



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

NUEVA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO (OC-24/17).

El presente documento, que resume los aspectos principales de la **Opinión Consultiva OC-24/17** —emitida el 24 de noviembre de 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”), hecha pública el 9 de enero de 2018— ha sido elaborado por la Dirección General de Derechos Humanos y la Dirección General de Políticas de Género con el objeto de contribuir a la labor fiscal y profundizar la perspectiva de diversidad sexual e identidad de género en las intervenciones y políticas públicas de este organismo.

En los últimos años, el derecho internacional de los derechos humanos se ha hecho eco de las prácticas de discriminación y de violencia que sufren las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (LGBTI) y ha desarrollado estándares específicos para la promoción y protección de derechos de esta población. En efecto, si bien no se cuenta con una convención internacional específica, los órganos de protección de derechos humanos se han encargado, a través de distintos instrumentos, de calificar a la orientación sexual e identidad de género como una de las categorías de discriminación prohibida y han favorecido la promoción de políticas tuitivas hacia estas diversidades¹. La nueva opinión consultiva de la Corte IDH se inscribe en este proceso.

Argentina cuenta con un robusto bloque normativo que establece la igualdad entre las familias conformadas por personas de igual o distinto sexo, y la prohibición de hacer distingo en las interpretaciones o aplicaciones de las leyes, en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los derechos y obligaciones. En particular, la Ley de Identidad de Género (n° 26.743) garantiza el pleno acceso y goce de los derechos a las personas trans, considerando también a aquellas personas que se autoperciben con un género distinto al asignado al nacer.

¹ En efecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, del 22 de diciembre de 2008, que reafirma el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. En igual sentido, la Asamblea General de la OEA aprobó otras resoluciones que instan a los Estados Miembros a eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra las personas LGBTI. A su vez, la Corte IDH, en el caso “Atala Riffo y Niña vs. Chile”, en su considerando 93, estableció que “Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual” Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Por su parte, en marzo de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decidió incluir como tema prioritario a los derechos de las personas LGBTI y emitió el informe “Violencia hacia las personas LGBTI”.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En términos generales, la relevancia de este pronunciamiento del máximo tribunal interamericano consiste en sostener y profundizar estos avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En particular, la Opinión Consultiva OC 24/17 se destaca por considerar a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y por resaltar el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación a una amplia lista de derechos (derechos laborales, relacionados con la seguridad social, derechos de familia, entre otros) de esta población históricamente discriminada y estigmatizada.

Proceso de elaboración de la opinión consultiva. Intervención del MPF

En el año 2016, el Estado de Costa Rica solicitó una opinión consultiva, a fin de que la Corte IDH se expida acerca del alcance del derecho a la identidad de género, el derecho a cambiar el nombre a partir de la identidad de género y sobre el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo, según los estándares que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos².

El tribunal regional aceptó la solicitud y realizó una invitación abierta a todas/os las/os interesadas/os a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Al respecto, este Ministerio Público Fiscal participó del procedimiento mediante el documento [“Observaciones del Ministerio Público Fiscal de la República Argentina a la solicitud de Opinión Consultiva formulada por el Estado de Costa Rica”](#), elaborado por la Dirección General de Políticas de Género y la Dirección General de Derechos Humanos.

Para confeccionar ese documento, se relevó información de las distintas fiscalías y dependencias que integran el organismo. Los aportes del MPF dieron cuenta de los avances que se produjeron en Argentina a partir de la sanción de la ley n° 26.743 y brindaron argumentos jurídicos para contribuir a precisar el alcance del derecho a la identidad de género en el ámbito judicial. Asimismo, pusieron de manifiesto algunas dificultades en el cumplimiento de las disposiciones relativas al deber de trato digno de las personas trans en el sistema de administración de justicia, a la vez que se advirtió acerca del impacto de esta situación sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la garantías del debido proceso legal.

² Costa Rica solicitó al tribunal interamericano que se expidiera sobre “[L]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH respecto del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una; b. [L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N° 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención; c. [L]a protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Valor de las opiniones consultivas

El propósito de las opiniones consultivas es interpretar el cuerpo normativo interamericano³. Desde sus comienzos, la Corte IDH se ha servido de esta función para desarrollar una interpretación *pro homine* sobre los derechos involucrados en las consultas. Basta leer detenidamente algunas de ellas para advertir la importancia de esta vía interpretativa de la Corte IDH y su incidencia directa en la real vigencia de los derechos humanos. Desde el año 1982, año en que dictó la primera, la Corte Interamericana ha elaborado 24 opiniones consultivas.

Recientemente, el tribunal regional se ha referido al valor de las opiniones consultivas al establecer que “es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’”⁴.

Por lo demás, es profusa la jurisprudencia del Máximo Tribunal de Justicia de nuestro país respecto a que, por mandato del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, las autoridades se encuentran obligadas no sólo a acatar los instrumentos internacionales de los que el Estado es parte sino, además, las interpretaciones que de sus normas llevan a cabo los órganos internacionales con competencia para ello (ver, especialmente, *Fallos* 318:514⁵ y 333:2306⁶).

Situación de los derechos de las personas LGTBI

En la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte IDH describe al contexto relacionado con los derechos de las personas LGTBI, a las que define como “históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales”⁷. A juicio del tribunal regional, “una de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGTBI es la que se materializa en situaciones de violencia”. En esa línea, destaca los informes de Naciones Unidas sobre los abusos por parte de

³ Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-15/97 sobre los *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf

⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/17 sobre *Medio ambiente y derechos humanos*, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

⁵ CSJN, “Recurso de Hecho, Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación” (causa n° 32/93), 7 de abril de 1995, citando a Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 sobre las *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*.

⁶ CSJN, “Recurso de Hecho, Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo”, 7 de diciembre del 2010, citando a la Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*.

⁷ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 33.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

las fuerzas de seguridad y penitenciarias a la vez que advierte que la violencia no sólo se extiende en el ámbito público sino que también se encuentra presente en la esfera privada.

En materia de acceso a la justicia, la Corte IDH afirma que la respuesta a los hechos de violencia “suele no ser adecuada, pues a menudo no se investigan o enjuician a las personas responsables, ni tampoco existen mecanismos de apoyo a las víctimas”⁸.

La Opinión Consultiva OC-24/17 destaca que la falta de acceso a derechos se agrava con el entrecruzamiento de la condición de la orientación sexual, identidad de género y/o diversidad corporal, con otros factores, como el sexo, el origen étnico, la edad, la condición social.

Finalmente, sobre la especial situación de vulnerabilidad de las personas trans, la Corte señala “los diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto-percibido”⁹.

Expansión de derechos para las diversidades sexuales y de género

En la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte IDH resalta que los Estados se deben abstener de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*¹⁰, teniendo en cuenta que la noción de igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona¹¹.

Así, una de las disposiciones más importantes de este nuevo pronunciamiento se refiere al deber de los Estados de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a los siguientes derechos: “seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte”¹².

En esta “lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades” —tal como lo llama la Corte IDH— de los cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares, se incluyen, entre

⁸ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 38.

⁹ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 42.

¹⁰ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 61.

¹¹ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 61.

¹² Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 196.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

otros aspectos, “[los] impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos”¹³.

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

Para la Corte IDH, toda expresión de género constituye una categoría protegida por la CADH. Así, la Corte IDH señala que “la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente teniendo en cuenta a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no”¹⁴.

Sobre este tema, el tribunal regional puntualiza que algunos Estados de la región han reconocido en sus ordenamientos jurídicos internos que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes discriminatorios, citando como ejemplo la Ley argentina contra Actos Discriminatorios (n° 23.592).

El derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambios de nombre

La Corte IDH establece que la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad¹⁵, destacando como modelo el artículo 1 de la Ley de Identidad de Género de Argentina (ley n° 26.743)¹⁶.

Asimismo, para el tribunal regional, la publicidad no deseada respecto al **cambio de identidad de las personas trans** puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos. Es por ello que precisa que los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros o en los documentos de identidad, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad¹⁷. Nuevamente en este punto, la Corte IDH menciona a la Ley de

¹³ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 197.

¹⁴ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 79.

¹⁵ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 111.

¹⁶ Artículo 1°, ley n° 26.743.

¹⁷ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 135.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Identidad de Género de Argentina como una de las leyes de la región que respeta dichos estándares¹⁸.

De igual manera, la opinión consultiva destaca a la ley argentina por establecer que los trámites para la rectificación registral sean gratuitos, personales y no requieran de intermediación de gestor o abogado¹⁹.

La Corte IDH precisa que la regulación y la implementación de esos procesos deben estar basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del/la solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes²⁰. En este sentido, el tribunal resalta que el procedimiento de solicitud de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana²¹. Otra vez sobre este tema, la Corte IDH señala positivamente a la legislación argentina.

Alcance del derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes

La opinión consultiva es categórica en cuanto a que estos mismos derechos son extensivos a las personas menores de edad y explicita que cualquier restricción que se imponga a su ejercicio debe ser justificada y proporcional²². La Corte vuelve a mencionar como una buena práctica a la ley argentina que reconoció el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes.

Carácter del procedimiento: ¿administrativo o judicial?

En relación con la naturaleza que deberían tener los procesos destinados al cambio de nombre, el tribunal interamericano afirma que los Estados deben definir el procedimiento más adecuado según cada contexto y su derecho interno; sin embargo, enumera una serie de requisitos que deben seguir estos procesos: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los

¹⁸ Ley n° 26.743, artículos 6 y 9.

¹⁹ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 143.

²⁰ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 127.

²¹ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 146.

²² Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 154.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad; y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales²³.

La protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo

Sobre la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo, la opinión consultiva bajo estudio determina que no debe hacerse una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, ya que ello frustraría el objeto y fin de la CADH²⁴.

Para la Corte IDH, las parejas del mismo sexo deben gozar de los mismos derechos generados por el vínculo familiar que las parejas heterosexuales. Asimismo, la opinión consultiva reconoce que las familias pueden estar conformadas por personas con diversas identidades de género y/u orientaciones sexuales. Para el tribunal, se debe reconocer igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada²⁵.

En particular, la Corte IDH resalta la importancia de la adecuada protección judicial. Al respecto, establece que: “la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido”²⁶, en especial cuando parejas del mismo sexo recurren al sistema judicial, y se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí.

Finalmente, la opinión consultiva explicita que se deben proteger, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo²⁷.

²³ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 160.

²⁴ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 189.

²⁵ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 192.

²⁶ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 83.

²⁷ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 198.