



Estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género: interpretación evolutiva en el derecho interamericano*

Raúl Fernando Núñez Marín**

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2017

Fecha de evaluación: 24 de abril de 2018

Fecha de aprobación: 31 de julio de 2018

Artículo de reflexión

Resumen: La discusión jurídica frente a los derechos de las minorías se encuentra en pleno auge. Tanto los sistemas domésticos como los sistemas de derecho internacional se enfrentan a los retos de un mundo cada vez más diverso, en el que la distinción entre mayorías y minorías tiende a ser innecesaria. Es así como la temática de los derechos de las comunidades LGBTI cobra vigencia. El derecho internacional ha fijado estándares que permiten dar una interpretación amplia y evolutiva a sus derechos, basándose en nuevos conceptos sobre la orientación sexual y la identidad de género, en lo referente a la igualdad, y, como consecuencia de sus derechos al matrimonio y a la familia. Su análisis requiere del uso de fuentes formales y de *soft law*, así como del derecho comparado.

Palabras clave: derecho a la familia; igualdad y no discriminación; matrimonio; orientación sexual e identidad de género; sistema interamericano.

Cómo citar: Núñez, R. (2019). Estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género. Interpretación evolutiva en el derecho interamericano. *Revista Prolegómenos*, 22(43), 9-20.

* Este artículo surgió de la línea de Derechos Humanos y Justicia del Grupo de Investigación ijud de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali, con la colaboración del Semillero de Derecho Internacional y Derechos Humanos Antonio Cancado Trindade.

** Abogado, especialista en Derechos Humanos y Derecho internacional. Magíster en Derecho. Candidato a doctor por la Universidad de Buenos Aires. Filiación institucional: Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Correo electrónico: rfnunez@javerianacali.edu.co

International Standards on Sexual Orientation and Gender Identity: Evolutionary Interpretation within Inter-American Law

Abstract: The legal discussion on minority rights is booming. Both domestic and international law systems face the challenges of an increasingly diverse world, in which the distinction between majorities and minorities tends to become inconsequential. Within this context, the matter of LGBTI community rights gains relevance. International law has set standards for a broad and evolutionary interpretation of these rights, rooted in new sexual orientation and gender identity concepts, in terms of equality, and as a consequence of their rights to marry and found a family. Analyzing these rights requires the use of formal sources and soft law as well as comparative law.

Keywords: Right to Found a Family; Equality and Non-Discrimination; Marriage; Sexual Orientation and Gender Identity; Inter-American System.

Padrões internacionais de orientação sexual e identidade de gênero: Interpretação evolutiva no direito interamericano

Resumo: A discussão jurídica sobre os direitos das minorias está crescendo. Os sistemas de leis nacionais e internacionais enfrentam os desafios de um mundo cada vez mais diversificado, no qual a distinção entre majorias e minorias tende a se tornar desnecessária. Nesse contexto, a questão dos direitos das comunidades LGBTI ganha relevância. O direito internacional estabeleceu padrões para uma interpretação ampla e evolutiva desses direitos, enraizada em novos conceitos de orientação sexual e identidade de gênero, em termos de igualdade e como uma consequência de seus direitos de se casar e de formar família. A análise desses direitos requer o uso de fontes formais e soft law, bem como de lei comparativa.

Palavras-chave: direito a família; igualdade e não discriminação; casamento; orientação sexual e identidade de gênero; sistema interamericano.

Introducción

La sexualidad y el género han sido históricamente limitados a consideraciones de orden biológico y psicológico, en tanto se ha analizado como un asunto que parte desde consideraciones anatómicas y culmina con la expresión sexual del individuo en sociedad. No obstante, al identificarse sus incidencias sociales, el derecho ha ofrecido un marco regulatorio que excede del simple reconocimiento de la asignación original del sexo —masculino y femenino— para atender la expresión de la identidad sexual de las personas.

La atención jurídica que ha suscitado este tema ha pasado por diversas etapas, entre las cuales consideramos importante resaltar tres: la represión penal, la discriminación estructural y el progresivo reconocimiento de la igualdad en sus derechos. Transversal a estas etapas, debe reconocerse el surgimiento del colectivo LGBT.

Este artículo tiene como objetivo evidenciar los estándares en materia de derecho internacional de los derechos humanos, haciendo uso de los pronunciamientos de los tribunales regionales de derechos humanos (Corte Interamericana y Tribunal Europeo), y los órganos convencionales del Sistema de Naciones Unidas. Del mismo modo, es relevante para la discusión emplear algunas fuentes de *soft law*, pues han sido referente obligado en los procesos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como elementos de motivación para la política pública y las decisiones judiciales de los más altos tribunales del continente.

Así mismo, es del objeto de este artículo evidenciar la aplicación de estos estándares a través de pronunciamientos esenciales de la Corte Constitucional colombiana en temas como el derecho al matrimonio igualitario y la adopción de parejas homoparentales. Ahora bien, a pesar del enfoque propuesto, es necesario aclarar que restringir la protección de la comunidad LGBTI al reconocimiento de su igualdad esencial es limitado, pues no puede olvidarse que, aunque a simple vista las luchas jurídicas de la comunidad LGBTI parecieran priorizar la reivindicación del matrimonio igualitario y de la adopción, en la mayor parte de Estados americanos persiste una exclusión social de base

en su contra, que afecta con más fuerza a un gran número de miembros de esta comunidad (Pulecio, 2011, p. 239).

Para introducir el análisis de los estándares, es relevante hacer ciertas precisiones sobre conceptos transversales a toda esta investigación. En un primer lugar, están los conceptos de sexo y género. Valga decir que, coloquialmente e incluso en ciertos pronunciamientos técnicos, el concepto de sexo suele ser englobado con el de género. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha entendido que este incluye no solo las características fisiológicas, sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género (Naciones Unidas, 2009, p. 20). No obstante, en aras de lograr una mayor claridad, optamos por evidenciar la diferencia así: el sexo se refiere a las diferencias biológicas y fisiológicas que definen a un ser humano como hombre o como mujer. Por oposición, el género hace referencia a las identidades, funciones y atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre, así como el significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas (Naciones Unidas, 2010, p. 5).

En segundo lugar, está el concepto de identidad de género. Se entiende por identidad de género la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Esto incluye la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Principios de Yogyakarta, 2006, p. 6). En otras palabras, es la autodeterminación como hombre o mujer sobre la base de lo que culturalmente se entiende por tal (García-Leiva, 2005, p. 73).

En desarrollo de la identidad de género, una persona puede autodeterminarse como transexual, lo que implica que, a pesar de corresponder físicamente a un sexo, posee el sentimiento de pertenecer a otro (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], 1986). Es posible, entonces, que opte por transformar y adaptar su realidad física

de acuerdo con lo que ordena su realidad psicológica para así satisfacer sus creencias más internas, invocando la convicción de que su verdadera identidad de género es contraria a su sexo biológico (Millot, 1984, p. 14).

Finalmente, está el concepto de orientación sexual. Según los Principios de Yogyakarta (2006):

La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. (p. 6)

Esta categoría permite identificar que el homosexualismo se traduce en la capacidad que tiene una persona de sentirse atraída por personas de su mismo género, así como la posibilidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con esas personas.

Problema de investigación y metodología

El problema de investigación que nos permitirá satisfacer los objetivos planteados es determinar si el reconocimiento de estas categorías implica la protección correlativa de los derechos reconocidos convencional y constitucionalmente, en especial en lo que se refiere al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.

La protección jurídica a la orientación sexual y la identidad de género encuentra asidero sobre tres núcleos esenciales del *corpus juris internacional* de los derechos humanos: (i) la igualdad y no discriminación, (ii) la vida privada y familiar, y (iii) el matrimonio. En ese sentido, la metodología empleada será el análisis de los estándares existentes en el derecho internacional de los derechos humanos en materia de estas dos categorías protegidas, haciendo énfasis en los tres núcleos reseñados.

El derecho a la igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación irradia todos los sistemas de protección a derechos

humanos, lo que se evidencia en su incorporación en todos los tratados regionales y universales en la materia. Más aún, debido a su importancia, este principio pertenece al dominio del *ius cogens* al incorporar valores fundamentales para la comunidad internacional, que, por su interés superior, excede de los límites de la voluntad de los Estados (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CrIDH], 2003).

Por otra parte, el desarrollo del principio de igualdad ha propiciado puntualizar el concepto de discriminación, que nace en las consideraciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al sostener, en su Observación General n.º 18 (1989) que se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. A partir de lo dicho, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva n.º 18 (2003), concluyó que se considera discriminatoria “cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificación objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados”.

Los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana recogen el principio de igualdad y no discriminación, al prohibir expresamente la existencia de distinción con motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

No obstante, la Corte IDH ha sido enfática en afirmar que el listado allí contenido es de carácter exclusivamente enunciativo, mas no taxativo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2012, p. 4), de allí que la expresión “otra condición social” abre la posibilidad de incorporar otro tipo de categorías que no estén señaladas pero que compartan los elementos de represión histórica y estructural, obligando a la

Corte a interpretar esa expresión con base en la opción que resulte más favorable para la persona de la mano con la evolución de los derechos humanos en el sistema internacional contemporáneo (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CrIDH], 1999, p. 115).

Con base en lo anterior, y al amparo de ciertos análisis previos del Comité de Derechos Humanos (1992a, p. 16; 1992b, pp. 8 y 7) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1999, p. 28; 2003a, p. 5), la Corte IDH estableció en el caso *Atala Riffo y otras* que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención y, en consecuencia, sostuvo que está proscrita por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. Por lo tanto, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, en modo alguno, los derechos de una persona en razón de su orientación sexual (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CrIDH], 2012).

Es importante aclarar que la obligación impuesta en virtud del artículo 1.1 de la Convención a las personas de orientación sexual diversa parte de la autodeterminación del individuo como perteneciente a dicha categoría. Sin embargo, el principio general de igualdad implica la prohibición de discriminación aun por percepción, pues esta tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si esta se autoidentifica o no con una determinada categoría (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CrIDH], 2016a, p. 120).

Ahora bien, la Corte sentenció que la ausencia de consenso al interior de los Estados sobre el reconocimiento de los derechos de las personas pertenecientes al colectivo LGBTI no era óbice para su protección, siendo esta una postura reiterada en las dos sentencias sobre la misma temática que fueron proferidas de forma posterior al caso *Atala Riffo y otras*, 'los casos *Duque vs. Colombia* (2016b) y *Flor Freire vs. Ecuador* (2016a)'. Empero, esta postura

no es unánime, pues su homóloga europea predica una doctrina que ha servido de base teórica para la férrea oposición ejercida por los detractores del reconocimiento igualitario de derechos a las personas de orientación sexual diversa: el margen de apreciación.

El margen de apreciación permite a los Estados el ejercicio de cierto grado de autonomía en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales con fundamento en su realidad sociocultural y la ausencia de consenso internacional en la materia, bajo la premisa de que son las autoridades nacionales las que están en una mejor posición que los tribunales internacionales para determinar la posibilidad de aceptación de un determinado mandato.

Así, en el primer caso conocido por el TEDH al respecto, el caso *Mata Estévez* (2001), contra España en el año 2001, relativo a la negativa del Estado de considerar como beneficiario de las prestaciones derivadas de la seguridad social al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, el Tribunal declaró inadmisibile el caso y estimó que aún existía un gran margen de apreciación para los Estados, dentro del cual encontraba legítima la distinción que excluía de los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo en aras de proteger a la familia fundada en las uniones tradicionales entre hombre y mujer. Lo anterior, independientemente del reconocimiento logrado por las parejas homoparentales en algunos Estados parte del Convenio.

No obstante, la postura del TEDH encontró nuevos matices en años posteriores. En el caso *Karner contra Polonia* (2003b), relativo a la subrogación de un contrato de arrendamiento entre supérstites de las parejas del mismo sexo, el TEDH, adicional a considerar la legitimidad de la medida, tomó en consideración aspectos del llamado “test de proporcionalidad”, en el sentido de que verificó que la medida discriminatoria fuese a su vez necesaria para considerarse legítima a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Estas variaciones se han visto aún con mayor claridad al analizarse en atención a casos relacionados con la protección de la vida familiar y el reconocimiento legal de las uniones homosexuales.

Derecho a la vida privada y familiar

El artículo 11 de la Convención Americana establece el derecho de toda persona a que proteja su honra y se le reconozca su dignidad. Al respecto, enseña la Corte IDH que dentro de su contenido se encuentra protegida la vida privada (2009, p. 113), que blinda a la persona de cualquier intervención arbitraria e ilegal que interrumpa su normal desenvolvimiento. Entendida desde un punto de vista más amplio (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], 1985, p. 22), esta protección comprende, entre otros ámbitos, la vida sexual (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], 1981, p. 41) y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CrIDH], 2010, p. 129).

Ahora bien, la vida privada, según ha sido desarrollada en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, comprende las esferas de la intimidad y autonomía del individuo, entre las que se incluyen su personalidad, identidad, las decisiones que tome sobre su vida sexual o afectiva, sus relaciones personales y familiares y el desarrollo de su plan de vida de acuerdo con sus propias convicciones, sean o no toleradas por la mayoría (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2012). Es decir, existe una íntima relación entre el derecho al respeto a la vida privada y la protección a la familia, que ha sido reconocida por el artículo 17 de la Convención Americana como el “elemento natural y fundamental de la sociedad”. En los mismos términos es señalada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 19 (Naciones Unidas, 1990).

Al contrastar la protección del derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales con el mencionado criterio del margen de apreciación, debemos tener en consideración lo esgrimido por el TEDH en el reciente caso *Schalk y Kopf* (2010), en el cual, a la vista de la tendencia garantista en varios Estados europeos y en disposiciones de la UE hacia el reconocimiento legal de las relaciones estables entre personas del mismo sexo y a incluirlas

en la noción de “familia”, el alto tribunal consideró pertinente modificar su *jurisprudence constante* y afirmar que la relación estable de facto de una pareja del mismo sexo se engloba en la noción de “vida familiar”, y, al igual que la de personas de diferente sexo, necesita reconocimiento y protección legal por parte del Estado.

Por lo tanto, es clara la modificación de los términos empleados, pues ya no reconoce un gran margen de apreciación, como en el caso *Mata Estévez*, sino un limitado margen de apreciación, por lo que la posibilidad de aducir a tal doctrina como justificante de las decisiones de derecho interno se ve reducida, dando cabida a la protección efectiva del derecho a la vida privada y familiar. Con posterioridad, en el caso *Söderman contra Suecia* (2013b), el TEDH sostuvo que en lo que se refiere a las facetas particulares de la existencia de los individuos y su propia identidad, así como a las actividades relacionadas con la vida íntima y privada, el margen de apreciación es considerablemente más reducido.

A su vez, la Corte Interamericana apropió estas consideraciones y en el ya mencionado caso *Atala Riffo* (2012, p. 174) concluyó que la “vida familiar” o la “vida en familia” también debe ser respetada a las parejas del mismo sexo u orientación sexual diversa que conviven en una relación, bien sea *de facto* o *de jure*, sin diferencias sustanciales respecto de las formadas por personas de diferente género. Posteriormente, en la Opinión Consultiva n.º 24 (2017) sostuvo la Corte que “es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención” (p. 191).

En el mismo sentido, el principio 24 de los Principios de Yogyakarta (2006) reconoce que:

Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

Por tal motivo, los Estados deben velar por que se reconozcan las diversas formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por

consanguinidad o matrimonio, por lo que deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género (Principios de Yogyakarta, 2006, p. 12).

Derecho al matrimonio

El derecho a contraer matrimonio se encuentra reconocido en el artículo 17.2 de la Convención Americana en los siguientes términos:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Partiendo del hecho de que el reconocimiento del derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo es uno de los asuntos más controversiales en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, el cual se encuentra además lejos de la consolidación de un estándar internacional, procederemos a analizar si, desde alguna de las reglas generales de interpretación del derecho internacional, puede concluirse que dicho derecho se pregona de las parejas del mismo sexo. Así mismo, expondremos las consideraciones que sobre la materia ha elaborado la jurisprudencia internacional.

De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la interpretación de los tratados internacionales debe hacerse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. La aplicación de esta regla permite concluir que, al ser la orientación sexual una categoría protegida por el derecho internacional de los derechos humanos, una diferenciación realizada por este motivo no puede considerarse válida, y, por lo tanto, al tenor literal del artículo 17.2 puede concluirse que la Convención reconoce el derecho al matrimonio igualitario.

Sin embargo, es hermenéuticamente válido concluir que el artículo 17.2 hace referencia al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio entre sí, por lo cual la interpretación literal no resulta, *per se*, suficiente para afirmar que existe una obligación en cabeza de los Estados de permitir y favorecer el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Ahora bien, los tratados sobre derechos humanos tienen la particularidad de ser instrumentos vivos que deben adaptarse a los diversos cambios sociales. De ahí que la interpretación de estos instrumentos no puede permanecer pétrea y debe efectuarse conforme con la evolución de los tiempos y las necesidades sociales del momento (Tribe & Dorf, 2017, p. 44; Gardiner, 2015, pp. 241-242).

En 2013, en el caso *Vallianatos y otros* contra Grecia, el TEDH (2013a) incluye la noción de interpretación evolutiva en lo referente a los fines que persiguen las medidas estatales que generan restricciones al reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, lo que en definitiva redundaría en la reducción del margen de apreciación que le asiste a los Estados para atender las obligaciones internacionales emergentes frente a las minorías sexuales, tanto en lo relativo a la protección de las relaciones entre parejas del mismo sexo como en los demás derechos frente a los cuales han sido históricamente excluidos.

Corolario de los anteriores avances, en la sentencia al caso *Oliari y otros* contra Italia (2015), el Tribunal Europeo entró a analizar el estado de incertidumbre que sufren las parejas del mismo sexo en un Estado donde no existe una forma de reconocimiento jurídico que prevenga eventuales exclusiones injustificadas de los derechos reconocidos a las parejas heterosexuales que se encuentren en condiciones análogas.

En ese sentido, el Tribunal sostiene que la falta de reconocimiento de estas uniones, adicional a generar problemas legales y prácticos, también excluye a las parejas del mismo sexo de tener un ritual público en el que puedan, ante la atención de la ley, asumir deberes concretos entre sí. Estas uniones, igualmente, proveen legitimidad social y

aceptación, pues empoderan a las parejas del mismo sexo frente al derecho que les asiste, en igualdad de condiciones con las personas heterosexuales, de vivir libremente y manifestar sus proyectos de vida a través de las relaciones interpersonales, tanto públicamente como de forma privada.

Bajo esa línea argumentativa, el Tribunal consideró relevante estudiar algunas de las figuras jurídicas adoptadas en ciertos Estados europeos a disposición de las parejas del mismo sexo para amparar sus uniones. Al respecto, sentenció que los acuerdos privados, empleados en algunos Estados para otorgar reconocimiento a las parejas del mismo sexo deben tener como fin específico el reconocimiento y la protección de las parejas, buscando otorgar certeza no solo de sus derechos, sino también de los deberes existentes entre sí.

Del mismo modo, sostuvo que los acuerdos aludidos no deben estar basados en la cohabitación de la pareja, pues la existencia de una unión estable que constituya una forma de vida privada y familiar, y que deba ser protegida por la Convención, supera este aspecto meramente formal. No obstante, debe tenerse en cuenta que las diferencias existentes entre esta figura y el matrimonio formalmente considerado no pueden superar los límites del fin legítimo y el test de proporcionalidad, en atención al margen de apreciación, que, si bien es estrecho, le asiste a los Estados para la regulación de asuntos sensibles como la conformación de un núcleo familiar.

En conclusión, es importante destacar que hasta la fecha el TEDH no ha elevado al nivel de una obligación internacional, exigible por mérito del Convenio Europeo, el que los Estados garanticen el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, por tratarse de un asunto inherentemente relacionado con la identidad de los individuos, si bien ha reconocido la existencia de un margen de apreciación, lo ha hecho de forma restrictiva, en tanto que los fines que pueden alegar los Estados para excluir a las parejas homosexuales de tal posibilidad deben evaluarse de forma evolutiva y bajo un estricto test de proporcionalidad.

Por otro lado, recientemente la Corte IDH ha analizado el alcance del artículo 17.2 de la Convención Americana. En la Opinión Consultiva n.º 24

(2017) sobre 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, la Corte sostuvo que:

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

Así las cosas, el Tribunal afirma posteriormente que crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación (2017, p. 224). En virtud de lo expuesto, concluyó el tribunal que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. (p. 228)

Lo anterior nos permite señalar que puede considerarse *jurisprudence constante*, el que los Estados tengan una obligación efectiva tendiente al reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales, que permita el establecimiento certero de las obligaciones y los derechos que le asisten a las parejas, así como a los individuos dentro de ella. En definitiva,

es un hecho irrefutable que las parejas del mismo sexo pueden constituir un núcleo familiar indistintamente de la institución jurídica que ampare su vínculo, aunque se prefiere que el mecanismo empleado para ello sea el matrimonio civil.

La conclusión que arrojan las anteriores consideraciones es la existencia de un derecho humano al matrimonio, del cual no pueden ser excluidas las personas con motivo de su orientación sexual, lo que genera una obligación correlativa al tenor de los artículos 1.1 y 2 de la CADH de respetar, garantizar y adecuar el derecho interno para asegurar el efectivo goce de este derecho.

Ahora bien, consideramos relevante sostener que el núcleo del derecho a contraer matrimonio se refiere al reconocimiento jurídico de la unión, lo que garantiza la seguridad jurídica de las parejas homosexuales en lo que se refiere a los derechos y obligaciones que se derivan del vínculo legal. Lo anterior, para concluir que, a falta de reconocimiento del derecho al matrimonio, de manera transitoria es indispensable asegurar una figura legal que cubra las uniones de personas del mismo sexo, pues aunque, por motivos suficientemente justificados y objetivos, al interior de un Estado en particular se excluya a las parejas del mismo sexo, estas limitaciones no pueden hacer nugatorio este contenido esencial.

Por otro lado, no reconocer a las parejas homosexuales como familia, más allá de la institución jurídica, tiene implicaciones en el derecho a la identidad de las personas excluidas, pues, aunque este derecho no es reconocido expresamente en la CADH, a través de varios votos disidentes de los magistrados Manuel Ventura Robles y Antônio Cançado Trindade (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CrIDH], 2005a), se ha venido construyendo su alcance y contenido.

La identidad personal trasciende los aspectos estrictamente biológicos y abarca elementos como el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, social y familiar (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CrIDH], 2005b). En ese orden de ideas, la constitución de una familia por parte de parejas homosexuales juega un papel determinante en sus vidas, negarles tal posibilidad es excluir la

oportunidad de asumir un rol que se corresponda con su capacidad de autodeterminación en la sociedad y a no refundar su experiencia histórica en compañía de otra persona (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CrIDH], 2011, p. 113).

Implementación nacional

La Corte Constitucional colombiana ha sido abandonada de la protección de las minorías en el continente y, especialmente frente a los derechos de las minorías sexuales, ha promovido una modificación estructural del marco regulatorio nacional, erradicando las normas represivas de las expresiones del género y progresivamente reconociendo la igualdad general en los derechos patrimoniales, sin embargo, para los efectos de este artículo, evidenciaremos la implementación de los estándares anteriormente enunciados a dos asuntos de suma importancia: (i) el matrimonio igualitario; y, (ii) la adopción por parte de personas de orientación sexual diversa.

Derecho al matrimonio igualitario

La Corte Constitucional dio su primer paso para el reconocimiento jurídico de las uniones entre homosexuales a través de la Sentencia C-577/11 (2011), al permitirles celebrar contratos innominados que ofrecieran certeza sobre el contenido obligacional, así como los derechos correlativos, derivado de la convivencia estable entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, dicha medida degeneró en una situación discriminatoria, como bien lo señaló en la sentencia SU-214/16 (2016), pues es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no solo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (mediante un contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho

a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de este.

Así pues, el *quid iuris* del matrimonio no se determina por quienes lo conforman, sino por la finalidad que representa el libre ejercicio del derecho a formar una comunidad de vida. Así, el objetivo constitucionalmente perseguido por el matrimonio es constituir la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad. Sobre este aspecto conviene precisar que los fines del matrimonio no son exclusivamente el desarrollo de la sexualidad o la procreación, sino, en esencia, la consolidación de lazos de voluntad o convivencia, que permiten conformar una familia (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

Por ende, el máximo tribunal colombiano concluyó que, al amparo de la Constitución de 1991, no era admisible la exclusión de las parejas del mismo sexo del régimen legal del matrimonio.

Adopción por parte de personas de orientación sexual diversa

El análisis de constitucionalidad que realizó la Corte para determinar que las parejas homosexuales podían aspirar a ser adoptantes partió de reconocer como punto de partida el principio del interés superior del menor. Ello se explica por cuanto los procesos de adopción están principalmente orientados a brindar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales, “de ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia” (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

La anterior premisa exigió a la Corte determinar el alcance de la expresión familiar, para lo cual se remitió a la Convención sobre Derechos del Niño, al reconocer que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. De allí que la noción de familia no podía sujetarse a una asignación histórica y cultural concreta, sino que debe reflejar las

condiciones actuales en que pretende desarrollarse la regulación, por lo que “el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política, bien sea en aquellas formadas por vínculos jurídicos, en las que surgen de vínculos naturales o en las que se estructuran alrededor de la voluntad responsable de sus integrantes” (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

Por otra parte, la Corte se sirvió de estudios científicos y de derecho comparado que permitieron afirmar que muchos Estados y algunas instancias internacionales han autorizado la adopción de menores por parte de personas solteras con orientación sexual diversa o de parejas del mismo sexo, lo que ha sido logrado a través de iniciativas legislativas¹ o en decisiones judiciales².

Por su parte, los estudios científicos aducidos no permitían concluir que existiese alguna forma de incapacidad que impidiese a las parejas del

1 Son ellos, entre otros: Holanda (2000), Inglaterra y Gales (2002), Suecia (2003), España y Andorra (2005), Canadá (2005), Bélgica (2006), Noruega (2008), Escocia (2009), Finlandia (2009), México (2009), Uruguay (2009), Dinamarca (2009), Argentina (2010), Islandia (2010), Nueva Zelanda (2013), Irlanda del Norte (2013), Francia (2013), Luxemburgo (2014) y Austria (2013). En Estados Unidos, este derecho ha sido reconocido en 22 de los 50 Estados Federados (Rhode Island, Washington, D.C., Nueva Jersey, Vermont, Nueva York, Oregón, California, Massachusetts, Colorado, Indiana, Connecticut, Nuevo Hampshire, Washington, Iowa, Nevada, Illinois, Maine, Maryland, Delaware, Minnesota, Hawái, Nuevo México, Pennsylvania).

2 Los países que han aprobado la adopción por parte de parejas del mismo sexo en sus diferentes modalidades, a través de decisiones judiciales, son, entre otros: (i) Sudáfrica, mediante la sentencia del 10 de septiembre de 2002, proferida por la Corte Constitucional; (ii) Israel, en la sentencia del 10 de enero de 2005, dictada por la Corte Suprema de Apelaciones; (iii) Brasil, en la sentencia del 27 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Superior de Justicia (STJ); y (iv) Alemania, a través de la sentencia del 19 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Constitucional Federal. También debe mencionarse (v) Austria, que por sentencia de 11 de diciembre de 2014 autorizó la adopción conjunta de parejas del mismo sexo, inicialmente prohibida en la legislación aprobada en 2013.

mismo sexo constituirse como familia, sin importar el vínculo legal, para ofrecer al menor las condiciones del hogar adoptante idóneo, toda vez que la determinación del interés superior de niño, en los casos de cuidado y custodia, “se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, 2012).

Conclusiones

Los estándares fijados en el derecho internacional de los derechos humanos son un reflejo fehaciente del carácter evolutivo de las normas jurídicas que ponen en entredicho el contenido de nuestros sistemas democráticos. En ese sentido, la jurisprudencia internacional no debe ser vista como una imposición foránea de estándares desprovistos de legitimidad democrática, sino como oportunidades para la adaptación del derecho nacional a las dinámicas propias de la protección internacional de los derechos humanos. En ese sentido, los mecanismos de implementación en el derecho nacional, como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, se ofrecen como herramientas valiosas para agilizar dicho proceso de adaptación que se mantiene en constante movimiento, siempre hacia la progresiva protección de todas las personas al interior de los Estados.

En ese sentido, las conquistas logradas en los tribunales internacionales por el colectivo LGBTI no deben ser obviadas por los jueces domésticos, ni por las autoridades legislativas o administrativas, pues su correcta aplicación permitirá el establecimiento de medidas transformadoras de los órdenes internos y desarrollarán una pedagogía del cambio desde la educación en derechos.

Referencias

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2012). *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género, algunos términos y estándares relevantes*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-510/03*. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-292/04*. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-577/11*. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia SU-214/16*. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (1999). *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva oc-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva oc-18/03 del 17 de septiembre. Serie A n.º 18.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2005a). *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de marzo de 2005. Serie C n.º 120. Voto Disidente del juez Manuel E. Ventura Robles.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2005b). *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. Voto disidente conjunto de los jueces Antonio Cancado Trindade y Manuel Ventura Robles.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2009). *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C n.º 200.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2010). *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2011). *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2012). *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2016a). *Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C n.º 315.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2016b). *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CrIDH. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017*. Serie A n.º 24.
- García-Leiva, P. (2005). Identidad de Género: Modelos Explicativos. *Escritos de Psicología*, 7, 71-81.
- Gardiner, R. (2015). *Treaty Interpretation* (2nd ed.). Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- Millot, C. (1984). *Ensayo sobre el transexualismo*. Buenos Aires: Ediciones Paradiso.
- Naciones Unidas. (1989). Comité de Derechos Humanos. Observación General n.º 18: No discriminación. 37º período de sesiones.
- Naciones Unidas. (1992a). Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5.
- Naciones Unidas. (1992b). *Comité de Derechos Humanos, Caso Toonen vs. Australia*. Comunicación n.º 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.
- Naciones Unidas. (2009). *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General n.º 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. E/C.12/GC/20.
- Naciones Unidas. (2010). *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general n.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. CEDAW/C/GC/28.
- Principios de Yogyakarta. (2006). *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*.
- Pulecio, M. (2011). Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Análisis Internacional*, 3, 239-259. Recuperado de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/70>
- Tribe, L. y Dorf, M. (2017). *Interpretando la Constitución*. Lima: Palestra Editores.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (1981). *Case of Dudgeon v. the United Kingdom*. (App no 7525/76). Estrasburgo, 22 de octubre de 1981.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (1985). *Case of X and Y v. the Netherlands*. (App no 8978/80). Estrasburgo, 26 de marzo de 1985.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (1986). *Case of Rees v. UK*. (App n.º 9532/81). Estrasburgo 17 de octubre de 1986.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (1999). *Case of Salgueiro da Silva Mouta v Portugal*. (App n.º 33290/96). Estrasburgo, 21 de diciembre de 1999.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (2001). *Case of Mata Estevez v. Spain*. (App n.º 56501/00). Estrasburgo, 10 de mayo de 2001.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (2003a). *Case of L. and V. v Austria*. (App n.º 39392/98, 39829/98). Estrasburgo, 9 de enero de 2003.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (2003b). *Case of Karner v Austria*. (App n.º 40016/98). Estrasburgo, 24 de julio de 2003.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (2010). *Case of Schalk and Kopf v Austria*. (App n.º 30141/04). Estrasburgo, 24 de junio de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (2013a). *Case of Vallianatos and Others v Greece*. (App n.º 29381/09, 32684/09). Estrasburgo, 7 de noviembre de 2013.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (2013b). *Case of Söderman v Sweden*. (App n.º 5786/08). Estrasburgo, 12 de noviembre de 2013.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. (2015). *Case of Oliari and Others v Italy*. (App n.º 18766/11, 36030/11). Estrasburgo, 21 de octubre de 2015.