

Bogotá, 14 de febrero de 2017

Señor:

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretario Ejecutivo

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ref: Concepto a la Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016.

César Rodríguez Garavito, Mauricio Albarracín, Ana Jimena Bautista, Margarita Martínez, Anna Joseph y Gabriela Eslava, director e investigadores/as de Dejusticia, identificados/as como aparece al pie de nuestras firmas, encontrándonos dentro del término establecido en el artículo 73 del reglamento interno de la Corte Interamericana, extendemos a usted nuestro concepto a propósito de la opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016.

El presente concepto se estructura a partir de tres apartados: en la primera parte caracterizamos los principales elementos del contexto de especial vulnerabilidad de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (en adelante LGBTI) en las Américas -aspecto que consideramos debe tenerse en cuenta al momento de interpretar la CADH-. En segundo lugar, abordaremos la pregunta de la opinión consultiva relacionada con derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, para ello presentamos una síntesis sobre la situación que existe en el derecho comparado sobre el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, con especial énfasis en los países que han adoptado la CADH; reconstruimos el recorrido que el Estado colombiano ha realizado en torno al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo; y finalizaremos con una respuesta a la pregunta. En tercer lugar, nos referiremos a las dos primeras preguntas de la opinión consultiva relacionadas con el reconocimiento del derecho a la identidad de género. Para ello exponemos una síntesis sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género en el derecho comparado, haciendo énfasis en los países que han adoptado la CADH; presentaremos la evolución en Colombia del reconocimiento del derecho a la identidad de género, con especial énfasis en el cambio de nombre y de sexo en el registro civil de nacimiento; y finalizaremos dando respuesta a las preguntas de la opinión consultiva relacionadas con la materia.

I. CONTEXTO SOBRE LA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD EN LA QUE SE ENCUENTRA LA COMUNIDAD LGBTI

Considerando, que es necesario estudiar el escenario en el que se produce la aplicación de las normas jurídicas, iniciamos este concepto con una breve referencia a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra la comunidad LGBTI en las Américas, terminando con una breve referencia al caso colombiano.

La situación de la comunidad LGBTI en América Latina se ha caracterizado por la persistencia de patrones sistemáticos de discriminación, los cuales construyen y reproducen un contexto de impunidad y violencia que hace vulnerables a todas aquellas personas que no se acogen a las normas y prácticas de los sistemas de género tradicionales. Este panorama de discriminación se suele sostener sobre el silenciamiento y el ocultamiento de la violencia que se ejerce cotidianamente sobre la comunidad LGBTI, pues constantemente esta es minimizada, aceptada socialmente o ignorada.

En este escenario, la información sobre el número de víctimas, las modalidades de victimización y los patrones de violencia tiende a ser escasa. El subregistro es la constante, dado que las víctimas prefieren guardar silencio para no convertirse en objeto de estigmatización. De igual manera, los profesionales que reciben los casos y que están encargados de hacerle seguimiento a todas las etapas del proceso de caracterización y penalización de la violencia, usualmente no tienen enfoque de género, por lo que no están debidamente preparados para abordar y caracterizar la situación de discriminación de la comunidad LGBTI.

Ante esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desarrollado diversos esfuerzos para documentar y monitorear las lógicas de discriminación que imperan en los países interamericanos, y la manera como éstas se han traducido en distintas formas de violencia en razón de la identidad de género, la orientación sexual y, en general, de todas las formas de violencia hacia los cuerpos e identidades que subvierten los sistemas de género tradicionales. A través de informes enviados por las organizaciones de la sociedad civil y de investigación de prensa, la Comisión documentó¹ que, entre enero de 2013 y marzo de 2014, en 25 países pertenecientes a la OEA, ocurrieron 770 actos de violencia contra personas LGBTI o percibidas como tal, 594 asesinatos, 176 ataques que no terminaron en muerte. Adicional a esto, 283 hombres gay o percibidos como tal fueron asesinados, 282 mujeres transgénero y personas transgénero con expresión femenina o percibidas como tal fueron asesinadas y se presentaron 55 casos de asesinatos a mujeres lesbianas o percibidas como tal.

En esta misma vía, tienden a persistir numerosos obstáculos para el acceso de la población LGBTI a los derechos sociales, económicos y culturales (DESC). Esto profundiza su situación de vulnerabilidad y desprotección, pues no tienen garantizados los bienes básicos

¹ Ver CIDH. *Registro de violencia contra personas LGBTI*. [Disponible en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/registro-violencia-lgbt.html>.

para tener una vida buena y desarrollar su proyecto de vida. Un ejemplo de esto es la situación de las mujeres transgénero: según las cifras de la CIDH, la expectativa de vida de estas mujeres en los países interamericanos oscila entre 30 y 35 años². Esta alarmante cifra responde a la estigmatización que recae sobre esta población y a cómo ésta se traduce en numerosos obstáculos para el acceso al sistema de salud, de educación y de trabajo. Las mujeres transgénero, por ejemplo, suelen ocuparse en oficios como la prostitución, usualmente, en condiciones precarias que las someten al abuso policial y a la violencia sexual; situación que profundiza su marginalización y hace que la pobreza tenga unos efectos aún más desproporcionados sobre sus vidas³.

Por otra parte, en diversas partes del mundo, con un énfasis en el contexto latinoamericano, han surgido movimientos que se suelen autodenominar “anti-homosexualidad”, los cuales buscan atacar los avances en derechos para la comunidad LGBTI y promover prácticas que apuntan a “corregir” la homosexualidad o a “normalizar” los cuerpos e identidades que se perciben como anormales⁴. Países como México, Brasil y Argentina han sido foco de este movimiento anti-homosexualidad y se han movilizado, principalmente, a través de las estructuras de las iglesias cristianas⁵. Estos movimientos, desde la sociedad civil, han promovido, por ejemplo, referendos para decidir sobre el avance en derechos de las personas LGBTI. Tal es el caso de la propuesta desarrollada en Costa Rica en la que se somete a voto popular la decisión sobre la legalidad de las uniones maritales de personas del mismo sexo. Esta iniciativa fue finalmente bloqueada por la Suprema Corte de este país; decisión que contribuyó a mitigar el contexto de vulnerabilidad y desprotección que persiste en este país sobre la comunidad LGBTI, pues no sometió sus derechos a negociación o condicionamientos externos⁶.

A pesar del gran subregistro, estas cifras y datos evidencian que en los países interamericanos se está ejerciendo violencia hacia las personas LGBTI por el hecho de pertenecer a esta comunidad; violencia que no solo se refleja en los asesinatos y ataques físicos, sino también en las barreras persistentes para el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con el informe de la Corte, “muchas manifestaciones de esta violencia están basadas en el deseo del perpetrador de ‘castigar’ dichas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer”⁷. Estas prácticas sancionatorias de las identidades y cuerpos que no se ajustan al sistema heterosexual y

² Ver CIDH. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. p. 15.

³ Ver Red Lactrans. (2014). *Informe sobre el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la población trans en Latinoamérica y el Caribe*.

⁴ Ver “Gay Rights Around the World: the Best and Worse Countries for Equality”. *The Guardian*. 30 de julio de 2013. [Disponible en línea] <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/30/gay-rights-world-best-worst-countries>.

⁵ Ver “Uruguay oficializa el matrimonio gay pero persiste la discriminación”. *El Comercio*. 5 de agosto de 2013. [Disponible en línea] <http://elcomercio.pe/mundo/actualidad/uruguay-oficializa-matrimonio-gay-persiste-discriminacion-noticia-1613571>.

⁶ Ver Joseph, Anna. “Why Same-Sex Adoption Should Not Be Put to Vote?”. *Global Rights Blog*. 4 de octubre de 2016. [Disponible en línea] <https://dejusticiablog.com/2016/10/04/why-same-sex-adoption-should-not-be-put-to-vote/>

⁷ Ver CIDH. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. p. 37.

binario tienen diversas expresiones, que van desde la violencia física y psicológica directa, hasta la legitimización institucional de la exclusión y la estigmatización.

Discriminación estatal

La discriminación estatal hacia la comunidad LGBTI ha adoptado, principalmente, tres formas: en primer lugar, existe la discriminación legislativa, definida como todas aquellas disposiciones legales y judiciales que “además de generar la segregación de dicho grupo poblacional, facilitan el arraigo de una orientación sexual normativa donde el ámbito de la normalidad está pautado por la heterosexualidad y las demás opciones quedan proscritas, lo cual potencia, así mismo, la naturalización de la exclusión de la que son víctimas las personas LGBTI”⁸. En segundo lugar, la discriminación judicial se refiere a todas aquellas decisiones tomadas por los jueces que se basan en prejuicios y estigmatizaciones hacia la comunidad LGBTI. Finalmente, la discriminación institucional alude a las decisiones de las instituciones gubernamentales que tienen impactos de marginalización, segregación o violencia.

En América Latina, estas tres modalidades de discriminación estatal se han expresado de diversas formas. Una de las más acuciantes es la adopción de disposiciones legislativas e institucionales, o la no modificación de las existentes, para restringir los derechos de la población LGBTI. Con respecto a esto, la Comisión afirma que varios países de la comunidad interamericana han avanzado en la descriminalización de las relaciones consensuadas entre personas adultas del mismo sexo. Sin embargo, once estados miembros de la OEA aún mantienen la criminalización, a través de leyes contra la sodomía, los delitos contra el orden natural o los delitos de conexión no-natural⁹. Igualmente, “hay un número de Estados miembros de la OEA que tienen leyes de ‘indecencia seria’ o ‘indecencia grave’, las cuales tienen un impacto desproporcionado en personas gay, lesbianas o bisexuales”¹⁰.

Este último tipo de ley tiene efectos discriminatorios sobre la población LGBTI porque convierte a sus miembros en objeto de penalización, pues la policía y otros agentes estatales suelen asociar, con base en sus prejuicios, las prácticas no normativas de la sexualidad con comportamientos indecentes, y en consecuencia con delitos. Las leyes que buscan proteger la “moral pública” o las disposiciones contra la vagancia también tienden a tener estos efectos estigmatizadores sobre la comunidad LGBTI. Por último, la legislación de varios países de América Latina penaliza o establece restricciones a las expresiones de identidades de género diversas. En Guyana, por ejemplo, existe legislación que castiga el uso de prendas de vestir distintas a las que socialmente se atribuyen a los hombres y las mujeres¹¹.

Todas estas prácticas y normas que promueven la discriminación estatal, contribuyen a legitimar y a sustentar el contexto de vulnerabilidad en el que se encuentra la comunidad

⁸ Ver Estefan Vargas, Soraya. (2013). “Discriminación estatal de la población LGBTI. Casos de transgresiones a los derechos humanos en Latino América”. *Revista Sociedad y Economía*. Universidad del Valle, Cali.

⁹ Ver CIDH. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. p. 59.

¹⁰ Ver CIDH. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. p. 65.

¹¹ Ver CIDH. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. p. 65.

LGBTI en América Latina. El hecho de que desde las instituciones se movilizan restricciones a derechos y de que no se reconozcan –y por el contrario, se sancionen– las identidades de género trans y las prácticas no tradicionales de vivir la sexualidad o formar una familia, favorece el escenario de violencia, impunidad, impactos desproporcionados sobre las vidas de las personas LGBTI y nuevos ciclos de discriminación. Por estas razones, la Comisión hace un llamado explícito a que los Estados, a través de sus legislaciones e instituciones, establezcan mecanismos eficaces de monitoreo e investigación de la situación de la comunidad LGBTI y faciliten cambios institucionales y legislativos que amplíen y permitan el acceso a derechos y el reconocimiento de las identidades de género diversas.

Situación de la población LGBTI en Colombia

Como en los otros países latinoamericanos, en Colombia, la situación de la población LGBTI también se caracteriza, por la persistencia de la violencia basada en el prejuicio y por los altos niveles de subregistro, que evidencian el silenciamiento, la estigmatización y la aprobación social de la violencia que recae sobre este grupo social. Según el informe *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad. Informe de violencia hacia personas LGBTI en Colombia*, en los últimos cuatro años se registraron 405 homicidios a personas LGBTI en Colombia, siendo el 2015 el año en el que se presentaron más asesinatos (110). Del total de homicidios, “52 de las víctimas fueron registradas como hombres gay. Otras 33 fueron personas trans[género], de las cuales 32 eran mujeres trans[género] y 1 era un hombre trans[género]. 11 eran mujeres lesbianas y 7 fueron identificadas como personas bisexuales. Por último, no fue posible establecer la orientación sexual o identidad de género específicas de 7 de las víctimas, aunque las fuentes las reportaron como personas LGBTI”¹².

Por otro lado, este panorama de violencia se encuentra reforzado por la manera como los estereotipos y prejuicios sociales que tienden a ser asociados con la comunidad LGBTI repercuten en las limitaciones para el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. Así lo documenta el informe cuando afirma que “los prejuicios y estereotipos negativos hacia esta población generan dinámicas de expulsión familiar, deserción escolar, discriminación laboral y menos oportunidades de tener una vivienda. Esto ha llevado a que, en varios países, la pobreza, la falta de vivienda y la inseguridad alimentaria sean proporcionalmente más elevadas entre las personas LGBTI que en el resto de la comunidad”¹³. Por ejemplo, los datos del informe revelan que, de 43 víctimas de homicidio, 34 tuvieron acceso a la educación básica y solo 4 tenían educación profesional. En esta misma vía, de 51 víctimas de homicidio, 14 eran mujeres transgénero dedicadas a la prostitución, 12 ejercían oficios relacionados con el estilismo y 8 se ocupaban en asuntos comerciales¹⁴. Estos perfiles dan indicios de cómo las personas LGBTI en Colombia suelen asumir empleos que, dados los prejuicios y la exclusión, se consideran aptos para ellas. Generalmente, este tipo de ocupaciones tienden a desarrollarse en condiciones de informalidad y de riesgo. Por ejemplo, las mujeres transgénero dedicadas a la prostitución en Colombia se convierten en sujetos vulnerables al abuso policial y a la violencia sexual.

¹² Colombia Diversa; Caribe Afirmativo; Fundación Santamaría. (2016) *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad. Informe de violencia hacia personas LGBTI en Colombia*. Bogotá. p. 30.

¹³ Colombia Diversa; Caribe Afirmativo; Fundación Santamaría. (2016) *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad. Informe de violencia hacia personas LGBTI en Colombia*. Bogotá. p. 51.

¹⁴ *Ibíd.*

Este escenario se vuelve aún más complejo cuando se examina la situación de la población LGBTI en el marco del conflicto armado colombiano. Según las cifras del Registro Único de Víctimas, hasta enero de 2017 se han documentado 1859 víctimas LGBTI asesinadas en medio del conflicto armado. Aunque, nuevamente, persisten altos índices de subregistro, la investigación elaborada por el Centro Nacional de Memoria Histórica sí evidencia que las lógicas de los actores armados para dominar los territorios involucraban el castigo violento y público de las identidades y cuerpos que no se ajustaban a la norma heterosexual binaria tradicional¹⁵.

Sumado a lo anterior, en los últimos años, los avances legislativos e institucionales que favorecen los derechos de la comunidad LGBTI en Colombia se han visto amenazados por la incidencia política de algunos sectores conservadores. Esto se evidenció en dos hechos políticos: el primero se relacionó con los resultados del plebiscito del 2 de octubre, a través del cual se buscaba refrendar el acuerdo de paz logrado entre la guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno Nacional. Proceso que trajo como resultado el triunfo de quienes no aprobaban el acuerdo de paz. Entre los principales argumentos expresados por quienes lideraron dicha postura, se encontraba el hecho de que el proceso con las FARC incluía beneficios para la población LGBTI. Así, a pesar de que institucionalmente se apoyaba la inclusión de la perspectiva de género en el acuerdo y en su implementación, algunos de los sectores conservadores de la sociedad civil movilizaron sus esfuerzos para restringir estos avances institucionales, aduciendo que la inclusión de los derechos LGBTI en el proceso de paz suponía poner en riesgo la familia y la estructura social tradicional¹⁶.

El segundo hecho se genera por parte de estos mismos sectores conservadores, quienes han promovido diversas iniciativas, que rebasan el contexto del proceso de paz, y que apuntan a restringir los derechos de la comunidad LGBTI. Una de las propuestas que ha adquirido más fuerza en el último año y que avanza en el Congreso de la República, es la presentada por una Senadora cristiana, por medio de la cual se busca someter a votación popular a través de un referendo, la decisión de si las parejas homosexuales y las personas solteras pueden o no adoptar hijos/as. Esta iniciativa ya fue aprobada por el Senado de la República con 55 votos a favor. Falta la decisión de la Cámara de Representantes, la cual se pronunciará en marzo para definir su apoyo o rechazo a dicha iniciativa¹⁷.

II. DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

En este apartado presentaremos un breve recorrido por el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, en varios países de las Américas, en aras de evidenciar los

¹⁵ Ver Centro Nacional de Memoria Histórica. (2015). *Aniquilar la diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá.

¹⁶ Ver “Ideología de género, el caballo de batalla del no al plebiscito”. *Semana*. 9 de septiembre de 2016. [Disponible en línea] <http://www.semana.com/nacion/articulo/ideologia-de-genero-el-caballo-de-batalla-del-no-al-plebiscito/493093>

¹⁷ Ver “Senado aprueba el referendo de Viviane Morales”. *Semana*. 13 de diciembre de 2016. [Disponible en línea] <http://www.semana.com/nacion/articulo/senado-aprueba-el-referendo-de-viviane-morales-sobre-adopcion-gay/509371>

avances paulatinos que se han presentado en esa dirección. Para ver información más detallada por país es posible ver el anexo uno.

En relación a la protección al matrimonio homosexual, en 2016 Colombia se convirtió en el cuarto país en legalizarlo, uniéndose a tres de los cuatro países más poblados de América Latina -Brasil, México (la decisión del Tribunal Supremo de México daba a las parejas del mismo sexo el derecho a solicitar una medida judicial contra las leyes estatales que prohíben el matrimonio entre parejas del mismo sexo), Argentina-, además de Uruguay. Entre las principales regiones del mundo, Europa cuenta con la mayor cantidad de países que permiten legalmente la realización de matrimonios homosexuales.

Aparte de aquellas naciones que ya han legalizado el matrimonio homosexual, otras han legalizado las uniones civiles para las parejas del mismo sexo: Chile (2015), Ecuador (2014), y algunas partes de México. Costa Rica reconoce algunos derechos (por ejemplo, el sistema de seguridad social de Costa Rica ha acordado extender los beneficios médicos a las parejas del mismo sexo), pero no ha legalizado el matrimonio¹⁸. Recientemente, Perú comenzó a reconocer legalmente los matrimonios del mismo sexo realizados en el extranjero¹⁹.

En países que todavía no tienen aprobado ni el matrimonio ni las uniones civiles, se han movilizado proyectos legislativos para incorporarlos. En Costa Rica por ejemplo, hay varios proyectos de ley para avalar las uniones civiles entre personas del mismo sexo y garantizarles derechos patrimoniales²⁰. De igual manera, en Bolivia han debatido la introducción en su legislación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, tal como lo hizo en el 2014 el defensor público que solicitó que las uniones de personas del mismo sexo fueran incluidas en el nuevo Código de la Familia del país²¹. En 2016, el grupo de derechos LGBTI más grande del país también le entregó a la Asamblea Boliviana un proyecto de ley para legalizar las uniones civiles²². En Guatemala, en diciembre de 2016, la congresista Sandra Morán, anunció la introducción de un proyecto de ley de uniones civiles en el Congreso²³. En Perú, el tema ha sido muy debatido en el gobierno: se introdujo un

¹⁸ “Costa Rica Extends Medical Benefits to Same-Sex Couples.” *Huffington Post*. 23 de mayo, 2014. [disponible en línea] http://www.huffingtonpost.com/2014/05/23/costa-rica-medical-benefits-gay-n_5380222.html.

¹⁹ En este sentido, véase <http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/sociedad/peru-reconoce-por-primera-vez-un-matrimonio-homosexual>

²⁰ “Gobierno de Costa Rica extiende a parejas de mismo sexo la pensión por muerte.” *El País*. 24 de junio, 2016. [disponible en línea] <http://www.elpais.cr/2016/06/24/gobierno-de-costa-rica-extiende-a-parejas-de-mismo-sexo-la-pension-por-muerte/>. Ya hay derechos para parejas mismo como el beneficio de herencia de la pensión por muerte, y asegurarse entre ellos y tener garantizada la visita hospitalaria.

²¹ El nuevo Código de la Familia, promulgado en agosto de 2015, no menciona el género para eliminar la discriminación, pero se aclaró que no tiene peso legal para aplicar a las parejas homosexuales, ya que se necesita una ley separada.

²² “El MAS se abre a debatir la unión gay en el Legislativo.” 24 de abril de 2015. [disponible en línea] <http://gaysylesbianas-info.blogspot.com.co/2015/04/el-mas-se-abre-debatir-la-union-gay-en.html>.

²³ “Preparan reformas al Código Civil para legalizar unión de personas del mismo sexo.” *La Hora*. 22 de diciembre, 2016. [disponible en línea] <http://lahora.gt/preparan-reformas-al-codigo-civil-legalizar-union-personas-del-sexo/>.

proyecto de ley en 2014 que se retrasó hasta marzo de 2015²⁴, y el año pasado los congresistas Carlos Bruce y Alberto de Belaunde presentaron el proyecto de Ley 718-2016-CR para movilizar las uniones civiles del mismo sexo²⁵.

En la misma vía, países como Brasil, Argentina y Uruguay han permitido la adopción por parte de parejas del mismo sexo desde hace varios años. Estos avances fueron seguidos por Colombia en 2015 y por México en 2016, país en donde la Corte Suprema estableció que: “El interés superior del menor de edad se basa en la idoneidad de los adoptantes, dentro de la cual son irrelevantes el tipo de familia al que aquél será integrado, así como la orientación sexual o el estado civil de éstos”²⁶. Por su parte, Argentina, Colombia y Uruguay tienen aprobada la adopción conjunta (por parte de una pareja del mismo sexo) y la de segundos padres (dar al padre no biológico los mismos derechos que tiene sobre el niño, la pareja de quien es el padre biológico); Brasil, y México sólo tienen aprobada la adopción conjunta.

Así entonces, en los últimos años, una oleada normativa a favor de los derechos de la población LGBTI ha atravesado la región, lo que ha provocado cambios en muchos países, a pesar de que otros permanecen inalterados. Con respecto a esto último, un hecho que resulta particularmente preocupante es que casi todos los países del Caribe de habla inglesa tienen leyes que criminalizan las relaciones homosexuales²⁷. Barbados, Dominica, Granada, Jamaica y Trinidad y Tobago criminalizan las relaciones entre personas del mismo sexo, y República Dominicana ha prohibido (aunque no criminalizado) los matrimonios entre parejas del mismo sexo. Jamaica y algunas otras partes del Caribe han visto cómo este tipo de normatividad va acompañada de violencia homofóbica en años recientes²⁸.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el reconocimiento de las relaciones familiares que no necesariamente se ajustan a las promovidas por el sistema de género tradicional-heterosexual es creciente. El derecho a no ser discriminado está incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2) y en tratados internacionales básicos de Derechos Humanos, incluido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2)²⁹. Recientemente, los órganos de protección de dichos tratados

²⁴ Fue rechazado en una votación de 7-4. Hubo convocatorias para una reconsideración pero la reunión fue suspendida y el proyecto finalmente archivado.

²⁵ “El Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) de acuerdo con proyecto de unión civil.” MHOL. 30 de noviembre de 2016. [disponible en línea] <https://es.scribd.com/document/332841711/Mhol-a-favor-de-Proyecto-de-Union-Civil#download>.

²⁶ Adopción. El interés superior del menor de edad se basa en la idoneidad de los adoptantes, dentro de la cual son irrelevantes el tipo de familia al que aquél será integrado, así como la orientación sexual o el estado civil de estos. Suprema Corte de Justicia de la Nación. P./J. 8/2016 (10a.). 23 de septiembre, 2016.

²⁷ Por lo general, estos países penalizan la “sodomía,” que es teóricamente aplicable también a las relaciones sexuales heterosexuales, y no abarca los actos sexuales de lesbianas.

²⁸ Chiara Liguori. “Los derechos de los gays deben respetarse.” *Amnesty International*. 09 de agosto, 2013. [disponible en línea] <http://www.listindiario.com/puntos-de-vista/2013/08/09/287708/los-derechos-de-los-gays-deben-respetarse>.

²⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 (art. 2); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, (art. 2); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984.

han interpretado dicho principio para proteger a las familias diversas. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene disposiciones de igual protección, así como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual³⁰. En *Toonen vs. Australia* (1994) -un caso acerca de las leyes de sodomía-, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determinó que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “la ley prohíbe toda discriminación y garantiza a todas las personas una protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”, incluye la orientación sexual³¹. En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 3 de 2003, señala que los Estados deben dar pleno cumplimiento al artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de los Niños para incluir “también la orientación sexual, la identidad de género y el estado de salud, en particular el VIH/SIDA y la salud mental” en sus garantías contra la discriminación³².

En 2006, en respuesta a patrones bien documentados de abusos dirigidos en contra de las personas por su orientación sexual e identidad de género diversas, un distinguido grupo de expertas y expertos en derechos humanos se reunió en Yogyakarta, Indonesia, para delinear una serie de principios internacionales relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. Como resultado de esta reunión, se articularon los Principios de Yogyakarta, que establecen mecanismos y disposiciones sobre cómo debe aplicarse la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Estos principios incluyen el derecho a formar una familia:

Los Estados “Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”³³

Si bien estos principios no han sido acogidos a través de un tratado internacional, sus desarrollos han sido citados por órganos internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el mismo sentido, la Observación General 20, el Comité dice: “Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto...”³⁴.

³⁰ Véanse: CCPR/C/PER/CO/5, párr. 8, E/C.12/GC/20, párrs. 7 a 11, CEDAW/C/GC/28, párr. 18; Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/29/23, párr 16, E/C.12/GC/20, párrs. 11, 27 y 32, E/C.12/IDN/CO/1, párr. 6, CRC/C/IRQ/CO/2-4, párrs. 19 y 20.

³¹ Véanse *Toonen v. Australia*, Comm. No. 488/1992, U.N. GAOR Hum. Rts. Comm., 49th Sess., Supp. No. 40, vol. II, at 235, U.N. Doc. A/49/40 (Mar. 31, 1994) (traducido del inglés).

³² Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 3 “El VIH sida y los derechos del niño”.

³³ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. 2006.

³⁴ Véanse E/C.12/GC/20, parra 32.

Las declaraciones de los principales órganos de las Naciones Unidas, en relación al derecho a contraer matrimonio por parejas del mismo sexo, se remontan a julio de 2013, cuando la ONU lanzó “Free & Equal,” una campaña masiva diseñada específicamente para abogar por el matrimonio entre parejas del mismo sexo y otras preocupaciones LGBTI al interior de la ONU y en todo el mundo. El Secretario General Ban Ki-moon señaló explícitamente que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho humano. A este importante hecho han seguido otras múltiples manifestaciones. Por ejemplo, en 2015 se dio la bienvenida al fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Obergefell v. Hodges* que reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo al señalarlo como “un gran paso adelante hacia los derechos humanos”³⁵.

Algunos organismos de las Naciones Unidas también se han pronunciado a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia declaró explícitamente en una publicación de 2014 que apoya la promulgación de leyes por parte de los Estados que otorgan “reconocimiento legal” a las “parejas del mismo sexo”³⁶. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha expresado su beneplácito por la legislación Argentina, que reconoce el matrimonio igualitario³⁷ y ha expresado a Japón su agradecimiento por el hecho de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exige que se otorguen beneficios idénticos a las “parejas de personas del mismo sexo que viven solteras” y “a las parejas de personas del mismo sexo que cohabitan solas”³⁸.

En relación al sistema de protección de Derechos Humanos en Europa, también existen desarrollos importantes a favor de la protección de las familias diversas³⁹. En el Caso de Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal (1999), la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que la decisión sobre la custodia de los niños, no puede tener como criterio la orientación sexual de los padres, pues esto sería discriminatorio, bajo artículo. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁰. En el caso de E.B. vs. Francia (2008), sobre adopción, la Corte, nuevamente, se pronunció al sostener que la discriminación por orientación sexual es ilegal bajo la Convención: “Si las razones expuestas para tal diferencia de trato se basan

³⁵ “U.N. chief calls U.S. gay marriage ruling 'great step forward' for rights.” *Reuters*. 26 de junio, 2015. [Disponible en línea] <http://www.reuters.com/article/us-usa-court-gaymarriage-unidUSKBN0P627120150626>.

³⁶ UNICEF (2014). *Eliminating Discrimination Against Children and Parents Based on Sexual Orientation and/or gender identity*. [Disponible en línea] https://www.unicef.org/videoaudio/PDFs/Current_Issues_Paper_Sexual_Identification_Gender_Identity.pdf.

³⁷ E/C.12/ARG/CO/3.

³⁸ CCPR/C/JPN/CO/5, 30 October 2008.

³⁹ El Parlamento Europeo, por ejemplo, emitió una resolución contra la homofobia. Aplicando la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y observando que “la discriminación en violación del principio de igualdad” y las “limitaciones injustificadas e irrazonables de los derechos” estaban a menudo ocultas tras justificaciones basadas en el orden público, la libertad religiosa y el derecho a la Objeción de conciencia, el Parlamento decidió condenar “toda discriminación basada en la orientación sexual,” instó a los Estados miembros a garantizar que “las parejas del mismo sexo disfruten del mismo respeto, dignidad y protección que el resto de la sociedad”. European Parliament Resolution on Homophobia in Europe. No. P6_TA(2006)0018. 18 de enero, 2016.

⁴⁰ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, [1999] 1999-IX Eur. Ct. HR 309.

únicamente en consideraciones relativas a la orientación sexual del solicitante, ello equivaldría a discriminación en virtud de la Convención”⁴¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha exigido que los Estados protejan y reconozcan legalmente las relaciones entre personas del mismo sexo. En el caso de *Oliari y otros vs. Italia*, los jueces dictaminaron a favor de tres parejas del mismo sexo que habían presentado el caso contra el Gobierno italiano, aceptando por unanimidad que Italia, al no haber puesto a disposición “un marco jurídico específico que prevea la reconocimiento y protección de las uniones de personas del mismo sexo” viola el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴². En su sentencia, el tribunal señaló que “las parejas del mismo sexo son tan capaces como las parejas de sexo diferente de entrar en relaciones estables y comprometidas”⁴³ y que la mayoría de los Estados parte del CEDH ya han promulgado una legislación que reconoce las uniones del mismo sexo como matrimonios, uniones civiles o asociaciones registradas.

También dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ya ha señalado que apoya los derechos de familias diversas⁴⁴. El Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* involucró a una madre lesbiana de tres hijas. Cuando Atala se separó de su marido, había llegado a un acuerdo con su ex esposo en el que conservaba la custodia de las niñas. Sin embargo, cuando ella hizo pública su orientación sexual lesbiana, se demandó su custodia. El caso llegó a la Corte Suprema de Chile, que concedió la custodia al padre de las hijas, argumentando que la relación homosexual de Atala ponía en riesgo a sus hijas. Atala llevó su caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que dictaminó que el Estado chileno había violado el derecho de Karen Atala Riffo a vivir libre de discriminación cuando la Corte revocó la custodia de Atala de sus hijas. La CIDH instó a Chile a reparar y adoptar leyes, políticas y programas para prohibir y erradicar la discriminación basada en la orientación sexual⁴⁵.

⁴¹ E.B. v. France (Application No. 43546/02). Tuesday, 22 January, 2008 (p. 93). Citación traducida del inglés.

⁴² *Oliari y otros v. Italia*. Nos. 18766/11 and 36030/11. 21/10/2015. Traducido del inglés.

⁴³ *Oliari and Others v. Italy*. Nos. 18766/11 and 36030/11. 21/10/2015. Parra 165. Traducido del inglés.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. 24 de febrero de 2012. “(...) el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además imperioso. (...) La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad 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. (...) El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. (...) No son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.”

⁴⁵ Alvaro Paúl. “Examining *Atala-Riffo and Daughters v. Chile*, the First Inter-American Case on Sexual Orientation, and Some of its Implications.” *Intersentia*.

El gobierno de Chile argumentó que cuando ratificó la Convención no consideró que la orientación sexual fuera un derecho protegido. La Corte respondió que el Convenio debería reflejar la evolución de la sociedad y favorecer la extensión de la protección de la Convención en lugar de limitarla. La Corte encontró que el Estado de Chile había desconocido los derechos humanos de Atala en virtud de los artículos 8, 11, 19 y 24 de la Convención Americana y concluyó que es deber del Estado proteger a las personas contra la discriminación.

Dirigiéndose directamente a familias diversas, la Corte sostuvo que:

“(...) diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. (...) La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio⁴⁶.

Asimismo, cabe resaltar el Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, en el que la Corte reafirmó su jurisprudencia del caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile. En este caso, el Estado colombiano negó a Ángel Alberto Duque la pensión de sobreviviente que reclamó al fallecer su compañero, por ser homosexual. Al respecto, la Corte IDH estableció que el Estado colombiano había vulnerado el derecho a la igualdad de Ángel Alberto Duque, por negarse a reconocerle sus derechos pensionales únicamente por su orientación sexual. Este fallo contribuyó a devolver su dignidad a las parejas del mismo sexo pues amplió la garantía de sus derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, recordando así que todos los derechos de la población LGBTI son derechos humanos.

Como puede observarse el camino hacia el reconocimiento y la garantía de los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido extenso, sin embargo, es posible afirmar, que a la fecha la tendencia garantista permanece y se extiende, especialmente a través de la acción judicial.

Reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia

En esta sección presentaremos: primero, los principales problemas en términos de acceso y reconocimiento de derechos patrimoniales para parejas del mismo sexo en Colombia. A partir de un contexto social de exclusión y discriminación se enunciarán las sentencias de un primer momento de la Corte Constitucional, en el que se dio prioridad a visiones prejuiciosas sobre la homosexualidad, que tuvieron como consecuencia el no reconocimiento de derechos a personas LGBTI. Se expondrán, además, las consecuencias nefastas del precedente de desprotección legal en relación con el reconocimiento de los derechos patrimoniales, la profundización de la discriminación basada en la orientación

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. 24 de febrero de 2012.

sexual y el privilegio, a través de la jurisprudencia de una visión de familia tradicional heterosexual excluyente.

Segundo, se presentará la línea jurisprudencial en materia de reconocimiento de derechos patrimoniales. Actualmente en Colombia se reconoce que las parejas del mismo sexo pueden formar familias en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales, de manera formal o informal. A partir de este reconocimiento reciente (2016), se dará un salto a la primera sentencia en la que claramente se reconoce legalmente el vínculo de las parejas del mismo sexo a través de la Unión Marital de Hecho, para así desarrollar cómo ha sido el camino de la extensión de derechos en materia de salud, pensiones, sucesiones y alimentos.

Por último, se enunciarán brevemente las conclusiones que surgen a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana y que pueden dar luces para responder a las preguntas planteadas por Costa Rica en la solicitud de opinión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

Problemas y barreras en el reconocimiento de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo en Colombia.

Para lograr una protección plena e igualitaria de las parejas del mismo sexo como familias constitucionalmente protegidas, fue necesario un trabajo progresivo de varias organizaciones sociales por el reconocimiento de la igualdad, frente a cada uno de los derechos que se garantizan a las parejas heterosexuales y cuya no garantía a las parejas del mismo sexo, no encontraba justificada a la luz de la Constitución.

Las parejas del mismo sexo en Colombia, han sufrido exclusión, discriminación y violencia -incluyendo violencia estatal-, que las ha condenado a la marginalización en muchos espacios, tal y como se anotó en el primer apartado de este concepto. En un contexto de prejuicios sociales constantes, en el ámbito privado y público, y frente a la inexistencia de normas legales expresas que protegieran la orientación sexual y la identidad de género, no solo las personas LGBTI se vieron afectadas en la protección de sus derechos de manera individual, además, la desprotección se extendió hasta las parejas del mismo sexo⁴⁷.

⁴⁷ Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América* (OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc 36, 12 de noviembre de 2015) señala que “[L]a Comisión Interamericana ha recibido información de casos de parejas del mismo sexo atacadas por demostrar su afecto en público, como tomarse de la mano, acariciarse, abrazarse o besarse. También se ha conocido de guardias de seguridad privada en centros comerciales que expulsan a parejas del mismo sexo en respuesta a demostraciones públicas de afecto [...] En Colombia, organizaciones alegan que las parejas del mismo sexo continúan siendo perseguidas y hostigadas, incluso con posterioridad a una decisión de la Corte Constitucional que estableció que la expulsión de una pareja gay de un centro comercial por dos guardias de seguridad con base en demostraciones de afecto en público constituyó un acto de discriminación. Las parejas del mismo sexo que demuestran afecto en público también son frecuentemente blanco de abuso policial y detenciones arbitrarias por parte de agentes estatales-con frecuencia mediante uso excesivo de la fuerza o abuso verbal-, motivados por lo que consideran ‘comportamiento inmoral’ en espacios públicos”. pp.87-88.

A partir de un contexto en el que los “actos homosexuales” eran condenados como delito⁴⁸, los movimientos sociales encontraron en la vía judicial el camino para desmontar el sistema normativo discriminatorio y llenar los vacíos normativos que perpetuaban la desprotección de derechos de las parejas del mismo sexo. Durante la primera década de trabajo de la Corte Constitucional (1991-1998) la protección de las personas LGBTI fue débil y contradictoria en algunas ocasiones. Si bien la orientación sexual estaba protegida por la Constitución, la Corte estableció que esta podía ser limitada por los derechos de los terceros si excedía la órbita íntima.

Un ejemplo del precedente débil y ambiguo de la Corte Constitucional respecto de las parejas del mismo sexo, es la sentencia C-098 de 1996, en la que aunque reconoció la protección constitucional a la orientación sexual en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16, CP) y del derecho a la igualdad (artículo 13, CP), no amplió la protección legal de la Unión Marital de Hecho⁴⁹ a las parejas del mismo sexo. A partir de una interpretación limitada de la Constitución, según la cual ésta solo protege las familias conformadas por parejas heterosexuales, la Corte invocó la ausencia de un imperativo constitucional, para justificar por qué no extendía la protección de la UMH a las parejas del mismo sexo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional mantuvo, durante la siguiente década (hasta 2007), una línea de protección débil de los derechos de las parejas del mismo sexo, aunque fue un período en el que fortaleció su doctrina constitucional en lo referente a la protección individual de las personas LGBTI. La protección individual se desarrolló hasta el punto en que la Corte estableció que toda diferencia de trato que se basara en la orientación sexual de los individuos debería ser examinada con un test estricto de igualdad, por tratarse de un

⁴⁸ La sentencia SU-214 de 2016 de la Corte Constitucional, MP. Alberto Rojas Ríos, señala que “a pesar que en los últimos dos siglos la humanidad, como consecuencia de la aplicación constante de las diversas cartas de derechos humanos ha despenalizado las relaciones entre personas del mismo sexo, no obstante, sobre todo en los países que aún preservan estructuras jurídicas teocráticas, los actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo son ilegales. Es por esto que en setenta y nueve (79) países, las relaciones homoafectivas están tipificadas con penas privativas de la libertad que oscilan entre un año de cárcel y la cadena perpetua, entre estos se encuentran: Argelia, Libia, Nigeria, Marruecos, Túnez, Gambia, Guinea, Senegal, Togo, Camerún, Santo Tomás y Príncipe, Burundí, Comoras, Yibuti, Eriterea, Etiopía, Mauricio, Uganda, Tanzania, Botsuana, Namibia, Bahrein, Kuwait, Líbano, Omán, Qatar, Siria, Afganistán, Bangladesh, Bután, Maldivas, Pakistán, Sri Lanka, Corea del Norte, Brunéi, Indonesia, Malasia, Myanmar, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Samoa. En siete (7) países de manera extrema y contraria a la vida y a la dignidad humana es causal de pena de muerte, estos son: Arabia Saudita, Emiratos Árabes, Irán, Mauritania, Somalia, Sudán del Sur y Yémen. El derecho comparado ofrece elementos de juicio que permiten a esta Corte constatar que toda sanción, restricción, discriminación o trato diferenciado fundado en la orientación sexual, tienen un origen o arraigo eminentemente cultural, teocrático, dictatorial o religioso, no justificado en postulados, principios o cánones de orden jurídico y, así mismo, evidenciar que en los estados de derecho se ha convertido en una tendencia global el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo”

⁴⁹ En el derecho colombiano, la Unión Marital de Hecho es una figura jurídica, consagrada en la Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes” establece en su artículo 1° que “[...] se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”. La Corte Constitucional mediante sentencia C-683 de 2015 estableció que dentro del ámbito de aplicación de la Unión Marital de Hecho están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

criterio sospechoso de discriminación⁵⁰. Así, de forma paralela a la protección individual de las personas LGBTI por vía judicial, se consolidó un precedente jurisprudencial de desprotección de los derechos de las parejas del mismo sexo. Bajo el argumento de la inexistencia de un imperativo constitucional que permitiera dar igual trato a las parejas del mismo sexo, varias sentencias negaron el derecho a afiliación al sistema de seguridad social en salud (sentencia SU-623 de 2001), a la pensión de sobreviviente (sentencia T-349 de 2006), derecho de residencia a uno de los integrantes de una pareja del mismo sexo (sentencia T-725 de 2004) y restricción del derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar (sentencia C-814 de 2001).

Este precedente, sumado a la invisibilización y discriminación de las parejas del mismo sexo, ralentizó el proceso de reconocimiento de sus derechos patrimoniales de éstas y tuvo como consecuencias, entre otras, que la cuestión de discriminación basada en la orientación o preferencia sexual no estuviera incluida dentro de la agenda del constitucionalismo colombiano⁵¹, que se hubiera privilegiado una visión de familia tradicional heterosexual y que las parejas del mismo sexo se vieran obligadas a “acudir al principio de autonomía de la voluntad privada para diseñar y celebrar contratos civiles que cumplieran algunas de las funciones de la Unión Marital de Hecho”⁵². Este precedente de la Corte Constitucional se hizo insostenible, al crear un verdadero apartheid legal. De hecho, este precedente constitucional llevó a que Colombia fuera condenada tanto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁵³ como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴ por no reconocer la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo.

Precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo

En la actualidad las parejas del mismo sexo tienen plenos derechos familiares, incluyendo el derecho a contraer matrimonio

Hoy en Colombia, se reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia. La jurisprudencia de la Corte Constitucional protege el matrimonio de las parejas del mismo sexo y su acceso a un régimen de protección patrimonial y personal de su vida en común, que incluye los derechos sociales y civiles a la salud, pensiones, alimentos y sucesiones. Los derechos de las parejas del mismo sexo han sido protegidos por la Constitución Política de Colombia y por la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional (2016) con base en tres principios: la dignidad humana, la libertad

⁵⁰ En este sentido, por ejemplo la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, MP. Rodrigo Escobar Gil, se refirió a la orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación al decir que “(...) los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que a la luz del ordenamiento superior toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto”.

⁵¹ LOPEZ MEDINA, Diego. *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Legis Editores S.A., 2016. pp. 2.

⁵² *Ibíd*, pp. 4.

⁵³ Comité de Derechos Humanos. X contra Colombia. Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

individual y la igualdad⁵⁵. Para llegar a este estado de la cuestión, la jurisprudencia pasó por varios momentos.

En un primer momento (2007-2011), desde la sentencia C-075 de 2007, la Corte reconoció que el régimen de protección de la unión marital de hecho y el régimen patrimonial de los compañeros permanentes son aplicables a las parejas del mismo sexo. En esa ocasión, la Corte fundamentó su posición en los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad⁵⁶. Concretamente resaltó que “(...) la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”⁵⁷. Asimismo, la Corte reiteró su línea jurisprudencial según la cual “está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual”⁵⁸. En un segundo momento (2011-2014), a partir de la sentencia C-577 de 2011, la Corte reconoció además un déficit de protección que carecía de una justificación objetiva y razonable respecto a las parejas conformadas por personas del mismo sexo⁵⁹. Por último, en una etapa más reciente (2014-2016) la Corte ha estudiado la posibilidad que tienen las parejas del mismo sexo de adoptar, reconocer sus hijos y casarse. En estos fallos, la Corte ha dado un paso adelante al reconocer “el derecho fundamental a la autonomía familiar y a acceder a una familia”⁶⁰.

El marco jurídico de protección de los derechos patrimoniales y prestaciones sociales de las parejas del mismo sexo y su reconocimiento como familia en Colombia, responde al desarrollo progresivo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de un primer momento en el que no se les reconocía ningún derecho, hasta el reconocimiento actual de todos los derechos tales como el derecho a la seguridad social en salud, a la seguridad social en pensiones, a la extensión de la obligación alimentaria entre los miembros de la pareja, a los derechos herenciales y a casi toda norma habilitadora o restrictiva de derechos basada en el concepto de compañeros permanentes. En Colombia no fue necesaria la creación de una figura jurídica que regulara los vínculos entre parejas del mismo sexo pues bajo la garantía del derecho a la igualdad de toda persona, la Corte Constitucional ha reconocido paulatinamente que no hay justificación razonable para no garantizar los derechos patrimoniales, ya reconocidos a las parejas heterosexuales, a las parejas del mismo sexo y que “crear un régimen jurídico diferente para las parejas del mismo sexo configura un acto de discriminación”⁶¹.

⁵⁵ En este sentido, la sentencia SU-214 de 2016, MP. Alberto Rojas Ríos, establece que desde la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional reconoció a las parejas del mismo sexo sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la libertad personal y la igualdad y que “los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual”.

⁵⁶ En este sentido véase sentencias C-811 de 2007, C-521 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008, T-1241 de 2008, T-911 de 2009, T-051 de 2010, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-151 de 2014 y T-935 de 2014.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ En este sentido, véase Sentencia C-577 de 2011. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁰ En este sentido, véase Sentencias SU-617 de 2014 y C-071 de 2015.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

A continuación presentaremos la jurisprudencia constitucional detallada respecto a la protección de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo: A partir de la jurisprudencia más reciente sobre reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo sexo (SU-214 de 2016), se expondrá el reconocimiento progresivo a los derechos patrimoniales a partir de la sentencia C-075 de 2007 (Unión Marital de Hecho), C-811 de 2007 (afiliación a la salud), C-336 de 2008 (reconocimiento de la pensión de sobrevivientes), C-029 de 2009 (revisión del derecho colombiano para igualación de derechos a parejas del mismo sexo) y C-283 de 2011 (porción conyugal en sucesiones), derechos que si bien son vinculantes tanto para autoridades administrativas como para judiciales, no están exentos de problemas de interpretación e implementación.

En la sentencia **SU-214 de 2016** la Corte Constitucional decidió que con base en los principios de dignidad humana (art. 1 C.P), libertad individual (Art. 16 C.P) e igualdad (Art.13 C.P.) era posible garantizar a todo ser humano la posibilidad de contraer matrimonio, acorde con su orientación sexual. La Corte consideró que “celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual, la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género”⁶². El camino que llevó hasta la sentencia SU-214 de 2016 en la que se declaró que los matrimonios entre parejas del mismo sexo gozan de plena validez jurídica, fue un camino caracterizado por grandes controversias sociales y jurídicas. Asimismo, esta sentencia reconoce que respecto a la figura de familia “toda persona es digna, libre y autónoma para constituir una familia, sea en forma natural (unión marital de hecho) o unión solemne (matrimonio civil), acorde con su orientación sexual, recibiendo igual trato y protección bajo la Constitución y la ley”⁶³ con lo que se superaba el déficit de protección a las personas LGBTI y parejas del mismo sexo en lo referente a su acceso al matrimonio.

El acceso de las parejas del mismo sexo a la institución jurídica del matrimonio, como mecanismo formal mediante el cual algunas parejas sentimentales formalizan su unión, ha generado un amplio debate en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, el debate apareció de manera directa en la sentencia **C-577 de 2011** en la que la Corte Constitucional exhortó al Congreso para que en el plazo de dos años legislara “de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con el fin de eliminar el déficit de protección”⁶⁴ que afecta a las parejas del mismo sexo. De no cumplir el Congreso con tal mandato, la Corte Constitucional previó que correspondería a jueces y a notarios formalizar y solemnizar el vínculo contractual de las parejas del mismo sexo. Tal déficit de protección se refleja en las barreras tanto jurídicas como sociales que encuentran las parejas del mismo sexo para formalizar su vínculo a través del matrimonio y por ende limita su acceso únicamente a la Unión Marital de Hecho. La ambigüedad de los términos usados por la Corte dio lugar a diversas interpretaciones por parte de jueces y notarios frente a la figura jurídica bajo la cual se formalizaría el vínculo entre parejas del mismo

⁶² Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-511 de 2007. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sexo, pues no era claro si se trataba del contrato de matrimonio o si por el contrario se hacía referencia a una figura jurídica nueva.

El debate que llevó a la sentencia SU-214 de 2016 surge a partir de una serie de acciones de tutelas por la aplicación ambigua de lo decidido en la sentencia C-577 de 2011. Esta última sentencia surgió a partir de dos demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil colombiano según el cual: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Frente a tal artículo, los demandantes presentaron argumentos según los cuales resultaba inconstitucional una interpretación restrictiva del artículo 113 del Código Civil a la luz del artículo 42 de la Constitución que contenía la definición de familia, pues esta última no debía interpretarse como una institución exclusiva para las parejas heterosexuales para desproteger a los muchos otros tipos de familia que no aparecían expresamente en el artículo. En esta ocasión, la Corte optó por una lectura textualista del artículo 42 de la Constitución que permitiría entender que hay por lo menos tres tipos de familia: la que “Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”⁶⁵. En esa ocasión se interpretó que la familia formada por parejas del mismo sexo cabía en el último supuesto enunciado en el artículo⁴² que posteriormente sería afianzada por la protección amplia de la familia conformada por parejas del mismo sexo como en la SU-216 de 2014.

Cabe resaltar la reflexión de la Corte Constitucional en torno al carácter flexible de las familias, estableció que “el carácter maleable de la familia se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”⁶⁶. Con esto, la Corte Constitucional estableció un cambio jurisprudencial desde un concepto restringido de familia según el cual la única reconocida constitucionalmente era la heterosexual hacia un concepto diverso en el que se reconoce la protección a las familias conformadas por parejas del mismo sexo. El fundamento de esta decisión fue básicamente la garantía del derecho a la igualdad y la falta de una justificación que hiciera constitucional la diferenciación entre heterosexuales y parejas del mismo sexo en este ámbito.

La Corte Constitucional estableció que “(...) si a partir del contenido del artículo 42 de la Constitución así determinado se analiza la posibilidad de que exista un vínculo jurídico que sirva a la formalización de la voluntad responsable de conformar una familia, expresada por las parejas del mismo sexo, es evidente que en el texto del citado precepto superior no existe expresa mención de ninguna institución que cumpla tal propósito y que, por el contrario, la referencia explícita aparece prevista para el matrimonio entre un hombre y una mujer”⁶⁷. Aunque la Corte Constitucional no determinó de manera expresa el derecho de las

⁶⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 42.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-511 de 2007. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

parejas del mismo sexo a acceder a la figura jurídica del matrimonio, es importante resaltar que la sentencia C-577 de 2011 da un paso importante en el camino de la garantía de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo al reconocer que éstas también pueden conformar familias

El camino de reconocimiento del derecho a tener una familia para las parejas del mismo sexo ha sido un camino de luchas graduales, cuyo primer precedente exitoso en materia de garantía de derechos se encuentra en la sentencia C-075 de 2007, que reconoció la figura de Unión Marital de Hecho (UMH) para las parejas del mismo sexo. De allí se abrió un camino –lento– para el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de sus vínculos como pareja, y se dio cierta seguridad jurídica a estas parejas que antes acudían a la constitución privada de regímenes contractuales de convivencia para formalizar su unión. En esa ocasión, la Corte Constitucional reconoció la triple dimensión del derecho a la dignidad que sería exigida posteriormente en casos de reclamación de derechos patrimoniales, entonces precisó que “la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”⁶⁸.

Evolución y reconocimiento de los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo.

El reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en cada caso concreto – como los derechos patrimoniales, la seguridad social en salud y pensiones, la extensión de la obligación alimentaria entre los miembros de las parejas– ha estado motivado, entre otras, por una comprensión dinámica de la Constitución. En cada caso, la Corte Constitucional ha verificado, primero, si la distinción entre la garantía de un derecho a una pareja heterosexual y su negación a una pareja del mismo sexo es legítima o si por el contrario con esto se genera un déficit de protección⁶⁹ a estas parejas. Segundo, si el no reconocimiento del derecho a la pareja del mismo sexo respeta o no la triple dimensión del derecho a la dignidad humana: (i) como libre autodeterminación personal, (ii) como el derecho al mínimo vital en el reconocimiento de la unión de parejas que han convivido durante largo tiempo y (iii) como derecho a un trato igualitario frente a parejas heterosexuales. Inicialmente, en la sentencia **C-075 de 2007**, la Corte decidió que las parejas del mismo sexo tendrían reconocimiento legal y la misma protección respecto a los derechos patrimoniales de las parejas heterosexuales. Sin embargo, la Corte decidió que no se extendería automáticamente a otras normas y estableció que era necesario que se realizara un proceso de homologación judicial completo en cada caso concreto para determinar si la expresión “compañero/a permanente” en cada norma representaba o no un déficit de protección para las parejas del mismo sexo.

Posteriormente, con base en lo decidido en la C-075 de 2007, la sentencia **C-811 de 2007** decidió sobre la extensión de la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud a las parejas del mismo sexo. En esta oportunidad, la Corte encontró probado un déficit de

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁹ La Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007 uso el término “déficit de protección” para “referirse a aquel vacío del régimen que desampara a individuos cuya protección es un imperativo constitucional”.

protección a las parejas del mismo sexo. Estableció que la razón de la vulneración al derecho de seguridad social en salud de parejas del mismo sexo era clara “(...) la opción del individuo que decide vivir en pareja con persona de su mismo sexo constituye la causa directa que impide que los miembros de la pareja se vinculen al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiarios. En este sentido, es la propia condición de homosexual la que, aunada a la decisión de vivir en pareja, determina la exclusión del privilegio legal, por lo que la norma resulta lesiva del principio de igualdad constitucional (art. 13, CP), respecto de opciones de vida igualmente legítimas, al tiempo que vulneratoria del derecho a la dignidad humana (art. 2, CP), pues sanciona con la exclusión de una medida destinada a preservar la salud y la vida del individuo a quien por ejercicio de su plena libertad decide vivir en pareja con otro de su mismo sexo”⁷⁰. Adicionalmente, estableció que, por tratarse de un derecho social fundamental para las personas, como es la salud, la extensión de la protección era aún más necesaria.

A partir de esta nueva línea jurisprudencial de extensión de derechos a parejas del mismo sexo, la Corte decidió en la sentencia **C-336 de 2008** que debía extenderse el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo bajo el entendido de la necesaria protección del derecho de estas parejas a no ser discriminadas por su orientación sexual. La Corte estableció que la diferenciación que se hacía frente a las parejas del mismo sexo para negarles el acceso a la pensión de sobrevivientes carecía de justificación suficiente, se basaba en un criterio sospechoso de discriminación y generaba un déficit en la protección de sus derechos, déficit ante el cual el Estado debía actuar protegiendo la dignidad de todos los individuos. Además, sostuvo que:

“Si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que estos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida”⁷¹.

El proceso de extensión de derechos continuó con la sentencia **C-029 de 2009**, que pretendió la extensión del tratamiento igualitario integral no solo al reconocimiento de otros derechos cuyos titulares eran compañeros/as permanentes sino también al régimen de inhabilidades, deberes u obligaciones. Así, esta sentencia responde a una “demanda en bloque” ante lo que la Corte respondió que entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, era necesario construir en cada caso concreto por qué la diferencia de trato resultaba discriminatoria. Entonces, si bien la Corte se pronunció sobre los más de 50 artículos demandados, no hizo un pronunciamiento general como lo solicitaban los demandantes que afirmara que toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo debía ser declarada automáticamente contraria a la Constitución.

Posteriormente, en la sentencia **C-283 de 2011** la Corte reconoció los derechos sucesorales de las personas que viven en UMH en los mismos términos que se reconocen a las personas

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007. MP. Monroy Cabra.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-336 DE 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño.

que tienen un vínculo matrimonial, con lo que el reconocimiento se hacía extensivo a las parejas del mismo sexo.

A partir de la extensión de derechos patrimoniales y del reconocimiento del derecho a contraer matrimonio por parte de parejas del mismo sexo, otro tema surgió en el debate público: la adopción de niños y niñas por parte de parejas del mismo sexo. Sobre este tema la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de tres escenarios diferentes: (i) adopción monoparental, (ii) adopción monoparental por parte del compañero homosexual de la madre o padre biológicos del adoptado y (iii) adopción biparental (conjunta, complementaria y consecutiva) por parte de una pareja del mismo sexo. El cambio jurisprudencial de la Corte Constitucional en este tema ha sido notorio en la medida en que en una primera etapa se opuso directamente a la adopción por parte de parejas del mismo sexo (Sentencia C-814 de 2001), en una segunda etapa reconoció la protección en casos específicos de la adopción por parte de personas y parejas homosexuales (sentencias T-276 de 2012, SU-617 de 2014 y C-071 de 2015) y en una tercera etapa, más reciente, declara la inconstitucionalidad de la restricción de adopción biparental únicamente a compañeros permanentes heterosexuales. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avanzado hasta reconocer que la orientación sexual no puede ser tenida en cuenta como un criterio en la evaluación de la idoneidad de la persona LGBTI como adoptante individual o de la pareja del mismo sexo. En este mismo sentido, la Corte Constitucional también ha establecido claramente que los hijos de parejas del mismo sexo tienen el derecho a ser registrados por sus dos padres o madres del mismo sexo sin ninguna discriminación en relación con origen familiar (sentencias SU-695 de 2015 y T-196 de 2016).

En conclusión, el camino gradual de reconocimiento de derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo y de todos sus derechos familiares se ha caracterizado por distintos debates jurídicos los cuales han terminado en consensos sobre la protección de la dignidad e igualdad de las personas LGBTI y de las parejas del mismo sexo. Así:

1. En definitiva para el caso colombiano las parejas del mismo sexo constituyen una familia, de acuerdo con Constitución y la jurisprudencia constitucional.
2. “Crear un régimen diferente para las parejas del mismo sexo configura un régimen de discriminación”⁷². En este sentido, la idea de exigir que existiera una figura jurídica distinta para garantizar el reconocimiento de derechos patrimoniales de parejas del mismo sexo vulnera la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad – en la concepción de la autodeterminación sexual– y es una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo.
3. Si no existe una justificación razonable no es constitucional, hacer una diferenciación entre parejas heterosexuales y homosexuales. De presentarse una diferenciación carente de justificación se configura un déficit de protección para las parejas del mismo sexo. La justificación de cualquier diferenciación entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales debe superar un test estricto de igualdad en

⁷² En este sentido, véase la sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

el cual se considere que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación.

Terminado el recorrido sobre la evolución del reconocimiento y garantía de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, a continuación, presentaremos nuestra respuesta a la opinión consultiva extendida por Corta Rica a propósito del tema antes tratado.

Respuesta a la pregunta:

c) “La protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

“2.1. En caso que la respuesta anterior sea afirmativa ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”

La Convención Americana de Derechos Humanos protege la orientación sexual y la identidad de género y en consecuencia toda discriminación basada en estas categorías está prohibida. Es por esto que los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo están protegidos por la Convención en tanto son la expresión y desarrollo otros derechos contenidos en la Convención como el derecho a la igualdad y la protección familiar. La decisión de compartir la vida con otra persona del mismo sexo es el desarrollo de la autonomía personal y nadie puede ser discriminado por esta causa. También esta decisión autónoma del individuo es la forma como se materializa la conformación de una familia y por tanto el Estado tiene el deber de proteger y garantizar los derechos que surjan de esa unión, como es el caso de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo.

En nuestra consideración, la situación de especial vulnerabilidad de la población LGBTI aún presente en las Américas, la tendencia hacia el reconocimiento de sus derechos de manera plena, y atendiendo a la experiencia colombiana, consideramos necesario realizar una interpretación garantista de los artículos 1, 17 y 24 de la CADH, a partir de los cuales es posible afirmar que, la creación de figuras distintas a aquellas reconocidas para parejas heterosexuales para el caso de parejas homosexuales resultan discriminatorias. Si se actuara de tal manera a partir de asentar la diferencia al momento del reconocimiento jurídico, la orientación sexual se convertiría en un criterio sospechoso de actuación de los Estados, lejos de hacer realidad la cláusula de la igualdad.

El artículo 17.2 de la CADH al estipular que se le reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, debe interpretarse de manera amplia atendiendo al precepto mayor establecido en el artículo 17.1 que consagra la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad la cual debe ser protegida por la sociedad y el Estado. En tal sentido, el hecho de que se haya estipulado el reconocimiento del matrimonio por parte de un hombre y una mujer no debe interpretarse de manera excluyente y restrictiva.

La Corte Constitucional colombiana se pronunció respecto de los efectos jurídicos de considerar que el vínculo entre personas del mismo sexo sea reconocido mediante figuras

jurídicas distintas a las que se reconocen para parejas heterosexuales. Así, la Corte ha señalado que:

“ (...) interpretar que las parejas del mismo sexo deben realizar un contrato solemne, que no configura un matrimonio civil conduce, entre otros, a los siguientes resultados inadmisibles: (i) no constitución formalmente de una familia; (ii) no surgimiento de los deberes de fidelidad y mutuo socorro; (iii) los contratantes no modifican su estado civil; (iv) ausencia de una sociedad conyugal; (v) los contratantes no ingresan en el respectivo orden sucesoral; (vi) imposibilidad de suscripción de capitulaciones; (vii) falta de claridad sobre las causales de terminación del vínculo entre los contratantes; (viii) de llegar a establecer su residencia en otros países, las respectivas autoridades no les brindarían a la unión solemne, la protección legal que tienen los cónyuges, ya que éstas no les reconocen los efectos que tienen en nuestro sistema jurídico; y (ix) en materia tributaria no se podrían invocar ciertos beneficios por tener cónyuge o compañero permanente. En conclusión, ningún contrato solemne innominado o atípico, celebrado entre parejas del mismo sexo, podría llegar a producir los mismos efectos personales y patrimoniales que un matrimonio civil. De allí que los contratos civiles innominados, o que buscan solemnizar y formalizar las uniones entre parejas del mismo sexo, diferentes al matrimonio civil, no suplen el déficit de protección”⁷³.

Así entonces, la creación de instituciones diferentes a las establecidas para las parejas heterosexuales y exclusivas para las parejas del mismo sexo, no tienen una justificación razonable y configurarían una discriminación legal que perpetuaría los prejuicios y daños contra las parejas del mismo sexo.

III. DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Al igual que en el segundo apartado a continuación presentaremos una breve mirada hacia el proceso de reconocimiento del derecho a la identidad de género en las Américas, posteriormente nos detendremos en lo que ha sido el reconocimiento de este derecho en el caso Colombiano, y finalmente presentaremos nuestras consideraciones a las preguntas elevadas a la Corte por parte de Costa Rica relacionadas con este tema.

Reconocimiento a la identidad de género en el derecho comparado y por parte de los órganos de protección de derechos humanos.

Veintidós países de las Américas han firmado, adherido y depositado (sin haberla denunciado) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Para un mayor detalle ver anexo 2). Del estudio de cada uno de ellos⁷⁴, es posible afirmar que existe una tendencia paulatina y creciente hacia el reconocimiento interno del derecho a la identidad de género. Así, es posible diferenciar cuatro clases de respuestas que los países han articulado para hacer frente a las identidades de género diversas.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

⁷⁴ No fue posible encontrar información sobre la situación de tres países: Barbados, Dominica y Surinam.

La primera respuesta es aquella en la que existen leyes o normas específicas para la protección de la identidad de género, dirigidas principalmente a reconocer el cambio de nombre y de sexo en registros civiles y en los documentos públicos a través de procedimientos administrativos, sin requerir ningún tipo de representación jurídica, y sin que se exija acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico. Es el caso de cinco países: Argentina, Bolivia, Ecuador, México y Uruguay⁷⁵. Todas estas normas fueron expedidas durante la última década. Adicionalmente, en el caso de Colombia se ha adoptado una medida administrativa con efectos de carácter general en igual sentido y efectos a los países que tiene leyes específicas, expedida por el ejecutivo nacional (a través del Ministerio de Justicia).

Además de los seis países con normatividad específica sobre el reconocimiento a la identidad de género, existen cuatro países -Brasil, Chile, Costa Rica y Perú-, en los que se discuten proyectos de ley en el mismo sentido, los cuales están pendientes de aprobación.

La segunda respuesta de los Estados frente al reconocimiento de las identidad trans es aquella en la que, a pesar de no existir normatividad específica que proteja la identidad de género, es posible realizar el cambio de nombre y sexo a través de procesos judiciales que en su mayoría requieren de representación judicial, de adjuntar pruebas sobre procedimientos médicos o psicológicos -trámites que resultan costosos y dispendiosos-. Es el caso de países como Costa Rica, Perú, Brasil y Chile.

La tercera respuesta se refiere a los países en los que únicamente es posible el cambio de nombre en los documentos públicos, procedimiento que generalmente está contemplado en leyes civiles de carácter general o a través de políticas generales de las registradurías, o por actos administrativos. Este es el caso de Guatemala, Jamaica y República Dominicana.

Por último, la cuarta respuesta es aquella en donde no es posible cambiar el nombre y el sexo del registro civil por motivos de identidad de género. En los casos estudiados encontramos que este tipo de legislaciones se encuentran en los países de El Salvador, Haití, Honduras y Nicaragua.

Esta tendencia al reconocimiento del derecho a la identidad de género es acorde con el precedente mayoritario que se ha venido conformando en los organismos internacionales de protección de derechos humanos, a través de los cuales se ha establecido un estándar en la materia dirigido a garantizar el derecho a la identidad de género. Múltiples manifestaciones del sistema de Naciones Unidas han deplorado todo tipo de discriminación y acto de violencia hacia las personas con identidad de género diversa. Muestra de ello son: la resolución adoptada en 2016 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones

⁷⁵ En el caso de Ecuador es importante precisar que, a diferencia de los otros países, no se permite el cambio de sexo en los documentos públicos, sino hacer uso de la categoría género en vez de la categoría de sexo, situación que, aunque avanza en el reconocimiento a la identidad de género, produce un tratamiento diferenciado que puede resultar discriminatorio, en relación a la población que no tiene una identidad de género transgenerista. Por otra parte, en el caso de México el rango de aplicación de la norma aprobada es para el Distrito Federal, aún está pendiente de que se apruebe una ley con alcance Nacional.

Unidas sobre “Protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género”, en la que se rechazaron los actos de violencia y discriminación contra personas por su orientación sexual o identidad de género, y se ordenó el nombramiento de un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género durante tres años⁷⁶.

Esta resolución cuenta con varios antecedentes, entre ellos una resolución del 15 de junio de 2011 sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”; la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, la cual tiene como eje fundamental 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”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2008; así como los informes de numerosos relatores que señalan su preocupación sobre la situación de la comunidad LGBTI haciendo un llamado a la protección de sus derechos en el mundo.

En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es bien conocido el giro jurisprudencial que se produjo a partir de los casos *Christine Goodwin vs. Reino Unido* (2002), y *I. vs. Reino Unido* (2002). En estas ocasiones, después de haber manifestado que la rectificación de la inscripción registral para reflejar la nueva identidad de una persona transgénero era un aspecto en el que existía un amplio margen de apreciación por parte de los Estados⁷⁷, el Tribunal afirmó que la negativa de las autoridades de Reino Unido de reconocer legalmente la nueva identidad sexual de los peticionarios, así como al cambio de documentos para adecuarlos a su identidad, representaba una violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, específicamente por configurarse una intromisión injustificada en su vida privada. Este pronunciamiento del Tribunal se enmarca en la evidencia de una tendencia internacional hacia la aceptación social del transgenerismo, y hacia el reconocimiento de la nueva identidad, haciendo referencia a casos como los de Australia, Israel y Nueva Zelanda.

No obstante, si bien estos casos resultan de trascendental importancia, llama la atención que la aceptación de la modificación de la identidad se produjese en casos en los que las personas que solicitan el reconocimiento de su identidad se habían sometido previamente a cirugías de reasignación genital. Es solo hasta el 2003, a través del caso *Van Kück vs. Alemania*⁷⁸, que el Tribunal consideró que el hecho de imponer a una persona transgénero la carga de probar la necesidad médica del tratamiento, constituía una carga desproporcionada, y en consecuencia una violación al artículo 6 del CEDH sobre derecho a un proceso equitativo, y al artículo 8 sobre el derecho a la vida privada.

⁷⁶ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. A/HRC/32/L.2/Rev.1. 28 de junio de 2016

⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencias: *Rees c. Reino Unido* (1986), y *Cossey c. Reino Unido* (1990)

⁷⁸ En este caso se estudió la negativa de reembolso por parte de una compañía de seguros médicos de una terapia hormonal sustitutiva y una cirugía de cambio de sexo de una mujer transgénero.

Con posterioridad a estos pronunciamientos, el Tribunal Europeo ha conocido de casos de personas transgénero que van más allá del reconocimiento legal de su identidad de género en documentos públicos, pues están relacionados con el reconocimiento de la identidad de género para efectos pensionales⁷⁹, la garantía del acceso efectivo a los tratamientos médicos necesarios para realizar su transformación⁸⁰, la relación entre el reconocimiento de la identidad de género y el derecho al matrimonio⁸¹, y los derechos relacionados con el ejercicio de la paternidad⁸².

En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana no ha conocido de manera específica ningún caso sobre transgenerismo y reconocimiento a la identidad de género. No obstante, es importante mencionar, a manera de precedente, el caso Karen Atala e hijas vs. Chile, en el que se discutía la influencia de la orientación sexual de la Sra. Karen Atala, en la decisión de retirarla del cuidado y custodia de sus hijas. En dicha sentencia la Corte se manifestó sobre la protección de la identidad de género por parte de la Convención Interamericana:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (Subrayado por fuera del texto original).

Este pronunciamiento resulta acorde con las ocho resoluciones aprobadas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos desde 2008 respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, en las que se condena todo tipo de discriminación y actos de violencia; se insta a los Estados a tomar medidas y políticas públicas dirigidas a prevenir, sancionar y eliminar conductas discriminatorias, y actos de violencia contra personas con orientación sexual o identidad de género diversas; garantizar acceso a la justicia y la protección judicial a sus víctimas; al igual que se pide a los Estados que eliminen barreras enfrentadas por las personas LGTBI en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la

⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Grant v. Reino Unido (2006).

⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia L. v. Lituania (2007)

⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia H. v. Finlandia (2012)

⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia P. V. v. España (2010)

vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada⁸³. Además, este pronunciamiento fue reiterado en el caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Aspectos que han sido recogidos en la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia adoptada el 5 de junio de 2013 por la Asamblea General de la OEA, la cual se encuentra a la espera de firma y depósito por parte de la mayoría de los Estados Americanos. Instrumento que desarrolla el principio de igualdad y no discriminación, admitido por la Corte Interamericano de Derechos Humanos como norma del *Ius cogens*⁸⁴.

Reconocimiento a la identidad de género en Colombia

En Colombia, en un primer momento se defendió la comprensión del género como un componente objetivo del estado civil. Situación que derivó en el sometimiento de las personas transgénero a pruebas físicas y psicológicas en el marco de procesos judiciales, con el objetivo de demostrar su aptitud para lograr el cambio de nombre⁸⁵. La exigencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria para realizar estos cambios en el documento de identificación fue reconocida por la Corte Constitucional como una vulneración al derecho a la personalidad jurídica de las personas transgénero. Por esta razón, se defendió como regla aplicable, que cualquier persona podría realizar cambio de su nombre a través de un procedimiento administrativo mediante escritura pública, por una sola vez⁸⁶. En este sentido, desde los primeros años de trabajo de la Corte Constitucional, se dejó claro que no era necesario acudir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria para realizar un cambio de nombre, aunque no existiera una ley específica sobre identidad de género, la ley civil preveía que este se hiciera mediante escritura pública.

En este contexto, las personas transgénero en Colombia no se enfrentan a un proceso judicial cuando quieren cambiar su nombre la primera vez, sino cuando deciden hacerlo en una segunda ocasión, pues los notarios encargados de formalizar el cambio de nombre se niegan a hacerlo con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1260 de 1970 según el cual solo es posible realizar el cambio de nombre por una vez. En este sentido, el precedente de la Corte Constitucional que se presentará más adelante se refiere a casos en los que una

⁸³ AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Cfr. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), AG/RES. 2600 (XL-O/10), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)

⁸⁴ Opinión Consultiva n. 18/2003

⁸⁵ El caso que produjo una de las primeras sentencias sobre el cambio de nombre en personas transgénero en Colombia es un ejemplo del sometimiento de personas transgénero a pruebas físicas y psicológicas en el marco de procesos judiciales para cambiar su nombre. Los hechos que originaron la sentencia T-594 de 1993 demuestran que en la primera instancia de un cambio de nombre se solicitó la historia clínica de la persona que quería cambiar su nombre, “El Juzgado Primero Municipal de Cali, mediante providencia del 14 de julio de 1993, admitió la presente acción de tutela y ordenó que se allegara prueba conducente sobre la veracidad del sexo del peticionario. (...) El Juzgado dispuso oficiar al Jefe de Estadística del Hospital Universitario del Valle a fin de que remitiera copia de la historia clínica No. xxx, correspondiente al cambio de sexo del señor xxx(...)”.

⁸⁶ En este sentido, el Decreto 1260 de 1970 “Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas” establece en su artículo 94: “El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal” (negrillas fuera de texto).

persona transgénero intenta cambiar su nombre por segunda vez y tras encontrar barreras para hacerlo acude a un procedimiento judicial.

Entonces, la adopción de una identidad de género diversa por parte de las personas transgénero y su correspondencia en el documento de identidad se enfrenta por lo menos a cuatro barreras distintas: (i) el nombre como atributo intrínseco de la personalidad se convierte en una carga para la persona al no poder cambiarlo y afecta, por ende, su plan de vida, (ii) la no correspondencia en el documento de identificación limita, y muchas veces impide, el acceso efectivo a otros derechos como salud, educación y trabajo, (iii) como consecuencia de la no garantía plena de sus derechos, un alto porcentaje de personas transgénero carece de las fuentes económicas necesarias para sufragar sus condiciones mínimas de existencia con lo que cambiar de nombre se vuelve un privilegio para quienes cuentan con los medios para hacerlo, (iv) históricamente la identidad de género diversa ha sido patologizada y entendida como un trastorno físico o mental y no como una identidad social o forma autónoma de la construcción de la identidad, lo que ha llevado a altos porcentajes de discriminación en su contra⁸⁷.

Todas estas situaciones pueden generar el desconocimiento del derecho a la identidad de género, así como de otros derechos constitucionalmente protegidos, entre ellos: el derecho a la personalidad jurídica (artículo 14, CP y artículo 3, CADH), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16, CP), la dignidad humana (art. 1, CP y art. 11, CADH), el derecho a la intimidad (art. 15, CP), a la integridad física y psicológica, el derecho a la igualdad (art. 13, CP y art. 24, CADH), derecho a la integridad personal (art. 5, CADH), derecho al nombre (art. 18, CADH), libertad de pensamiento y expresión (art. 20, CP y art. 13, CADH).

Precedente jurisprudencial en Colombia sobre el cambio de nombre de personas y sexo e identidad de género

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido que la población LGBTI es un grupo históricamente marginado que lucha contra los estigmas, prejuicios y estereotipos impuestos por el Estado, la sociedad y la familia, que los excluyen de manera individual y colectiva de espacios públicos y privados, de forma directa e indirecta⁸⁸, y que los han

⁸⁷ En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-099 de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, afirmó que “Los niveles de discriminación contra los transexuales son críticos. La población transexual afronta múltiples barreras que impiden la plena realización de sus derechos fundamentales. Aunque este no es el escenario para desarrollarlos exhaustivamente, la Sala menciona a manera de ejemplo, los siguientes: (i) los cambios de nombre y sexo en los documentos de registro civil e identificación; (ii) la consideración de las mujeres transgénero como hombres -exigencia de libreta militar para efectos de regularización o de acceso a un empleo, edad de pensión, atención en salud, lugares y condiciones de reclusión-; (iii) las dificultades para el acceso al sistema de salud, las mínimas posibilidades de obtener un trabajo en condiciones dignas y justas; el ingreso y permanencia en el sistema educativo; entre muchos otros obstáculos que se refuerzan por los estereotipos discriminatorios y la desinformación de autoridades y particulares.”

⁸⁸ En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia T-077 de 2016. MP. Jorge Ivan Palacio Palacio, señaló que “La población LGBTI constituye un grupo históricamente marginado por el Estado, la sociedad y la familia, en las distintas facetas y formas, de manera individual y colectiva, de manera expresa y sutil, en público y en privado, directa e indirectamente, consciente e inconscientemente. La población LGBTI vive luchando contra estigmas y estereotipos que los persiguen y excluyen tanto en espacios públicos como privados, por lo que no pueden vivir tranquilamente en una sociedad cargada de prejuicios, imaginarios

puesto al margen de varios mecanismos de acción del Estado, de acceso a servicios asistenciales, de programas de atención y de la formulación de políticas públicas y leyes. Sin embargo, el reconocimiento por parte de la Corte y de la jurisprudencia constitucional de la carga de prejuicios e imaginarios homofóbicos y transfóbicos⁸⁹ que segregan a las personas LGBTI, y de la falta de enfoques diferenciales que las condenan a la invisibilización, inequidad y desigualdad, no siempre fue constante.

La Corte Constitucional ha reforzado en su jurisprudencia el derecho de todo individuo a construir su identidad personal y ha sido enfática en presentar la posibilidad que tiene toda persona de sustituir su nombre para fijar su identidad, como parte de su autonomía personal y en ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 16, CP). En este sentido, la Corte se ha pronunciado sobre la posibilidad de cambiar el nombre como elemento protegido por el derecho a construir la identidad personal, no solo en casos de personas transgénero que quieran hacerlo. Al respecto, la Corte ha resaltado que “[C]ualquier individuo puede pues determinar su propio nombre, así este, para los demás tenga una expresión distinta a la del común uso, ya que lo que está expresando el nombre es la identidad singular de la persona frente a la sociedad. No es un factor de homologación sino de distinción. He ahí porque el individuo puede escoger el nombre que le plazca”⁹⁰. Como parte de la construcción de la identidad, la Corte se ha detenido en varias ocasiones a analizar la identidad de género⁹¹ como una categoría constitucional separada de la orientación sexual⁹² que debe ser igualmente protegida. La Corte ha sido enfática al señalar

colectivos y visuales homofóbicos que hacen que se perpetúe la discriminación. En ese contexto, la población LGBTI permanece segregada en una sociedad que por no aceptar la diferencia prefiere invisibilizarla, acentuando más la problemática de inequidad y desigualdad que afrontan quienes pertenecen a dicho grupo porque como “minoría sexual” quedan al margen de las leyes, políticas públicas, programas de atención, acceso a servicios asistenciales y demás mecanismos de acción del Estado y la sociedad, lo cual significa que todas existen sin un enfoque diferencial”.

⁸⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América* (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L) ISBN 978-0-8270-6503-1, señaló que “la CIDH entiende que los actos de violencia contra las personas LGBTI, comúnmente conocidos como ‘crímenes de odio’, actos homofóbicos o transfóbicos, se comprenden mejor bajo el concepto de violencia por prejuicio contra las orientaciones sexuales y las identidades de género no normativas [...]. La violencia por prejuicio es un fenómeno social, que se dirige contra grupos sociales específicos, tales como las personas LGBTI, tiene un impacto simbólico, y envía un mensaje de terror generalizado a la comunidad LGBTI”. pp.11.

⁹⁰ La Corte Constitucional en la sentencia T-168 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, confirmó la posibilidad de una persona de cambiar su nombre por el de Deportivo Independiente Medellín Giraldo Zuluaga bajo el entendido que “el libre desarrollo de la personalidad exige que un individuo tenga la posibilidad de identificarse de acuerdo a sus valores, a pesar de que estos no sean compartidos por otros. Así lo impone el respeto al pluralismo por un juez imparcial”.

⁹¹ De acuerdo a los Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006, la identidad de género “es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. pp.6, nota al pie 2.

⁹² De acuerdo a los Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006, la orientación sexual se ha definido “como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y

que se trata de conceptos no excluyentes que interactúan constantemente y “que se transforman continuamente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad [...] y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a su sexualidad y su **desarrollo identitario**”⁹³(negrillas fuera de texto). En este sentido, la Corte ha reconocido casos en los que autoriza el cambio de nombre por segunda vez en la medida en que esta medida es necesaria para la redefinición del plan de vida de una persona y con el proceso de construcción de su identidad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional es un ejemplo de los cambios normativos hacia la comprensión de la existencia de registros civiles sensibles a la elección de género y a la comprensión de esto como la materialización del derecho a la construcción identitaria autónoma, diversa o no normativa. A continuación, se presentará la línea jurisprudencial vigente en la que la Corte se ha pronunciado sobre situaciones en las que se niega a una persona el cambio de su nombre, como consecuencia de un tránsito en su identidad de género, por segunda vez.

Es posible identificar, por lo menos, tres etapas en el desarrollo jurisprudencial respecto del cambio de nombre de personas transgénero en Colombia: la protección del nombre como atributo de la personalidad en relación con el derecho a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad y la independencia del cambio de nombre frente al cambio de sexo (1994-2008); reiteración de la jurisprudencia y primeras menciones a la identidad sexual o de género como parte del derecho a la construcción autónoma de un plan de vida (2008-2014); reconocimiento y protección de una amplia gama de derechos relacionados con el cambio de nombre, adicionales al derecho a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad: derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, a la intimidad personal y a la identidad de género y diferenciación entre el concepto de orientación sexual e identidad de género (2014-2016).

En un primer momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional protegió el derecho de las personas transgénero a realizar un cambio de nombre bajo el entendido de que al ser este un atributo de la personalidad, esencial en la libre construcción de un plan de vida, estaba amparado por el derecho a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad. Así, el artículo 14 de la Constitución Política que reconoce el derecho a la personalidad jurídica y el artículo 16 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el deber de respeto que tanto el Estado como los demás ciudadanos deben guardar en relación con las características distintivas de cada persona, esenciales para el reconocimiento de la singularidad de los individuos, sirvieron de bases para la jurisprudencia inicial sobre este tema.

La sentencia **T-594 de 1993** fija un primer referente respecto de la protección del derecho al nombre y la posibilidad de cambiarlo de acuerdo a la identidad de cada persona. En esta ocasión la Corte Constitucional se pronunció sobre el caso de una mujer transgénero que invocando el derecho a la igualdad y a la libre personalidad jurídica, solicitó ante una

sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. pp.6, nota al pie 1.

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia T-099 de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

notaría su cambio de nombre en el registro civil pues hace trece años se identificaba con un nombre femenino. En este caso, el juez de primera instancia solicitó copia de la historia clínica para verificar si efectivamente se había realizado una cirugía de reasignación genital. En ese entonces, la Notaría justificó que un cambio de nombre del sexo masculino al sexo femenino implicaba un cambio en el estado civil y por tanto no podía hacerse mediante escritura pública (procedimiento administrativo) sino que era necesario que mediara una orden judicial que lo autorizara.

La Corte Constitucional desarrolló una reflexión en torno a la autonomía de la persona como fundamento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el correlativo reconocimiento por parte del Estado, de la facultad de los individuos a reconocerse de manera autónoma. Así, estableció que el fin de tal reconocimiento es “la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”⁹⁴. La expresión jurídica de tal individualidad es la posibilidad de fijar la identidad de una persona a través de su nombre. Cabe destacar que este fallo de la Corte Constitucional distingue claramente entre cambio de nombre y cambio de sexo, llamando la atención sobre la no dependencia del primero al segundo pues el cambio de uno no implica por necesidad el cambio del otro. Esta decisión es de gran importancia en la medida en que habla de la no patologización⁹⁵.

En la sentencia **T-477 de 1995** la Corte analizó la acción de tutela de un menor de edad a quien por causa de un accidente sus padres decidieron realizarle una cirugía de reasignación de sexo a muy temprana edad y un cambio de nombre por uno femenino. Esta persona trató de cambiar su registro civil para que en él quedaran inscritos su nombre y sexo original. Al respecto, la Corte Constitucional se mantuvo en su posición de protección de la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad, integrando un nuevo elemento a ser protegido: el derecho a la identidad como derecho fundamental. La Corte reconoció que el derecho a la identidad, como derecho de cada uno a determinar su individualidad y singularidad en la sociedad “comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad”⁹⁶. Aunque en esta ocasión no desarrolló a fondo el concepto, sí advirtió que la identidad sexual, como parte integrante del derecho a la identidad, se fundamenta en la dignidad humana en la medida en que el reconocimiento de la identidad sexual a toda persona implica a su vez el respeto de su libertad y autonomía.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹⁵ Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó el 12 de mayo de 2016 el comunicado de prensa Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad en el que afirmó que “[L]a patologización de adultos, niñas y niños LGBTI, es decir, etiquetarlas como enfermas con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, ha sido históricamente, y continúa siendo, una de las causas principales de las violaciones de derechos humanos que enfrentan. [...] Las categorías médicas patologizantes y estigmatizantes que se relacionan con la identidad y la expresión de género son utilizadas para justificar someter a personas trans, incluyendo jóvenes, a esterilizaciones, tratamientos hormonales, cirugías y evaluaciones psiquiátricas de manera forzada o coercitiva, y para condicionar o imponerles otras trabas abusivas al ejercicio de sus derechos humanos”. En: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/064.asp>

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

Las bases esbozadas en las sentencias ya mencionadas se consolidaron en la sentencia **T-1033 de 2008** en la que la Corte Constitucional reiteró que al ser el nombre un atributo de la personalidad, reconocido como uno de los principales signos distintivos de los sujetos, tanto en lo individual como en sus relaciones en sociedad, debe entenderse que es un factor determinante para el libre desarrollo del plan de vida de cada individuo y para la garantía de su derecho a la identidad. Nuevamente, bajo el amparo del derecho a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad la Corte estableció que para que una limitación a la libertad de configuración del plan de vida personal se considere legítima, ésta debe tener sustento constitucional, ser proporcionada y no puede anular la posibilidad que tiene cada persona de construir de manera autónoma un modelo de realización personal. Concretamente, estimó que se había vulnerado el derecho al nombre y al libre desarrollo de la personalidad pues el impedimento de cambio de nombre de una persona transgénero afectaba su facultad de adoptar una decisión consustancial a la determinación de su modelo de vida en ejercicio de su autonomía y dignidad.

En esa ocasión, la Corte resolvió un caso de una persona que se había cambiado su nombre masculino original por uno femenino, y años después quiso volver a adoptar su identidad masculina, lo que incluyó un nuevo cambio de nombre, pero la Registraduría negó la solicitud con base en la prohibición legal según la cual sólo se permite cambio de nombre una vez. La Corte reconoció la pretensión a la persona demandante e inaplicó la disposición que prescribe la posibilidad de cambiar de nombre de los ciudadanos por una sola vez. En esta ocasión, la Corte menciona nuevamente la identidad sexual como parte del plan de vida que se construye de manera autónoma y distinta al sexo biológico de las personas.

Posteriormente, la sentencia **T-977 de 2012**, sobre el fundamento del derecho a la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad la Corte da un paso adelante en lo que llama el derecho a “ostentar una identidad de género”⁹⁷ que junto con los otros derechos mencionados se ve vulnerado cuando una autoridad administrativa niega el cambio de nombre a una persona transgénero. Aunque la Corte en esta ocasión no precisó el contenido del concepto de identidad de género, fue clara en establecer un vínculo con el derecho al nombre, pues resaltó que la acción de fijar un nombre, como atributo de la personalidad, es un factor determinante para la realización del derecho a la identidad. En esta sentencia, la Corte reconoció que ante casos excepcionales en los que se ve comprometido el plan de vida de una persona que ha tomado medidas para conseguir una determinada identidad, es posible autorizar por segunda vez el cambio de nombre.

Los avances del segundo momento jurisprudencial respecto al reconocimiento del derecho a la identidad en términos generales y posteriormente a la identidad de género, sirvieron como fundamento para un tercer momento de la jurisprudencia en el que se diferenció claramente el contenido de los conceptos de “identidad de género” y “orientación sexual” y se amplió el reconocimiento de derechos relacionados con el cambio de nombre de las personas transgénero.

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-977 de 2012. MP. Alexei Julio Estrada.

Así, en la sentencia **T-086 de 2014** la Corte decidió la procedencia de cambio de nombre por segunda vez por cuanto la apariencia física del accionante no correspondía con su identidad sexual y de género. En su análisis, la Corte Constitucional resaltó, primero, que el concepto de orientación sexual se distingue del de identidad de género y recordó las precisiones conceptuales hechas por la Relatoría para los Derechos de la población LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹⁸.

La definición de orientación sexual e identidad de género fue complementada por la sentencia **T-099 de 2015** según la cual “Identidad de género: es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, que puede o no corresponder con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...)”⁹⁹. Es importante resaltar una anotación constante en el precedente de la Corte Constitucional, según la cual el concepto de identidad de género junto a otros como orientación sexual, personas transgénero y personas cisgénero “son conceptos que se transforman continuamente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad. Por lo tanto, estas definiciones no se pueden tomar como criterios excluyentes sino como ideas que interactúan constantemente y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a la sexualidad y su desarrollo identitario”¹⁰⁰.

Recientemente, en la sentencia **T-077 de 2016** la Corte Constitucional analizó el caso de una acción de tutela interpuesta por una persona transgénero al considerar vulnerados sus derechos a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad por no permitirle el cambio de nombre en su documento de identidad por segunda vez. En esta ocasión, la Corte Constitucional ahondó en un tema que carecía de desarrollo respecto al cambio de nombre: la vulneración al **derecho a la igualdad** producto de la discriminación por la decisión de una persona transgénero de cambiar su nombre. En este sentido, la Corte reconoció que “la población LGBTI permanece segregada en una sociedad que por no aceptar la diferencia prefiere invisibilizarla, acentuando más la problemática de inequidad y desigualdad que afrontan quienes pertenecen a dicho grupo porque como “minoría sexual” quedan al margen de las leyes, políticas públicas, programas de atención, acceso a servicios asistenciales y demás mecanismos de acción del Estado y la sociedad, lo cual significa que todas existen sin un enfoque diferencial”¹⁰¹.

En esta sentencia, la Corte reafirmó su línea jurisprudencial sobre la protección de la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de las personas LGBTI y reiteró que “la decisión autónoma de fijar la orientación sexual o identidad de género goza de pleno respaldo constitucional, de manera que todo acto de hostigamiento o discriminación contra quien libremente exprese su opción de vida, es susceptible de ser corregido por vía judicial (...)”¹⁰².

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-086 de 2014. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-099 de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia T-077 de 2016. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰² *Ibíd.*

Desde la jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional respecto del reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica, la Corte ha sido enfática en diferenciar el derecho de los individuos a la protección de los atributos de su personalidad que los “distinguen, identifican y singularizan”¹⁰³ frente al deber del Estado y la sociedad derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se concreta en el reconocimiento colectivo de la singularidad del individuo. El respeto por la identidad de género incluye, en palabras de la Corte, “el proceso previo, íntimo y personal, **de definición de los rasgos esenciales de la personalidad que constituirán el soporte del proyecto de vida que pretende desarrollar cada individuo**”¹⁰⁴ (negrillas fuera de texto). Asimismo, la Corte ha establecido que en el proceso de fijación de la individualidad de cada persona, de conformidad con la identidad que cada uno proyecta, debe garantizarse, entre otros aspectos, “la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser”¹⁰⁵, en sus distintas formas que incluyen su nombre.

La Corte Constitucional ha protegido el cambio de nombre de las personas transgénero, como expresión de la coherencia de su identidad de género, a través de la vía administrativa y no a través de procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que sean sometidos a pruebas médicas, psicológicas y físicas, que patologizan la construcción de identidad de estas personas. El desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre el cambio de nombre responde, entonces, a una visión de la construcción de la identidad desde una óptica diversa de protección de derecho a la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la intimidad.

Asimismo, el ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido que el derecho de cada individuo al reconocimiento de su nombre¹⁰⁶, como atributo de la personalidad jurídica y expresión del libre desarrollo de la personalidad, que le permite identificarse libremente en sus actuaciones en la vida social y frente al Estado, no puede ser objeto de diferenciaciones injustificadas que generen cargas excesivas a unos individuos en razón de su identidad de género. Con esto, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha fijado un camino garantista sobre las obligaciones que tiene el Estado en el sentido de respetar y garantizar el derecho de cada persona a autodeterminar la identidad de género.

Ahora bien, en relación al cambio de sexo dentro del registro civil de nacimiento, la Corte Constitucional ha reiterado su jurisprudencia sobre derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica como elementos esenciales de la identidad de género, en ocasiones en las que ha analizado casos

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰⁶ Respecto del nombre, la Corte Constitucional en sentencia T-086 de 2014, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, “estableció la relación entre el nombre como atributo de la personalidad jurídica y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Política. En el mismo sentido, afirmó que la facultad que tiene toda persona de fijar su identidad a través del nombre que prefiera es un reconocimiento de la autonomía de la persona para definir su proyecto de vida como manifestación de la dignidad”.

de cambio de sexo¹⁰⁷ de personas transgénero. Al igual que en el caso del cambio de nombre, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho a que los datos del registro civil correspondan a la identidad de género asumida por las personas transgénero. Respecto del procedimiento para llevar a cabo el cambio de sexo la legislación vigente en Colombia establece que el cambio de sexo en el registro o documento de identificación puede realizarse mediante escritura pública ante notario y solo será necesaria la intervención judicial en aquellos casos en los que haya alguna controversia u oposición.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de cambio de sexo de personas transgénero ha evolucionado con el tiempo. Inicialmente la jurisprudencia entendió la identidad sexual como un criterio objetivo, en el que era necesaria la comprobación judicial, posición plasmada en la sentencia T-504 de 1994, hasta una posición reciente y más garantista de los derechos de las personas transgénero en la que “ha reconocido el derecho fundamental que le asiste a toda persona a que el sexo consignado en el registro civil coincida con la identidad sexual y de género efectivamente asumida y vivida por esta (T-918 de 2012 y T-231 de 2013)”¹⁰⁸.

La línea jurisprudencial vigente en Colombia señala que la exigencia de procedimientos que generen obstáculos al derecho de toda persona a que su identidad de género corresponda con la consignada en el documento de identificación y registro civil, vulnera los derechos de las personas transgénero. En este sentido, la Corte ha señalado que no es necesario acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria y que la modificación puede realizarse directamente, mediante escritura pública pues se trata de un medio menos lesivo para los derechos de las personas transgénero¹⁰⁹, teniendo en cuenta que “dentro del sector LGBTI es justamente la población transgénero al que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos”¹¹⁰.

Estas decisiones de la Corte Constitucional motivaron la expedición de la normatividad reciente sobre el tema, concretamente al Decreto 1227 de 2015 del Ministerio de Justicia “Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del

¹⁰⁷ La Corte Constitucional, en sentencia T-063 de 2015, MP. María Victoria Calle Correa, estableció que la expresión “cambio de sexo” se refiere a los casos en los que “existe una discrepancia entre la hetero asignación efectuada al momento del nacimiento y consignada en el registro, y la auto definición identitaria que lleva a cabo el sujeto. En ese orden de ideas, de la misma forma en que la intervención quirúrgica se realiza para ajustar las características corporales de una persona a la identidad sexual asumida por esta no es propiamente una operación de “cambio de sexo” sino de “reafirmación sexual quirúrgica”, la modificación de datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil”.

¹⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2015. MP. María Victoria Calle Correa.

¹⁰⁹ En el caso de la sentencia T-063 de 2015 la Corte Constitucional decidió que “al constatar la existencia de un medio alternativo que cuenta con cobertura legal, (que) es menos lesivo de los derechos fundamentales y reviste idoneidad equivalente para alcanzar los fines constitucionales que se satisfacen con el proceso de jurisdicción voluntaria, la Sala encuentra que la obligación impuesta a la accionante de acudir a este último mecanismo para realizar la corrección del sexo inscrito en el registro civil, es una medida innecesaria y gravosa para sus derechos, y que además representa un trato discriminatorio en relación con el que se dispensa a las personas cisgénero, quienes pueden corregir este dato mediante escritura pública”.

¹¹⁰ *Ibíd.*

Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil”, según el cual es posible realizar el cambio de sexo dentro del registro civil de nacimiento con la sola declaración de la voluntad a partir de la construcción sociocultural de la identidad de la identidad que se tenga, sin que se pueda exigir ninguna documentación o prueba adicional a las enunciadas en el decreto. Este decreto desarrolló el contenido de la sentencia T-063 de 2015 según la cual:

“la exigencia impuesta a las personas transgénero de acudir a la vía judicial para lograr la corrección del sexo inscrito en el registro civil, supone la afectación de múltiples derechos fundamentales a los que antes se hizo alusión y representa un trato desigual respecto del que se dispensa a las personas cisgénero.

(...)

La corrección por vía notarial reduce los obstáculos y exclusiones que padecen las personas transgénero en razón de los mayores costos y tiempos de espera que supone el recurso a un proceso judicial, y que en sus particulares condiciones de marginación y exclusión se convierten en una carga especialmente dura de afrontar(...)”

Respuesta a la opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.

Desde la experiencia colombiana y a partir de las conclusiones extraídas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a continuación presentaremos nuestras respuestas a las preguntas realizadas por Costa Rica en opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Cuáles son las obligaciones sobre a) “la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”

De las disposiciones consagradas en los artículos 1, 11.2, 18 y 24 de la CADH, se derivan obligaciones de protección, respeto y garantía del derecho a la intimidad, al nombre y a la igualdad y no discriminación de las personas transgénero, residentes en los Estados pactantes. En este sentido y en virtud de las obligaciones de respeto, los Estados deben abstenerse de adelantar cualquier tipo de trato u omisión que resulte discriminatorio contra esta población, dentro de lo que cobra especial relevancia, abstenerse de no reconocer en cualquier campo (seguridad social, electoral, de familia, etc.) la identidad asumida por las personas transgénero, y en especial en torno a aspectos relacionados con la vida privada y el reconocimiento a la identidad. En este sentido serían contrarias a la Convención, normas que prohíban el cambio de nombre, o de sexo, en los documentos públicos, dirigidos a individualizar a las personas tal y como ocurre con los registros civiles de nacimiento o en el DNI¹¹¹ o cédulas de ciudadanía.

¹¹¹ Documento Nacional de Identidad.

En relación a la obligación de garantía, los Estados deben adoptar todas las medidas que estén a su alcance para garantizar los derechos convencionales. En este sentido deben adecuarse los procedimientos existentes para garantizar la protección efectiva del derecho al nombre, y en virtud del art. 3 convencional del derecho a la personalidad jurídica a través del cambio de sexo. Procedimientos que en virtud del artículo 24 deben estar dirigidos a garantizar el trato igualitario y en consecuencia ser expeditos y sin exigencias que puedan poner en peligro la garantía misma de sus derechos.

Por último, en relación a la obligación de protección, los Estados deben proteger la realización de los derechos de acciones u omisiones que puedan ejercerse por parte de terceros. Es así, como por ejemplo, en virtud del artículo 11, los procedimientos de cambio de nombre y sexo de personas transgénero deben evitar que terceros puedan conocer información personalísima de quien realiza el cambio.

Ahora bien en relación a las preguntas concretas elevadas a la Corte:

b) “La compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del código Civil de la república de Costa Rica, Ley No. 63 del 28 de septiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de la identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”

“1.1. ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”

A nuestro juicio, resulta contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento administrativo. El nombre como expresión y exteriorización de la individualidad, se traduce jurídicamente en “el derecho al reconocimiento de su particularidad y la exigencia [de cada persona] de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás”¹¹². Si se entiende que la decisión de cambiar el nombre responde a las íntimas convicciones y a la singularidad de los individuos, debería analizarse si el establecimiento de un trámite de jurisdicción voluntaria pretende alcanzar un fin imperioso que justifique el sometimiento de la individualidad a la autorización de un tribunal, si dicho trámite es necesario y es el único posible para alcanzar el fin perseguido y si el mismo no genera cargas desproporcionadas para los individuos. Aunque, en un primer momento, podría pensarse que el objetivo de un procedimiento de jurisdicción voluntaria es brindar certeza y seguridad jurídica sobre la rigurosidad de la información que hace parte del registro civil, de la que se derivan derechos y obligaciones, es necesario verificar si este procedimiento es adecuado e indispensable para alcanzar el objetivo pretendido. En este sentido, debería probarse, primero, que el procedimiento de jurisdicción voluntaria logra dar certeza sobre la información consignada en el registro civil y segundo, que la única manera posible de alcanzar dicha certeza es realizando la modificación del nombre a través de un proceso de jurisdicción voluntaria. Si bien podría responderse de manera afirmativa a la certeza que

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

otorgaría un proceso de jurisdicción voluntaria, es claro que la jurisdicción voluntaria no es la única manera de dar certeza y seguridad jurídica a la sociedad y al Estado frente al cambio de nombre de un individuo. El ejemplo colombiano cobra relevancia en este punto en la medida en que el ordenamiento jurídico colombiano ha demostrado que es posible realizar el cambio de nombre a través de la vía administrativa, mediante escritura pública, con lo que no se pierde el objetivo de brindar certeza y seguridad jurídica en el documento de identificación.

Entonces, al establecer que existe por lo menos otra vía posible para lograr la modificación del nombre, debería examinarse si el procedimiento jurisdiccional es una medida proporcional. En este punto, cabe resaltar que uno de los grupos que acude a este procedimiento es el de las personas transgénero, quienes son especialmente vulnerables frente a este tipo de procedimientos en la medida en que: (i) usualmente se exige la intermediación de un abogado en el proceso, (ii) puede suponer una carga económica alta que no todos pueden sufragar, (iii) media la intervención de un juez que valora la identidad de género de la persona transgénero (iv) e incluso pueden llegar a solicitar pruebas médicas que den cuenta de la identidad de género elegida con lo que se vulnera su derecho a la intimidad y puede generar la patologización de las personas transgénero como condición para su reconocimiento por parte del Estado y la sociedad. Esta situación podría resultar en extremo gravosa para las personas transgénero pues se haría una diferenciación motivada por su identidad de género (criterio sospechoso) que exigiría una serie de pruebas a las que no estarían sometidas las otras personas.

En este sentido, con el objetivo de que no se interpongan barreras gravosas para la construcción y expresión de la identidad de género individual, consideramos que deben existir mecanismos de registro y cambio de nombre que sean sensibles al reconocimiento de la identidad de género y demás derechos convencionales. Atendiendo a la experiencia colombiana, pero también a la tendencia creciente en las Américas de reconocimiento del derecho a la identidad de género, consideramos debe ser la vía administrativa la vía elegida para realizar los cambios de nombre en los casos bajo estudio.

“1.2. ¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”

Someter la decisión y voluntad de cambio de nombre a un proceso de jurisdicción voluntaria vulnera a las personas transgénero en lo referente a su derecho al nombre como atributo intrínseco de la personalidad en la medida en que somete una decisión personal, que sirve como fundamento para la construcción de un plan de vida, a la aprobación por parte de un juez externo a la identidad individual. La exigencia según la cual es necesario pasar por un trámite de jurisdicción voluntaria desconoce que el nombre, como elemento integrante de la identidad es una expresión de la subjetividad de cada persona, y en esa medida someterla a un proceso en el que se dé prevalencia a la opinión de un juez vulneraría la autonomía de las personas generando una barrera sobre el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad en lo que respecta a su identidad de género.

El cambio de nombre implica el reconocimiento por parte del Estado y de la sociedad a la autonomía de los individuos en la construcción de su ser, sin impedimentos injustificados. En virtud del artículo 1.1. Convencional, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar a cabalidad los derechos reconocidos en la CADH.

Atentamente,

César Rodríguez Garavito
C.C. 79.555.322
Director de Dejusticia

Mauricio Albarracín
C.C. 9.1514.122
Investigador

Ana Jimena Bautista Revelo
C.C. 34.322.558
Investigadora

Margarita Martínez
C.C. 1.032.437.852
Investigadora

Anna Joseph
Pasaporte 546032459
Investigadora

Gabriela Eslava
C.C. 1026.570.088
Investigadora