Estado”.

8 Cfr., *ibid.* Según dicha encuesta, un 60 % de las personas entrevistadas desaprueba el aborto en casos de violencia sexual.

9 Cfr., *ibid.* Cerca de un 80 % está en desacuerdo con la legalización de la marihuana con fines recreativos.

profundamente que en otros— lo que convierte a esta jurisdicción supranacional en un actor regional sin equivalente.

Por ello, se estudiarán una serie de condiciones normativas, jurisprudenciales, políticas e institucionales que se reunieron en el caso de Costa Rica y que permitieron que se suprajudicializara la megapolítica. Además, se hará énfasis en la supervisión del cumplimiento de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) contra Costa Rica¹⁰.

Las particularidades del diseño institucional costarricense explican la interacción que se desarrolla entre su Poder Ejecutivo (en adelante el Ejecutivo), su Poder Legislativo (en adelante el Legislativo) y su Poder Judicial (en adelante el Judicial), en particular la Sala Constitucional (en adelante la Sala o el Constitucional), la cual surge con posterioridad a la condena. Se analizará cómo los efectos jurídicos del fallo y su cumplimiento, desencadenan un reacomodo del equilibrio de las relaciones entre estos poderes. En el centro del conflicto se encontraba la solución aportada por el Ejecutivo: el Decreto N° 39210-MP-S (Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria)¹¹. Dicho Decreto lo declaró inconstitucional la Sala por violación al principio de reserva de ley y democracia, con lo que se agotaron las soluciones nacionales¹². El Ejecutivo decidió informar a la CorteIDH de la decisión del Constitucional en el marco de la supervisión de cumplimiento de sentencia.

10 CorteIDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 noviembre de 2012.

11 Poder Ejecutivo. *Decreto N° 39210-MP-S*, Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, 10 de septiembre de 2015.

12 *Cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia N° 2016-001692*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 3 de febrero de 2016, Exp. 15-013929-0007-CO, párr. V.

Posteriormente se analizará también cómo la CorteIDH, en su resolución de dicha supervisión, ordenó al Estado mantener este Decreto sin perjuicio de emisión de norma de rango legal¹³. Las particularidades del bloque de constitucionalidad¹⁴ del Estado costarricense, le reconoce a la CorteIDH la “interpretación real y suprema” de la CADH¹⁵. La Sala manifestó su voluntad de cooperar, tras la emisión de la resolución de supervisión de sentencia¹⁶. El Ejecutivo identificó, así, la posibilidad de acudir a la vía supranacional interamericana y resolver conflictos jurídico-políticos nacionales.

Asimismo, se estudiará la función consultiva de la CorteIDH pues el Gobierno costarricense —ante un bloqueo institucional que afectaba los avances en materia de derechos humanos— decide explorar los alcances de esta. Aprovechó las ventajas y la receptividad que le brinda su bloque de constitucionalidad y, en

13 *Cfr.* CorteIDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 4.

14 *Cfr.* Favoreu, Louis y otros. *Droit constitutionnel*, Edición 20, Dalloz, París, 2018, pp. 135 a 441. La expresión se inspira de la noción “bloque de legalidad”, elaborada por la doctrina de derecho administrativo francés; fue utilizada por primera vez en la doctrina constitucional francesa por el decano Favoreu en 1974. Ha sido exportada a otros países, donde le dan significados distintos. Por ejemplo, en España se emplea para dirimir conflictos en la repartición vertical de competencias entre el Estado central y las comunidades autónomas. El Consejo Constitucional francés no utiliza la expresión, aunque emplea la fórmula “normas de constitucionalidad”.

15 *Cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia N° 2014-18643*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 12 de noviembre de 2015, Exp. 14-009379-0007-CO, párrs. V y VI.

16 *Cfr.* Avendaño, Manuel A. *Magistrado Luis Fernando Salazar: Es momento de que la Sala IV se haga a un lado*, La Nación, Costa Rica, 1 de marzo de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/salud/magistrado-luis-fernando-salazar-es-momento-de-que-la-sala-iv-se-haga-a-un-lado/KXMCQE7VEZGW7PQPFTGDR25JKU/story/> (acceso 01/02/2018).

particular, el valor supraconstitucional que su jurisprudencia le otorga a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

No obstante, también se hará un diagnóstico al respecto de lo que significa el recurso a esta herramienta especial como lo es la consulta. Revela los límites orgánicos de los acuerdos logrados durante la Asamblea Constituyente de 1949. Da cuenta también de un nuevo reacomodo del diseño institucional que había favorecido en 1989 a la Sala Constitucional, pero que ahora –en materia de derechos humanos– parece oscilar en favor del Ejecutivo. Además, se demostrará cómo el Constitucional –en coherencia con su interpretación amplia de los instrumentos internacionales de derechos humanos– acepta colaborar con el órgano jurisdiccional especializado en la interpretación de la CADH: la CorteIDH.

El enfoque metodológico

Las herramientas teóricas para el análisis reconocen los límites de la dogmática o la técnica jurídica para comprender la dinámica de los poderes. De ahí la necesidad de abordar la problemática, expuesta desde un prisma interdisciplinario. Por eso, a los elementos de las teorías realistas¹⁷ y para poder dar cuenta de la realidad social, se le sumarán otras herramientas que provienen también del institucionalismo¹⁸. Ya que se reconoce la dimensión política del derecho y de los diferentes operadores jurídicos, como las jurisdicciones y el impacto que sus decisiones pueden tener en una sociedad.

17 Cfr. Guastini, Ricardo. “Interpretación y construcción jurídica”, *Revista Isonomía*, N° 43, 2015, pp. 11 a 48.

18 Cfr. Millard, Éric. “Hauriou et la théorie de l’institution”, *Droit et société*, N° 30-31, *L’environnement et le droit*, 1995, pp. 381 a 412.

Según la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018¹⁹ por el Centro de Investigación y Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica, el anuncio de la opinión consultiva (en adelante la OC-24/17) de la CorteIDH “tuvo un alto seguimiento mediático” ya que “tres cuartas partes de la población se enteraron” de la misma²⁰. Los datos aportados muestran que un 59 % de las personas consultadas no aprobaron su contenido, un 29 % se pronunció a favor y un 12 % prefirió no opinar sobre el tema. Entre las diferentes apreciaciones esbozadas sobre la OC-24/17, algunas consideraron que violentaba la soberanía costarricense y que representaba una intromisión²¹.

Estas opiniones parecieran ser producto de una lectura que no toma en cuenta la historia del diseño institucional costarricense, su bloque de constitucionalidad y las actuaciones que con base en este se llevaron a cabo.

I. Las particularidades del diseño institucional de la Constitución costarricense de 1949

Desde 1949, año de entrada en vigor de la Carta Magna, el sistema constitucional costarricense –parafraseando las palabras del decano Louis Favoreu sobre el origen del principio de

19 Cfr. Centro de Investigación y Estudios Políticos. *Informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018*, Escuela de Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2018, disponible en <https://www.ciep.ucr.ac.cr/images/INFORMESUOP/EncuestaEnero/Informe-encuesta-ENERO-2018.pdf> (acceso 10/02/2018).

20 Cfr., *ibid.*, pp. 8 a 11.

21 Cfr. Alfaro, Josué. “¿Cómo reaccionaron los candidatos a la opinión de la Corte IDH?”, *Semanario Universidad*, 10 de enero de 2018, disponible en <https://semanariouniversidad.com/pais/reaccionaron-los-candidatos-la-opinion-la-corte-idh/> (acceso 24/03/2018).

separación de poderes— ha mostrado que las relaciones entre los poderes públicos son más el producto de su historia particular que la prolongación de una doctrina europea específica²². Aunque las teorías de separación de poderes²³ —como construcciones intelectuales— nutrieron la reflexión de los constituyentes en las distintas etapas del constitucionalismo costarricense, han encontrado una traducción propia para una realidad distinta a la de Inglaterra del siglo XVII y a los contextos revolucionarios estadounidense y francés del siglo XVIII. Algunas de las características del diseño institucional de Costa Rica, como el desequilibrio a favor del Legislativo en detrimento de un Ejecutivo cuyo presidente —jefe de Estado y de Gobierno— es elegido por sufragio universal, son prueba de esto. También lo es la creación del Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE)²⁴. Así es como, desde 1949, coexisten lo que materialmente son cuatro poderes: el Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial y el Electoral, formando lo que algunos han llamado un régimen

22 Cfr. Favoreu, Louis y otros. *Droit constitutionnel...* p. 411.

23 Cfr. Hamon, Francois y Troper, Michel. *Droit constitutionnel*, Edición 38, L.G.D.J. Lextenso, *Issy Les Moulineaux*, París, 2017, p. 111. Según estos autores, se habla de separación de poderes en sentido amplio cuando se emplea la distinción tradicional entre las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional para designar ya sea el grado, la especialización del poder o su independencia; es decir, el término se usa con fines teóricos o prácticos para justificar o criticar algunas prácticas de aquellos. En otras palabras, cuando se usa el término separación de poderes puede significar, por un lado, la especialización del órgano —separación funcional— o, por otro lado, la independencia o separación orgánica. Y cuando se emplea en el marco de la clasificación habitual de regímenes políticos, se dice que el presidencial es un régimen rígido de separación de poderes para señalar su grado de independencia mutua, no su especialización. Ahora bien, cuando se emplea para calificar un régimen parlamentario —que se dice que tiene una separación flexible de poderes— se hace para indicar que estos son más o menos especializados.

24 Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Costa Rica*, 8 de noviembre de 1949, artículo 9. Varios países en América Latina han constituido este tipo de tribunales que en Europa no encontraron inspiración.

semiparlamentario o —en su práctica— un presidencialismo parlamentario o atenuado, o sistema híbrido²⁵. Las relaciones entre estos poderes han mostrado ser dinámicas y evolutivas. En casi 70 años de vigencia de la Constitución, ha habido importantes reacomodos del diseño institucional que muestran la permeabilidad del sistema constitucional a los cambios sociales y políticos.

Así, durante un primer periodo de cuatro décadas, por voluntad del constituyente originario el Legislativo fue preponderante. Su Carta Magna fue el producto de la desconfianza hacia la “extrema concepción presidencialista”²⁶. A diferencia de sus predecesoras, es la “que más realiza la preocupación de crear un mecanismo de frenos y contrapesos”²⁷. Desde entonces, gran parte de las funciones del Ejecutivo las ejercen el presidente y sus ministros de manera conjunta. Además, debe gobernar junto a las instituciones autónomas y el Legislativo, que aprueba su presupuesto y realiza un importante control político. De ahí que se afirme que el Ejecutivo costarricense es de los más débiles de América Latina²⁸. A pesar de ello, este primer periodo se

25 Cfr. Jiménez, Mario Alberto. *Desarrollo constitucional de Costa Rica*, 3ª edición, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1979. pp. 154-169; Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre los tipos de gobierno presidencialista y semipresidencial en la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], jan. 2008; y Rojas, Magda Inés. *El Poder Ejecutivo en Costa Rica*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1980, p. 13. El sistema híbrido cuenta tanto con características de un régimen presidencial como parlamentario, salvo que la moción de censura del Legislativo a miembros del Ejecutivo no provoca su destitución, lo que atenúa la responsabilidad política frente al Parlamento.

26 Jiménez, Mario Alberto. *Desarrollo constitucional...*, pp. 154 a 169.

27 *Ibid.*

28 Cfr. Wilson, Bruce M., *Enforcing Rights and Exercising an Accountability Function: Costa Rica's Constitutional Chamber of the Supreme Court*, en Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio (coordinadores), *Courts in Latin America*, Cambridge University Press, 2011, p. 64. “[...] unlike many Latin

caracterizó por la estabilidad política y la continuidad “con una interesante alternabilidad en el poder”²⁹ entre los principales partidos políticos que conformaron el bipartidismo.

En 1989 inició un segundo periodo; el constituyente derivado da un nuevo reacomodo al equilibrio institucional, en este caso conveniente para el Judicial. Fue favorecida, en particular, la recién creada Sala Constitucional. De 1989 hasta 1998 se mantuvo el bipartidismo³⁰ y la alternabilidad en el poder³¹.

La Sala Constitucional se convirtió en un instrumento para judicializar la política no resuelta en el Congreso. Para Alex Solís, el Constitucional es un “superpoder”³² ya que “mediante la interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución, se impone a todos los poderes públicos”³³. Se disminuyó considerablemente la capacidad del Legislativo y se empoderó a los partidos pequeños allí representados³⁴ con las herramientas de judicialización brindadas³⁵. Las prácticas obstruccionistas, como el abuso de las consultas de constitucionalidad, se volvieron comunes y confirmaron el desequilibrio de los poderes en favor de la Sala. En el 2002 acaba el bipartidismo que inició en 1949

American, hyperpresidential executives [...] Costa Rica's executive branch is relatively weak and not able to dominate the other branches of government”.

29 Salazar Mora, Orlando y Salazar Mora, Jorge. *Partidos políticos en Costa Rica*, Editorial UNED, Costa Rica, 1991, p. 83.

30 Representado por el Partido Liberación y posteriormente por el Partido Unidad Social Cristiana.

31 *Cfr.* Wilson, Bruce M. *Enforcing Rights...* Es interesante señalar que la legislatura 1990-1994 fue la última que conoció un partido de Gobierno que contara con una mayoría de diputados (29), que equivalen a la mayoría simple.

32 Fallas, Alex Solís. “La dimensión política de la justicia constitucional”, *Revista Parlamentaria*, Vol. 7, N° 2, agosto 1999, p. 73.

33 *Ibid.*

34 *Cfr.* Wilson, Bruce M. *Enforcing Right...*, p. 65.

35 *Cfr.*, *ibid.*, p. 68.

y surgen nuevas fuerzas políticas. Se pasó entonces a un sistema pluripartidista que no encontró en el plenario del Legislativo una vía eficaz para canalizar la deliberación política y lograr acuerdos³⁶.

En 2010, el Constitucional se consolidó como “el árbitro supremo de las competencias constitucionales”³⁷. Ante un caso que parecía invadir las competencias del TSE, anuló la autorización para la recolección de firmas sobre el referéndum a iniciativa ciudadana cuyo objetivo era consultar al electorado el proyecto de ley sobre unión civil de personas del mismo sexo. La expansión de competencias de la Sala alcanzó nuevas dimensiones³⁸.

De igual forma, por casi treinta años el Constitucional privilegió en sus fallos el valor de la libertad sobre el principio democrático³⁹. Y se afirma que la reforma de 1989 instauró al Constitucional como un “gobierno de los jueces”⁴⁰.

36 *Cfr.*, *ibid.*, p. 62.

37 Solís Fallas, Alex. “La dimensión política de la...”, p. 73.

38 *Cfr.* Arias Ramírez, Bernal. “Límites de competencia entre el TSE y la Sala Constitucional”, *Revista Derecho Electoral*, N° 12, 2011, pp. 1 a 13.

39 *Cfr.* Quesada Alpízar, Tomás. *¿Gobierno por los jueces? Interpretación de la teoría democrática liberal por parte de la jurisdicción constitucional en Costa Rica*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 2008.

40 *Ibid.*, p. 157. “[...] como consecuencia un traspaso del poder político y democrático del Poder Legislativo al Poder Judicial, en un inicio producto de una ‘delegación’ de la Asamblea Legislativa misma, y posteriormente como una profundización de ese poder por parte de la Sala Constitucional. Esto permite arribar a la conclusión de que en Costa Rica sí existe un gobierno por los jueces. Un gobierno que, al carecer de las potestades de un gobierno democrático y de su legitimación, ha terminado por entorpecer el sistema democrático de toma de decisiones, ha significado un desmejoramiento en la calidad de las resoluciones constitucionales producto del altísimo activismo judicial, ha traído frustración a los magistrados constitucionales y a los legisladores, y ha coadyuvado en el proceso de desencanto que guarda la mayoría de la población costarricense con

En 2017 inició lo que parece ser un nuevo reacomodo institucional, esta vez en beneficio del Ejecutivo. Cohabita uno favorable a los derechos humanos, con un Legislativo en manos del directorio de la oposición conservadora en materia de derechos humanos. Asimismo, coincide con una composición del Constitucional que ante ciertos temas –casualmente impopulares⁴¹– decidió dar un giro y privilegió el principio democrático sobre el valor de la libertad. Esto llevó al Ejecutivo a controlar, con fundamento en el bloque de constitucionalidad, la conformidad de sus actuaciones con la CADH. Cuando le asistieron dudas sobre los alcances de los derechos protegidos por la CADH, en pleno ejercicio de su función de dirección política y sus atribuciones político-internacionales⁴², activó la función consultiva de la CorteIDH. Con ello se erigió el Ejecutivo como el principal promotor y garante efectivo de los derechos protegidos por la CADH en Costa Rica⁴³.

el sistema democrático costarricense”.

41 Ver información de las encuestas del Centro de Investigación y Estudios Políticos antes evocadas.

42 Rojas, Magda Inés. *El Poder Ejecutivo...*, pp. 137 a 192; y Hernández Valle, Rubén. *Constitución Política de la República de Costa Rica, comentada y anotada*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1998, pp. 388 a 422.

43 Esto parecer ser solo posible cuando el Ejecutivo es más favorable a los derechos humanos que el Legislativo o el Judicial; así, los actos tendientes a buscar regresiones en derechos humanos difícilmente prosperarían frente a los diversos mecanismos de control jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

II. Las características de un sistema complejo de normas

Según Claudio Nash⁴⁴, los sistemas normativos constitucionales así como los sistemas normativos internacionales vinculados con derechos humanos se expresan mediante sistemas complejos de normas, que comprenden principios⁴⁵ y reglas⁴⁶. A su criterio, Costa Rica corresponde a un ejemplo de este sistema. Sus principios provienen tanto de fuentes constitucionales como internacionales, que son integrados al ordenamiento interno para articularse como se explicará a continuación.

44 Nash, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, 1ª edición, Distribuciones Fontamara, México, 2010, pp. 90 a 118.

45 Nash, a partir de las ideas de Robert Alexy, define los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado –en la mayor medida de lo posible– de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también deben tener en consideración los sistemas opuestos.

46 Nash define las reglas, también a partir de las ideas de Robert Alexy, como mandatos definitivos que siempre estarán cumplidos o no. Contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica y material, entre otras).

1. El bloque de constitucionalidad y el sistema interamericano

La doctrina del bloque de constitucionalidad⁴⁷ es adoptada por el Constitucional como un mecanismo de armonización entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁸. La ausencia de reformas relativas a la jerarquía normativa del sistema jurídico ha permitido, en la práctica jurisdiccional, la incorporación de los tratados de derechos humanos en el parámetro constitucional⁴⁹. Existen dos disposiciones constitucionales de relevancia: el artículo 7, que reconoce la autoridad superior de los convenios internacionales sobre las leyes, y el artículo 48 que regula lo relacionado con el recurso de amparo de derechos contenidos en instrumentos internacionales.

Desde 1990, el Constitucional ha sostenido que los instrumentos de derechos humanos “en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman

47 Góngora Mera, Manuel. “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale* latinoamericano”, en *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Serie Doctrina Jurídica*, N° 688, México, 2014. La doctrina del bloque de constitucionalidad reconoce jerarquía constitucional a las normas no incluidas en la Constitución Política, para interpretarlas sistemáticamente con el texto constitucional. La inclusión de dichas normas tiene tres efectos jurídicos: los tratados de derechos humanos suelen prevalecer sobre la legislación interna, un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley puede resultar en inconstitucionalidad, y los derechos protegidos internacionalmente pueden ser invocados en acciones de tutela constitucional.

48 *Cfr.*, *ibid.*, p. 309.

49 *Cfr.*, *ibid.*, p. 304.

por sobre la Constitución”⁵⁰. Este es el caso de la CADH⁵¹. La Sala ha reconocido que la CorteIDH es el órgano natural para interpretarla y que la fuerza de sus decisiones, sea en ejercicio de su función contenciosa o consultiva, tiene el mismo valor de la norma interpretada⁵².

La experiencia de Costa Rica en materia consultiva no es nueva; data de 1984. Ha activado el mecanismo consultivo de la CorteIDH en cinco ocasiones: la OC-04/84, la OC-05/85, la OC-07/86, la OC-12/91 y la OC-24/17, siendo el Estado parte de la CADH que lo ha hecho en más ocasiones (20 %) ⁵³. En este sentido, el ordenamiento jurídico costarricense se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la relación de las opiniones consultivas con el bloque de constitucionalidad y este, como se demostrará, no es un análisis ajeno para la Sala Constitucional.

A manera de referencia, la opinión emitida por la CorteIDH en la OC-05/85 –según la cual la colegiatura obligatoria para periodistas es incompatible con el artículo 13 de la CADH– llevó a que dicha Sala emitiera el voto 2313-1995 y a que

50 Sala Constitucional. *Sentencia número 1995-2313*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 9 de mayo de 1995, Exp. 0421-S-90, párr. VI; *cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia número 1992-3435*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 11 de noviembre de 1992, párr. II; y *cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia número 1993-5759*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 10 de noviembre de 1993, Exp. 2965-S-91, párr. II.

51 Asamblea Legislativa. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Ley número 4534, 23 de febrero de 1970.

52 *Cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia 1995-2313...*, párr. VII.

53 En el caso de la OC-04/1984 se consultó sobre una propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica en materia de naturalización, en el de la OC-05/1985 sobre la colegiatura obligatoria para periodistas, en el de la OC-07/1986 sobre la exigibilidad del derecho de rectificación y respuesta, en el de la OC-12/1991 sobre la compatibilidad del proyecto de ley para la creación de un tribunal de casación penal y en el de la OC 24/2017 sobre los derechos derivados de la orientación sexual y la identidad de género.

declarara la anulación del artículo 22 de Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por requerirles a estos inscribirse en dicho ente profesional⁵⁴. El Constitucional no solo realizó un control de convencionalidad sobre materia consultiva, anulando una norma interna por contrariar un estándar interamericano, sino que estimó que las opiniones consultivas solicitadas por un Estado no pueden más que obligarle a su acatamiento. Lo contrario implicaría burlar el propósito normativo de la CADH y de la CorteIDH, órgano competente para su aplicación e interpretación⁵⁵.

Este no es el único caso en que la Sala se ha pronunciado sobre el valor normativo de una opinión consultiva. En la sentencia 1682-2007, el Constitucional manifestó que “las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, tratándose de Derechos Humanos, sus decisiones vinculan al Estado costarricense”⁵⁶. Así, la Sala reafirmó su jurisprudencia al asegurar que la CADH y los pronunciamientos de la CorteIDH, sean consultivos o contenciosos, son aplicables pues forman parte del bloque de constitucionalidad; también que priman sobre la Constitución cuando brinden mayor cobertura o protección⁵⁷. De esa manera, se confirma la jerarquía supraconstitucional de las sentencias y opiniones consultivas de la CorteIDH.

54 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia 1995-2313...*, último párrafo.

55 La Sala manifestó que “si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquella [sic] fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella [sic] ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia”. Sala Constitucional. *Sentencia 1995-2313...*, párrs. VI y VII.

56 Sala Constitucional. *Sentencia número 2007-1682*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 9 de febrero de 2007, Exp. 07-001145-0007-CO, párr. V.

57 Cfr., *ibid.*, párr. VIII.

La jurisprudencia citada evidencia la posición del juez constitucional: las interpretaciones hechas por la CorteIDH no solo forman parte del bloque de constitucionalidad, sino que lo hacen en una jerarquía superior a la Constitución misma cuando brinden una mejor protección. Esto coincide con lo esbozado por Claudio Nash en su análisis de la tendencia jurisprudencial de dicho tribunal, al concluir que sus estándares normativos hacen “uso de los principios constitucionales e internacionales como fuente de derechos fundamentales y cuando se enfrenta a principios generales, que necesiten de concreción normativa para ser operativos, ha recurrido al derecho internacional de los derechos humanos para darles contenido normativo”⁵⁸.

A continuación se estudiará el carácter vinculante de las opiniones consultivas para Costa Rica.

2. La función consultiva de la CorteIDH

La competencia consultiva reconocida a la CorteIDH faculta a los Estados y demás órganos del capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a solicitar la interpretación de la CADH u otros tratados de protección de los derechos humanos, o bien a consultar la compatibilidad de legislación interna con la CADH⁵⁹. Como parte de sus funciones jurisdiccional y consultiva, la CorteIDH posee la facultad de determinar el alcance de su propia competencia, aplicable igualmente a su función consultiva no contenciosa⁶⁰.

58 Nash, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales*, p. 117.

59 Cfr. Asamblea Legislativa. *Convención Americana...*, artículo 64.

60 Cfr. CorteIDH. *Opinión consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, párr. 56.

La CorteIDH ha resuelto 24 opiniones consultivas que en sus inicios se enfocaron en temas procedimentales, para luego incluir gradualmente asuntos de fondo⁶¹. Ahora bien, las resoluciones de la CorteIDH han ido modificando gradualmente el marco normativo de la función consultiva, creando una distancia entre la intención por la que fue concebida y su construcción como ejercicio actual. Para Roa, dicha distancia ha generado una serie de fisuras o “deficiencias que surgen del pronunciamiento de la Corte Interamericana ante las lagunas de la Convención y de su propio reglamento, respecto de la función consultiva”⁶².

Las fisuras de mayor relevancia son la no definición de los efectos de las opiniones consultivas⁶³ y la ampliación de la competencia consultiva⁶⁴. La llamada falta de definición de los efectos, está relacionada con la eficacia de las resoluciones. En el artículo 64 de la CADH se omite señalar los efectos o la fuerza vinculante de las resoluciones, llevando a la CorteIDH a pronunciarse sobre dichos los mismos en el sentido de que poseen “efectos jurídicos innegables”⁶⁵; tal consideración no

61 Cfr. Roa, Jorge Ernesto. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Temas de Derecho Público*, N° 94, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales, 1ª edición, Colombia, pp. 67 y 68.

62 *Ibid.*, p. 95.

63 Cfr., *ibid.*, pp. 96 a 100.

64 Cfr., *ibid.*, pp. 100 a 106.

65 Cfr. Nikken, Pedro. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1999, pp. 171 a 176. El autor señala los siguientes argumentos en favor de la fuerza vinculante absoluta. En el Estatuto de la CorteIDH se hace una diferenciación entre la función consultiva y la jurisdiccional, que parte de un término restringido de lo “jurisdiccional” como sinónimo de lo contencioso. Sus criterios consultivos son interpretaciones auténticas y con autoridad que crean normas internacionales; sus interpretaciones son un criterio cierto y final de la interpretación de la CADH. La CorteIDH usa

aclara la citada fisura. Los autores se posicionan desde dos teorías contrapuestas: la fuerza vinculante absoluta⁶⁶ y la fuerza vinculante relativa⁶⁷ de las opiniones de la CorteIDH. Un análisis a partir de los criterios de la CorteIDH, no basta para crear una hipótesis sobre la fuerza vinculante de las opiniones consultivas; no obstante, sí hay claridad respecto de su relación con la función consultiva pues “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”⁶⁸. Esto permite concluir razonablemente que las opiniones consultivas no producen los efectos de una sentencia que, de conformidad con el artículo 68 de la CADH, establece la obligación de cumplimiento de la sentencia para los Estados parte y la posibilidad de ejecutarla por el procedimiento interno⁶⁹.

A pesar de dichas discusiones teóricas, se puede decir que la jurisprudencia constitucional costarricense ha sido clara en afirmar que las opiniones consultivas son de acatamiento obligatorio y vinculan al Estado⁷⁰. La jurisprudencia constitucional tiene el rasgo indudable del reconocimiento de la fuerza vinculante absoluta de las opiniones consultivas. De igual

sus opiniones como fuente para resolver casos contenciosos.

66 Cfr., *ibid.*, pp. 171 a 176.

67 Cfr. Faúndez Ledezma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1996, pp. 450 a 454. El autor sostiene que la CorteIDH ha debilitado la fuerza vinculante de sus opiniones consultivas, al usar definiciones ambiguas y establecer que se trata de una función asesora.

68 CorteIDH. *Opinión consultiva OC-1/82*, 24 de septiembre de 1982, párr. 51.

69 Cfr. Roa, Jorge Ernesto. “La función consultiva de la Corte Interamericana...”, p. 95.

70 Sala Constitucional. *Sentencia número 1995-2313...*, párr. VI; y Sala Constitucional. *Sentencia número 2007-1682...*, párr. V.

forma, el argumento de la fuerza vinculante absoluta se fortalece a partir del criterio recientemente esgrimido por la CorteIDH en la OC-21/14, según el cual el control de convencionalidad debe hacerse también sobre la base de la competencia consultiva⁷¹.

3. El deber de llevar a cabo un control de convencionalidad

La doctrina entiende el control de convencionalidad como el mecanismo institucional interamericano de solución de antinomias, según el cual –ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme– las autoridades nacionales tienen el deber de inaplicar o invalidar, de acuerdo con sus competencias, aquellas normas internas contrarias a los estándares del control de convencionalidad⁷².

Por su parte, la jurisprudencia interamericana lo define como el deber de los Estados de ejercer de oficio un control entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales. En dicha tarea deben tener en cuenta no solo el tratado, sino la interpretación que la CorteIDH ha hecho del mismo. Dicha obligación es extensible a todos los órganos del Estado y supone el hecho de velar por la eficacia de los efectos de las disposiciones convencionales frente a la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin⁷³.

71 CorteIDH. *Opinión consultiva OC-19/05*, 28 de noviembre de 2005, párr. 31.

72 Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana...*, p.137.

73 Cfr. CorteIDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 193; y cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

La jurisprudencia constitucional costarricense ha realizado control de convencionalidad desde sus orígenes. No obstante, durante la mayor parte de su existencia, fue implícito y fundado en disposiciones constitucionales⁷⁴. Sin embargo, en 2006 la CorteIDH inició la producción jurisprudencial en torno a la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad y la ha sostenido hasta la actualidad en más de 25 casos⁷⁵. El concepto interamericano no tardó en impregnar la jurisprudencia constitucional: en 2013 la Sala emitió el voto número 6247 y consideró que “todos los órganos del Estado, incluidos el Ejecutivo y el Legislativo, deben ser garantes del control de convencionalidad, a fin de hacer respetar y garantizar una tutela y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales en el ejercicio de una magistratura independiente”⁷⁶.

Un año más tarde, el 1 de agosto de 2014, la Sala resuelve el amparo 12703-2014 y extiende sus consideraciones sobre el control de convencionalidad al señalar que “es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales,

74 Además del 7 y el 48, el artículo 10 de la Constitución Política costarricense establece la competencia de la Sala para declarar la inconstitucionalidad de normas de cualquier naturaleza y de actos de Derecho Público; el artículo 1 de la Ley de Jurisdicción Constitucional prevé que los funcionarios que administran justicia no pueden aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país.

75 Cfr. CorteIDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014; cfr. CorteIDH. *Caso Norín Catrimán vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de mayo de 2014; cfr. CorteIDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de agosto de 2014; y cfr. CorteIDH. *Caso Rochac Hernández vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 14 de octubre de 2014.

76 Sala Constitucional. *Sentencia número 2013-6247*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 9 de mayo de 2013, Exp. 13-008162-0007-CO, párr. VII.

debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el *corpus iuris* interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas⁷⁷. Este criterio fue reafirmado en la acción de inconstitucionalidad 18643-2014 al agregar que el instrumento del control de convencionalidad “procura dotar de plena eficacia los derechos humanos, en la forma en que han sido regulados en el Sistema Interamericano, principalmente cuando ellos encuentren un espectro de tutela más garantista que aquel que pueda brindar el ordenamiento interno”⁷⁸.

Desde la OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, la CorteIDH determinó por primera ocasión que la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad es extensible a su competencia no contenciosa o consultiva, convirtiendo de esta forma a las opiniones consultivas en materia controlable por parte de los Estados⁷⁹.

Ahora bien, para ejercitar el control de convencionalidad es necesario que exista materia controlable; es decir, el *corpus iuris* interamericano. En lo relativo a orientación sexual e identidad de género, la materia controlable de relevancia era escasa y se reducía a las sentencias de Atala Riffo y niñas contra Chile y Duque contra Colombia, donde la CorteIDH introdujo la orientación sexual como una categoría protegida por el artículo 1 de la CADH. En otras palabras, previo a la opinión consultiva 24, los estándares disponibles no eran suficientes para responder a las discusiones internas.

77 Sala Constitucional. *Sentencia número 2014-12703*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1 de agosto de 2014, Exp. 13-008162-0007-CO, párr. III.

78 Sala Constitucional. *Sentencia 2014-18643...*, párr. V.

79 *Cfr.* CorteIDH. *Opinión consultiva OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, párr. 31.

Es así como esa insuficiencia fundamentó la solicitud de Costa Rica, argumentando que surgían dudas respecto al contenido de la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual y la identidad de género⁸⁰. El Estado sostuvo que una interpretación de la CorteIDH establecería estándares fundamentales para Costa Rica y los países integrantes del sistema interamericano, permitiendo adaptar sus ordenamientos internos⁸¹.

El accionar del Estado de Costa Rica, a través del Ejecutivo, permite apreciar cómo el mecanismo de opinión consultiva constituye una herramienta para generar materia controlable en aquellos extremos donde el *corpus iuris* interamericano no es suficiente. En esta medida, las opiniones consultivas lo robustecen a través de la ampliación de la materia controlable.

Sin lugar a dudas, el deber de llevar a cabo un control de convencionalidad está cimentado –en razón de su reiterado uso– en la jurisprudencia constitucional.

III. Lecturas divergentes entre poderes frente al cumplimiento de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”)

La sentencia del caso Artavia Murillo y otros suscitó posiciones encontradas entre los poderes públicos, relevantes para entender el contexto en el que se genera y desarrolla la solicitud de opinión consultiva. Por un lado, el Ejecutivo entrante en 2014 manifestó su intención de promover una medida para cumplir la sentencia que levanta la prohibición del método de

80 *Cfr.* CorteIDH. *Opinión consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, párrs. 4 y 5.

81 *Cfr.*, *ibid.*, párr. 5.

reproducción asistida conocida como “Fecundación *in vitro*” (en adelante FIV)⁸²; por otro lado, el Constitucional continuaba insistiendo en la necesidad de regular el método mediante una ley⁸³. Finalmente, el Legislativo mostraba públicamente sus intenciones de –al mismo tiempo– emitir una ley en términos restrictivos y frenar cualquier iniciativa del Ejecutivo⁸⁴.

La indeterminación en la sentencia de la CorteIDH respecto de la forma de implementarse, dejó un margen amplio para la discusión interna que –como se verá– generaría diferencias entre el Ejecutivo y el Constitucional.

1. Los esfuerzos inacabados del Poder Legislativo para dar cumplimiento a la sentencia (2010-2018)

Pese a que existieron al menos cuatro iniciativas en la legislatura 2010-2014 para legalizar el método de FIV⁸⁵, las

82 Cfr. Sequeira, Aaron. *Luis Guillermo Solís sondea apoyo para su gobierno entre fracciones de oposición*, La Nación, Costa Rica, 11 de abril de 2014, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/luis-guillermo-solis-sondea-apoyo-para-su-gobierno-entre-fracciones-de-oposicion/JA2DWRTVQNBRTDRAYQBSKCAQFY/story/> (acceso 14/02/2018).

83 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 2016-001692...*, párr. III; y cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 2306-2000*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, párr. IV.

84 Cfr. Sequeira, Aaron. *Católicos y evangélicos unidos contra decreto de FIV*, La Nación, Costa Rica, 11 de septiembre de 2015, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/catolicos-y-evangelicos-unidos-contra-decreto-de-fiv/76TGYJJCJWVCP7LNLZVCSPZ4RE/story/> (acceso 14/02/2018).

85 Cfr. Expedientes legislativos números 18.057 (denominado Ley sobre fecundación *in vitro* y transferencia de óvulos fecundados, promovido el 4 de abril de 2011 por varios diputados); 18.151 (denominado Ley sobre fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, y creación del Depósito Nacional de Gametos, promovido el 20 de junio de 2011 por varios disputados); 18.738 (denominado

posibilidades de avance se vieron reducidas; entre otros motivos, por la obstrucción parlamentaria del “bloque evangélico”⁸⁶ que adversó su implementación⁸⁷. Dichas iniciativas fueron motivadas por el avance del proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) y la inminencia de su llegada a la CorteIDH. La sentencia de caso Artavia Murillo y otros, fue notificada al Estado en noviembre de 2012; no obstante, el bloqueo se mantuvo hasta al final de dicha legislatura y tomó fortaleza en el siguiente periodo (2014-2018).

En este contexto, la Sala conoció al menos seis amparos –cuatro de ellos rechazados de plano– y emitió dos resoluciones durante el 2014 determinando que la regulación del método de FIV, por involucrar derechos fundamentales, debía hacerse mediante ley en cumplimiento del principio constitucional de reserva de ley⁸⁸.

Ley de fecundación *in vitro* y transferencia de embriones humanos, formulado por el Poder Ejecutivo el 3 de abril de 2013); y 18.824 (denominado Ley marco de fecundación *in vitro*, promovido el 1 de julio de 2013 por un diputado).

86 Cfr. Sequeira, Aaron. *Diputados evangélicos exigen al Gobierno ruta alterna a la fertilización ‘in vitro’*, La Nación, Costa Rica, 26 de marzo de 2015, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/diputados-evangelicos-exigen-al-gobierno-ruta-alterna-a-la-fertilizacion-in-vitro/HK67GFAVGNHF5MXE7QEOXLAHTM/story/> (acceso 14/02/2018).

87 Cfr. Sequeira, Aaron. *Diputados evangélicos endurecen oposición a plan fecundación ‘in vitro’ tras caso de sextillizos*, La Nación, Costa Rica, 25 de mayo de 2015, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/diputados-evangelicos-endurecen-oposicion-a-plan-de-fecundacion-in-vitro-tras-caso-de-sextillizos/AFXOSPCWH5EU7NN3VHCF2YKABA/story/> (acceso 14/02/2018).

88 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 001424-2014*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1 de enero de 2014; cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 69-2014*, 7 de enero de 2014; cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 02413-2014*, 21 de febrero de 2014; cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 003715-2014*, 14 de marzo de 2014; cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 3968-2014*, 19 de marzo de 2014; y cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 015453-2014*, 19 de septiembre de 2014.

2. Medidas adoptadas por el Ejecutivo para el cumplimiento de sentencia: Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S

Ante la inercia del Legislativo durante el primer año de gobierno y a pesar de las resoluciones emitidas por el Constitucional en 2000 y 2014, en las que insistía en el principio de reserva de ley, el Ejecutivo emitió en setiembre de 2015 el Decreto N° 39210-MP-S (Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria). Esta disposición se fundamentó en la sentencia y las reparaciones ordenadas; pero, además, en la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad de las Naciones Unidas, en la obligación general de protección sin discriminación contenida en el artículo 1.1 de la CADH, en el numeral 33 constitucional relativo a la igualdad ante la protección de la ley, en la prohibición de discriminación y en el derecho a la salud que contempla el Protocolo de San Salvador⁸⁹.

No obstante los conocidos reparos en materia de reserva de ley, el Decreto N° 39210-MP-S también se fundamentó en jurisprudencia constitucional que estima que no se viola el principio de reserva legal cuando la reglamentación no restringe o limita derechos humanos. Esta condición se cumple cuando la norma es procesal o establece requisitos para el ejercicio de derechos fundamentales⁹⁰.

El citado Decreto –cuyo objeto es la autorización del método de FIV y la garantía de los derechos reproductivos de quienes son infértiles⁹¹– se centró en las personas destinatarias del

89 Cfr. Poder Ejecutivo. *Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S...*, párrs. I a V.

90 Cfr., *ibid.*, párr. VI.

91 Cfr., *ibid.*, artículo 1.

método y sus derechos⁹², las normas de autorización para los establecimientos de salud, los tipos de fecundación, la donación de células reproductivas, las autoridades públicas competentes⁹³, las normas para el tratamiento de los gametos⁹⁴ y una prohibición expresa de desecho, comercialización, experimentación, selección genética, fisión, alteración genética, clonación y destrucción⁹⁵.

Con dicho Decreto se buscó garantizar los derechos reproductivos de las personas infértiles, como ya se apuntó, dando cumplimiento a la sentencia interamericana y cerrando con ello una discusión de dos décadas.

3. La inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S ante la Sala Constitucional

Este Decreto Ejecutivo fue impugnado constitucionalmente tan solo once días luego de su publicación por el “bloque evangélico”⁹⁶ al estimar que lesionaba el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, el de inviolabilidad de la vida humana y el de separación de poderes⁹⁷.

92 Cfr., *ibid.*, artículos 2, 11 al 15. Como los derechos a la información, a la asistencia interdisciplinaria, a la confidencialidad de la información y al consentimiento informado.

93 Cfr., *ibid.*, párrs. 3 al 10.

94 Cfr., *ibid.*, artículos 16 al 18. Como la transferencia de óvulos fecundados, el tratamiento de óvulos fecundados no transferidos y la donación de óvulos fecundados.

95 Cfr., *ibid.*, artículo 19.

96 La acción fue interpuesta por Alexandra Loria Beeche y los diputados Fabricio Alvarado Muñoz, Gonzalo Ramírez Zamora, Luis Vásquez Castro y Mario Redondo Poveda.

97 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 2016-1692*, 3 de febrero de 2016, párr. 1.

La Sala resolvió la inconstitucionalidad a favor de los accionantes tras comprobar la “violación de los principios constitucionales de reserva de ley y democrático”, sin pronunciarse sobre el resto de los alegatos⁹⁸. Asimismo, consideró que el Legislativo debía dictar una norma para dar cumplimiento a la sentencia de la CorteIDH⁹⁹. El argumento para solicitar la inconstitucionalidad ya había sido rechazado por la CorteIDH¹⁰⁰; de igual manera, esta recordó al Estado que una forma de levantar la prohibición del método era la emisión de una decisión judicial del Constitucional¹⁰¹.

Se debe destacar que, en este contexto, la CIDH emitió medidas cautelares en favor de un grupo de parejas por considerar que la imposibilidad de acceder al método de FIV podría vulnerar sus derechos¹⁰².

4. Resolución de cumplimiento de sentencia

El 26 de febrero de 2016, la CorteIDH emitió su valoración sobre el estado en que se encontraban las reparaciones ordenadas en la sentencia del caso¹⁰³. Tras analizar la información sometida

98 *Cfr.*, *ibid.*, párr. V.

99 *Cfr.*, *ibid.*, párr. VI.

100 *Cfr.* CorteIDH. *Caso Artavia Murillo y otros...*, resolución de supervisión de cumplimiento..., párrs. 4, 161, 162, 272, 277, 316 y 317. La CorteIDH manifestó que “el efecto prohibitivo que en general causó [esa] sentencia y el análisis realizado en la misma partiendo de una protección absoluta del embrión produjeron una arbitraria y excesiva interferencia a los derechos”.

101 *Cfr.*, *ibid.*, párr. 9.

102 *Cfr.* CIDH. *Asunto Gómez Murillo y otros respecto de Costa Rica*, Medida cautelar N° 617-15, 29 de enero de 2016.

103 *Cfr.* CorteIDH. *Caso Artavia Murillo y otros...*, resolución de supervisión de cumplimiento...

por las partes, recordó que la prohibición de la FIV no puede surtir efectos jurídicos ni constituir un impedimento al acceso de la misma. Además, recordó que debía entenderse que el método estaba autorizado en Costa Rica y se debía permitir su ejercicio¹⁰⁴. También dispuso que se mantuviera vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, sin perjuicio de que el Legislativo emitiera una ley posterior “en apego a los estándares indicados en la Sentencia”¹⁰⁵.

5. Posibilidades del cauce interamericano para la suprajudicialización de la megapolítica

La reacción de la CorteIDH en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de su sentencia, implicó un enfrentamiento de jurisdicciones en la medida en que se ordenó mantener vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S. La Sala Constitucional manifestó públicamente –sin anular o suspender formalmente los efectos de su propia sentencia– que dejaría el tema de lado en la medida que la CorteIDH había zanjado el tema dando nuevamente validez y vigencia al Decreto, reconociendo que era dicha entidad jurisdiccional interamericana la intérprete real y suprema de la CADH¹⁰⁶.

Por su parte, el Ejecutivo midió sus posibilidades y la eficacia jurídica de las acciones emprendidas para implementar el método de FIV. La reacción de la CorteIDH, en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia, reafirmó la posición de dichas acciones para precisamente dar cumplimiento a la sentencia interamericana.

104 *Cfr.*, *ibid.*, resolutive 3.

105 *Ibid.*, resolutive 4.

106 *Cfr.* Avendaño, Manuel A. *Magistrado Luis Fernando Salazar...*

IV. Consulta estratégica, exploraciones de una nueva vía restringida a los actores políticos institucionales

El litigio estratégico en materia de derechos LGTBI+ comienza en los Estados Unidos de América en la década de 1970, cuando una serie de cambios legales y culturales se combinaron para crear las condiciones de su desarrollo. Su base legal fue la jurisprudencia del caso *Griswold contra Connecticut*¹⁰⁷ y su detonante social fue un operativo policial (“redada”) en el bar gay Stonewall en Greenwich Village, Nueva York¹⁰⁸.

Entre los estudios que abordan la práctica del litigio estratégico ante la CorteIDH, se encuentra la investigación de Costa Cardoso¹⁰⁹. La autora demuestra cómo son mayoritariamente las organizaciones no gubernamentales (en adelante ONG) las que acuden al sistema interamericano y brinda algunos ejemplos de su accionar. Explica que el litigio estratégico es *policy oriented* o, lo que es lo mismo, tiene como rasgos fundamentales la promoción de una política pública y su impacto social. Además, las ONG suelen tener temas prioritarios y un presupuesto asignado para los mismos; en cuanto a la elección del caso paradigmático, realizan un trabajo preliminar considerando su potencial impacto social¹¹⁰. Según Costa Cardoso, no se puede generalizar los criterios de selección de casos; estos dependen de los temas

107 Con base al derecho a la privacidad, se lucharía contra la criminalización de las actividades sexuales entre adultos consintientes.

108 Cfr. Andersen, Ellen Ann. *Out of the Closets and into the Courts, Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*, University Michigan Press, Michigan, 2006, pp. 17 a 26.

109 Costa Cardoso, Evorah Lusci. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Análise de casos da Corte Interamericana*, Dissertação de Mestre, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

110 Cfr., *ibid.*, pp. 28 y 29.

prioritarios de cada país¹¹¹. Demuestra también cómo la selección está condicionada por la disponibilidad de financiamiento¹¹². Señala la forma en que las opiniones consultivas pueden integrar los argumentos presentados en los *amicus curiae* (influencia indirecta) y, a la vez, fundamentar casos contenciosos¹¹³. Observa también un aumento en la aceptación de *amicus curiae* en los procedimientos consultivos, que ahora son resumidos e incluidos en el considerando de las opiniones¹¹⁴.

Si bien la autora afirma que las opiniones consultivas no poseen estrategia de impacto social, como argumenta ocurre en los litigios estratégicos¹¹⁵, se considera que por las referidas condiciones políticas y jurídicas en Costa Rica sí habría tal impacto y que, por eso, se puede afirmar que es una “consulta estratégica”. Se configuraría una nueva tipología de procesos judiciales estratégicos, de los cuales el litigio estratégico sería la vía de uso frecuente –función contenciosa de la CorteIDH– y la consulta estratégica, por las limitaciones de su objeto y las condiciones de legitimación activa, la excepción; esta es la función consultiva de la CorteIDH.

Mientras que el caso contencioso se inscribe en una práctica común dentro del sistema interamericano, como es la judicialización activada desde las organizaciones de la sociedad civil, la consulta ilustra una posibilidad que consiste en la activación desde el Poder Ejecutivo. Así las cosas, la primera se identificaría como un ejemplo de litigio estratégico mientras que

111 Por ejemplo, muestra cómo en Colombia la Comisión Colombiana de Juristas ha escogido sus casos en función de la coyuntura política y su agenda, como fue en lo que corresponde a paramilitares e indígenas (cuestión territorial y autonomía).

112 Costa Cardoso, Evorah Lusci. *Litígio Estratégico...*, p. 63.

113 Cfr., *ibid.*, p. 75.

114 Cfr., *ibid.*, p. 79.

115 Cfr., *ibid.*, p. 76.

la segunda –a pesar de compartir características con aquella– presenta aspectos de “consulta estratégica”.

1. Estructura de oportunidad legal

Luz Muñoz y otros¹¹⁶ han analizado los elementos clave de la movilización legal y el litigio estratégico. Explican cómo las ONG se “ven sujetas y condicionadas por la estructura del marco legal vigente para establecer una estrategia de movilización legal”¹¹⁷. Para referirse a este marco, emplean la siguiente denominación: estructura de oportunidad legal.

Muñoz y otros, con base en Rachel A. Cichowski¹¹⁸, explican que la dinámica de litigio comienza con los siguientes dos factores: que exista al menos una norma o procedimiento que protege un derecho explícito o implícito, y que se impulse una acción estratégica a nombre de un individuo o un grupo de interés, para invocar esta regla y hacer un reclamo ante un tribunal¹¹⁹. En el caso bajo análisis, estos dos factores son los derechos protegidos por la CADH y la voluntad de activar la función consultiva de la CorteIDH en favor del colectivo LGTBI+, que supone el conocimiento del bloque de constitucionalidad.

116 Muñoz, Luz y otros. “Sociedad civil y democracia en América Latina: La movilización legal de las OSC en la defensa de los derechos de salud”, *Revue Miroirs*, N° 5, 2017, disponible en <http://www.reuemiroirs.fr/links/5/article6.pdf>, (acceso 18/03/18).

117 *Ibid.*, p.110.

118 Cfr. Cichowski, Rachel A. *The European Court and Civil Society, Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. p. 9.

119 Cfr., *ibid.*

La solicitud de opinión consultiva se enmarca en una lógica del Gobierno costarricense, en lo relativo al impulso de políticas públicas en materia de derechos humanos para tipos de población y temas específicos entre los cuales se encuentran los pueblos indígenas¹²⁰, personas privadas de libertad, personas LGTBI+¹²¹, personas refugiadas¹²² y derechos sexuales y reproductivos¹²³. Este ambiente de promoción de políticas públicas genera un espacio favorable y coherente con la solicitud de la opinión consultiva.

2. La solicitud de la opinión consultiva

El 18 de mayo de 2016, el Estado de Costa Rica solicitó una opinión consultiva a la CorteIDH; esta versó sobre dos temas. En primera instancia, sobre la protección que brindan los artículos 11.2, 18, 24 y 1.1 de la CADH¹²⁴ al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una. En cuanto a este tópico, se requirió la opinión de la CorteIDH sobre la compatibilidad del procedimiento

120 Cfr. Poder Ejecutivo. *Construcción del mecanismo de consulta a pueblos indígenas*, Directriz 042-MP, 4 de marzo de 2016.

121 Cfr. Poder Ejecutivo. *Decreto Ejecutivo N° 38999-MP-RE-JP-SP-MG-H-MAG-MEIC- MINAE- MOPT-MEP-S-MTSSCOMEX- MIDEPLAN-MICITT-MIVAH-MC-TUR-MDHIS-MCM-MIDEPOR*; y Poder Ejecutivo. *Decreto Ejecutivo N° 38999-MP-RE-JP-SP-MG-H-MAG-MEIC- MINAE- MOPT-MEP-S-MTSSCOMEX- MIDEPLAN-MICITT-MIVAH-MC-TUR-MDHIS-MCM-MIDEPOR*, 12 de mayo de 2015.

122 Cfr. Poder Ejecutivo y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Memorando de entendimiento*, enero de 2015.

123 Cfr. Poder Ejecutivo. Decreto N° 39210-MP-S...

124 Protección de la honra y de la dignidad, derecho al nombre, igualdad ante la ley y obligación de respetar los derechos, respectivamente.

establecido en el artículo 54 del Código Civil¹²⁵, relacionado con el procedimiento judicial para el cambio de nombre a partir de la identidad de género. Por otra parte, se consultó sobre la protección brindada por los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH, al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de los vínculos entre personas del mismo sexo.

En lo relativo al derecho a la igualdad y la no discriminación de personas LGTBI+ la CorteIDH determinó que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH¹²⁶. Asimismo, realizó consideraciones vinculadas con los criterios para analizar aquellas diferencias de trato donde se involucran las categorías protegidas¹²⁷.

En lo referente al derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre, la CorteIDH determinó la existencia de un derecho a la identidad del cual se derivan los derechos siguientes: reconocimiento de la personalidad jurídica, cambio del nombre, así como a la adecuación de la imagen y rectificación de la mención del sexo o género en los registros,

125De acuerdo con el artículo 54 del Código Civil, “[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”.

126Cfr. CorteIDH. *Opinión consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, párr. 68.

127Ibid., párr. 81. De acuerdo con la CorteIDH, “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 misma”.

para que sean acordes con la identidad de género autopercibida¹²⁸. La CorteIDH afirmó que si bien los Estados tienen la posibilidad de determinar los procesos más apropiados para los cambios o rectificaciones, la vía administrativa se ajusta en mejor forma a los requisitos de la opinión pues las vías jurisdiccionales –en cambio– podrían ser una limitación excesiva para el solicitante¹²⁹. Por último, sobre el procedimiento la CorteIDH señaló que para garantizar estos derechos “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”¹³⁰.

La CorteIDH reservó el final de la opinión para analizar la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo. De acuerdo con la interpretación realizada, la CADH protege el vínculo familiar que pueda derivar de una relación de una pareja del mismo sexo, así como los derechos patrimoniales y “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”¹³¹.

Finalmente, en lo relativo a los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas, la CorteIDH interpretó que los Estados deben garantizar “el acceso a todas

128Cfr., *ibid.*, párr. 116. La CorteIDH recaló que los procedimientos de solicitud de adecuación de los datos de identidad deben estar dirigidos a la adecuación integral de la identidad autopercibida; deben estar basados en el consentimiento libre e informado; deben ser confidenciales, gratuitos, expeditos y estar exentos de acreditaciones quirúrgicas u hormonales; y deben respetarse los derechos de los niños y las niñas.

129 *Ibid.*, pp. 157 a 161.

130 *Ibid.*, párr. 161.

131 *Ibid.*, párr. 199.

las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos”¹³².

Tras la notificación, el Gobierno costarricense se mostró respetuoso de la investidura de la CorteIDH manifestando que procedería de inmediato a estudiar la forma más efectiva y expedita para hacer cumplir –como Estado– los estándares desarrollados en la resolución¹³³.

Conclusiones

El diseño institucional costarricense ha mostrado ser desequilibrado, dinámico y evolutivo en sus, pronto, 70 años de existencia. El péndulo del poder que en 1949 favoreció a la Asamblea Legislativa, oscilaría hacia la Sala Constitucional en 1989. En definitiva, los avances del derecho internacional de los derechos humanos no han sido aprehendidos por la mayoría de la sociedad costarricense. No solamente lo confirman las encuestas de opinión, sino que también se desprende –por un lado– de la práctica y las agendas programáticas de la mayoría de partidos políticos nacionales representados en el Congreso; por otro lado, del trabajo más reciente de la Sala Constitucional. El caso de esta última es particular pues, a diferencia de su activismo inicial en favor de la libertad, hoy presenta su cara más conservadora en lo relativo a derechos sexuales y reproductivos y derechos de la población LGTBI+. Y para justificarlo, utiliza el principio democrático evitando el reconocimiento de derechos

¹³² *Ibid.*, párr. 229.8.

¹³³ GobiernoCR. *Gobierno recibe opinión consultiva de Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 9 de enero de 2018, disponible en <http://gobierno.cr/gobierno-recibe-opinion-consultiva-de-corte-interamericana-de-derechos-humanos/> (acceso 1/02/2018).

fundamentales reconocidos en las principales democracias liberales del mundo.

Este desfase entre la cúpula judicial nacional, la mayoría conservadora de la Asamblea Legislativa y la agenda pro derechos humanos del Gobierno de Luis Guillermo Solís Rivera, propició un enfrentamiento entre poderes. El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos encontró resistencia en el Legislativo y el Constitucional, en particular en torno a la práctica del método de FIV. Esto motivó el impulso del caso Artavia Murillo y otros en el sistema interamericano, generando confrontación entre los poderes de la república por sus posiciones respecto de la implementación de la sentencia.

Como resultado de este proceso, la Sala Constitucional quedó debilitada ante la CorteIDH al invocar motivos de orden interno para rehuir al cumplimiento de la sentencia. Mientras que el Ejecutivo, al decidir reglamentar el método de FIV, salió fortalecido ante este tribunal supranacional y se posicionó como un actor interno que busca dar cumplimiento efectivo a la CADH.

Es en este contexto que el Ejecutivo decidió solicitar una opinión consultiva en materia de orientación sexual e identidad de género. Este proceso suprajudicializó la megapolítica a través de una “consulta estratégica”. Tal recurso se utilizó de forma extraordinaria o excepcional para resolver una discusión interna en torno a temas complejos para la sociedad costarricense, como lo son tanto los derechos sexuales y reproductivos como los derechos de la diversidad.

Aunque los frutos de la “consulta estratégica” con la que se obtuvo la OC-24/17 comienzan apenas a imaginarse, el uso de este recurso –en el estado actual– desvía la atención de lo que revela: es un síntoma de la necesidad de rediseñar

las instituciones de Costa Rica para establecer relaciones más equilibradas y eficaces entre los poderes.

A modo de reflexión final, confirmada la dimensión estratégica de la consulta por parte del grupo selecto de sujetos legitimados para activarla, es necesario lanzar una discusión interamericana al respecto del acceso a la función consultiva. ¿Debe ampliarse a otros poderes nacionales para reequilibrar las relaciones a nivel interno en los Estados, ya sea por vía de cuestiones prejudiciales o formuladas desde el Poder Legislativo? De ser así, ¿cuáles son las vías para ello? ¿Es pertinente –y posible– una reforma de la CADH? ¿Se debe firmar un protocolo adicional al respecto o un tratado específico entre los países interesados y la CorteIDH? O, incluso, ¿es posible lograr la ampliación de la función consultiva mediante una opinión consultiva? Pensar nuevas vías para revitalizar la legitimidad nacional y regional del sistema interamericano, es necesario; lo que es más: su eficacia depende de ello.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General (Composición 2018)

Presidencia Honoraria
Thomas Buergethal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Wendy Singh
Vicepresidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Mayra Alarcón
Carlos M. Ayala Corao
José Antonio Aylwin Oyarzún
Lorena Balardini
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Carlos Basombrió
Eduardo Bertoni
Allan Brewer Carías
Antonio A. Caçado Trindade
Santiago A. Cantón
Douglass Cassel
Margaret Crahan
Suzana Cavenaghi
Ariel E. Dulitzky
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
María Elena Martínez Salgueiro
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Carlos Portales
Víctor Manuel Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mitchell A. Seligson
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leao

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Margarette May Macaulay
Esmeralda Arosemena de Troitiño
Luis Ernesto Vargas Silva
Francisco Eguiguren Praeli
Joel Hernández García
Antonia Urrejola
Flávia Piovesan

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eduardo Vio Grossi
Roberto F. Caldas
Humberto Antonio Sierra Porto
Elizabeth Odio Benito
Eugenio Raúl Zaffaroni
Leoncio Patricio Pazmiño Freire

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos