



CAPÍTULO V

Discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género



CAPÍTULO V Discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género

1. CONCEPTOS GENERALES

- La jurisprudencia en materia de derechos humanos, tanto universal como regional, ha reconocido y reafirmado que la “orientación sexual” y la “identidad de género” forman parte de los criterios prohibidos de discriminación.
- Como categorías protegidas, cualquier distinción con base en la orientación sexual y la identidad de género debe someterse a un escrutinio estricto por las autoridades judiciales.
- En la aplicación del test estricto de proporcionalidad, es importante reconocer los diferentes tipos de discriminación a los que son sometidos los diferentes grupos de la comunidad LGBT⁴³⁹ y las situaciones en donde se actualiza más de un motivo de discriminación. Así, el tipo de discriminación que sufre una persona transgénero, una mujer lesbiana o un hombre negro y homosexual es diferente.
- Los tribunales deben tomar en consideración que las personas homosexuales y transsexuales pueden ser discriminadas tanto en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos – e.g. libertad de asociación-, como en el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales – e.g. derecho a la vivienda, la salud o la educación.
- La orientación sexual y la identidad de género son una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana, las interferencias arbitrarias por parte del Estado o de personas privadas constituyen una vulneración del derecho a la vida privada y familiar y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Los actos de discriminación y violencia contra la población LGBT quedan, en su mayoría, impunes o ignorados. Las cortes están en la posición de dar seguimiento a las labores de investigación y sanción de dichos actos. Algunos tribunales han señalado al legislativo y al ejecutivo la necesidad de implementación de una política de protección y no discriminación para la comunidad LGBT.

439. LGBT es un acrónimo de “lesbianas, gays, bisexuales y transgénero”. Para más información sobre la significación cultural e histórica de estos conceptos ver: Roseman, Mindy Jane y Miller, Alice M. Normalizing sex and its discontents: establishing sexual rights in International Law (2001). *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 34, pp. 313-375. Disponible en: www.law.harvard.edu/students/orgs/jlg/vol34/313-376.pdf.

2. CASO MODELO: Atala Riffo y niñas vs. Chile⁴⁴⁰

A. Resumen del caso

Karen Atala contrajo matrimonio con el padre de las menores en 1993. En 2002, resolvieron, por mutuo acuerdo, dada su separación, que la madre mantendría la tuición y cuidado de las hijas con un régimen de visitas semanales para el padre.

No obstante, en enero de 2003, el padre de las menores interpuso una demanda de tuición alegando que el desarrollo físico y emocional de las menores se encontraba en serio peligro en razón de la convivencia de la madre con su pareja mujer y que, dadas las prácticas sexuales “promiscuas de las lesbianas”, las menores estaban en serio peligro de contraer enfermedades como el SIDA y Herpes. En el marco de este proceso de tuición, el padre solicitó la custodia provisoria en tanto se resolvía la demanda. El Juzgado de Menores concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre.

La corte de primera instancia denegó la demanda y concedió la tuición a la madre; el fallo fue confirmado en segunda instancia. Ante esta decisión, el padre de las niñas interpuso ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. El recurso sostenía que, mediante la sentencia de apelación, los jueces recurridos habían cometido una “falta y un abuso grave y notorio” al haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas y haber faltado a su deber legal de proteger su vulnerabilidad.

La Corte Suprema acogió el recurso de queja sosteniendo que al decidir explicitar su orientación sexual mediante el inicio de la convivencia con su pareja, la jueza Atala antepuso sus propios intereses a los de sus hijas, y que dicha situación de convivencia podría causar una confusión de roles sexuales en las niñas que, además, las situaría en un estado de vulnerabilidad social por la posible discriminación a que pudieran verse expuestas. La Corte Suprema concluye así que los jueces de instancia cometieron una falta grave y concede la tuición definitiva al padre de las niñas.

440. Corte IDH, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

En marzo de 2003, en medio del proceso de tuición y a raíz del revuelo mediático ocasionado por el caso, el Pleno de la Corte de Apelaciones de la provincia, superior jerárquico de la jueza Atala, ordenó una visita extraordinaria al tribunal penal a su cargo con el fin de investigar las publicaciones aparecidas en los diarios en las que se hacía referencia al carácter de lesbiana de la Sra. Atala.

El Ministro visitador a cargo de la investigación presentó un informe en el que se atribuía a la jueza la comisión de irregularidades por el uso indebido de los recursos del tribunal para cumplir diligencias personales decretadas por el juez de menores en su causa. En el informe también se incluyeron observaciones sobre la relación lésbica que sostenía con otra mujer afirmando que: “su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente [en periódicos], lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal [la Corte de Apelaciones]”. En respuesta a este informe, la Corte de Apelaciones profirió un severo llamado de atención contra la jueza por la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias relacionadas con el proceso de tuición en que se encontraba, sin hacer referencia expresa a su orientación sexual.

En noviembre de 2004, la jueza Atala presentó una petición ante la CIDH argumentando la violación de su derecho y el de sus hijas a la igualdad y la no discriminación, a la honra, y a la vida privada y familiar. Después de dos años de intentar llegar a una solución amistosa sin éxito, la CIDH presentó una demanda ante la Corte IDH.

B. Perspectiva de género en la decisión del caso

La Corte IDH encuentra responsable al Estado de Chile por violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación y a los derechos a la privacidad y la vida familiar, tanto de la Sra. Atala como de sus tres hijas.

Para llegar a esta conclusión, la Corte resalta, en principio, que el objeto del caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, sino determinar si el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, a la vida privada y familiar y a las garantías judiciales, habían sido vulnerados en relación con dos situaciones: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) el proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala.

En relación con la primera, tanto la CIDH como los representantes sostuvieron que la decisión de la Suprema Corte de retirar la custodia de sus hijas a la Sra. Atala se basó en su condición homosexual, lo que constituye una discriminación contraria a los derechos protegidos por la CADH. Por su parte, el Estado argumentó que la orientación sexual no era una categoría sospechosa durante 2004, año en que fue emitida la sentencia de la Corte Suprema, por lo que sería improcedente practicar un test de escrutinio estricto basado en una categoría sobre la cual el consenso interamericano es reciente.

Al responder dichos alegatos, la Corte IDH señala claramente que para el derecho internacional, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación acompaña la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Igualmente, apunta que según la Convención Americana, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo precisamente para incorporar otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.

Una presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales, no puede ser considerada como un argumento válido para negar o restringir derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. La Corte cita, además, diversas fuentes que le permiten demostrar el amplio consenso respecto de la obligación de proteger a las personas contra discriminaciones con base en su orientación sexual como las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia y los establecidos por los organismos de Naciones Unidas.

De esta manera, afirma que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana y 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 dada su orientación sexual.

Enseguida, la Corte IDH revisa si la actuación de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores (en cuanto a la tuición provisional) se basó en una diferencia de trato en razón de la orientación sexual y comprueba -a partir del análisis de los argumentos expuestos por ambas autoridades judiciales, sus conductas, el lenguaje utilizado

y el contexto- que existió un vínculo o nexo causal decisivo y sin justificación razonable entre la orientación sexual de la señora Atala y las resoluciones judiciales.

Durante el proceso, el Estado aseguró que la diferencia de trato por parte de los tribunales nacionales persiguió un fin legítimo, que era la protección del interés superior de las tres menores respecto de los presuntos daños que habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre. En respuesta, la Corte IDH sostiene que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y, además, imperioso. Sin embargo, 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, así como de los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no son 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.

Por consiguiente, continúa la Corte IDH, 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. Añade, además, que si bien es cierto que algunas sociedades pueden ser intolerantes hacia condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados, a través de sus autoridades, incluyendo las judiciales, están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención precisamente para enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

La decisión también se pronuncia sobre el argumento de la sentencia de la Corte Suprema de Chile acerca de que la señora Atala, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual antepuso sus intereses postergando lo de sus hijas. Así, considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. La sentencia señala que:

“En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”.

(...)

“En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.”

La Corte también señala que la Convención Americana no consagra un concepto cerrado de familia, ni protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. En opinión de la Corte, las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende a las condiciones de sus padres o familiares. De manera que al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales.

En relación con el derecho a la vida privada, la Corte recuerda que su jurisprudencia es consistente en cuanto a que no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados, pero sólo si esas injerencias no sean abusivas o arbitrarias y cumplan con los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. En el caso, la Corte considera que ninguno de los requisitos fue respetado por los jueces nacionales. Durante el proceso de tuición y con base en una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar la buena o mala paternidad o maternidad.

Finalmente, respecto a la investigación disciplinaria, la Corte IDH sostiene que al tener la visita como propósito el indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala a partir

de las noticias de prensa, se comprueba que fue objeto de un trato diferenciado no justificable. La Corte observa la ausencia de relación entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Extractos: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile
17 de febrero de 2012

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.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. 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.

120. El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).

3. NORMATIVA INTERNACIONAL Y DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido ampliamente que el género es más que un concepto binario (masculino/femenino) e incluye la orientación sexual y la identidad de género.⁴⁴¹ La discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género la padecen quienes asumen roles de género que transgreden las normas de comportamiento impuestas por la sociedad.⁴⁴² Más de ochenta países en el mundo siguen criminalizando las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo sexo.⁴⁴³ Incluso cuando en la práctica las sanciones penales contra la homosexualidad no se aplican, dichas leyes pueden usarse para acosar o detener provisionalmente a personas de orientaciones sexuales e identidades de género diversas; para impedir las actividades de quienes proveen educación sobre relaciones sexuales seguras, o como pretexto para discriminar en el empleo, la vivienda o los lugares públicos; entre otros.

El alto grado de discriminación, intolerancia y violencia que sufren las personas homosexuales, transgénero e intersexuales en todo el mundo vulnera sus derechos fundamentales a la vida, la integridad física y el libre desarrollo de la personalidad; entre otros.

Aunque no existe un tratado internacional de derechos humanos que explícitamente se refiera a las obligaciones de los Estados en relación con los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, tales derechos ya se encuentran consagrados en

441. Consultar “Género y Genética”, Organización Mundial de la Salud en: www.who.int/genomics/gender/en/index.html. Comisión Internacional de Juristas (2009). *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para Profesionales No. 4*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, Ministerio de la Igualdad España, p. 23. Disponible en: www.icj.org/dwn/database/PG4-SOGI-Spanish-ElecDist.pdf.

442. Ver entre otros: Amnistía Internacional. (2001, agosto). *Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual*. Disponible en: www.amnesty.org/en/library/asset/ACT40/016/2001/en/ce8-dd754-d961-11dd-a057-592cb671dd8b/act400162001es.pdf, pp. 17-20; Disforia de Género (2005, 27 de agosto). “*Transexuales somos los últimos esclavos*” Reportaje Tamara Adrián, conmociona Venezuela. Disponible en: www.disforiadegenero.org/modules.php?name=News&file=article&sid=118; O’Flaherty, M. & Fisher, J. (2008). Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, 8, 2, 207-248. Oxford, Oxfordshire, Inglaterra, Reino Unido: Oxford University Press. Disponible en: www.yogyakartaprinciples.org/yogyakarta-article-human-rights-law-review.pdf; Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (2009, 15 de mayo). *Trans Latinoamericanas en situación de pobreza extrema*. Disponible en: www.iglhrv.org/cgi-bin/iowa/article/publications/reportsandpublications/905.html; Human Rights Watch (2009, 29 de mayo). *No vales un centavo: Abusos de derechos humanos en contra de las personas transgénero en Honduras*. Disponible en: www.hrw.org/en/reports/2009/05/28/no-vales-un-centavo-0; Cabral, M. (2010, 30 de julio). Soy Ante la Ley. *Diario Página 12*. Disponible en: www.pagina12.com.ar/impimir/diario/suplementos/soy/1-1515-2010-07-30.html.

443. Ottson, D. (2007, abril). *State Sponsored Homophobia. A world survey of Laws Prohibiting Same Sex Activity between Consenting Adults*. International Lesbian and Gay Association (ILGA). Disponible en: ilga.org/historic/Statehomophobia/State-sponsored_homophobia_ILGA_07.pdf; Ver también: Kirby, M. (2009). Legal Discrimination against homosexuals – a blind spot of the Commonwealth of Nations? *European Human Rights Law Review*, 2009, 1, 21-36.

los tratados de derechos humanos existentes. La DUDH, el PIDCP, el PIDESC y, en el sistema regional la DADH y la CADH, entre otros, recogen cláusulas de prohibición de la discriminación que obligan a los Estados a garantizar a toda persona derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La doctrina y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos siempre ha sostenido que este listado no supone una lista exhaustiva de las causas que dan lugar a la discriminación, y que el concepto de discriminación tiene naturaleza evolutiva, exigiéndose dos requisitos para que un motivo de diferenciación sea causa de discriminación: en primer lugar, la existencia de una condición inherente o innata al individuo que sea la causante del trato discriminatorio, y en segundo lugar, que dicho trato perjudique a un colectivo de la sociedad al negárseles derechos que se les atribuye a otros sujetos, colocando a dicho colectivo en una situación de inferioridad.⁴⁴⁴

Así, en el sistema universal de protección de los derechos humanos, los órganos de monitoreo y los Relatores Especiales han denunciado la discriminación y violencia sufrida por miembros de la comunidad LGBTTTIQ y por sus defensores y defensoras. Para enfrentar esta situación, los Comités de los tratados de derechos humanos han reafirmado la protección del derecho a no ser objeto de discriminación con base en la orientación sexual, afirmando que es una categoría protegida bajo las expresiones “sexo” u “otro estatus social”.

Adicionalmente, documentos como los Principios de Yogyakarta⁴⁴⁵ y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Partes sobre medidas para combatir la discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género⁴⁴⁶ proveen lineamientos útiles sobre cómo deben interpretarse los instrumentos de derechos humanos en lo concerniente a este campo.⁴⁴⁷

444. Alventosa del Río, Josefina (2008). *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Disponible en: www.oberaxe.es/files/datos/491178328f3bc/orientacion.pdf.

445. *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* (2007, marzo), Yogyakarta, Indonesia: Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos. Disponible en www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf, Preámbulo. En adelante: *Principios de Yogyakarta*. Estos principios fueron redactados por 29 reconocidas y reconocidos especialistas procedentes de 25 países a continuación de la reunión que tuvo lugar los días 6 a 9 de noviembre de 2006 en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia.

446. Comité de Ministros del Consejo de Europa (2010, 31 de marzo). *Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*. 1081st meeting of the Ministers' Deputies. Disponible en: wcd.coe.int/wcd/ViewDov.jsp?id=1606669.

447. Ver: *Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles* (2007, noviembre). Nottingham, Inglaterra, Reino Unido: University of Nottingham Human Rights Law Centre. Disponible en: www.yogyakartaprinciples.org/yogyakarta-principles-jurisprudential-annotations.pdf.

De acuerdo con los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (Principios de Yogyakarta):

- La “orientación sexual” “se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género”, y
- La “identidad de género” “se refiere a 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”.

Conforme a este concepto de identidad de género, dos definiciones adicionales se hacen necesarias:⁴⁴⁸

- “Una persona transgénero es alguien cuyo sentido de género, es decir, tal y como esa persona lo siente profundamente, es diferente de sus características físicas en el momento del nacimiento. Una persona puede ser transgénero mujer a hombre (FTM por sus siglas en inglés) si su identidad de género es predominantemente masculina, incluso si ha nacido con un cuerpo de mujer. De manera análoga, una persona puede ser transgénero hombre a mujer (MTF por sus siglas en inglés) si su identidad de género es predominantemente femenina, incluso si ha nacido con un cuerpo o con características físicas de hombre.”
- “Una persona transexual es alguien que ha experimentado alteraciones físicas u hormonales por medios quirúrgicos o terapéuticos con el fin de asumir nuevas características físicas de género.”
- Las personas transgénero y transexuales pueden tener cualquier orientación sexual: es importante diferenciar la identidad de género y la actividad sexual.

El CDESC ha hecho explícita la protección en sus Observaciones Generales⁴⁴⁹ y ha con-

448. Comisión Internacional de Juristas (2009). *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para Profesionales No. 4. Op. Cit.*, nota 441, p. 23.

449. CDESC (2000, 11 de agosto). Observación General N° 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 22° período de sesiones, E/C.12/2000/4. Disponible en www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm; CDESC (2002, 26 de noviembre). *Observación general N° 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*. 29° período de sesiones, E/C.12/2002/11. Disponible en: www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/ONU_comentariogeneralagua.pdf y CDESC (2006, 6 de febrero). *Observación General N° 18. El derecho al trabajo*. 35° período de sesiones, E/C.12/GC/18. Disponible en: www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47ebcb332.

cluido que el PIDSEC prohíbe cualquier tipo de discriminación con base en el sexo y la orientación sexual en el ejercicio de los derechos protegidos por el Pacto. Asimismo, en sus Observaciones Finales a los Estados Partes ha reiterado la prohibición de la discriminación con base en la orientación sexual.⁴⁵⁰ También en su reciente Observación General N° 20,⁴⁵¹ estableció que la no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos, son esenciales para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales y están reconocidos en todo el Pacto. Afirma el Comité que la identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación: “Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.⁴⁵²

Por su parte, el Comité contra la Tortura ha condenado los ataques y persecución contra las personas transexuales y homosexuales en sus Observaciones Finales a Egipto, Venezuela y Argentina.⁴⁵³ Adicionalmente, en su Observación General N° 2, sobre la aplicación del artículo 2 de la Convención por los Estados Partes, asentó:

“El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. (...) Los Estados Partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual (...). Por lo tanto, los Estados

450. CDESC (2002, 6 de junio). *Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001)*. Sweden. E/2002/22 (2001) 106, párr. 715. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/docid/45c30b330.html; CDESC (2003, 23 de junio). *Report of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Twenty-eighth and Twenty-ninth Sessions (29 April - 17 May 2002, 11 - 29 November 2002)*. Trinidad & Tobago. E/2003/22 E/2003/22 (2002) 45, párrs. 262 y 285. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/category,REFERENCE,CESCR,,,3f6b10ea4,0.html; CDESC (2006, 6 de junio). *Committee on Economic, Social and Cultural Rights: report on the 34th and 35th sessions, 25 April-13 May 2005, 7-25 November 2005. China (Hong Kong)*. E/2006/22 (2005) 34, párrs. 202, 207 y 219. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/category,REFERENCE,CESCR,,,474d35ca2,0.html.

451. CDESC (2009, 2 de junio). *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 42° período de sesiones, E/C.12/GC/20. Disponible en el sitio web del CDESC: www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm.

452. *Ibid.*, párr. 32.

453. Comité CAT (2002, 23 de diciembre). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Egipto*. 29° período de sesiones, CAT/C/CR/29/4, párr. 6. Disponible en: www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CAT.C.CR.29.4.Sp?Opendocument; CAT (2002, 23 de diciembre). *Consideration of reports submitted by States Parties under article 19 of the Convention. Conclusions and recommendations of the Committee against Torture Venezuela*. 29th session, CAT/C/CR/29/2, párr. 10. Disponible en: www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CAT.C.CR.29.2.En?Opendocument; CAT (2004, 10 de noviembre). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Argentina*. 33° período de sesiones, CAT/C/CR/33/1, párrs. 6-7. Disponible en: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/451/12/PD-F/G0445112.pdf?OpenElement.

Partes deben garantizar la protección de los miembros de los grupos que corren mayor peligro de ser torturados, enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección”.⁴⁵⁴

El CDH, en múltiples recomendaciones a Estados Partes, ha expresado su preocupación frente a la violencia y discriminación que terminan en lesiones o, incluso, muerte de personas con base en su orientación sexual. Por ello, insta a los Estados Partes a adoptar medidas que prohíban la discriminación con base en la orientación sexual.⁴⁵⁵ El CDH ha hecho referencia explícita a una serie de informes periódicos sobre los crímenes violentos cometidos contra las minorías sexuales, aún por parte de las fuerzas de orden público, y sobre la ausencia de legislación adecuada para combatir los crímenes de odio.⁴⁵⁶

El Comité sobre los Derechos del Niño también ha afirmado claramente que “los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de ‘la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño. Deben añadirse también la orientación sexual y el estado de salud del niño (con inclu-

454. CAT (2008, 24 de enero). *Observación General N° 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*. CAT/C/CG/2, párrs. 20-21. Disponible en: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/402/65/PDF/G0840265.pdf?OpenElement.

455. CDH (2003, 22 de agosto). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del CDH. El Salvador*. 78° período de sesiones, CCPR/CO/78/SLV, párr. 16. Disponible en: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CCPR.CO.78.SLV.Sp?Opendocument; CDH (2003, 1 de diciembre). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Filipinas*. 79° período de sesiones, CCPR/CO/79/PHL, párr. 18. Disponible en: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CCPR.CO.79.PHL.Sp?Opendocument; CDH (2004, 30 de julio). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Namibia*. 81° período de sesiones, CCPR/CO/81/NAM, párr. 22. Disponible en: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CCPR.CO.81.NAM.Sp?Opendocument; CDH (2004, 2 de diciembre). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en aplicación del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Polonia*. 82° período de sesiones, CCPR/CO/82/POL, párr. 5, 18. Disponible en: [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.82.POL.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.82.POL.Sp?Opendocument); CDH (2005, 25 de abril). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Kenya*. 83° período de sesiones, CCPR/CO/83/KEN, párr. 27. Disponible en: www.universalhumanrightsindex.org/documents/825/725/document/es/text.html; CDH (2005, 25 de abril). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Grecia*. 83° período de sesiones, CCPR/CO/83/GRC, párrs. 5, 19. Disponible en: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CCPR.CO.83.GRC.Sp?Opendocument

456. CDH (2006, 18 de diciembre). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Estados Unidos de América*. 87° período de sesiones, CCPR/C/USA/4-CO/3/Rev.1. Disponible en: www.universalhumanrightsindex.org/documents/825/1095/document/es/pdf/text.pdf.

sión del VIH/SIDA y la salud mental)”.⁴⁵⁷ También, en su Observación General N° 3, expresó preocupación por la discriminación con base en la orientación sexual.⁴⁵⁸

En el mismo sentido, en relación con los derechos de los y las adolescentes en el Reino Unido, expresó: “Al Comité le preocupa que los jóvenes homosexuales o transexuales no tengan acceso a una información apropiada, apoyo y la necesaria protección que les permita vivir de acuerdo con su orientación sexual”.⁴⁵⁹

El Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia ha resaltado la doble discriminación que enfrentan las personas que pertenecen tanto a minorías raciales como sexuales.⁴⁶⁰ Anotó especialmente el tipo de marginación sufrida por minorías sexuales afrodescendientes. También la Alta Comisionada de los Derechos Humanos de la ONU reconoció que la violencia contra las personas LGBTTTIQ con frecuencia no se reporta ni documenta y, en general, queda impune.⁴⁶¹

La antigua Comisión de DH, hoy Consejo de Derechos Humanos, adoptó resoluciones sobre ejecuciones extrajudiciales en cada uno de sus informes en los años 2000, 2002, 2003, 2004 y 2005, afirmando expresamente que las obligaciones de debida diligencia de los Estados incluyen “proteger el derecho inherente a la vida de todas las personas bajo su jurisdicción”. En este punto, hace un llamado para que los Estados investiguen de manera expedita y efectiva todas las ejecuciones extrajudiciales, entre las que consi-

457. Comité de los Derechos del Niño (2003, 21 de julio). *Observación General N° 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*. 33° período de sesiones, CRC/GC/2003/4, párr. 6. Disponible en: [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CRC.GC.2003.4.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2003.4.Sp?OpenDocument).

458. Comité de los Derechos del Niño (2003, 17 de marzo). *Observación General N° 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño*. 32° período de sesiones. CRC/GC/2003/3. Disponible en el sitio web del Comité sobre los Derechos del Niño: www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm.

459. Comité de los Derechos del Niño (2002, 9 de octubre). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*. Observaciones Finales: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. 32° período de sesiones, CRC/C/15/Add 188, párr. 43. Disponible en: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/453/84/PDF/G0245384.pdf?OpenElement.

460. Comisión DH (2006, 28 de febrero). *El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación. Informe del Sr. Doudou Diène, Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Adición. Misión en el Brasil* (17 a 26 de octubre de 2005). 62° período de sesiones, E/CN.4/2006/16/Add.3, párr. 40. Disponible en: www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=266.

461. Discurso de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, Sra. Louise Arbour ante la Conferencia Internacional sobre derechos de las lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas, Montréal, 26 Jul 2006.

deró aquellas cometidas por razones discriminatorias, incluidas las cometidas en razón de la orientación sexual.⁴⁶²

Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas dictó, en 2011, una Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. En ella, recuerda el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos que reafirman los principios de dignidad, igualdad y no discriminación; requiere al Alto Comisionado de Naciones Unidas un estudio sobre las leyes y prácticas discriminatorias y sobre los actos de violencia en contra de las personas con base en su orientación sexual o identidad de género en todas las regiones del mundo y sobre cómo el derecho internacional de los derechos humanos puede ser utilizado para terminar con la violencia y otras violaciones de derechos humanos relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género.⁴⁶³

Es muy importante reconocer que dentro de la comunidad LGBTTTIQ, los tipos de violencia y sus consecuencias varían y que, por ejemplo, las mujeres lesbianas pueden verse particularmente vulnerables a las violaciones, especialmente por autoridades del Estado o por miembros de la familia. Así, en Sudáfrica por ejemplo, se han documentado numerosos casos de la llamada “violación correctiva”, la cual se comete contra una mujer que se percibe como lesbiana para “curarla”.⁴⁶⁴

En cuanto a la discriminación en el ejercicio de los DESC, ésta ha sido ampliamente documentada. Se constata que frecuentemente se niega a las personas acceso al empleo y a los beneficios correspondientes con base en su orientación sexual o identidad de género. En el contexto del derecho a una vivienda digna, se ha encontrado que las mujeres lesbianas y transexuales enfrentan múltiples dificultades al momento de rentar

462. Comisión DH (2005, 20 de abril). *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, resolución, 61º período de sesiones, E/CH.4/RES/2005/34, párr. 5. Disponible en el sitio web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (en adelante, OACDH): ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=11120; Comisión DH (2004, 19 de abril). *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, resolución, 60º período de sesiones, E/CN.4/RES/2004/37, párr. 6. Disponible en el sitio web de la OACDH: ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9844; Comisión DH (2003, 24 de abril). *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, resolución, 59º período de sesiones, E/CN.4/RES/2003/53, párr. 5. Disponible en el sitio web de la OACDH: ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=5000; Comisión DH (2000, 20 de abril). *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, resolución, 56º período de sesiones, E/CH.4/RES/2000/31, párr. 6. Disponible en el sitio web de la OACDH: ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=4720.

463. Asamblea General de Naciones Unidas, A/HRC/17/L.9/Rev.1, de 15 de junio de 2011. Disponible en: es.scribd.com/doc/58106434/UN-Resolution-on-Sexual-Orientation-and-Gender-Identity.

464. Activistas lesbianas de Sudáfrica promueven campaña contra las “violaciones correctivas” (2011, 16 de marzo). *Revista electrónica Dosmanzanas.com*. Disponible en: www.dosmanzanas.com/2011/03/activistas-lesbianas-de-sudafri-ca-promueven-campana-contra-las-violaciones-correctivas.html, para más información sobre este tema consultar web de la organización surafricana The lesbian and Gay Equality Project, disponible en: www.equality.org.za/.

un lugar o de acceder a beneficios de vivienda mediante herencia.⁴⁶⁵ Asimismo, el no reconocimiento de las relaciones de parejas del mismo sexo, puede ser particularmente angustioso al momento de enfrentar la necesidad de tomar decisiones en el área de la salud como hospitalizaciones, visitas; entre otras.

En el sistema interamericano, la preocupación por la discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género ha experimentado avances casi paralelos a los del sistema universal.⁴⁶⁶ En su voto concurrente a la opinión consultiva de la Corte IDH sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, el juez Cançado Trindade, refiriéndose al principio de la Igualdad y la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, expresó: “63. Es perfectamente posible, además de deseable, prestar atención a todas las áreas del comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (v.g., inter alia, status social, renta, estado médico, edad, orientación sexual; entre otras).”⁴⁶⁷

Tanto la OEA como la CIDH han coincidido en que la orientación y la identidad de género se encuentran protegidas por el derecho interamericano de los derechos humanos. Desde 2008, la Asamblea General de la OEA ha aprobado, en sus sesiones anuales, cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección contra tratos discriminatorios basados en la orientación sexual y la identidad de género. En su Resolución

465. Comisión DH (2006, 27 de febrero). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La mujer y la vivienda adecuada. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Miloon Kothari*. 62º período de sesiones, E/CN.4/2006/118, párr. 30. Disponible en: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/111/69/PDF/G0611169.pdf?OpenElement.

466. Comisión Internacional de Juristas (noviembre 2006). *Referencias regionales sobre violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género. Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Ginebra, Suiza: Comisión Internacional de Juristas. Disponible en: www.icj.org/IMG/Inter-American_HR_System.pdf.

467. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. En *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, OC-18/03*, del 17 de septiembre de 2003. Corte I.D.H., Serie A, N° 18.

AG/RES. 2435,⁴⁶⁸ encarga a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que incluya en su agenda, el tema “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”.

Asimismo, existe una protección expresa en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad, adoptados por la CIDH en 2008, donde disponen que “bajo ninguna circunstancia, se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su [...] orientación sexual.”⁴⁶⁹ Por otro lado, la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes incluye la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación y protege el derecho de los jóvenes a tener su propia identidad y personalidad, incluida su orientación sexual.⁴⁷⁰

La CIDH ha ido construyendo gradualmente su postura frente a la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas. Desde una posición de denuncia de las graves violaciones de derechos humanos contra personas homosexuales y transgénero en la región, hasta el actual posicionamiento de la discriminación contra personas LGBTTTI como prioridad de la agenda interamericana de derechos humanos.

La CIDH ha manifestado su preocupación por la discriminación y la violencia contra personas homosexuales y transexuales en varios de sus informes anuales, y sus informes

468. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”), y AG/RES. 2435 (XXXVI-II-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”).

469. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad*, 131º período ordinario de sesiones, 3 al 14 de marzo de 2008, Principio II, Igualdad y no discriminación. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/23.PRINCIPIOS%20Y%20BUENAS%20PRACTICAS.pdf.

470. *Proyecto de Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*, art. 5 y 14.1. Disponible en: www.crin.org/docs/File-Manager/ibero_american_convention_youth.pdf.

y comunicaciones por país. Así, por ejemplo, en su Informe Anual de 2006, la CIDH⁴⁷¹ señala que:

“5. La desigualdad continúa siendo un eje central del diagnóstico sobre la vigencia de los derechos humanos en la región. A pesar de ello, no es una cuestión que ocupe un espacio destacado en las políticas públicas de los Estados. Si bien durante los últimos años se consolidó un proceso de recuperación económica y en algunos países se redujeron los indicadores de pobreza e indigencia, siguen existiendo millones de personas que confrontan problemas de desempleo estructural, marginación social e inaccesibilidad a servicios sociales básicos. Tampoco ha variado la situación de desigualdad fáctica y jurídica que afecta a las mujeres así como a grupos tradicionalmente discriminados, tales como los pueblos indígenas, los afrodescendientes y homosexuales.”

En sus informes por país, la Comisión ha denunciado las violaciones de los derechos humanos de personas homosexuales y transgénero en diferentes áreas. Así, la Comisión ha expresado su preocupación por la situación de discriminación por orientación sexual en Perú,⁴⁷² en particular lo referente a varias prácticas discriminatorias y violentas contra gays y lesbianas que se dan tanto en el ámbito laboral, como en la vía pública y los comercios. En Guatemala, la persecución y exterminación de personas que pertenecen a grupos específicos tales como supuestos delincuentes, niños de la calle u homosexuales, son llevadas a cabo por la policía y otras fuerzas de seguridad, como parte de acciones de “limpieza social”. En este contexto, la CIDH ha manifestado que “la falta de aplicación, por parte de las autoridades responsables, de la diligencia debida para investigar, enjuiciar y castigar esos crímenes es un factor fundamental que determina su persistencia.”⁴⁷³

En cuanto a los derechos de mujeres lesbianas en situación de detención en Paraguay, la CIDH ha expresado que “las reclusas sufren además otras discriminaciones específicas, si se comparan las condiciones de confinamiento de mujeres y hombres. A diferencia de los reclusos varones, sólo pueden recibir visitas privadas de sus parejas las internas

471. CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006*, OEA/Ser.L/V/II.127, Capítulo I, Introducción, párr. 5. Disponible en: www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap1.2006.sp.htm.

472. CIDH, Comunicado de prensa N° 07/06, Evaluación de los derechos humanos en las Américas durante sesiones ordinarias de la CIDH, 124° período ordinario de sesiones Washington, D.C., 17 de marzo de 2006. Disponible en: www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2006/7.06esp.htm.

473. CIDH, *Quinto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 abril 2001, Capítulo V el derecho a la vida, C. Limpieza social, párr. 41. Disponible en: www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala01sp/cap.5a.htm.

casadas o con cinco años de concubinatio como mínimo. También sufren discriminaciones referidas a su orientación sexual las reclusas lesbianas que sufren castigo por ello.”⁴⁷⁴

Sobre la penalización de la homosexualidad, la CIDH ha afirmado, en relación con Ecuador, que la práctica de considerar la homosexualidad como un delito y encarcelar a algunos homosexuales simplemente en virtud de su orientación sexual, no se compadece con las disposiciones contenidas en varios artículos de la Convención Americana y debe, en consecuencia, ser modificada.⁴⁷⁵

También en relación con Honduras, la CIDH ha hecho un llamado al Estado a prevenir los actos de discriminación y violencia contra los y las integrantes de las comunidades LGBTTTIQ, y a investigar, juzgar y sancionar a los responsables y reparar en forma pronta y diligente las violaciones, señalando que “la impunidad constituye un grave incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, lesiona a la víctima, a sus familiares y al conjunto de la sociedad y propicia la repetición de las violaciones de los derechos humanos.”⁴⁷⁶

“[...] nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral [...]. La condena [de la homosexualidad] ha sido configurada por las creencias religiosas, las concepciones del comportamiento correcto y aceptable y el respeto de la familia tradicional. (...) Sin embargo, estas consideraciones no responden al asunto que tenemos planteado. La cuestión es si la mayoría puede usar el poder del Estado para imponer estas ideas al conjunto de la sociedad mediante el funcionamiento del derecho penal”. [1]

[1] Estados Unidos, Corte Suprema, caso “Lawrence *et al.* vs. Texas”, N° 02-102, MP Kennedy, 26 de Junio 2003, opinión apdo. II. Disponible en: caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=02-102. Idioma: inglés.

Finalmente, en noviembre de 2011, la CIDH crea la unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo, que “responde al interés de la Comisión en la protección y promoción de sus derechos, luego de constatar las

474. CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/ser.L/V/II.110, doc. 52, 9 marzo 2001, Capítulo VIII – derechos de la mujer - I mujeres reclusas, párr. 47. Disponible en: cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/cap.8.htm#I.

475. CIDH, Comunicado de prensa N° 24/94, *Visita de la CIDH a Ecuador (Noviembre 1994)*, 11 de noviembre 1994. Disponible en: www.cidh.org/Comunicados/Spanish/1994/Comunicados%2021-28.htm#24.

476. CIDH, Comunicado de prensa 4/11, *CIDH observa con profunda preocupación asesinatos de integrantes de la comunidad transgénero en Honduras*, 20 de enero de 2011. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/004.asp.

graves violaciones que muchas de estas personas enfrentan en su vida diaria.”⁴⁷⁷ La Comisión ha declarado que “la nueva Unidad es parte del enfoque integral adoptado por la CIDH a través de su Plan Estratégico, que promueve el desarrollo armónico de todas sus áreas de trabajo con base en la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, y la necesidad de proteger los derechos de todas las personas y grupos históricamente sometidos a discriminación.”⁴⁷⁸

477. CIDH, Comunicado de prensa 115/11, *CIDH crea Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo*, 3 de noviembre de 2011. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/115.asp.

478. *Ibid.*

4. JURISPRUDENCIA Y DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO

A. Jurisdicciones Internacionales

A. 1 Sistemas regionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH ha desarrollado jurisprudencia que ayuda a interpretar la CADH en relación a la orientación sexual y la identidad de género.

En el informe de admisibilidad del caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*,⁴⁷⁹ la CIDH encontró que la denegación de visitas conyugales por parte de su pareja del mismo sexo a un establecimiento penitenciario, viola el artículo 11 (2) de la Convención Americana al ser una injerencia abusiva o arbitraria en la vida privada.

Asimismo, la CIDH ha activado en varias ocasiones el mecanismo de medidas cautelares en casos de violaciones graves a los derechos de personas LGTBTTIQ.

En el caso *Kevin Josué Alegría Robles y Miembros de Oasis*,⁴⁸⁰ la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los solicitantes y otros once miembros de la Organización de Apoyo a una Sexualidad Integral (OASIS) en Guatemala. En diciembre de 2005, en la Ciudad de Guatemala, dos personas transexuales -una empleada de OASIS, y otra usuaria de los servicios que brinda la organización- resultaron heridas de bala en un incidente que involucró a cuatro hombres con uniforme de la policía. Las fuentes consultadas por la Comisión confirmaron que la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero de Guatemala se enfrenta a ataques y amenazas que involucran a agentes de la policía, lo que suscita el temor de que exista una política clandestina de 'limpieza social' dentro del cuerpo de policía. En su informe sobre la adopción de medidas cautelares, la CIDH indica que, en vista de estos antecedentes, se solicita al gobierno de Guatemala adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de los beneficiarios e informar sobre las acciones adoptadas a fin de esclarecer judicialmente los hechos que justifican la adopción de medidas cautelares.

479. CIDH, caso "Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia", Informe No. 71/99, admisibilidad, caso 11.656, 4 de mayo de 1999. Disponible en: www.cidh.oas.org/PRIVADAS/Colombia11656.htm.

480. CIDH, caso "Kevin Josué Alegría Robles y Miembros de Oasis (Guatemala)", Medidas Cautelares, 3 febrero 2006. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, OEA/ser.l/v/ii.127, Doc. 4, Rev. 1 de 3 marzo 2007, Capítulo III c 1 "Medidas Cautelares Otorgadas por la Comisión". Disponible en: www.cidh.org/medidas/2006.sp.htm.

En el caso *Elkyn Johalby Suárez Mejía*,⁴⁸¹ la Comisión otorgó medidas cautelares a favor del solicitante, miembro de la Comunidad Gay Sampedrana de Honduras. La CIDH pudo constatar que los miembros de esta comunidad homosexual han sido objeto de constantes actos de hostigamiento y violencia, incluyendo la comisión de alrededor de 14 asesinatos entre junio y septiembre de 2003. En ese contexto, el beneficiario recibió amenazas de muerte orientadas a disuadirlo de rendir testimonio contra dos miembros de la policía involucrados en la muerte de uno de los miembros de la comunidad, de 19 años de edad. Al valorar la situación de riesgo del solicitante, la CIDH solicitó al Estado hondureño adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal del solicitante y su inclusión en un programa de protección de testigos. En diciembre de 2003, la CIDH recibió información adicional sobre este caso acerca de la situación de seguridad de otros miembros de la comunidad LGBT y amplió las medidas cautelares a favor de cuatro personas más. En el informe sobre las medidas, la CIDH recordó lo establecido en su informe de admisibilidad del caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*, sobre la no discriminación con base en la orientación sexual.⁴⁸²

En 2010, la CIDH volvió a otorgar medidas cautelares, en esta ocasión a la directora de una organización que trabaja por los derechos LGBT y cuatro personas más en Honduras, dadas las acciones de hostigamiento, amenazas y violencia que enfrentaron en su calidad de defensoras de derechos humanos.⁴⁸³ En las medidas, la CIDH solicita al Estado que adopte las medidas necesarias para garantizar la integridad de las solicitantes.

En el caso *Karen Atala vs. Chile*, examinado al inicio de este capítulo, la CIDH concluye, en su informe ante la Corte IDH y en su informe sobre el fondo, que el Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 24 CADH) en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos (art. 1 CADH).⁴⁸⁴ Además, que el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada (artículo 11.2 CADH) y a la familia, (art. 11.2 y 17.1 CADH), en perjuicio de Karen Atala y sus tres hijas menores de edad. Para alcanzar esta conclusión, la Comisión utiliza diversas fuentes incluyendo jurisprudencia nacional e internacional en relación con la orientación sexual como categoría protegida por el derecho internacion-

481. CIDH, caso “*Elkyn Johalby Suárez Mejía (Honduras)*”, Medidas Cautelares, 4 de septiembre 2003. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003*, OEA/ser.l/v/ii.118 Doc. 70 Rev. 2, 29 diciembre 2003, Capítulo III c 1 “Medidas Cautelares Otorgadas por la Comisión”. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/mujeres/proteccion/cautelares.asp.

482. CIDH, caso “*Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*”, Informe No. 71/99, admisibilidad, *Op. Cit.*, nota 479.

483. CIDH, caso “*Indyra Mendoza Aguilar y Otras (Honduras)*”, Medidas Cautelares MC 18-10, 29 de enero de 2010. *Medidas Cautelares otorgadas en Honduras 28 de junio de 2009 hasta la fecha*. Disponible en: www.cidh.org/medidas/2010Hond.sp.htm.

484. CIDH, caso “*Karen Atala e hijas vs. Chile*”, *Op. Cit.*, nota 440.

al. Así, la Comisión sostiene que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la frase "otra condición social", establecida en el artículo 1(1), con todas las consecuencias que ello implica respecto de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, incluyendo el artículo 24, y:

“En ese sentido, toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado respectivo se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen o test estricto establecido anteriormente.”⁴⁸⁵

Con esta decisión, la lectura del artículo 1 de la CADH debe interpretarse en el sentido de que los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, lo cual incluye la orientación sexual y la identidad de género.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el sistema europeo, el TEDH ha considerado un número significativo de casos en esta área y su jurisprudencia ha evolucionado hasta delimitar que la protección jurídica de las personas con base en su orientación sexual e identidad de género es una obligación derivada de la CEDH. Tales casos incluyen la despenalización de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo,⁴⁸⁶ libertad de expresión,⁴⁸⁷ libertad de asociación,⁴⁸⁸ el derecho al respeto de la vida privada y familiar,⁴⁸⁹ y la prohibición de discrimi-

485. *Ibid.*, párr. 95.

486. TEDH, caso “Dudgeon vs. Reino Unido”, demanda 7525/76, sentencia del 23 de septiembre de 1981. Disponible en: www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/484; TEDH, caso “Norris vs. Irlanda”, demanda 10581/83, sentencia del 26 de octubre de 1988. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,IRL,4562d8b62,48abd5a2d,0.html; TEDH, caso “Modinos vs. Chipre”, 7/1992/352/426, sentencia del 23 de marzo de 1993. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,CYP,402a21a04,0.html.

487. TEDH, caso “Kobenter y Standard Verlags GMBH vs. Austria”, demanda 60899/00, sentencia del 2 de noviembre de 2006. Disponible en: www.coe.int/t/ta/hq/inter/interdecisions/Kobenter%20v.%20Austria.pdf.

488. TEDH, caso “Baczowski y Otros vs. Polonia”, demanda 1543/06, sentencia del 3 de mayo de 2007. Disponible en: www.statelaw.com/news/2007/may/echr-judgment-baczowski-and-others-judgment.pdf. Comisión DH (2006, 27 de marzo). *Report submitted by the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène - Summary of cases transmitted to Governments and replies received*. 62nd sesión, E/CN.4/2006/16/Add.1, párr. 72. Disponible en: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/121/89/PDF/G0612189.pdf?OpenElement.

489. TEDH, caso “Dudgeon vs. Reino Unido”, demanda 7525/76. *Op. Cit.*, nota 486; TEDH, caso “Norris vs. Irlanda”, demanda 10581/83. *Op. Cit.*, nota 486; TEDH, caso “Modinos vs. Chipre”, demanda 7/1992/352/426. *Op. Cit.*, nota 486; TEDH, caso “Smith y Grady vs. Reino Unido”, demanda 33985/96, 33986/96, sentencia del 27 de septiembre de 1999. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/docid/47fdac80.html; TEDH, caso “Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido”, demandas 31417/96 y 32377/96, sentencia de 27 de diciembre de 1999. Disponible en: www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1999/71.html, 27 dic 1999; TEDH, caso “Salguero Da Silva Mouta vs. Portugal”, demanda 33290/96, sentencia del 21 de diciembre de 1999. Disponible en: graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/echrmouta.htm; TEDH, caso “A.D.T vs. Reino Unido”, demanda 35765/97, sentencia del 31 de julio de 2000. Disponible en: archive.equal-jus.eu/324/1/ECHR%2C_A.D.T._v._UK.pdf.

minación en relación con la edad para consentir,⁴⁹⁰ la adopción,⁴⁹¹ el régimen de custodia y de vivienda.⁴⁹²

Para el TEDH, el concepto de vida privada abarca la integridad física y moral de la persona, lo que incluye su vida sexual,⁴⁹³ por lo que deben existir razones particularmente graves para que el Estado pueda interferir en asuntos de sexualidad.⁴⁹⁴ En los casos *L y V*⁴⁹⁵ y *S.L.*, ambos contra Austria,⁴⁹⁶ el TEDH concluyó que la diferencia en la edad para consentir entre las relaciones heterosexuales y homosexuales era discriminatoria y “encarnaba un prejuicio de parte de la mayoría heterosexual contra una minoría homosexual que no podía constituir suficiente justificación para un trato diferenciado similar a las actitudes negativas hacia las personas de diferente raza, origen o color”.⁴⁹⁷

El derecho a la vida privada y familiar, garantizado por el CEDH, también incluye la protección de las parejas del mismo sexo, de su familia y de las familias que desean construir. El TEDH ha reconocido que las parejas del mismo sexo con una relación de hecho, tienen derechos bajo la noción de vida familiar, con el mismo alcance que los de una pareja de personas de diferente sexo en la misma situación.⁴⁹⁸ El Tribunal enfatizó que razones de mucho peso deben aducirse para justificar el tratamiento diferente con base en la orientación sexual.⁴⁹⁹

490. TEDH, caso “L. y V. vs. Austria”, demandas 39392/98 y 39829/98, sentencia del 9 de enero de 2003. Disponible en: www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/558.

491. TEDH, caso “E.B. vs. Francia”, demanda 43546/02, sentencia del 22 de enero de 2008. Disponible en: www.asil.org/pdfs/lib080125_1.pdf (violación del artículo 14 del CEDH con relación al artículo 18).

492. TEDH, caso “Kamer vs. Austria”, demanda 40016/98, sentencia del 24 de julio de 2003. Disponible en: gbt.poradna-prava.cz/folder05/kamer_v_austria.pdf, TEDH, caso “Kozak vs. Polonia”, demanda 13102/02, sentencia del 2 de marzo de 2010. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR,,POL,4ba207962,0.html.

493. TEDH, caso “X. e Y. vs. los Países Bajos”, demanda 8978/80, sentencia del 26 de marzo de 1985, párr. 22. Disponible en: www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/705.

494. TEDH, caso “K.A. y A.D. vs. Bélgica”, demandas 42758/98 y 45558/99, sentencia del 17 de febrero de 2005. Disponible en: www.coe.int/t/d/kommunikation_und_politische_forschung/presse_und_online_info/presseinfos/2005/20050217-GH-B.asp.

495. *Ibid.*

496. TEDH, caso “E.B. vs. Francia”, demanda 43546/02. *Op. Cit.*, nota 491.

497. TEDH, caso “L. y V. vs. Austria”, demandas 39392/98 y 39829/98 *Op. Cit.*, nota 490, párr. 37 y TEDH, caso “S.L. vs. Austria”, demanda 45330/99, sentencia del 9 de enero de 2003, párr. 44. Disponible en: archive.equal-jus.eu/133/1/ECHR%2C_S.L._v_Austria%2C_no_45330:99_%5B2003%5D.pdf.

498. TEDH, caso “Shalk y Kopf vs. Austria”, demanda 30141/04, sentencia del 24 de junio de 2010. Disponible en: cmiskp.echr-coe.int/ttkp197/view.asp?action=html&documentid=870475&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649.

499. *Ibid.*, párr. 97.

Siguiendo *Karner vs. Austria* y *Kozac vs. Polonia*, el Tribunal analizó el alcance de la cobertura del seguro de salud para el caso de compañeros/as del mismo sexo que convivían.⁵⁰⁰ El TEDH concluyó que había ocurrido discriminación, dada la imposibilidad de extender dicha cobertura a las dos personas integrantes de la pareja.

En la misma línea, el TEDH determinó que las leyes sobre manutención de menores del Reino Unido discriminaban a las parejas del mismo sexo, y concluyó que la ausencia de reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo, para efectos de manutención de los y las menores, era una violación al Convenio en tanto, de acuerdo con las disposiciones analizadas, una pareja heterosexual, en condiciones idénticas (el establecimiento de una nueva relación de convivencia), tendría que haber hecho contribuciones sustancialmente inferiores.⁵⁰¹

“Las dudas con respecto a la incidencia sobre el desarrollo infantil y adolescente de crecer en una familia homoparental están siendo despejadas a partir de los resultados de los distintos estudios realizados en diversos países (sobre todo en los Estados Unidos y el Reino Unido, pero también en Bélgica, Canadá o Suecia). Lo que estos estudios han concluido se resume fácilmente: estos chicos y chicas no difieren significativamente de los que viven con progenitores heterosexuales en ninguna dimensión del desarrollo intelectual o de la personalidad (autoestima, lugar de control, ajuste personal, desarrollo moral, etc.). Tampoco difieren en identidad sexual, identidad de género u orientación sexual, aunque algunos estudios han encontrado en ellos una mayor flexibilidad en sus roles de género. [...] Estos resultados, replicados y coincidentes en distintos estudios, llevaron a concluir a distintas personas expertas que la orientación del deseo de los progenitores no parecía ser un factor determinante en la construcción del desarrollo infantil.”[1]

[1] González, M.M., Chacón, F., Gómez, A.B., Sánchez, M.A., Morcillo, E (2002). *Dinámicas familiares, organización de la vida cotidiana y desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales*. Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. Estudios e Investigaciones 2002, 524. Madrid, España: El Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. Disponible en: www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/estudios/2002texto_integro.pdf.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada también incluye el derecho a fundar una familia a la luz del interés superior de los niños y las niñas. El Tribunal ha tramitado un número importante de casos sobre adopción y custodia y ha determinado que existió discriminación con base en la orientación sexual o identidad de género cuando las autoridades consideran relevante esta circunstancia

500. TEDH, caso “P.B. y J.S. vs. Austria”, demanda 18984/02, sentencia del 22 de julio de 2010. Disponible en: www.menschenrechte.ac.at/orig/10_04/P.B._J.S..pdf.

501. TEDH, caso “J.M. vs. Reino Unido”, demanda 37060/06, sentencia del 28 de septiembre del 2010. Disponible en: www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/FAMILY/CASE_OF_J.M._v._THE_UNITED_KINGDOM%5B1%5D.pdf.

para evaluar la idoneidad de las personas como padres o madres. En el caso *E.B. vs. Francia*, el TEDH resolvió que desechar una solicitud para adoptar con base en la orientación sexual de la solicitante constituía un tipo de discriminación prohibida por el Convenio.⁵⁰² En el caso, la solicitud de una mujer lesbiana que deseaba adoptar fue rechazada aduciendo la falta de la figura paterna en el hogar. El Tribunal concluyó que en tanto Francia permitía la adopción por hogares monoparentales, el rechazo constituía discriminación con base en la orientación sexual. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el TEDH determinó que la denegación judicial de la custodia de un menor a su padre por ser homosexual era una violación al derecho a la vida privada y familiar garantizado por el Convenio.⁵⁰³

Finalmente, la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual incluye la obligación para los Estados de eliminar cualquier tipo de discriminación en el acceso al empleo y al servicio público en todos los niveles del gobierno y en las funciones públicas, incluyendo la policía y el ejército.⁵⁰⁴

En relación con las personas transexuales, el TEDH también ha reconocido la protección de una serie de derechos a la luz del Convenio. En *Goodwin vs. Reino Unido*,⁵⁰⁵ el Tribunal estableció que rechazar la solicitud de cambio de identidad y documentos oficiales para que reflejaran el sexo correspondiente después de haberse realizado una cirugía de reasignación, constituye discriminación. El TEDH concluyó que el derecho al respeto por la vida privada bajo el art. 8 y el derecho a contraer matrimonio según el art. 12 habían sido violados.

En el caso *Van Kuck vs. Alemania*,⁵⁰⁶ el TEDH estudió el caso de una mujer transexual cuya compañía aseguradora se negó a reembolsarle los costos asociados a la cirugía de reasignación de sexo y quien no pudo obtener dicha indemnización en las cortes nacionales. El TEDH encontró violaciones al derecho a un juicio justo y a la vida privada. En opinión del Tribunal, las cortes alemanas no habían respetado “el derecho de la peticionaria a autodefinirse como una mujer, uno de los componentes esenciales de la autodefinición”.⁵⁰⁷

502. TEDH, caso “E.B. vs. Francia”, demanda 43546/02. *Op. Cit.*, nota 491.

503. TEDH, caso “Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal”, demanda 33290/96. *Op. Cit.*, nota 489.

504. TEDH, caso “Smith y Grady vs. Reino Unido”, demanda 33985/96, 33986/96. *Op. Cit.*, nota 489; TEDH, caso “Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido”, demandas 31417/96 y 32377/96. *Op. Cit.*, nota 489.

505. TEDH, caso “Christine Goodwin vs. Reino Unido”, demanda 28957/95, sentencia del 11 de julio de 2002. Disponible en: www.idhc.org/esp/documents/Identidad/TEDH/GOODWIN_UNITEDKINGDOM.pdf.

506. TEDH, caso “Van Kück vs. Alemania”, demanda 35968/97, sentencia del 12 de junio de 2003. Disponible en: www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/2665.

507. *Ibid.*, párr. 69.

En *L. vs. Lituania*,⁵⁰⁸ el TEDH sostuvo que el Estado tenía una obligación positiva de asegurar que cuando la legislación prevé la cirugía de reasignación de sexo, ésta debe ser efectivamente accesible y disponible.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TJUE también ha desarrollado una jurisprudencia interesante en esta materia. En el caso *P. vs. S. and Cornwall County Council*,⁵⁰⁹ consideró que la discriminación derivada de la reasignación constituía una discriminación por razón de sexo. La demandante había trabajado en calidad de director general de un centro de enseñanza administrado por el Consejo del Condado. Al momento de su contratación, era de sexo masculino, pero después informó a su jefe que tenía previsto someterse a una reasignación de sexo para vivir como mujer. Durante el verano, la demandante se dio de baja por enfermedad para que le practicaran un primer tratamiento quirúrgico. El consejo escolar la despidió con un preaviso de tres meses, informándole que tenía prohibido reincorporarse como mujer. El TJUE falló a su favor declarando que había sufrido discriminación por razón de sexo.

En *Sarah Margaret Richards vs. Secretary of State for Work and Pensions*,⁵¹⁰ el TJUE reitera el precedente establecido en *P. vs. S. and Cornwall County Council*. La Sra. Richards nació con sexo masculino en 1942, pero en 2001 se sometió a cirugía de cambio de sexo. Con base en su nuevo sexo, al cumplir los 60 años, solicitó una pensión de jubilación al Estado. La solicitud le fue denegada pues no había cumplido los 65 años, edad de jubilación para los hombres. En su decisión, el TJUE sostiene que:

“30. Al tener su origen en el cambio de sexo, la desigualdad de trato de que la Sra. Richards fue objeto debe ser considerada una discriminación prohibida por el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

31. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual reúna uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por las disposiciones del Derecho Comunitario debe considerarse, en principio, incompatible con estas disposiciones (véase la sentencia *K. B*, antes citada, apartados 30 a 34).”

508. TEDH, caso “*L. vs. Lituania*”, demanda 27527/03, sentencia del 11 de septiembre de 2007. Disponible en: archive.equal-jus.eu/117/1/ECHR%2C_L_v_Lithuania%2C_no_27527:03.pdf.

509. TJUE, caso *P. vs. S. and Cornwall County Council*, petición de resolución de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Industrial de Truro – Inglaterra, Reino Unido, asunto C-13/94, 30 de abril de 1996. Disponible en sixthformlaw.info/06_misc/cases/p_v_s.htm.

510. TJUE, *Sarah Margaret Richards vs. Secretary of State for Work and Pensions*, case C-423/04, 27 de abril de 2006. Disponible en: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CJ0423:ES:PDF.

A.2 Sistema Universal

El CDH ha analizado de manera significativa violaciones de derechos humanos con base en la orientación sexual. En el caso *Toonen vs. Australia*,⁵¹¹ concluyó que el término “sexo”, contenido en el artículo 2 del Pacto, párr. 1 y 26, debe entenderse en el sentido de incluir el concepto de orientación sexual y caracterizó a las leyes que prohibían las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo como discriminatorias.⁵¹² Este caso ofreció la oportunidad al CDH de pronunciarse, por primera vez, acerca de la orientación sexual como categoría protegida.

En el caso *Young vs. Australia*,⁵¹³ el CDH reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo a recibir los mismos beneficios gubernamentales que las parejas heterosexuales y afirmó:

“El Comité recuerda su anterior jurisprudencia acerca de que la prohibición de la discriminación recogida por el artículo 26 comprende también la discriminación en base a la orientación sexual. También recuerda que en anteriores comunicaciones el Comité encontró que las diferencias en la atribución de beneficios entre parejas casadas y parejas heterosexuales no casadas eran razonables y objetivas, toda vez que las parejas en cuestión tenían la opción de casarse (...) Las secciones cuestionadas del Veterans' Entitlements Act (VEA)⁵¹⁴ revelan que los individuos que se encuentran unidos en matrimonio o en una relación heterosexual asimilable al matrimonio cumplen los requisitos de la definición de “miembros de una pareja” y, por tanto, de “dependiente”, para los propósitos de recibir una pensión. En el presente caso, es claro que el autor, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de casarse. Tampoco fue reconocido como pareja cohabitante de su compañero Mr. C, para los propósitos de recibir el beneficio de una pensión, debido a su sexo u orientación sexual. El Comité recuerda que su jurisprudencia ha sido consistente en el sentido de que no toda distinción es discriminación prohibida bajo la Convención, siempre y cuando esta se base en criterios objetivos y razonables. El Estado no explica cómo esta distinción entre parejas del mismo sexo, que se encuentran excluidas de los beneficios de una pensión bajo la ley, y parejas no casadas heterose-

511. CDH, caso “*Toonen vs. Australia*”, comunicación N° 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 25 de diciembre de 1991. Disponible en: www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Caso_Toonen_v_Australia_-_Ingles.pdf.

512. *Ibid.*, párrs. 8.1-8.7, 9-11 y voto individual de Mr. Bertil Wennergren, párr. 236. Disponible en: www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Caso_Toonen_v_Australia_-_Ingles.pdf.

513. CDH, caso “*Young vs. Australia*”, comunicación N° 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 6 de agosto de 2003. Disponible en: www.bayefsky.com/html/australia_t5_iccpr_941_2000.php.

514. Ley de Veteranos.

xuales, a las que se les garantiza este derecho, es razonable y objetiva, y no aporta evidencia alguna sobre la existencia de factores que justifiquen. En este contexto, el Comité encuentra que el Estado parte ha violado el artículo 26 del Convenio, al negar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual.”⁵¹⁵

En la decisión *X vs. Colombia*, el CDH reitera su jurisprudencia afirmando que la discriminación en materia de pensiones contra parejas del mismo sexo es violatoria del PIDCyP.⁵¹⁶ En la decisión, el CDH afirma que “la prohibición de la discriminación según el Artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual.”⁵¹⁷

B. Jurisdicciones Nacionales

México ha sido un referente en la región por la protección a los derechos de las minorías sexuales. En un caso de gran importancia en el contexto regional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que la legislación aprobada por la Asamblea del Distrito Federal permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo y, por ende, dándoles la posibilidad de adoptar, es constitucional.⁵¹⁸ Sobre este tema, la Suprema Corte de México afirma:

“337. Pero más relevante aún para esta Corte es el hecho de que resultaría totalmente contrario al artículo 1º constitucional, sujetar a todo un grupo o colectivo de personas, en función de su orientación sexual, a la demostración de que son “aptos” para solicitar la adopción de un menor o, peor aún, prohibírseles, precisamente por el solo hecho de que son parejas del mismo sexo, como si la orientación sexual fuera algo negativo.

338. La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico.”

El Tribunal Superior Federal de Brasil también encontró que los matrimonios entre personas del mismo sexo son constitucionales.⁵¹⁹ Asimismo, en 2005, la Corte Consti-

515. CDH, caso “Young vs. Australia”, *Op. Cit.* nota 513, párr. 10.4.

516. CDH, *X vs. Colombia*, Comunicación N° 1361/2005. UN Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo de 2007. Disponible en: www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/51537efd406147c3c125730600464373?Opendocument.

517. *Ibid.*, párr. 7.2

518. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, acción de inconstitucionalidad 2/2010, MP Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010. Disponible en: es.scribd.com/doc/60008664/Sentencia-Matrimonio-y-Adopcion-Gay-Mexico-3

519. Brasil, Tribunal Supremo Federal, ADFP N° 132-RJ, MP Ministro Carlos Britto, 5 de mayo de 2001. Disponible en: www.sbdp.org.br/arquivos/material/332_ADPF132_parecerAGU.pdf. Idioma: portugués. Voto en español del Ministro Ayres Britto. Disponible en: www.scribd.com/doc/60008666/Sentencia-Tribunal-Supremo-Federal-Espanol.

tucional sudafricana resolvió que las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio, y que la negativa de esa posibilidad viola el derecho a la igualdad.⁵²⁰ Incluso, la Corte afirma que el reconocimiento del matrimonio homosexual es el deber de una sociedad verdaderamente democrática:

“Una sociedad democrática, universalista, generosa y que aspira a la igualdad, acoge a todo el mundo y acepta a las personas por lo que son. Penalizar a las personas por ser quienes son es profundamente irrespetuoso de la personalidad humana y violatorio de la igualdad (...) el tema va más allá de las suposiciones sobre la exclusividad heterosexual, una fuente de disputa en el presente caso. (...) La Constitución reconoce las diferencias entre seres humanos (genéticas y socio-culturales) afirma el derecho a ser diferente y celebra la diversidad de la nación. En consecuencia, lo que está en juego no es una simple cuestión de remover una injusticia experimentada por una parte en particular de la comunidad. En disputa está la necesidad de afirmar el carácter mismo de nuestra sociedad como uno basado en la tolerancia y el respeto mutuo.”⁵²¹

La Corte Constitucional de Sudáfrica también sostuvo que las dos personas integrantes de una pareja del mismo sexo podían registrarse como padres o madres adoptivos. La ley en cuestión, sin embargo, sólo otorga dicho derecho a las parejas que han contraído matrimonio.⁵²²

Con respecto al cambio de identidad para personas transexuales, las cortes argentinas han emitido decisiones autorizando el cambio de identidad. En la decisión emitida por una corte en Santiago del Estero, en el caso de una mujer transexual que solicitó la cirugía sin que tuviese que someterse a exámenes psicológicos, el tribunal decide a favor de la demanda.⁵²³ En *Burgos vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*,⁵²⁴ el Tribunal conoció de la solicitud conjunta de cambio de registro de identidad presentada por seis ciudadanas transexuales. El tribunal accede a la solicitud y declara que lo contrario violaría los derechos a la dignidad, a la identidad y a la autonomía personal de las accionantes. Igualmente, el auto argumenta que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien la persona es, lo que implica que el Estado y sus funcio-

520. Sudáfrica, Corte Constitucional, caso “Ministro del Interior y otro vs. Fourie y otro”, N° CCT 60/04, MP Sachs, 1 de diciembre de 2005 Disponible en: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.pdf.

521. *Ibid.*, párr. 60.

522. Sudáfrica, Corte Constitucional, caso “Du Toit y otro vs Ministro de Servicios Sociales y Desarrollo de la Población y otros”, N° CCT 40/01, MP Skweyiya, 10 de septiembre de 2002. Disponible en: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/20.pdf.

523. Ver: *Flamea la Bandera de la Diversidad* (2011, 15 de agosto). *Diario Judicial*. Disponible en: www.diariojudicial.com/noticias/Flamea-la-bandera-de-la-diversidad-20110808-0010.html.

524. Argentina, Juzgado Contencioso Administrativo de Buenos Aires, caso “Burgos c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 8 de agosto de 2011. Disponible en: www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=premios&tp=nominados&y=2012.

narios sólo deben intervenir para proteger, respetando, sin discriminación, las diferencias entre las personas.

En el caso Burgos, el tribunal también llama la atención sobre lo alarmante que resulta que en una democracia exista un colectivo de personas a quienes les está vedado ser ellos mismos y expresa que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho personalísimo a la identidad, con base en las obligaciones internacionales con los derechos humanos adquiridas por Argentina.

Diferentes tribunales en varios países han determinado que medidas como las siguientes constituyen discriminación con base en la orientación sexual e identidad de género:

- La legislación contra la sodomía, la cual es una violación simultáneamente del derecho a la igualdad y la vida privada.⁵²⁵ Los actos sexuales privados y consensuales entre adultos del mismo sexo no pueden ser criminalizados. Aunque el concepto de dignidad es difícil de definir, su raíz es la autonomía de la voluntad y la libertad de cada persona para elegir y actuar. La protección de la moral pública no alcanza el nivel suficiente para justificar una invasión a la zona de privacidad de los adultos homosexuales que se relacionan en sexo consensual sin la intención de hacerse daño entre ellos o a otros.⁵²⁶
- La ausencia de medidas de protección para las parejas del mismo sexo y sus bienes. No existen razones objetivas para justificar un trato diferencial. La ausencia de nor-

525. Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso CCT 11/98, *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, October 9, 1998. Ecuador: 1997 – Sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que el Artículo 516 del Código Penal (sobre el “homosexualismo”) violaba las garantías del derecho internacional a un igual disfrute de los derechos fundamentales por todas las personas. Colombia: 1994 – Sentencia de la Corte Constitucional en el sentido de que la homosexualidad entre adultos está protegida por la legislación; los homosexuales están protegidos por la norma fundamental de igual protección de la ley, y tienen los mismos derechos fundamentales que los heterosexuales; nada autoriza la discriminación de los homosexuales por razón de su orientación sexual (Sentencia N° T-539-94 de 30 de noviembre de 1994; véanse también las sentencias N° T-42370 y T-42955). Fiji: 2005 – Dhirendra Nadan, 23 años, y Thomas McCosker, 55 años, habían sido condenados a dos años de cárcel en abril de 2005 por “delitos contra natura” y “ultraje contra la moral pública”. Esta pareja no tuvo quien les representase en su juicio original, en el que fueron considerados culpables, pero recurrió la sentencia. En su decisión sobre el recurso, el Juez del Tribunal Superior, Gerard Winter, dijo que sus condenas no eran válidas porque no eran coherentes con la protección de la intimidad y la igualdad consagrada en la Constitución de 1997. El Artículo 38 de la Constitución de Fiji prohíbe la discriminación basada en toda “característica o circunstancia personal real o supuesta, incluida [...] la orientación sexual”, mientras que el Artículo 37 de la Constitución protege asimismo el “derecho al respeto a la vida privada”. Uganda: Diciembre de 2008 – El Tribunal Superior de Uganda en Kampala (Sala de lo Civil) dictaminó que los derechos constitucionales de Uganda son aplicables a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero, con independencia de su orientación sexual. Nepal: Diciembre de 2007 – El Tribunal Supremo ordenó al gobierno que derogase la legislación que discriminaba a los homosexuales. El Tribunal ordenó asimismo que a las minorías sexuales se les garantizaran los mismos derechos que a los demás ciudadanos. Estados Unidos: *Lawrence vs. Texas*.

526. India, Corte Suprema, caso “Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others”, 2 de Julio de 2009. Disponible en: www.indiankanoon.org/doc/1801037/.

mas para la protección de los bienes de las parejas del mismo sexo afecta adversamente la dignidad humana de las personas y es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁵²⁷

- La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo.⁵²⁸ Los argumentos religiosos no pueden usarse como base para la prohibición.⁵²⁹
- Un reglamento penitenciario que prohíbe las visitas conyugales para parejas del mismo sexo.⁵³⁰
- La prohibición de la adopción para parejas del mismo sexo.⁵³¹
- La denegación de la prestación de maternidad por adopción a la madre adoptiva no biológica, dentro de una pareja de lesbianas, cuando previamente ha habido convivencia entre adoptante y adoptada.⁵³²
- No respetar los derechos de un ciudadano transexual a mantener su identidad de género dentro de un centro de reclusión carcelaria. La opción sexual hace parte del ámbito protegido de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, así que todo comportamiento de los particulares o del Estado que (i) censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o (ii) imponga sanciones o, de manera amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales.⁵³³
- La no implementación por parte de las agencias gubernamentales pertinentes, de una política de protección y no discriminación para la comunidad LGBT.⁵³⁴

527. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-075/07 “Régimen patrimonial de compañeros permanentes-parejas homosexuales/parejas homosexuales y unión marital de hecho-protección patrimonial/parejas homosexuales-vulneración de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad al excluirlos de régimen de protección patrimonial”, 7 de febrero de 2007. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2007/c-075_2007.html.

528. Estados Unidos, Corte Suprema de Connecticut, caso “Elizabeth Kerrigan v. Commissioner of Public Health et. al.” (SC 17716), 28 de octubre de 2008. Disponible en: www.jud.ct.gov/external/supapp/Cases/AROCr/CR289/289CR152.pdf.

529. Estados Unidos, Corte Suprema de Iowa, caso “Katherine Varnum and Others vs. Timothy J. Brien”, No. 07-1499, 3 de abril de 2009. Disponible en: data.lambdalegal.org/in-court/downloads/varnum_ia_20090403_decision-ia-supreme-court.pdf

530. Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad. Natalia Gamboa Sánchez en contra del Artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario (N° 33876-J)”, Sentencia N° 13800-11, 11 de octubre de 2011. Disponible en: [www.pgr.go-cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_repartidor.asp?param1=AIP&nValor1=1¶m5=08-002849-0007-CO¶mInf=1&strTipM=IP1](http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_repartidor.asp?param1=AIP&nValor1=1¶m5=08-002849-0007-CO¶mInf=1&strTipM=IP1).

531. Sudáfrica, Corte Constitucional, caso “X & Y vs. The Minister for Welfare and population development, the Minister for Justice and Constitutional Development”, 10 de septiembre de 2002. Disponible en: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/20.pdf.

532. España, Tribunal Supremo, Sala de los Social, N° de recurso 2289/2009, MP Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, 15 de septiembre de 2010. Disponible en: www.poderjudicial.es/cgjp/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Jurisprudencia_del_TS.

533. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-062/11 “Acción de tutela interpuesta por Erick Yosimar Ortiz Lastra contra el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare), 4 Febrero de 2011. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-062-11.htm.

534. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-314/11 “Acción de tutela ejercida por Valeria Hernández Franco contra Olga María Chacón, Carlos Dávila y la sociedad Hotelera Tequendama S.A.”, 4 de Mayo de 2011. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-314-11.htm.

- No garantizar el derecho al cambio de los documentos de identidad a las personas transexuales.⁵³⁵
- Una disposición, política o práctica que impida a las personas transexuales acceder al matrimonio. Para determinar el sexo de una persona a efectos de la ley de matrimonio, es necesario considerar todas las cuestiones pertinentes como las características biológicas y físicas al nacer (incluidas las gónadas, los genitales y los cromosomas); las experiencias que la persona haya tenido en su vida, incluido el sexo con el que la hayan criado y su actitud hacia el mismo; la percepción que la persona tenga de sí misma como hombre o como mujer; la medida en que la persona haya funcionado en la sociedad como hombre o como mujer; cualesquiera tratamientos hormonales, quirúrgicos o médicos de otro tipo de reasignación sexual a los que la persona se haya sometido, y las consecuencias de dichos tratamientos, y las características biológicas, psicológicas y físicas en el momento del matrimonio.⁵³⁶
- Establecer como causal de mala conducta la homosexualidad de los docentes. Lo que también constituye una violación del derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad. Un trato distinto fundado en la diferente orientación sexual rara vez cumple algún propósito constitucionalmente relevante, por cuanto la preferencia sexual no sólo es un asunto íntimo que sólo concierne a la persona sino que, además, no se encuentra casi nunca relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para realizar un trabajo o cumplir una determinada función. Por ende, la marginación de los homosexuales denota usualmente una voluntad de segregar y estigmatizar a estas poblaciones minoritarias, por lo cual la diferencia de trato por razón de la orientación sexual resulta sospechosamente discriminatoria.⁵³⁷
- Impedir la libertad de mantener relaciones sexuales a los gays que prestan el servicio militar. Una norma que declara ilegales dichas relaciones es anticonstitucional.⁵³⁸
- Denegar el derecho de asilo cuando existe un temor fundado de persecución en caso de devolución. La orientación sexual de una persona puede ser motivo de persecución, y como tal, los homosexuales y personas transgénero pueden ser protegidos según el derecho sobre refugiados dentro de la categoría de “grupo social determinado.”⁵³⁹ A una persona no se le puede denegar asilo en razón de que podría evitar la persecución modificando el comportamiento que es objeto de la persecución.⁵⁴⁰

535. Malasia, Tribunal Superior de Kuala Lumpur, Malasia, caso “JG vs. Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara”, 25 de Mayo 25 de 2005. Disponible en: www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=premios&tp=nominados&pagina=4&y=2010.

536. Australia, Tribunal de Familia, caso “In re Kevin (validez del matrimonio transexual)”, 12 de octubre de 2001). Disponible en: www.gaylawnet.com/laws/cases/re_kevin.pdf.

537. Colombia, Corte Constitucional, C-481/98 “Régimen disciplinario para docente-derogado por código disciplinario único/derecho disciplinario y principio de favorabilidad-aplicación para docentes/Ley-aplicación en el tiempo”, 8 de septiembre de 1998. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm.

538. Perú, Tribunal Constitucional, caso “Exp. N.º 0023-2003-Ai/Tc Lima, Defensoría Del Pueblo”, 9 de Junio de 2004. Disponible en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html.

539. Estados Unidos, Consejo de Apelación de Inmigración (Board of Immigration Appeals), “Asunto de Toboso-Alfonso”, 20 I&N Dec. 819, 1990 WL 547189 (BIA 1990), 12 de marzo de 1990; Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, caso “Hernandez-Montiel v. INS”, 24 de agosto de 2000.

540. Australia, Corte Suprema, caso “Appellant S395/2002 vs. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 vs. Minister for Immigration and Multicultural Affairs”, [2003] HCA 71, 9 de diciembre de 2003. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html.

Homofobia en México

Encuesta nacional sobre discriminación en México. Resultados sobre diversidad sexual. ENADIS 2010. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. [1]

- Seis de cada diez personas en México consideran que la riqueza es el factor que más divide a la sociedad, seguido por los partidos políticos y la educación. No obstante, cuatro de cada diez señalan que las preferencias sexuales también provocan divisiones entre la gente.
- La opinión de que la preferencia sexual provoca mucha división entre la gente se mantiene prácticamente en cuatro de cada diez personas, sin importar el rango de edad. Esto es válido para los cuatro grupos de edad que comprenden la población entre los 12 hasta los 49 años de edad.
- Cuatro de cada diez mexicanas y mexicanos no estarían dispuestos a permitir que en su casa vivieran personas homosexuales. Tres de cada diez afirman lo mismo en el caso de personas que viven con VIH/sida.
- Siete de cada diez personas de nivel económico alto y medio alto estarían dispuestas a vivir en la misma casa con personas homosexuales. Cinco de cada diez personas de nivel económico muy bajo no estarían dispuestas a hacerlo. Para las personas de los niveles bajo y medio esta proporción es de cuatro y tres respectivamente.
- A menor escolaridad se incrementa la intolerancia hacia las personas homosexuales. Seis de cada diez personas sin escolaridad no estarían dispuestas a permitir que en su casa vivieran personas homosexuales. Esta proporción va disminuyendo a medida que aumenta la escolaridad. Con nivel primaria, son cinco de cada diez personas; con secundaria, cuatro de cada diez; con bachillerato y licenciatura, tres de cada diez y con posgrado únicamente dos de cada diez.
- Tres de cada diez personas mayores de 40 años consideran que es negativo y muy negativo que la sociedad esté compuesta por personas con diferentes orientaciones o preferencias sexuales. Se advierte que esta relación es inversamente proporcional al hecho de que tres de cada diez personas jóvenes, de entre 18 y 39 años, lo consideran positivo. Las niñas, niños y jóvenes entre 12 y 17 años consideran que es algo positivo y muy positivo.
- Una de cada diez personas de todas las edades considera que las personas homosexuales deben cambiar sus preferencias, y una de cada diez piensa que deben ocultarlas. Las personas cuyas opiniones implican no respetar las preferencias de las personas homosexuales alcanzan mayores porcentajes a partir de los 40 años.
- Una de cada dos personas lesbianas, homosexuales o bisexuales considera que el principal problema que enfrenta es la discriminación, seguida de la falta de aceptación y las críticas y burlas.
- La discriminación es el problema más grave para cuatro de cada diez personas homosexuales con un nivel económico muy bajo. Las que pertenecen a niveles económicos altos, consideran que su principal problema consiste en la falta de aceptación (tres de cada diez).
- Por nivel socioeconómico, las personas homosexuales de nivel económico más alto piensan que es mejor que se haga pública su preferencia sexual: nueve de cada diez apoyan esa idea. Conforme disminuye el nivel económico, disminuye también la proporción de las personas que lo consideran así.

[1] Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) (2011) Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. Resultados sobre Diversidad Sexual. ENADIS 2010 (1º Ed.). México D.F., Estados Unidos Mexicanos: CONAPRED. Disponible en: www.conapred.org.mx/redes/userfiles/files/Enadis-2010-DS-Accss-001.pdf.

5. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia y las buenas prácticas judiciales expuestas en este capítulo demuestran que la orientación sexual y la identidad de género son rubros prohibidos de discriminación. Es decir, no pueden ser la causa para impedir, anular o menoscabar el goce o ejercicio de un derecho. Se observa cómo, en ocasiones, los tribunales llegan a esta conclusión comparando a la persona homosexual con la persona heterosexual en similar situación; en otras, por la constatación de una exclusión sistemática del goce y ejercicio de un derecho por las personas con orientación sexual distinta a la heterosexual o con identidad sexo-génerica diversas. En este último análisis –el de la exclusión– se exige que todas las personas accedan a los derechos como un requisito indispensable para la construcción de sociedades democráticas.

En efecto, si bien la igualdad es un concepto relacional, esto no significa que la única manera de encontrar violación a este derecho sea establecer juicios concretos de comparación entre dos personas, sino que basta que pueda demostrarse, por un lado, la exclusión sistemática del goce o ejercicio de un derecho por parte de un grupo que ha sido, por ello, colocado en desventaja histórica, y, por otro, que la persona que denuncia la desigualdad sea parte de ese grupo. En este punto es importante señalar que la igualdad se predica –califica a– de todos los derechos: todas las personas deben ser colocadas por la ley en aptitud de gozar todos los derechos. Este es el pilar de las sociedades democráticas, como bien lo señala la Corte Sudafricana en el fallo citado en el presente capítulo.