

## La noción de autonomía y la mentalidad de la Corte IDH, reflejadas en su opinión consultiva sobre identidad de género y no discriminación de parejas del mismo sexo

di Nicolás Carrillo-Santarelli

**Title:** The notion of autonomy and the IACtHR approaches, as reflected in its advisory opinion on gender identity and non-discrimination of same-sex couples

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; Autonomy; Human Dignity; Same-sex Couples; Gender Identity.

1. – La reciente opinión consultiva sobre la *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* (en adelante, OC-24/17 u opinión consultiva) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o la CorteIDH) es interesante por diversas razones.

En primer lugar, salta a la vista cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido una posición más progresista que aquella que adoptó su homóloga europea en el caso Schalk y Kopf (TEDH, *Schalk y Kopf c. Austria*, 24-6-2010), y en consecuencia es de esperar que sea aplaudida por sectores que promueven derechos de la comunidad LGBTI y sea criticada por sectores conservadores.

Sin embargo, a mi parecer, si bien las conclusiones judiciales que se examinarán en este análisis son ciertamente notorias, no han de ser tenidas en cuenta como el aspecto central que hace de la OC-24/17 una opinión influyente y digna de ser estudiada. Por el contrario, aquello que subyace a las conclusiones de la CorteIDH es lo que ha de ser estudiado con detenimiento, porque el hecho de que la Corte haya emitido una opinión más liberal que otros órganos era, a mi parecer, bastante predecible y nada sorprendente si se tienen en cuenta la lógica que maneja la composición actual de la Corte Interamericana y, quizá, aspectos de política judicial. En consecuencia, la OC-24/17 es un estudio de caso que nos permite examinar cómo las posturas filosóficas y teóricas que asuman los operadores jurídicos tendrán con probabilidad un impacto considerable en sus interacciones con el derecho internacional, especialmente cuando haya de por medio principios y disposiciones con cierta amplitud que permitan, por esta razón, una multiplicidad de interpretaciones razonables *ab initio*.

2. – La Corte estructura su opinión consultiva en nueve secciones, que difieren mucho la una de la otra y cumplen diferentes propósitos en relación con las conclusiones a las que finalmente llega. En un primer momento, la Corte describe en la sección I cómo responde a cinco planteamientos que le fueron presentados por Costa Rica en mayo de 2016. Esta breve sección consiste simplemente en una narración del planteamiento de la solicitud de

opinión consultiva presentada por el Estado mencionado, y en este sentido coincide con lo escrito por la CorteIDH en la sección II, en la que igualmente se limita a describir cómo se surtió el procedimiento que concluyó en la opinión que se analiza en este escrito. Dicho esto, en la sección II se confirma la interesante tendencia de la Corte a permitir y solicitar la mayor participación posible de actores interesados en ofrecer sus propias interpretaciones e ideas como insumo para la Corte, y esta apertura, consistente en una invitación abierta que fue aceptada por diversas asociaciones nacionales e internacionales, instituciones académicas, ONGs y personas de la sociedad civil (§§ 5 y 6), es relevante y dicente por dos razones.

En primer lugar, porque esta apertura de la Corte incrementa la posibilidad de que se perciba que hay una legitimidad procesal de su actuar y sus conclusiones incluso por parte de quienes difieran de lo que dice, toda vez que se percibirá (en términos formales, sin que necesariamente hayan o no sido efectivamente tenidas en cuenta de igual forma todas las posturas, como quizá aquellas con las que no estaban de acuerdo ciertos jueces o movimientos) que se escuchó a los distintos interesados y afectados por la opinión, lo cual coincide con la dimensión de legitimidad procedimental estudiada por Franck (T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, 2002, Oxford University Press, 7, 22-26). Esta percepción es importante para una Corte que ha sufrido algunos tropiezos, como la denuncia de la Convención Americana por parte de Estados como Venezuela y además se enfrenta al perenne riesgo de un abandono de apoyo por parte de los Estados, algo que padecen en común los órganos internacionales por el papel que aún tienen el estatocentrismo y el consentimiento estatal, toda vez que, como ha estudiado Koh, entre mayor se conciba como legítimo un estándar o proceder internacional, mayores probabilidades hay de que sea cumplido y respetado por sus destinatarios (H. H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, *YJLJ*, 1997, 106, 2601).

En segundo lugar, la invitación abierta de la Corte es interesante porque la dinámica que se presentó como respuesta a ella confirma que el sistema interamericano de derechos humanos se ha convertido en un espacio dialéctico en el que distintos actores buscan promover sus agendas, buscando que ellas sean asumidas por la CorteIDH y transmitidas por ella de forma general a los Estados del hemisferio como destinatarios (siendo un atractivo al respecto la noción jurisprudencialmente creada por la Corte del control de convencionalidad). De esta manera, si bien la Corte sería la vocera formal y directa de un mensaje que tiene pretensiones de ser seguido por otros Estados de conformidad con la noción del control de convencionalidad que deben hacer los agentes estatales al ejercer sus funciones (doctrina que tiene cierto roce con los limitados efectos *inter partes* de las decisiones contenciosas y no vinculantes en términos formales de las opiniones consultivas, algo que se discute en parte en el voto individual del juez Eduardo Vio Grossi), los distintos actores no estatales que interactúan con, y buscan influir en la Corte, tienen la capacidad indirecta de influir en políticas y estándares estatales, tentación y aspiración que hace que ellos se conviertan en verdaderos participantes del derecho internacional incluso cuando se discuta que carecen de subjetividad internacional o ciertas facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico internacional, confirmando las consideraciones que sobre la noción de participantes ha hecho Higgins (R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, 2004, 50). Es posible que el sistema interamericano se haya convertido en un escenario de contestación y empleo del lenguaje común que ofrece el derecho internacional (Jan Klabbbers, *International Law*, Cambridge, 2017, 342-343) como consecuencia, por una parte, de la *auctoritas* y respeto que se ganaron los órganos principales del mismo sistema en su momento al condenar diferentes abusos estatales evidentes; y por otra parte, en razón de las mismas pretensiones de efectos que aquellos órganos tienen sobre sus pronunciamientos y la capacidad de que su contenido sea internalizado e influya en las distintas sociedades, entre otros cuando se discutan temas sensibles y de *culture wars* como los tratados en la OC-24/17, lo que explica que puedan darse incluso situaciones de un *Lawfare* no relacionado con cuestiones sobre el uso de la fuerza.

3. – La sección III de la opinión consultiva se dedica al análisis relativo a si la CorteIDH tenía o no competencia para emitirla y si la solicitud era admisible. En cuanto a esta parte de la opinión, hay tres aspectos que pueden resaltarse. En primer lugar, con respecto a la idea de la Corte de que su función consultiva no debería “ejercerse mediante especulaciones abstractas” (§ 20), puede decirse que la respuesta que la CorteIDH ofrece a esta pregunta es usada por ella de forma estratégica para reforzar y ofrecer la idea de que su opinión es trascendental y merece ser tenida en cuenta, toda vez que, en primer lugar, para la Corte la OC-24/17 ayuda a los Estados a identificar sus obligaciones “en relación con los derechos de las personas LGBTI” (§ 21), lo cual hace que, si se siguen los lineamientos ofrecidos en ella, puedan prevenirse (§ 27) contravenciones frente a aquellos deberes. Si estas consideraciones se analizan en conjunto con lo dicho por la Corte en la sección IV, que será analizada más adelante, en la cual el órgano judicial del sistema interamericano de derechos humanos presenta los derechos de las personas LGBTI como amenazados con frecuencia y de forma seria, puede pensarse que con su combinación de criterios técnicos de coadyuvar al cumplimiento de funciones y deberes estatales junto a una búsqueda de sensibilización que en términos emocionales (basados, eso sí, en constataciones reales de abusos inaceptables que han padecido las personas LGBTI, aunque muchos de ellos no guardan una relación directa con lo concluido por la Corte en su opinión), la CorteIDH pretendió hacer más proclives a quienes leen la opinión a acogerla.

En segundo lugar, la Corte tuvo que examinar si debía rechazar la emisión de una opinión consultiva como consecuencia del hecho de que había una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre aspectos relacionados con algunos elementos de las preguntas planteadas por Costa Rica en etapa de admisibilidad y otra petición ante la misma Comisión planteada precisamente contra Costa Rica (§ 23). La Corte, como podía anticiparse fácilmente conociendo su proceder y pensamiento, terminó respondiendo en su pronunciamiento de forma algo escueta que “el solo hecho de que existan peticiones ante la Comisión relacionadas con el tema de la consulta no resulta suficiente para que la Corte se abstenga de responder las preguntas sometidas a consulta” (§ 24).

Curiosamente, esta conclusión en la OC-24/17 fue puesta de relieve en el voto disidente del juez L. Patricio Pazmiño Freire a la resolución de 29 de mayo de 2018, en la cual la CorteIDH resolvió no “continuar el trámite de opinión consultiva” sobre “juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos”, en virtud de que para aquel juez esta misma conclusión y lógica suponía que no había riesgo de prejuzgamiento y, en consecuencia, tampoco debía rechazarse la continuación de aquel trámite, que la CorteIDH no obstante rechazó porque había tres peticiones individuales ante la Comisión y entonces, a su juicio, había un “riesgo de que al resolver los interrogantes planteados en esa oportunidad, este Tribunal adelante su criterio sobre casos que luego podría llegar a conocer en ejercicio de su competencia contenciosa” (§ 8 de la Resolución).

4. – En la sección IV de la OC-24/17, la Corte comienza resumiendo, de forma adecuada, los cinco interrogantes planteados por Costa Rica en dos interrogantes, siendo el primero de ellos relativo al “reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género. El segundo tema se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo” (§ 30).

Posteriormente, la CorteIDH ofrece un glosario sobre conceptos que, con delicadeza y cuidado, ella menciona que son simplemente ilustrativos y no asume como propios (§ 32), en virtud de la fluidez (§ 31) de las referencias a las cuestiones discutidas en la opinión consultiva, que se refieren a cuestiones sensibles para diversas personas y comunidades. La Corte adoptó esta estrategia probablemente consciente del riesgo de que, en términos de corrección política, podría granjearse el rechazo de sectores que manejaran

un discurso que difriese en cuanto al contenido o nomenclatura de los términos empleados por la Corte y buscasen, precisamente, que el lenguaje genere cambios de mentalidad que tengan un impacto social.

Con posterioridad a lo anterior, y como se adelantó líneas atrás, la sección IV procede a sensibilizar y exponer cómo los derechos de las personas LGBTI han sido con frecuencia violados y ellas “han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales” (§§ 33 ss.), concluyendo este sub-apartado aludiendo a los efectos en la salud individual (psíquica) y social del trato que se da a aquellas personas, que para la Corte tienen un porcentaje “de alta significación” (§ 50). Como señalé atrás, creo que estas discusiones de la Corte buscan (conscientemente o no) facilitar la aceptación de sus conclusiones.

5. – La sección V se dedica a los “Criterios de interpretación”, y en ella la CorteIDH alude a criterios que son favorables a las opiniones que emitirá al concluir la OC-24/17. Mencionando la regla general de interpretación contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte enfatiza en la interpretación teleológica (§ 56), aludiendo a la “especificidad de los tratados de derechos humanos”, que según la Corte hace que la interpretación deba basarse “en valores [...] [y] desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona” (*ibidem*), lo que se afianza con su referencia al “principio *pro persona*” y las pautas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana (§ 57).

Estos criterios sugieren que la interpretación de la Corte es expansiva y progresista, y no es proclive a aceptar interpretaciones que sean conservadoras o sostengan que los derechos humanos protegen un núcleo o elementos aceptados claramente por los Estados cuando consienten en obligarse por estándares de derechos humanos, lo que parece confirmarse cuando se refiere a la “interpretación evolutiva” (§ 58), la cual posteriormente concreta la Corte al decir que “cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de estos cambiaría con el tiempo” (§ 188).

Es interesante tener en cuenta que, en su voto, el juez Vio Grossi sostiene que la OC-24/17 parece acoger una noción de interpretación evolutiva “en su aspecto sociológico y no jurídico”, lo cual aquel juez critica en términos de que se confundiría el análisis jurídico con otro tipo de indagaciones extrajurídicas, toda vez que “la realidad social [...] en tal evento [...] sería el intérprete y aun la que ejercería la función normativa” (§ 93 del voto individual del juez Eduardo Vio Grossi).

6. – En la sección VI, antes de responder a los dos interrogantes principales que identificó, la CorteIDH reitera su jurisprudencia sobre un principio y derecho que será determinante a la hora de la emisión de sus conclusiones, a saber, el “derecho a la igualdad y a la no discriminación”, en este caso de las “personas LGBTI”.

Sobre esta sección, merecen resaltarse la reiteración jurisprudencial de que la CorteIDH considera al principio de igualdad y no discriminación como imperativo (§ 61), algo que había dicho originalmente en la OC-18/03, y que este principio (absoluto, al ser de *ius cogens*) es “inseparable de la dignidad esencial de la persona” (algo que tendrá implicaciones, como se verá más adelante) y prohíbe la concesión de privilegios a determinados grupos considerados posteriores y el tratamiento “hostil” o desventajoso para quienes sean considerados inferiores. Al respecto, se dice que se prohíben las discriminaciones directas e indirectas, *de jure* y *de facto* (*ibidem*); y se exige la adopción de “medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en [las] sociedades [...] Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que [...] mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias” (§ 65), cuestión que, a todas luces, es relevante en relación

con los derechos de las personas LGBTI. Aquel principio, añade la Corte, influye sobre “todo tratamiento [...] respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos” humanos (§ 63), y es violado por todo trato discriminatorio, entendiéndose por tal todo aquel “que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado” (*ibidem*).

La Corte encuentra el nexo entre el principio de igualdad y no discriminación y las cuestiones examinadas en la opinión consultiva, en concreto, al afirmar, basada en su interpretación y un estudio de derecho internacional comparado que le lleva a examinar distintos pronunciamientos en otros sistemas de protección internacional y regionales, que “la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género 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, su identidad de género y/o su expresión de género” (§ 78).

En tanto la discriminación muchas veces se basa en percepciones, la Corte, con buen tino, dice que “la prohibición de discriminar con base en la identidad de género se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no” (§ 79).

Con posterioridad, la Corte esboza un argumento central para su opinión, a saber, que “la falta de un consenso al interior de algunos países” sobre los derechos de personas “que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que [...] han sufrido” (§ 83), debiendo ser el único criterio de evaluación, para la CorteIDH, el contenido de las obligaciones internacionales que examina y, según sugiere aquella afirmación, no se basa en modo alguno en ninguna idea sobre márgenes de apreciación.

7. – En la sección VII, la Corte Interamericana de Derechos Humanos procede a estudiar el primero de los aspectos sobre los que se formuló la solicitud de opinión consultiva, a saber “El derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre”. La CorteIDH comienza el análisis de esta cuestión con una lógica que será decisiva al momento de emitir sus conclusiones, toda vez que recuerda que el “reconocimiento de [la] dignidad” humana es un valor fundamental en el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es “oponible *erga omnes*” y no admite “derogación ni suspensión”, calificándolo incluso, curiosamente, de un derecho humano (§ 85). Si bien al respecto la Corte coincide con otros órganos internacionales y la doctrina, en el sentido de calificar a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos (ej. Resolución 41/120 de la Asamblea General ONU, 4-12-1986), la Corte da un salto adicional y erige a la noción de autonomía como fundamento del fundamento de los derechos humanos, diciendo que “la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos (sic) las personas deben ser tratados como iguales” y, en consecuencia, hay un ámbito privado inviolable (§ 86). Aquel ámbito no se limitaría, para la Corte, al derecho a la privacidad, e incluiría “la capacidad para desarrollar [la] propia personalidad, aspiraciones, determinar [la] identidad y definir [las] relaciones personales” (§ 87), siendo otros aspectos centrales del reconocimiento de la dignidad (basada, según la CorteIDH, en la autonomía) su relación con “un concepto de libertad en sentido extenso” (§ 89) y el poder “autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a [la] existencia, conforme a [las] propias opciones y convicciones” (§ 88).

La anterior noción de autonomía, según se observa, es influyente y será decisiva para la Corte, confirmando que las concepciones ideológicas, filosóficas o teóricas que se tengan podrán impactar de forma sutil o abierta en la elección de interpretaciones y en la consiguiente aplicación del derecho internacional, que siempre lleva aparejado un proceso de hermenéutica.

En primer lugar, en cuanto al reconocimiento de la identidad de género y el cambio en su constatación oficial y documental, la Corte hace hincapié en el concepto de identidad desde una perspectiva voluntarista. La Corte Interamericana sostuvo que la identidad responde al “conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona”, estando aquella identidad protegida por distintos derechos humanos, como la dignidad humana, “el derecho a la vida privada y [...] el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)” (§ 90), además del derecho a la libertad de expresión en cuanto a su manifestación (§ 96). Para respetar la “individualidad” de las personas y su necesidad de ser reconocidas “de acuerdo con sus más íntimas convicciones”, siendo un componente esencial de aquella individualización “la identidad de género y sexual”, según la Corte, ha de reconocerse que el derecho a la identidad tiene un “carácter autónomo” (§ 92) que reconoce a cada persona como única, singular e identificable.

Tras esbozar su teoría sobre la existencia del derecho a la identidad, la Corte procede a aplicar su noción sobre la autonomía como fundamento jurídico a aquel derecho, y afirma que aquella identidad “de género y sexual [...] se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada” (§ 93), siendo la identidad de género “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. Por todo lo dicho, se comprende que, *de conformidad* con esta concepción voluntarista, la Corte afirme que el Estado deba reconocer la identidad de género que sienta cada quien (§ 98), especialmente porque la identidad es instrumental en cuanto al ejercicio de derechos y libertades (§ 99) y en un modelo pluralista hay que respetar a todas las personas. Además, en la opinión consultiva se sostiene que, para garantizar el derecho a la personalidad jurídica (§§ 103-104), el Estado debe asegurar que la identidad sexual y de género en las identificaciones concuerde con la definición autónoma de cada quien de aquella identidad (§ 105), no sólo en cuanto al nombre, sino además en relación con la imagen y las referencias al sexo o género, que son entre otros “componentes esenciales de [la] identidad” (§§ 106-115).

Con base en sus consideraciones, en cuanto al procedimiento para la modificación de la identidad “de conformidad con la identidad de género auto-percibida”, la CorteIDH dice que los Estados no pueden “imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil [...] tampoco se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas” ni exigir “intervenciones quirúrgicas [...] ni terapias hormonales” porque, según se ha dicho, la Corte entiende la identidad de género como auto-percibida, y en consecuencia ella considera que requisitos de esta índole desvirtuarían “el principio según el cual la identidad de género no se prueba” y supondrían la aceptación de la idea de que el “tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología”, reforzando prejuicios peligrosos para la Corte (§§ 130 y 146). Para concluir lo anterior, la Corte trae a colación, a efectos de apoyar su conclusión, los principios de Yogyakarta, de *soft law* a los que, *de facto*, la CorteIDH da más importancia en términos de aplicabilidad de los que tiene formalmente, rompiendo aparentemente el esquema de fuentes del derecho internacional y continuando con la tendencia que ella y otros órganos tienen de dar (¿excesiva?) importancia al *soft law*, que en ocasiones es diseñado fuera de los escenarios de creación formal del derecho internacional en los que se presentan fuertes debates y en los que, en ocasiones, participan expertos o grupos con pensamiento muy similar que no

necesariamente reflejan debates más amplios (aunque también permite, en ocasiones, mayor experticia). Por otra parte, la Corte sostiene que debe protegerse la protección contra “publicidad no deseada” en los procedimientos en cuestión, para evitar mayores discriminaciones y acoso (§§ 134 y 135).

Todas las anteriores consideraciones hacen que la Corte afirme que los procedimientos y trámites sobre cambio de identidad deben resolverse con prontitud y limitarse a verificar “la manifestación [libre] de la voluntad del requirente”, para no afectar “la posibilidad de autodeterminarse y el derecho a la vida privada del solicitante”, siendo el único obstáculo para proceder al cambio la constatación de “algún vicio en la expresión del consentimiento libre e informado del solicitante” (§§ 159 ss.), lo cual para la Corte IDH es más factible (aunque no necesariamente sólo posible) de realizar en procedimientos de índole administrativo y no jurisdiccional, en tanto este último tipo de trámites pueden en ocasiones demorar más o exigir requisitos que la Corte señala como inadmisibles, según se describe en el anterior párrafo, razón por la cual la Corte afirma que los procedimientos administrativos o notariales se ajustan mejor a los requisitos señalados por ella.

8. – La última sección anterior a aquella que recoge la opinión de la Corte (IX) es la sección VIII, que se ocupa del análisis de la “protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo”. Originalmente, el Estado de Costa Rica indagó por la protección de los derechos patrimoniales “que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo” (§ 199), pero la Corte va más allá de esta pregunta, que estima limitada, y señala que las obligaciones estatales frente a aquellas parejas “trasciende[n] las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta[n] a todos los derechos humanos” (*ibidem*), con base en dos argumentos: en primer lugar, que el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege frente a “injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar”, que en la jurisprudencia previa de la Corte se dijo abarca cuestiones sobre derechos derivados de “un vínculo resultante de relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo” (§ 173), toda vez que la noción de familia aplicable en el sistema interamericano no es limitada (§§ 175 ss.), según sostiene la Corte con base en su interpretación evolutiva y apoyada en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, en tanto, concluye, han cambiado las nociones sociales sobre qué es una familia (§ 177) y debe tenerse en cuenta que la Corte ha protegido en su jurisprudencia a distintos modelos de familia a lo largo de su historia y jurisprudencia (“esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia [...] esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo [...] [no es rol de la Corte] distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro”), razones por las cuales “una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención [...] [que] es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna”, pues tal exclusión estaría basada en una “distinción artificial” (§§ 179-199).

Posteriormente, la Corte procede a estudiar las formas de protección del vínculo entre parejas del mismo sexo, y consciente de la oposición de algunos a ciertas formas de reconocimiento y protección (ej. matrimonial) de aquellos vínculos, la Corte dice que “en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera del otro” (§ 223). Tras examinar los cambios en algunos de los Estados de la región americana sobre esta cuestión, y la multiplicidad de mecanismos de protección existentes en algunas de ellas (§ 214), no necesariamente basados en el matrimonio, la Corte afirma, en primer lugar, que

los Estados tienen la libertad para extender “las instituciones existentes [frente a parejas heterosexuales] a las parejas compuestas por personas del mismo sexo”, sin que sea necesaria “la creación de nuevas figuras jurídicas” para ellas (§ 218), y reitera que la falta de consenso “al interior de algunos países” no puede ser un argumento para negar o restringir derechos humanos, abandonando cualquier atisbo de coqueteo con nociones sobre márgenes de apreciación (N. Carrillo Santarelli, *La legitimidad como elemento crucial de la efectividad de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante casos complejos y desafíos regionales*, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2015, 18). Ahora bien, la CorteIDH va un paso más allá, y dice que la existencia de tratos diferentes “entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional” (§ 220), consideración que incluye para la Corte lo referente al matrimonio, que para ella no tiene como finalidad o característica necesaria la procreación (§ 221). Dicho esto, reconociendo las dificultades y debates políticos que probablemente habrá en sociedades americanas sobre esta cuestión (de hecho, un candidato opositor a la presidencia en Costa Rica propuso en su momento rechazar la OC-24/17), la Corte sostiene que, a los Estados con “dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo”, se les “insta [...] a que impulsen realmente y de buena fe las reformas [...] necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos” (§ 226) de buena fe, y sin violar en el entretanto la prohibición de discriminación (§ 227), apelando implícitamente a una fórmula de progresividad. Ella resulta ser curiosa, porque supone que hay un deber de extender la posibilidad de acceder al matrimonio a las parejas del mismo sexo pero, siendo quizá la Corte consciente de posibles reacciones internas de rechazo a conclusiones pertinentes de su opinión consultiva, ella sugiere que hay un cierto plazo razonable para que los Estados que no lo contemplan lo permitan con un sistema de gradualidad.

Con esto concluye su análisis de fondo la CorteIDH en la opinión consultiva analizada, la cual, a mi parecer, revela particularidades sobre la mentalidad de la Corte y sobre la interacción de múltiples actores con ella y por parte de la Corte con ellos (existiendo tal vez, como otros han sugerido, un reforzamiento recíproco y dinámicas de auto-legitimación, en este caso en relación con posturas coincidentes de la Corte y otros actores cuya replicación genera percepciones de estándares existentes: K. Anderson, “Accountability” as “Legitimacy”: *Global Governance, Global Civil Society and the United Nations*, *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, 36), no siendo únicamente los destinatarios y el público de su mensaje los Estados sino, además, activistas y terceros, en un sistema en el que los derechos de las personas LGBTI ha cobrado un acelerado dinamismo, como comprueban otras sentencias de la Corte, como aquellas vertidas en los casos Duque y Atala Riffo (CorteIDH, *Duque vs. Colombia*, 26-2-2016 [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas]; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24-2-2012 [fondo, reparaciones y costas]), y la creación de la relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.