

# La protección internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI<sup>1</sup>

**Dhayana Carolina Fernández-Matos<sup>2</sup>**

Universidad Simón Bolívar - Universidad Central de Venezuela

*dhayana.fernandez@unisimonbolivar.edu.co*

**María Nohemí González-Martínez<sup>3</sup>**

Universidad Simón Bolívar

*mgonzalez70@unisimonbolivar.edu.co*

## RESUMEN

En este capítulo se examinan las sentencias emitidas en el sistema internacional de derechos humanos en materia de protección de las personas LGBTI por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jurisdicción europea, la que ha dictado el mayor número de sentencias en este tema desde el año 1981, destaca entre sus aportes jurisprudenciales: el reconocimiento de la orientación sexual como una de las categorías protegidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos; el derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo; los derechos de las personas transexuales al reconocimiento de su identidad; la posibilidad de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, entre otros. En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sus

- 1 Este capítulo de libro es resultado del programa de investigación Fortalecimiento y desarrollo de la política institucional de internacionalización de la investigación en ciencias sociales RED-HILA. Capítulo Colombia en el proyecto Género y Ciudadanía sexual. Financiado por la Universidad Simón Bolívar.
- 2 Doctoranda en Derechos Humanos y Ciudadanía de la Universidad de Barcelona. Magíster en Estudios de género, Identidad y Ciudadanía, Magíster en Ciencias Políticas y de la Administración, Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia. Abogada e Investigadora adscrita al grupo de investigación "Estudios de Género, Familias y Sociedad" de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla.
- 3 Doctora por la Universidad de Cádiz, en el marco de los estudios de género, identidad y ciudadanía. Líder del grupo de investigación "Estudios de Género, Familias y Sociedad" de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Coordinadora RED-HILA.

aportes se han centrado en el desarrollo del derecho a la igualdad y la no discriminación tomando en cuenta la orientación sexual y la identidad de género, el reconocimiento de la orientación sexual como una de las categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho a un nombre de acuerdo con el autorreconocimiento y a la identidad de género sin interferencias del Estado o de terceros. Los derechos amparados por estas jurisdicciones son de contenido civil y un conjunto de libertades, que resulta necesario reconocer y proteger, pero esto no es suficiente para garantizarles a las personas LGBTI el desarrollo de un proyecto de vida digno.

**Palabras clave:** derechos humanos, LGBTI, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, discriminación por orientación sexual.

### ABSTRACT

This chapter examines the sentences delivered in the international human rights system regarding the protection of LGBTI people by the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. The European jurisdiction is the one that has dictated the highest number of judgments on this issue since 1981. Among its jurisprudential contributions, the following ones stand out: the recognition of sexual orientation as one of the categories protected by the European Convention on Human Rights; the right to family life of same-sex couples; the rights of transgender people to the recognition of their identity; the possibility of recognizing marriage between people of the same sex, among others. In the case of the Inter-American Court of Human Rights, their contributions have focused on the development of the right to equality and non-discrimination, considering sexual orientation and gender identity, the recognition of sexual orientation as one of the categories protected by the American Convention on Human Rights, the right to a name in accordance with self-recognition and gender identity without interference from the State or third parties. The rights protected by these jurisdictions are of civil content and a set of freedoms, which are necessary to recognize and protect, but this is not enough to guarantee LGBTI people the development of a dignified life project.

**Keywords:** human rights, LGBTI, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, discrimination based on sexual orientation.

---

## INTRODUCCIÓN

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone un nuevo modelo de protección según el cual las personas tienen derechos internacionalmente garantizados como individuos más allá de aquellos que tienen por poseer la ciudadanía de un Estado en particular<sup>4</sup> (Lacramette, 2013).

La internacionalización fue un proceso que se inició en el siglo XIX, pero adquirió relevancia a mediados del siglo XX, una vez terminada la II Guerra Mundial en el año 1945. Su fundamento estaba en la preocupación de la comunidad internacional por construir un orden público internacional que controlara el poder de los Estados y que incluso protegiera a las personas de atrocidades similares a las que habían ocurrido en el conflicto bélico. De esta manera surgieron organizaciones de naturaleza política tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA) o el Consejo de Europa; en el ámbito económico se crearon las instituciones de Breton Woods<sup>5</sup>: el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Se establecieron dos grandes bloques militares que respondían a la configuración del orden mundial; por un lado, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) liderada por Estados Unidos y el Pacto de Varsovia liderado por la Unión Soviética. En el campo del derecho humanitario se firmaron las Convenciones de Ginebra de 1949, mientras que en relación con las personas refugiadas, se crearon nuevos mecanismos de protección a través del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y de instrumentos internacionales como la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1947 (Nash, 2006).

4 Su base está en el triunfo de la tesis sobre la existencia de unos derechos naturales justificados por su propia racionalidad, que tienen validez jurídica universal, más allá de los límites fronterizos de los Estados y el establecimiento de un conjunto de garantías de carácter supraestatal (Peces-Barba, 1995; Así Roig, 2009).

5 Estas instituciones surgen de los acuerdos firmados en el complejo hotelero de Bretton Woods, (Nueva Hampshire, Estados Unidos), entre el 1 y el 22 de julio de 1944, donde se establecieron los parámetros económicos del sistema internacional.

En este contexto internacional, la creación de la ONU y la firma de la Carta de Naciones Unidas después de culminada la Conferencia de San Francisco en Estados Unidos, en 1945, fue el hito que sentó las bases del sistema internacional de protección de los derechos humanos. En el artículo 68 de este instrumento se le asignó al Consejo Económico y Social la obligación de crear comisiones de tipo económico y social para la promoción de estos derechos. Esta entidad, cumpliendo con su mandato, creó la Comisión de Derechos Humanos y le asignó la función de elaborar un proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue aprobada el 10 de diciembre de 1948, la cual, junto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en marzo de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en enero de 1966, se constituyeron en la piedra angular del sistema, al cual se han ido incorporando otros tratados internacionales que se han firmado con posterioridad y que han permitido, por lo menos desde el punto de vista formal, la extensión de la protección de los derechos humanos (Lacramette, 2013).

Paralelamente al desarrollo de este tema en las Naciones Unidas, en organizaciones de tipo regional como el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos<sup>6</sup> se fueron estableciendo sistemas regionales de protección de los derechos humanos similares mediante la firma de tratados internacionales y la creación de órganos, que dentro de la respectiva organización, se les atribuyó competencia para velar por la protección de estos derechos.

De esta manera se fueron desarrollando los sistemas internacionales de protección de derechos humanos definidos como el conjunto de normas sustantivas (relativas a los principios y los derechos subjetivos), orgánicas (las que crean los órganos del sistema) y procesales (los procedimientos y mecanismos a seguir) que tienden a la protección de los derechos humanos en el seno de una organización internacional, bien de

<sup>6</sup> También en África se ha desarrollado un sistema de protección de derechos humanos.

tipo universal (como las Naciones Unidas) o regional (como el Consejo de Europa o la OEA). Señala Claudio Nash (2006, p.179):

Los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo normativo, los instrumentos internacionales han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo), las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, los derechos y libertades garantizados, ciertos parámetros sobre interpretación y criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos. Los instrumentos crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los procedimientos, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales, destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales. Los órganos y procedimientos constituyen la base de los mecanismos de protección internacional.

Este capítulo se centrará en la protección de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI)<sup>7</sup> otorgada por los sistemas regionales, específicamente el Consejo de Europa y la OEA, a las peticiones individuales presentadas cuando se alega la vulneración de uno o más de los derechos recogidos en las convenciones internacionales que han suscrito los Estados partes de cada uno de estos sistemas.

7 Se sigue la nomenclatura usada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, se está consciente que con ella no se agota la diversidad sexual y que la misma engloba y mezcla las categorías asociadas con la identidad sexual y las vinculadas con la orientación sexual.

El objetivo principal es conocer el desarrollo jurisprudencial de los derechos humanos de las personas LGBTI en los sistemas interamericano y europeo de protección internacional, con el fin de analizar los aportes realizados por los organismos jurisdiccionales internacionales en el desarrollo de dichos derechos

La exclusión, desventaja y discriminación que han vivido las personas LGBTI ha hecho que históricamente la violación de sus derechos humanos haya estado marcada por dos supuestos: por un lado, la persecución, situaciones de violencia provenientes de distintos sectores que pueden ser espontáneas, ocurrir en sitios públicos o privados, o ser más organizadas provenir de extremistas religiosos, paramilitares, grupos neonazis, entre otros. La violencia es usada como mecanismo de control y disciplina sobre los cuerpos. Por el otro lado, las violaciones a sus derechos se deben a ignorancia e invisibilización de las personas LGBTI como sujetos plenos de derechos, al desconocimiento de su realidad, pero principalmente por estigmatizaciones, prejuicios y estereotipos sociales que desvalorizan a los seres humanos por su orientación sexual, identidad de género o expresiones de género (Fernández, 2017).

A continuación, se analizarán las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a las violaciones de derechos de las personas LGBTI.

## **SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

Es el sistema regional más antiguo que existe, surge después de la II Guerra Mundial en el ámbito del Consejo de Europa y comienza su actividad con la aprobación en Roma del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (conocido también como Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950), el día 4 de noviembre de 1950<sup>8</sup> y su entrada en vigor fue en 1953. En este instrumento y sus proto-

<sup>8</sup> El texto del Convenio ha sufrido modificaciones a través de distintos protocolos que se han suscrito posteriormente.

colos se establece un conjunto de disposiciones para la protección de los derechos civiles y políticos. Además, en el artículo 19 del Convenio se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>9</sup> (conocido también como Tribunal de Estrasburgo por la ciudad francesa en la cual tiene su sede).

Las competencias de este tribunal son las siguientes:

- 1) Interpretación: Tiene competencia para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus protocolos (artículo 32).
- 2) Asuntos interestatales: Conocer de las denuncias interestatales interpuestas por uno o más de los Estados miembros contra otro Estado por incumplimiento de las disposiciones del Convenio (artículo 33). En el sistema europeo se ha hecho uso de este mecanismo, a diferencia de otros sistemas regionales de protección de derechos humanos que tienen establecido un dispositivo similar, como es el caso del sistema interamericano en el cual no se ha aplicado. Sirvan de ejemplos, la demanda de varios países contra Grecia en el caso del golpe de Estado de los coroneles y las violaciones de derechos humanos ocurridas en ese contexto, también la demanda de Irlanda contra Gran Bretaña por las técnicas de interrogatorio implementadas con miembros del Ejército Republicano Irlandés (IRA) y que el Tribunal consideró como malos tratos (Gómez, s.f.).
- 3) Demandas individuales: Son la piedra angular del sistema; implica que ante vulneraciones de los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por alguno de los Estados partes, cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares podrá presentar una demanda ante este órgano jurisdic-

---

<sup>9</sup> Este tribunal es distinto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conocido como Tribunal de Luxemburgo, cuya misión es garantizar que la legislación de la Unión Europea se aplique por los Estados miembros. Puede conocer de violaciones de derechos humanos consagrados en los instrumentos de la Unión Europea, pero no es propiamente un órgano jurisdiccional encargado específicamente de la protección de dichos derechos, a diferencia del Tribunal de Estrasburgo.

cional. Además, se establece la obligación de los Estados de no poner trabas al ejercicio eficaz de este derecho (artículo 34).

Las sentencias emanadas de este tribunal tienen fuerza obligatoria y corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa velar por su cumplimiento (artículo 46).

La posibilidad de presentar peticiones individuales por violaciones de derechos humanos contra un Estado significó un cambio profundo en el Derecho Internacional clásico que solo regulaba relaciones entre los Estados y de estos con organizaciones internacionales, quedando excluidos los seres humanos de la legitimación activa en el ámbito internacional.

En un primer momento, tampoco los sujetos individuales podían presentar directamente sus demandas ante el Tribunal de Estrasburgo y debían pasar por el filtro de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que junto los Estados firmantes del Convenio, eran los únicos legitimados para presentar casos, pero a partir del año 1998 con el Protocolo 11 se eliminó esta barrera y ahora las personas pasan a tener legitimación activa directa cuando consideren vulnerados sus derechos (López, 2014).

Como se indicó anteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo conoce de asuntos relacionados con derechos civiles y políticos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que demuestra su herencia liberal, mientras que los derechos económicos y sociales están establecidos en la Carta Social Europea firmada en 1961, que fue revisada en 1996, y en 1999 entró en vigor la nueva (Consejo de Europa, 1996).

El procedimiento establecido para la protección de los derechos económicos y sociales en la Carta Social Europea no contempla la posibilidad de realizar peticiones individuales y obtener una sentencia que sea de



obligatorio cumplimiento para los Estados; además, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que es el órgano competente para velar que se cumplan las obligaciones, no es un tribunal.

El Comité Europeo de Derechos Sociales tiene competencia para conocer los informes anuales que deben presentar los Estados partes de la Carta Social Europea acerca de la observancia de cada una de las disposiciones contenidas, y examina el cumplimiento de las obligaciones para emitir unas conclusiones. Se trata de un sistema similar a los mecanismos convencionales establecidos en el sistema universal de protección de los derechos humanos.

El procedimiento ante el Comité Europeo de Derechos Sociales no garantiza los derechos económicos y sociales de forma similar a como lo hace el Tribunal de Estrasburgo con los derechos civiles y políticos, dejando la impresión de que se mantiene cierta jerarquía entre los derechos, considerándose los de primera generación y de corte liberal, más importantes que los de contenido social.

Por esta razón, diversas voces llevan reclamando desde hace varios años la aprobación de un Protocolo Facultativo sobre derechos económicos y sociales al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a fin de equiparar esos derechos con los civiles y políticos en cuanto a sus mecanismos de control, y abriendo la puerta a una cierta judicialización de aquéllos. Sin embargo, estas propuestas no han sido atendidas, por lo que perduran unas grandes diferencias entre ambos tipos de derechos. (Gómez, s.f.).

A diferencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el cual la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) permite a las personas LGBTI que vean vulnerado alguno de los derechos económicos y sociales contenidos en el Protocolo de San Salvador debido a su orientación sexual, tales como el derecho al empleo, la vivienda, la salud, la

educación, entre otros, presentar peticiones individuales basadas en el artículo 24 de la Convención que consagra la “igual protección de la ley”, lo que significa que prohíbe la discriminación no solo de los derechos sustantivos establecidos en su contenido, sino en todo lo referente a las leyes y demás disposiciones que aprueben los Estados miembros, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la violación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la discriminación, debe referirse a los derechos contenidos en este instrumento:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. (Artículo 14)

De esta forma tanto la orientación sexual como la identidad de género quedan subsumidas en la expresión “cualquier otra situación”, prevaleciendo en estos casos la necesidad de aplicar el principio *pro persona*, que significa que los tratados deben ser interpretados de la forma más favorable para las personas y el principio de progresividad que implica mejorar el ámbito de protección. Por otro lado, en el actual contexto, se precisa la prohibición de la discriminación por orientación sexual, en virtud de la situación histórica de invisibilización, exclusión y desventaja que han vivido y afectado el ejercicio de los derechos humanos de las personas LGBTI.

En el asunto **Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal** concerniente a la negación de los derechos de custodia de un padre homosexual, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó expresamente establecido que la orientación sexual era una de las categorías prohibidas de discriminación, que las condiciones establecidas en el artículo 14 eran ilustrativas y no exhaustivas.

*The Court is accordingly forced to conclude that there was a difference of treatment (...) which was based on the applicant's sexual orientation, a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words "any ground such as" (in French "notamment"). (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1999a: párrafo 28)*

Esta decisión en el año 1999 enviaba un claro mensaje a los países miembros del Consejo de Europa, según el cual, a partir de ese momento, las discriminaciones por orientación sexual no se tolerarían y quedaban prohibidas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Manzano, 2012).

Pese a lo planteado, en sentencias posteriores el Tribunal permitió un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales en asuntos relativos a la orientación sexual, arguyendo en varios casos que no había consenso entre los países europeos sobre este tema. Sin embargo, cabe preguntarse si este puede ser un argumento con la suficiente fuerza como para invisibilizar una situación de discriminación o desventaja, ¿cuánto pueden pesar las costumbres, las tradiciones, los prejuicios o la estigmatización hacia las personas LGBTI a la hora de decidir?, ¿no buscan precisamente los sistemas internacionales de protección garantizar los derechos humanos, incluso cuando sea el propio Estado el que los viole?, ¿no hay una obligación mayor hacia los grupos humanos vulnerables y en situación histórica de exclusión como es el caso de la población LGBTI?

Este es un tema recurrente cuando se habla de la protección de las personas LGBTI, por ello, como señala Mauricio Pulecio (2011), aunque son muchos los retos por venir para asegurar la plena vigencia de sus derechos en las normas, la teoría jurídica o la interpretación judicial, el obstáculo mayor es la persistencia de los prejuicios en las mentes de

abogados, jueces, servidores públicos y demás personas vinculadas con el sistema de justicia.

Los prejuicios, estereotipos y estigmatización presentes a la hora de aplicar el Derecho, guardan relación con el componente político-cultural de las leyes, del cual habla Alda Facio (1992) en la metodología que desarrolla para realizar un análisis de género del fenómeno legal. Se trata del contenido y los significados que se le van dando a las leyes por influencia de las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimientos que se tengan sobre estas<sup>10</sup>, de las leyes que siguen vigentes, aunque hayan sido derogadas (por ejemplo, la prohibición de discriminación por orientación sexual que se sigue aplicando), también aquellas leyes que no han sido formalmente aprobadas pero que la mayoría acata y obedece, además de ser formalmente reforzadas. En ocasiones, “la ley no escrita, no formalmente promulgada o ya no vigente (es decir, la que se encuentra en el componente político-cultural), es a veces más obedecida que la formalmente promulgada que se encuentra en el componente formal normativo” (Facio, 1992, p.67).

El caso **Fretté v. Francia** permite apreciar el peso que el componente político-cultural tiene sobre las decisiones de los jueces. Se trató de un hombre francés homosexual a quien el Estado le negó el derecho de adopción con el alegato de que su estilo de vida no garantizaba un ambiente familiar, emocional y educativo adecuado para un niño. El señor Fretté alegó violación del artículo 14, por la discriminación de la que fue víctima ya que de los informes de las autoridades francesas se pudo constatar que la razón de la negativa fue su orientación sexual. El TEDH reconoció que su condición homosexual fue fundamental para negarle la posibilidad de adopción, pero que esta decisión perseguía un fin legítimo: proteger la salud y derechos de los niños que pudieran ser adoptados. También argumentó el tribunal que aunque la mayoría de los

10 “(...) quienes hacen las leyes son personas de carne y hueso que están impregnadas de actitudes, juicios y preconceptos con respecto a las personas a quienes van dirigidas, especialmente cuando esas personas pertenecen al sexo femenino, a una raza/etnia discriminada, a un grupo minoritario, etc.”. (Facio, 1992, pp.67/68)

Estados partes no prohibían expresamente que homosexuales solteros adoptaran, no existían criterios uniformes sobre la forma de abordar estos temas sociales y por ello, consideró que los Estados debían tener un amplio margen de apreciación para decidir sobre estos temas. Además, explicó que la comunidad científica se encontraba dividida sobre las consecuencias que tendría para un niño ser adoptado por homosexuales, argumentando que la decisión no violaba el artículo 14, era proporcional ya que lo que prevaleció en el Consejo de Estado francés fue asegurar el principio del interés superior del niño.

*It must be observed that the scientific community –particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists– is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date. In addition, there are wide differences in national and international opinion, not to mention the fact that there are not enough children to adopt to satisfy demand. This being so, the national authorities, and particularly the Conseil d'Etat, which based its decision, inter alia, on the Government Commissioner's measured and detailed submissions, were legitimately and reasonably entitled to consider that the right to be able to adopt on which the applicant relied under Article 343-1 of the Civil Code was limited by the interests of children eligible for adoption, notwithstanding the applicant's legitimate aspirations and without calling his personal choices into question. If account is taken of the broad margin of appreciation to be left to States in this area and the need to protect children's best interests to achieve the desired balance, the refusal to authorise adoption did not infringe the principle of proportionality. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002a: párrafo 42)*

El argumento de falta de acuerdo en la comunidad científica sobre las consecuencias para la salud psicológica y emocional de un niño por su adopción por personas homosexuales demuestra cómo puede el discurso hegemónico vincular disciplinas científicas, médicas (conocimiento legitimado) con el Derecho para ocultar el peso de los prejuicios, las costumbres y las creencias personales en las decisiones judiciales que afectan los derechos de las personas LGBTI<sup>11</sup>. En ese sentido, como señala Mauricio Pulecio, el discurso jurídico sintetiza los discursos de las otras áreas de conocimiento, “los condensa en normas positivas respaldadas por la coacción estatal, unificando así elementos cuya génesis social queda enmascarada. En esa medida la capacidad del discurso jurídico para instituir dominaciones simbólicas, es decir, para crear sistemas culturales totalizantes es inmenso; sus categorías crean realidades que, tras un formalismo coherente, logran instaurar dominaciones que en la operatividad del discurso permanecen imperceptibles”. (Pulecio, 2011, p.117). Si bien en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el discurso puede cumplir la función anteriormente descrita, también puede contribuir al cambio y la transformación mediante la visibilización de realidades que se escapan de lo “normal” (entendiendo por tal lo que es aceptado y naturalizado como el deber ser) y la inclusión de argumentos que rompen con el esquema clásico del pensamiento heterosexual dominante.

El desarrollo jurisprudencial posterior del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación de las personas (padre, madre, posibles adoptantes) por su orientación sexual.

11 “(...) la investigación y la praxis médica conlleva valores sociales y personales, que sin lugar a duda en la práctica clínica se aplican los conocimientos adquiridos en la universidad, pero que estos no están libres de las influencias culturales, sociales, políticas, visiones de género, entre otras. En definitiva, se busca dejar por sentado que los saberes biomédicos no son neutrales y no están libres de sesgos”. (Fernández y Díaz, 2017, p.73)

Junto a la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14, otros artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos son fundamentales para comprender la evolución jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo: el ocho que establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar y el doce relativo al derecho a contraer matrimonio.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. (Artículo 8).

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho. (Artículo 12)

La selección de estos artículos no significa que no pueda acudir ante el tribunal por violación de los derechos humanos de las personas LGBTI relativa a otras disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino que hasta el momento los asuntos presentados, en una alta proporción, guardan relación con las normas definidas en líneas precedentes.

Fue en la década del ochenta del siglo XX cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos comenzó a emitir sentencias relativas a los derechos de las personas LGBTI, encabezando el abordaje de estos temas, los casos de criminalización de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos. En los noventa pasó a conocer sobre asuntos relativos

a discriminación por orientación sexual. En el siglo XXI, se han dictado sentencias favorables en relación con el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, la adopción por parejas del mismo sexo y el derecho a contraer matrimonio (Piovesan, 2013).

En los últimos años se han presentado asuntos relativos a las técnicas de reproducción asistida, como el caso **Charron and Merle-Montet v. France** (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2017), referido a una pareja de lesbianas, casadas desde el año 2014, que deciden someterse a la procreación médicamente asistida, pero su solicitud es rechazada por el Hospital de Toulouse, alegando que la ley de Bioética vigente en Francia no autoriza la realización de este procedimiento para parejas del mismo sexo. Las demandantes presentan su caso ante el Tribunal alegando violación del derecho a la vida familiar y privada (artículo 8) y discriminación por orientación sexual (artículo 14), sin embargo, el caso no es admitido debido a que no han agotado los recursos internos existentes para hacer valer estos derechos.

Cabe destacar que los tribunales internacionales de protección de derechos humanos y demás mecanismos internacionales, son accesorios y complementarios a los sistemas nacionales, de forma tal que, para poder acudir ante ellos, uno de los requisitos previos es precisamente haber agotado los recursos administrativos y judiciales nacionales, lo que en el caso señalado, según el Tribunal de Estrasburgo, no ocurrió. Esto no quiere decir que no haya habido una discriminación por orientación sexual en el caso **Charron and Merle-Montet v. France**, debido a que se establece un tratamiento diferenciado entre las parejas heterosexuales y las homosexuales que no se justifica, no es proporcional ni persigue un fin legítimo.

Antes de continuar analizando los aportes jurisprudenciales del Tribunal de Estrasburgo en relación con los derechos de las personas LGBTI, se precisa hacer una breve explicación de la doctrina del margen de



apreciación y el principio de proporcionalidad usados como criterios de interpretación por los jueces de esta jurisdicción.

El margen nacional de apreciación se trata de un criterio hermenéutico utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos asuntos donde no existe un claro consenso entre los Estados partes del CEDH, lo que en ocasiones lleva a los jueces a considerar que es imposible generar una interpretación unificada y que se ajuste a todos los parámetros existentes a nivel nacional en cada uno de los países sobre los que tienen jurisdicción, dejando a la discrecionalidad y voluntad de los Estados medidas relativas a la limitación de derechos humanos. Mientras más amplio sea el margen de discrecionalidad más difícil será que el Tribunal declare la vulneración de un derecho (Barbosa, 2011; Fassbender, 1998).

Unas de las razones que se esgrimen para justificar la utilización del margen de apreciación por el Tribunal de Estrasburgo, son las diferencias culturales e institucionales existentes entre los Estados partes del Consejo de Europa que han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que dificulta la definición de estándares de actuación en lo que respecta a la limitación de ciertos derechos; sin embargo, una amplia discrecionalidad otorgada por esta jurisdicción a los Estados nacionales, de alguna manera implica dejar de cumplir con uno de los roles principales del establecimiento de un sistema internacional de protección de derechos humanos como lo es la defensa de los derechos de la persona, incluso cuando la vulneración provenga del Estado del cual es nacional.

La necesidad de limitar el uso del margen de apreciación en la garantía de los derechos de las personas LGBTI en el sistema europeo se desprende de las divergencias existentes entre los distintos países ya que “mientras que parte de los Estados miembros del CEDH tienen en su agenda política el avance en el reconocimiento de derechos y la lucha contra la discriminación, otros van en dirección contraria, lo que confirma la necesidad de

que organismos supranacionales, como el TEDH, actúen en defensa de los derechos de todas las personas” (Gilbaja, 2014, p.335).

Ante la ausencia de un convenio específico sobre los derechos de las personas LGBTI en el ámbito del Consejo de Europa, el Tribunal de Estrasburgo ha adoptado un enfoque pragmático. Cuando no existe un amplio consenso sobre una materia, justifica el margen nacional de apreciación por el Estado parte, mientras que en aquellos casos donde hay una clara tendencia internacional, se ha restringido dicho margen. Esta postura le ha generado críticas por su inconsistencia en asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género<sup>12</sup> (Manzano, 2012).

Hay opiniones (Benavides, 2009) que señalan la necesidad del margen de apreciación para el equilibrio entre la soberanía de los Estados y el control jurisdiccional de los tribunales internacionales de derechos humanos, ello reconociendo la diversidad cultural y jurídica existente. No obstante, en cada derecho humano hay un núcleo no disponible, por lo que resulta fundamental para los grupos humanos en situación histórica de exclusión, como es el caso de las personas LGBTI, que se defina el contenido de dicho núcleo.

Pertenece a la esencia de los sistemas de protección de los derechos humanos el respeto y protección de los derechos de las minorías. Y estas minorías no se identifican únicamente con la situación particular de un grupo de personas al interior de una nación sino también la particularidad de una sociedad entera organizada como estado que entiende y aplica

<sup>12</sup> “A key source of this inconsistency is variability in the importance that the Court attaches to the existence of a European consensus of opinion when determining the relevant margin of appreciation available to a state. The Court’s recent judgment in respect of same-sex marriage demonstrated a strong reliance upon the absence of a European consensus as grounds for affording contracting states a wide margin of appreciation to exclude homosexual couples from civil marriage. However, in another recent judgment the Court ignored the question of consensus altogether (and the margin of appreciation doctrine) to uphold the complaint of a homosexual woman who had been refused permission by domestic authorities to adopt a child. These judgments suggest an inconsistent use of the principle of European consensus in adjudicating claims since there is arguably no greater consensus across contracting states in respect of the adoption of children by homosexuals than of same-sex marriage”. (Johnson, 2011, citado por Manzano, 2012, p.76)

los derechos humanos desde su específica identidad cultural y jurídica. Esto partiendo de un núcleo no disponible de cada derecho humano. Es tarea de los órganos determinar cuál es ese núcleo. (Benavides, 2009, p.299)

En relación con el principio de proporcionalidad, el mismo se ha aplicado como punto de contacto entre el control judicial y el margen de apreciación. Este principio parte del supuesto de que los derechos humanos y libertades deben interpretarse de manera amplia, sopesando los intereses opuestos a fin de determinar la conformidad de sus efectos frente al objeto perseguido. Para su aplicación deben cumplirse condiciones de existencia formales y materiales (Barbosa, 2011).

Las condiciones de existencia formales para la aplicación del principio de proporcionalidad son: a) Una ley que prevea la injerencia, la cual debe ser elaborada conforme a los procedimientos constitucionales y legales, satisfacer la voluntad general y respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y los derechos humanos estatuidos en los instrumentos internacionales y, b) Existencia de una sociedad democrática, entendiéndose por tal, además de la realización de elecciones libres y competitivas, “el espacio en el cual se respeta el pluralismo, la tolerancia de las personas, se acatan los derechos humanos, se desarrollan las relaciones de confianza con sus instituciones y se entiende la participación y ‘la libre discusión’ como factor esencial de legitimidad” (Barbosa, 2011, p.123).

Las condiciones de existencia materiales son: a) Que las restricciones establecidas por los Estados a un derecho fundamental busquen uno o varios de los objetivos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, tomando en cuenta el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969<sup>13</sup>; b) Que exista la

13 “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 31)

necesidad de aplicar la medida de restricción del derecho, de manera que el Estado no posea ninguna otra alternativa de menor gravedad frente al derecho intervenido y, c) Que se evalúe la existencia de la proporcionalidad en sentido estricto, esto implica evaluar si la medida incriminada es proporcional frente a los objetivos buscados (Barbosa, 2011).

Como se verá a continuación, al decidir sobre asuntos relativos a los derechos de las personas LGBTI, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha usado tanto el margen de apreciación como el principio de proporcionalidad.

La primera vez que el TEDH emitió una decisión favorable en esta materia, fue en el año 1981 en el caso **Dudgeon v. Reino Unido**. Jeffrey Dudgeon, de 35 años, presentó su demanda por la vigencia de una ley en Irlanda del Norte que castigaba las relaciones sexuales consentidas entre hombres y las consideraba delitos penales. En su caso particular, esto se materializó después de un registro a su domicilio en el cual se encontraron documentos reveladores de su orientación sexual. El demandante alegó la violación de los artículos 8, por tratarse de una injerencia a su vida privada y 14, relativo a la prohibición de discriminación.

En su análisis el TEDH consideró que el mantenimiento en vigor de esta ley afectaba de forma continua y directa, constituía una injerencia en el derecho a su vida privada, que incluía su vida sexual, derecho que se vio además afectado por la investigación policial de la que fue objeto. Sin embargo, como la simple injerencia en el ejercicio de un derecho no significaba que hubiese sido lesionado, el Tribunal consideró si tal medida era “necesaria en una sociedad democrática” y si esta ley perseguía un fin legítimo, concluyendo que las razones esgrimidas por el Estado no eran suficientes para el mantenimiento de la legislación impugnada y limitar los derechos reconocidos en el artículo 8. Esta decisión trajo como resultado la despenalización de la homosexualidad en Irlanda del Norte.

En relación con la alegada violación del artículo 14, concerniente a la prohibición de discriminación, ya que existía una diferencia en el trato en relación con las parejas heterosexuales, el Tribunal consideró que no era necesario pronunciarse al respecto porque ya se había declarado la violación del derecho a la vida privada y se trataba de la misma queja desde otro punto de vista.

*The central issue in the present case does indeed reside in the existence in Northern Ireland of legislation which makes certain homosexual acts punishable under the criminal law in all circumstances. Nevertheless, this aspect of the applicant's complaint under Article 14 (art. 14) amounts in effect to the same complaint, albeit seen from a different angle, that the Court has already considered in relation to Article 8 (art. 8); there is no call to rule on the merits of a particular issue which is part of and absorbed by a wider issue (...) Once it has been held that the restriction on the applicant's right to respect for his private sexual life give rise to a breach of Article 8 (art. 8) by reason of its breadth and absolute character (...) there is no useful legal purpose to be served in determining whether he has in addition suffered discrimination as compared with other persons who are subject to lesser limitations on the same right. This being so, it cannot be said that a clear inequality of treatment remains a fundamental aspect of the case. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1981, Párrafo 69)*

*The Court accordingly does not deem it necessary to examine the case under Article 14 (art. 14) as well. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1981, Párrafo 60)*

Al no pronunciarse sobre la discriminación y solo reconocer la violación del derecho a la vida privada, el Tribunal desaprovechó la oportunidad de analizar cómo la orientación sexual se convierte en una de las categorías prohibidas, reconocida en el artículo 14, que debe ser

evaluada para determinar si una diferencia en el trato persigue un fin legítimo y es proporcional a los objetivos que se buscan. No obstante, hay que tomar en cuenta que esta decisión fue en el año 1981, fecha en la que aún los problemas sobre el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI no formaban parte de la agenda internacional sobre derechos humanos, invisibilizándose la discriminación estructural que padecían (y aún padecen).

Esta postura cambió y entre los años 1999 y 2002, el TEDH dictó un conjunto de sentencias relacionadas con la discriminación por orientación sexual de miembros de las fuerzas armadas de Reino Unido, ya que, si bien es cierto que se había despenalizado la homosexualidad en este lugar, seguía vigente la prohibición en el ámbito militar. De hecho la *Army and Air Force Acts* de 1955 establecía en su artículo 66 que toda persona sujeta a la ley militar que fuera culpable de “conducta vergonzosa” –categoría dentro de la cual se incluía a las personas homosexuales–, condenada por un tribunal militar, podía ser castigada incluso con pena de prisión de hasta dos años u otro castigo menor de los que consagraba la ley, mientras que la *Naval Discipline Act* de 1957 decía que las personas culpables de conducta vergonzosa de tipo indecente (así eran consideradas entre otras, las relaciones entre personas del mismo sexo), podían ser despedidas con deshonra del servicio de Su Majestad o castigadas con una pena menor (Gilbaja, 2014).

La vigencia de normas de este tipo a finales del siglo pasado y comienzos del siglo XXI permitían corroborar la situación histórica de desigualdad en la que vivían (y aún viven) las personas que no responden a la orientación sexual hegemónica, a la heterosexualidad normativa, quedando no solamente excluidas del ejercicio de sus derechos, sino que, por decidir sobre su sexualidad, hasta hace muy poco tiempo, visto en perspectiva histórica, podían ser castigadas incluso con penas privativas

de libertad<sup>14</sup>. Estos elementos deben ser tomados en cuenta en el análisis de la situación histórica de discriminación contra la población LGBTI.

Fue en el año 1999 cuando el Tribunal de Estrasburgo dictó las dos primeras sentencias en esta materia, en los casos **Lustig-Praen y Beckett v. Reino Unido**, pertenecientes a la *Royal Navy*, y **Smith and Grady v. Reino Unido**, exintegrantes de la *Royal Air Force*. Luego de investigaciones e interrogatorios en los cuales se les preguntó sobre su vida privada y sus prácticas sexuales, fueron expulsados de las fuerzas armadas porque, como se indicó en el párrafo anterior, estaba castigada la conducta homosexual por las leyes militares británicas y el Ministerio de Defensa imponía una prohibición explícita.

En estos casos el TEDH reconoció por unanimidad que hubo una injerencia injustificada en la vida privada de estas personas, por lo que consideró que se había violado el artículo 8 de la CEDH. Ante la postura del Estado que alegó la necesidad de mantener la moral en las fuerzas armadas, lo que se podía ver afectada por la presencia de homosexuales, debido a las condiciones particulares de la vida militar, basándose para mantener este criterio en el informe del Grupo de Evaluación sobre la Política relativa a la Homosexualidad (GEPH), publicado en febrero de 1996. El Tribunal consideró que esas opiniones se basaban únicamente en las actitudes negativas de los militares heterosexuales hacia los que tienen preferencias homosexuales. Además, señaló que el Ministerio de la Defensa británico no puso en duda la capacidad física, valentía, fiabilidad y aptitud del personal homosexual, por lo que estableció que las actitudes negativas hacia este personal correspondían a los prejuicios de los heterosexuales, lo que no podía justificar injerencias en sus vidas privadas, como tampoco justificaría actitudes negativas similares hacia personas de raza, origen o color diferentes (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1999b).

---

<sup>14</sup> Aún quedan varias decenas de países en el mundo donde la homosexualidad es castigada incluso con penas privativas de libertad.

Luego de estas sentencias, el gobierno del Reino Unido dictó un código de conducta, que terminaba con la prohibición de que los homosexuales fueran parte de las fuerzas militares y además prohibía la discriminación basada en la orientación sexual (Gilbaja, 2014).

En relación con el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo, la posición del Tribunal de Estrasburgo y en su momento, de la Comisión Europea de Derechos Humanos, fue restrictiva durante un largo tiempo, contemplando que la vida de pareja, como elemento presente en la vida familiar, se refería únicamente a las parejas heterosexuales (Manzano, 2012; Gilbaja, 2014).

En el caso **Karner v. Austria**, se pudo apreciar cierto avance en el Tribunal en cuanto al reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo, pero lo hizo en relación con el derecho a la vida privada y no el derecho a la vida familiar. El señor Karner mantenía desde 1989 una relación homosexual estable, vivía en un apartamento arrendado con su pareja en Viena, Austria, y compartían los gastos del piso. Su compañero sentimental, quien había firmado el contrato de arrendamiento murió y el propietario inició los trámites para poner fin al contrato de alquiler. El peticionario solicitó la subrogación del contrato ya que la Ley de Alquiler de Austria permitía esta acción por parte de los miembros de la familia del inquilino fallecido. Tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal Civil Regional de Viena expresaron que la Ley de Alquiler tenía la intención de proteger a las personas que habían vivido juntas durante un largo tiempo sin estar casadas contra una repentina falta de vivienda y que esta normativa se aplicaba tanto a homosexuales como a personas heterosexuales. Sin embargo, el Tribunal Supremo concedió la apelación al propietario y manifestó que la noción de "compañero de vida" establecida en la Ley de Alquiler, debía interpretarse de acuerdo con la intención de los legisladores en 1974 cuando fue promulgada, que no era la de incluir a parejas del mismo sexo.



Agotada la vía interna, el Sr. Karner acudió ante el TEDH alegando ser víctima de discriminación por su orientación sexual, invocando la violación de los artículos 8 y 14. El Tribunal reconoció que el asunto en cuestión, la diferencia de trato de los homosexuales en lo que respecta a la sucesión en contratos de arrendamiento en virtud de la legislación austríaca, era de gran importancia no solo para Austria sino para otros Estados partes porque establecía unos estándares de protección de acuerdo con la CEDH. No pasó a considerar las nociones de vida privada y vida familiar porque, según su criterio, el problema se derivaba de su orientación sexual, ya que de no haber sido por esta razón se le hubiese permitido la subrogación en el contrato de alquiler, por lo que aplicaba el artículo 14 relativo a la prohibición de discriminación.

Cabe destacar que el TEDH reconoció que en los casos de tratamiento diferenciado basado en la orientación sexual, el margen de apreciación de los Estados era limitado, por lo que no bastaba con que el Estado expusiera que la medida era justificada por el fin perseguido, sino que además se demostrara que era necesario excluir a las personas que vivían en una relación homosexual, lo cual no demostró, por lo que el Tribunal indicó que se había dado una infracción del artículo 14, en relación con el artículo 8 de la Convención.

*In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people –in this instance persons living in a homosexual relationship– from the scope of application of section 14 of the Rent Act. The Court cannot see that the Government have advanced any arguments that would allow such a conclusion.*

*Accordingly, the Court finds that the Government have not offered convincing and weighty reasons justifying the narrow interpretation of section 14(3) of the Rent Act that prevented a surviving partner of a couple of the same sex from relying on that provision. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2003: párrafos 41-42)*

En el año 2010, el Tribunal Europeo se pronunció sobre el artículo 12 en un caso relativo a parejas del mismo sexo, fue en **Schalk y Kopf v. Austria**. Los peticionarios alegaron discriminación por ser una pareja de homosexuales, al no permitirse que contrajeran matrimonio o tener una relación reconocida por la ley. Los artículos invocados fueron el 14 (prohibición de discriminación), 8 (derecho a la vida privada) y 12 (derecho a casarse y a fundar familia).

El TEDH señaló que el asunto del matrimonio entre personas del mismo sexo era un área sensible de controversia social, política y religiosa, donde no había consenso entre los Estados miembros, por lo que se le daba un amplio margen de apreciación a cada uno de ellos para que regularan esa materia<sup>15</sup>. Manifestó el tribunal que su jurisprudencia reiterada establecía que el artículo 12 garantizaba el derecho de un hombre y una mujer a casarse y a fundar una familia, lo que estaba "sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes", pero subrayó que las limitaciones que estos introdujeran en sus respectivas legislaciones no debían restringir o reducir el derecho de tal manera que la esencia de este se viera afectado.

Lo novedoso en esta sentencia fue que el Tribunal de Estrasburgo señaló que no continuaría considerando el derecho a casarse establecido en el artículo 12 limitado exclusivamente al matrimonio entre personas de sexos diferentes y agregó que permitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, dependería de las leyes de los Estados partes.

<sup>15</sup> "The issue of same-sex marriage concerned a sensitive area of social, political and religious controversy. In the absence of consensus, the State enjoyed a particularly wide margin of appreciation". (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010: párrafo 46)

*(...) the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010, párrafo 61)*

En este caso también hubo un cambio importante sobre la noción de “vida familiar” reconocida en el artículo 8 de la CEDH. Consideró el Tribunal que era artificial mantener la opinión de que una pareja del mismo sexo no podía disfrutar de la vida familiar, a diferencia de las parejas heterosexuales, y refiriéndose al caso de los señores **Schalk y Kopf**, señaló que la relación de hecho estable entraba dentro de la noción de vida familiar del artículo 8. Esta fue la primera vez que el TEDH consideró que las personas LGBTI tenían derecho a la vida familiar contemplada en el artículo 8 y no solo a la vida privada como había ocurrido hasta ese momento.

La última sentencia a la que se hará referencia aborda los derechos de las personas transexuales, caso **Christine Goodwin v. Reino Unido**. Se trató de una mujer transexual que se sometió a cirugía de reasignación de género en un hospital del Servicio Nacional de Salud en 1990. Debido a la política aplicada por el Departamento de Seguridad Social de solo emitir un número de seguro nacional (NI) para cada persona, independientemente de los cambios que ocurrieran en su identidad sexual a través de procedimientos tales como la cirugía de reasignación de género, la señora Goodwin había tenido que sortear distintos obstáculos en el ámbito laboral, la seguridad social y el cobro de pensiones, entre otros. Además, señaló que la falta de reconocimiento legal de su cambio de género había sido la causa de numerosas experiencias discriminatorias y humillantes en su vida cotidiana.

En sus argumentos el TEDH manifestó que ya en otras ocasiones había examinado quejas de personas transexuales contra Reino Unido; en esos casos consideró que no había interferencia en la vida privada de las personas por la negativa del gobierno a modificar el registro de nacimientos o expedir certificados de nacimiento cuyo contenido y naturaleza difirieran de las anotaciones originales relativas al sexo registrado de la persona, pero que era necesario tener en cuenta que la CEDH era ante todo un sistema de protección de derechos humanos que debía tomar en cuenta las circunstancias cambiantes en el Estado parte y en todos los demás, por lo que propuso examinar la situación dentro y fuera del Estado contratante para evaluar "a la luz de las condiciones actuales", cuál era la interpretación y aplicación adecuada del Convenio (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002b, párrafo 73).

El TEDH reconoció que cuando un aspecto fundamental de la identidad personal entra en conflicto con la ley de un Estado, esto no puede considerarse una simple formalidad, sino que puede producirse una injerencia grave en la vida privada, que puede causar problemas emocionales en la persona transexual:

*It must also be recognised that serious interference with private life can arise where the state of domestic law conflicts with an important aspect of personal identity (...). The stress and alienation arising from a discordance between the position in society assumed by a post-operative transsexual and the status imposed by law which refuses to recognise the change of gender cannot, in the Court's view, be regarded as a minor inconvenience arising from a formality. A conflict between social reality and law arises which places the transsexual in an anomalous position, in which he or she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002b, párrafo 77).*

Ante los alegatos del gobierno de Reino Unido, tanto de tipo científico como legales, debido a todas las repercusiones que tendría en las distintas áreas del Derecho la aceptación de un cambio de identidad, el TEDH consideró que no se había demostrado un menoscabo sustancial y una afectación al interés público como consecuencia de un cambio en el estado de los transexuales y en cuanto a otros posibles inconvenientes, señaló que cabía esperar que la sociedad fuera tolerante ante estos para permitir a las personas vivir en dignidad y valor de acuerdo con la identidad sexual elegida por ellos a un gran costo personal (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002b, párrafo 91). Por otro lado, manifestó que parecía ilógico que después que un Estado financiaba los gastos de una cirugía de reasignación sexual, como había ocurrido con Christine Goodwin, se negara a reconocer las repercusiones legales de esta reasignación. En definitiva, por unanimidad el tribunal consideró que fueron violados los artículos 8, 12 y que la determinación de la violación, se consideraba una satisfacción justa del daño inmaterial sufrido.

En este caso, el TEDH se aparta de la doctrina del margen de apreciación y se atreve a reconocer los derechos de las personas transexuales, más allá del consenso existente en las naciones europeas sobre el tema, tomando en cuenta el contexto general donde hay una mayor aceptación, pero además reconociendo que la restricción al ejercicio de estos se constituye una injerencia grave sobre la vida privada.

## **SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

Se puede decir que, en el continente americano, el interés por los derechos de las personas LGBTI entró en la agenda internacional a partir de la Resolución AG/RES. 2435 “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” de 2008, de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). En este texto se mostró preocupación por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos contra las personas, basados en su orientación sexual e identidad de género. En

los años siguientes, la Asamblea dictó varias resoluciones solicitando que se investigaran los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra las personas por su orientación sexual y que se protegiera a los defensores de derechos humanos que trabajaban este tema (OEA, 2009, resolución AG/RES. 2504); que se asegurara el acceso a la justicia de las víctimas de violencia por su orientación sexual en condiciones de igualdad y que se considerara la posibilidad de realizar un informe temático (OEA, 2010, resolución AG/RES. 2600); se condenara la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, se adoptaran medidas para prevenirla, sancionarla y erradicarla, entre ellas políticas públicas y se solicitara a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Comisión) y al Comité Jurídico la elaboración de estudios sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a orientación sexual, identidad de género y expresión de género (OSIGEG) (OEA, 2011, resolución AG/RES. 2653); que se solicitara a la Comisión un estudio sobre las leyes y disposiciones vigentes en los Estados que limitaran los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y que, con base en ese estudio, se elaborara una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad (OEA, 2012, resolución AG/RES. 2721), que se garantizara una protección adecuada a las personas intersex y se implementaran políticas y procedimientos que aseguraran la conformidad de las prácticas médicas con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos (OEA, 2013b, resolución AG/RES. 2807), entre otras.

Dando cumplimiento a la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de la OEA, la Comisión presentó un informe titulado “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes” donde se realizó un conjunto de precisiones conceptuales, bajo un enfoque de derechos humanos y auxiliándose de otras disciplinas como la Sociología, la Psicología y las Teorías de Género, para la mejor comprensión de los términos utilizados (CIDH, 2012).

En este informe la Comisión explica que las siglas LGBTI, evocan perspectivas sociales, legales y médicas, pero estas también se han utilizado para describir movimientos o eventos de solidaridad, movilización o protesta, así como para la descripción de comunidades, grupos o identidades. Reconoce que las acepciones OSIGEG han servido para el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos; en este sentido indica que:

La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad –los cuales han estado tradicionalmente invisibilizados–; reconoce la discriminación histórica a que han estado sometidas las personas que se identifican de esta manera; y las dota de protección. (CIDH, 2012: párrafo 6)

En el informe se intenta explicar la contradicción que parece existir entre la consideración por parte de la psicología, la sociología y otras ciencias sociales de la orientación sexual, identidad de género y expresión de género como construcciones sociales dinámicas, que dependen de cada persona y de la percepción social de su identidad, y su consideración en el derecho internacional de los derechos humanos como atributos inherentes a las personas (como el origen étnico), innatos e inmutables, definiendo inmutabilidad como “una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad” (CIDH, 2012, párrafo 7).

Para explicar esta contradicción, el informe señala que es necesario diferenciar, por una parte, que las categorías OSIGEG están vinculadas con la autonomía, con las decisiones íntimas y personales de cada individuo y constituyen una parte esencial de su proyecto de vida, que no permanece estático; por el contrario, se encuentra en desarrollo constante y fluctuante, de manera que la asunción de una determinada

orientación sexual, identidad de género y expresión de género puede cambiar. Sin embargo, cuando se habla de que son inmutables desde la perspectiva de los derechos humanos, lo que se quiere dar a entender es que estas no pueden ser modificadas por terceros o por el Estado porque puede tratarse de una vulneración de la dignidad humana. Por eso se dice que son categorías inherentes a las personas como el origen étnico.

Cabe destacar que el sistema interamericano como el europeo, tiene una clara influencia liberal, aunque su desarrollo jurisprudencial ha permitido extender la protección hacia derechos de contenido social, no obstante, esta vinculación de los derechos humanos como atributos inherentes y correspondientes a la dignidad de las personas, está también asociada con la idea de universalidad que debe ser analizada con mucho cuidado cuando se hace referencia a los derechos de las personas LGBTI porque se establece la heterosexualidad como el marco neutro, el ideal o modelo a partir del cual se moldean las conductas, las instituciones, las normas, lo que lleva a negar las diferencias basadas en la orientación sexual, y contribuye al mantenimiento de la estratificación donde la heterosexualidad es la pauta, el deber ser y el resto son “desviaciones” de la conducta esperada. Como señala Monique Wittig (2006, p.52): “Esta tendencia a la universalidad tiene como consecuencia que el pensamiento heterosexual es incapaz de concebir una cultura, una sociedad, en la que la heterosexualidad no ordenara no solo todas las relaciones humanas, sino su producción de conceptos al mismo tiempo que todos los procesos que escapan a la conciencia”.

Continuando con la exposición de los mecanismos existentes en el contexto americano, destaca la aprobación en el año 2013 de la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, donde por primera vez se establece que “la discriminación puede estar basada en motivos de (...) orientación sexual, identidad y expresión de género o cualquier otra” (OEA, 2013a, artículo 1).



Esta Convención hace una importante clasificación de los distintos tipos de discriminación:

- **Discriminación indirecta:** Es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando se aplica un criterio aparentemente neutro, pero que puede implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 1.2).
- **Discriminación múltiple o agravada:** Cualquier discriminación basada en dos o más de los motivos mencionados en la Convención, u otros reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 1.3).
- También define la intolerancia como los actos o manifestaciones de irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos (artículo 1.5).
- Reconoce la necesidad de adoptar medidas especiales o acciones afirmativas a favor de los grupos humanos que sean discriminados.

Además, la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia establece la creación del Comité interamericano para la prevención y eliminación del racismo, la discriminación racial y todas las formas de discriminación e intolerancia que se constituye en el foro para el intercambio de ideas y experiencias y para examinar el progreso realizado por los Estados en la aplicación de esta convención y cualquier circunstancia o dificultad que afecte su cumplimiento (artículo 15).

Sin negar los aportes que hace la Convención descrita anteriormente, su redacción general, su protección de todas las discriminaciones, impide que se visualicen las razones particulares en los casos de la población LGBTI. Se echa de menos un artículo similar al que tiene la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>16</sup> de 1979 (CEDAW por sus siglas en inglés) relativo a la necesidad de modificar los patrones socioculturales para la eliminación de los prejuicios y estereotipos asociados con las categorías OSIGEG, ya que la principal razón de su exclusión y de la vulneración de sus derechos está dada por la cultura machista, heteropatriarcal, androcéntrica, que tiene como referente universal al hombre heterosexual.

Otro mecanismo existente en el sistema interamericano es la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que tiene como función monitorear la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI, las violaciones que se den y visibilizarlas.

También los informes temáticos y los informes por países permiten monitorear la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI y mejorar su protección.

En este trabajo se hará hincapié en los casos contenciosos, para lo cual es necesario explicar el funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el cual está integrado por dos órganos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte).

La CIDH fue creada en 1959, y su estatus reforzado en 1967, cuando en la reforma de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), se

<sup>16</sup> Artículo 5.A de la CEDAW: “a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (...)”.

convirtió en un órgano principal y permanente de esta organización. Las funciones que se le atribuyeron fueron las siguientes: la preparación de estudios e informes que considerara necesarios para el desempeño de sus funciones; la promoción de los derechos humanos; la formulación de recomendaciones a los gobiernos en esta materia; la solicitud de información a los Estados acerca de las medidas adoptadas a nivel interno; y el servir como órgano de consulta de la OEA en materia de derechos humanos. Para la evaluación interna de la situación de los derechos humanos de los países que conformaban la OEA, el parámetro a utilizar sería la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (González, 2009).

Aparte de estas atribuciones como órgano principal de la OEA, la Comisión tiene funciones por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que entró en vigor en 1978 y estableció las competencias convencionales de la Comisión, entre ellas conocer las peticiones de denuncias o quejas sobre la violación de las disposiciones de la CADH que presente cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más de los Estados miembros (artículos 41 y 44 de la CADH). En todos los casos ante la Corte debe comparecer la CIDH (artículo 57).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos solo puede conocer de un caso una vez que se haya finalizado el procedimiento ante la CIDH. A diferencia de la Comisión, se trata de un órgano creado por la Convención Americana de Derechos Humanos y es necesario que los Estados que la suscriban, reconozcan expresamente su competencia como obligatoria para conocer sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta (artículos 52 y siguientes). Sus atribuciones son de dos tipos:

- Consultiva: Se refiere a la posibilidad que tienen los Estados miembros de la OEA de consultar a la Corte acerca de la interpretación de la CADH

o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y estos instrumentos internacionales (artículo 64).

- Jurisdiccional: Conocer de peticiones sobre la violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH, garantizar a la persona lesionada el goce de su derecho o libertad conculcados y cuando así se requiera, establecer la reparación por las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (artículo 63).

Todas las peticiones individuales entran al sistema interamericano por la CIDH y solo cuando no se logra una solución amistosa, el Estado parte no sigue las recomendaciones realizadas por este órgano o no reconoce su responsabilidad en la vulneración de las disposiciones contenidas en la CADH, se activa la vía jurisdiccional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para facilitar la explicación de los casos que se presentan a continuación, se dividen entre los asuntos sobre los cuales conoce la Comisión y no llegan a la Corte, y los que terminan con una sentencia de esta.

## I. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El primer caso **Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia**, data de 1996. Se trataba una mujer lesbiana, privada de libertad en el Centro de Reclusión Dosquebradas "La Badea" en Pereira, a quien se le negó la visita íntima por parte de la Directora de Reclusión de Mujeres de Pereira debido a su orientación sexual. Se agotaron las vías administrativas y judiciales internas, la Corte Constitucional se abstuvo de revisar el fallo de tutela.

El Estado argumentó razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias, indicó que de aceptarse la petición de la reclusa, se estaría aplicando una excepción que prohibía las prácticas homosexuales en estos recintos, lo que afectaría el régimen disciplinario.

La señora Álvarez Giraldo señaló que la legislación colombiana no hacía diferencias de trato en relación con las visitas íntimas por orientación sexual, por lo que consideraba que había sido víctima de un trato discriminatorio, que violaba los artículos 5.1 y 5.2<sup>17</sup>, 11.1<sup>18</sup> y 24<sup>19</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Comisión admitió el caso. En su informe de admisibilidad consideró que los alegatos de la peticionaria se referían a hechos que podían constituir violaciones a la CADH y agregó el artículo 11.2 relativo a injerencias abusivas o arbitrarias en la vida privada, indicando que en el análisis de fondo determinaría el alcance del concepto de vida privada y la protección que debía acordarse en el caso de las personas privadas de libertad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

Lo novedoso fue que la Comisión admitió un caso donde el alegato de trato discriminatorio se refería a la categoría orientación sexual, lo que abría la puerta a considerar que este comportamiento por parte de un Estado violaba las disposiciones contenidas en la CADH.

El siguiente caso **Luis Alberto Rojas Marín v. Perú**, se refiere a un joven peruano gay, de 26 años, detenido de forma arbitraria e ilegal, y cuando estaba bajo custodia policial fue víctima de actos de violencia sexual y tortura debido a su orientación sexual<sup>20</sup>. El peticionario acudió a

17 “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

18 “Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

19 “Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

20 “(...) Luis Alberto Rojas Marín habría sido agredido física y verbalmente por tres agentes de la policía, a quienes podría identificar plenamente; habría sido interrogado en forma soez e insultado con frases alusivas a su orientación sexual (por ejemplo, a decir de los peticionarios, “si le gustaba el órgano sexual masculino”); habría sido desnudado a la fuerza y mantenido en ese estado hasta su liberación; su cuerpo habría sido manoseado; y habría sido torturado mediante la introducción de una vara policial de goma en el ano, en dos oportunidades, lo cual le ocasionó lesiones sangrantes. Al respecto, los peticionarios alegan que los insultos, tocamientos y violación sexual perpetrada en su contra reflejan cómo la violencia y discriminación contra las personas gays reviste grados de violencia exacerbados”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párrafo 9)

denunciar los hechos ante las instancias administrativas y judiciales, donde fue víctima de presiones e intimidaciones por su orientación sexual por parte de las autoridades que en principio debían velar por sus derechos. En relación con el delito de tortura, la Fiscalía consideró que los hechos ocurridos no habían sido cometidos con dolo, ni con la intención de obtener confesión o información, castigar, intimidar, o coaccionar, presuntamente requerido por el artículo 321 del Código Penal vigente en el Perú para estos casos.

El peticionario alegó la violación de los derechos consagrados en los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (derecho al respeto a la honra y la dignidad), 24 (derecho a la igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respeto y garantía) y 2 (obligación de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo instrumento, y de las obligaciones de prevenir y sancionar la tortura establecidas en los artículos 1<sup>21</sup>, 6<sup>22</sup> y 8<sup>23</sup> de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

El Estado solicitó que se declarara inadmisibles las peticiones porque no se habían agotado los recursos de la jurisdicción interna y porque según su

21 “Artículo 1. Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”.

22 “Artículo 6. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.

23 “Artículo 8. Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que este prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado”.

parecer no se habían expuesto hechos que pudieran configurarse como violación de derechos humanos.

La Comisión admitió este caso y en su informe señaló que la discriminación por orientación sexual era una de las “categorías sospechosas<sup>24</sup>” de distinción bajo el artículo 1.1<sup>25</sup> de la CADH y debido a la situación de exclusión y desventaja histórica de las personas con orientación sexual no heterosexual, la obligación de actuar con debida diligencia tendría en estos casos una connotación especial, más aún cuando se trataba de una persona que estaba bajo custodia policial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

En este caso destaca el hecho que la Comisión visualice la discriminación estructural<sup>26</sup> (aunque no le dé este nombre) hacia las personas con orientación sexual no heterosexual al reconocer que se trata de una situación histórica, que considere esta categoría como una de las protegidas de acuerdo con el artículo 1.1, aunque no la señala expresamente, pero debido a que esta clasificación es enunciativa y no exhaustiva, entra dentro de “cualquier otra condición social” a la que hace referencia el artículo señalado.

24 Las categorías sospechosas son las distinciones de trato en las cuales “el Estado debe presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”) para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”. En general, rara vez se encuentra que las razones aducidas por el Estado son suficientes, por lo que dichas clasificaciones tienden a ser consideradas contrarias a las normas de derechos humanos, a las constitucionales, o a ambas.” (Dulitsky, 2007, p.23). Existen tres categorías sospechosas históricas: el origen étnico, el sexo y la religión, a la que se añade en los últimos tiempos la orientación sexual. Cuando se alega discriminación por una de estas razones, el Estado debe probar que, si hizo una distinción de trato basado en una de estas categorías, tenía una necesidad imperiosa y no existía una alternativa mejor, lo que resulta muy difícil de probar en estas categorías que se fundamentan principalmente en prejuicios y estereotipos.

25 “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta 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”.

26 “La discriminación estructural o ‘desigualdad estructural’ incorpora ‘datos históricos y sociales’ que explican desigualdades de derecho (de jure) o de hecho (de facto), como ‘resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de [grupos vulnerables] por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias’”. (Pelletier, 2014, p.207)

Además, también reconoce este órgano la necesidad de actuar con la debida diligencia, lo que implica que en casos de personas LGBTI, además bajo custodia policial, las autoridades deben actuar para garantizar los derechos de modo oportuno y de forma propositiva, sin demoras ni dilaciones indebidas en el esclarecimiento de la verdad, la consecución de justicia o las reparaciones a las víctimas por el derecho lesionado (León *et al.*, 2010).

El caso **Luiza Melinho v. Brasil** se refiere a una mujer transexual quien por muchos años sufrió porque no se sentía identificada con el sexo de su nacimiento; tal padecimiento la llevó a intentar suicidarse en 1997 y 1998. La solicitante consideraba una cirugía de afirmación sexual como la única manera de tener una vida digna y asegurar su integridad física.

Explicó la peticionaria que en el año 1997 el Estado brasileño a través del Consejo Federal de Medicina emitió una resolución reglamentando la realización de cirugías de afirmación del sexo femenino que solo podrían practicarse en hospitales públicos y universitarios. Posterior a un intento de suicidio, la señora Luiza Melinho fue internada en el Hospital de Clínicas de la Universidad Estadual de Campinas, centro que ya había practicado una cirugía de afirmación sexual. En esta institución le hicieron un conjunto de evaluaciones y se llegó a la conclusión de que era candidata para una operación de este tipo. Se programó una cirugía para la modificación de la estética de la laringe que fue anulada, posteriormente le informaron a la peticionaria que esa institución no haría más operaciones de ese tipo por su complejidad y porque no contaban con el equipo multidisciplinario exigido por ley. Esta situación llevó a la víctima a intentar distintos recursos para que el Hospital le practicara el procedimiento quirúrgico, entre ellos, presentó una demanda contra la Universidad Estadual de Campinas, con base en la Constitución Federal de Brasil y diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos, alegando que el hospital había generado la expectativa de que llevaría a cabo su cirugía de afirmación sexual y el poder judicial debería ordenarle



realizarla o pagar por su realización en un hospital privado. Debido a su estado psicológico y los riesgos a su salud por la demora en el proceso, la peticionaria solicitó la anticipación de la tutela para que el hospital fuera compelido a realizar la cirugía de forma urgente o a pagar por su realización en un hospital privado. Esta petición fue rechazada y el recurso interpuesto por la peticionaria fue negado en todas las instancias. Ante la Comisión se alegó que el Estado había violado los derechos reconocidos en los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y la dignidad), 24 (igualdad) y 25 (protección judicial) de la CADH.

En este asunto la peticionaria hizo referencia a la situación de los derechos de las personas transexuales en Brasil:

(...) no obstante algunos avances alcanzados respecto a los derechos de las personas LGBT en Brasil, la situación de las personas trans sigue siendo preocupante y los servicios ofrecidos precarios. En ese sentido, los peticionarios indican que de 2008 a 2013, 486 personas trans fueron asesinadas en el país y que el Estado nunca invirtió en campañas de respeto hacia y prevención de violencia contra personas trans. Además, informan que los únicos esfuerzos del Estado para mejorar la situación de las personas trans se han centrado en el proceso de afirmación sexual y que esto tampoco se ha hecho de forma satisfactoria ya que poco más de 100 cirugías han sido realizadas en el país desde 1998 y tan solo cinco hospitales públicos realizan este procedimiento quirúrgico. Los peticionarios también sostienen que las limitaciones impuestas al acceso de las personas trans a la salud es una forma de discriminación. Además, sostienen que la falta de reglamentación del proceso de rectificación del registro civil de las personas trans resulta en la necesidad de someterse a un largo proceso judicial para

rectificar documentos en el país; lo que en sí podría configurar una violación y genera grande frustración y sufrimiento a las personas trans. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016a, párrafo 24)<sup>27</sup>

La posición del Estado brasileño fue señalar que la peticionaria no había agotado los recursos internos y mencionó los esfuerzos del sistema de salud público para proporcionar una mejor atención médica a las personas trans y demás personas LGBT desde 2009.

En su informe de admisibilidad, la Comisión expresó que las OSIGEG son componentes fundamentales de la vida privada de las personas.

El derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016a, párrafo 49)

Así dejó establecido en este caso que la determinación de la identidad y el libre desenvolvimiento de la personalidad quedaban garantizados por el derecho a la vida privada, sobre el cual ni el Estado ni los particulares podían intervenir.

Es importante decir que los instrumentos jurídicos del sistema interamericano no exigen a los peticionarios identificar los derechos que se alegan violados por parte del Estado en un asunto sometido a la Comisión aunque pueden hacerlo; corresponde a esta, con base en la jurisprudencia del sistema, determinar en sus informes de admisibilidad, qué

<sup>27</sup> Cabe destacar que hasta la fecha la Corte Interamericana no ha emitido ninguna sentencia en relación con los derechos de las personas transexuales.

disposición de los instrumentos interamericanos relevantes es aplicable y podría establecerse su violación si los hechos alegados son probados mediante elementos suficientes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016a). En este caso en particular, la Comisión señaló que si se probaban los hechos alegados por la peticionaria, en la etapa de fondo del asunto pasaría a evaluar si estos podrían caracterizar una violación al artículo 26<sup>28</sup> (desarrollo progresivo) de la CADH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016b).

El último caso que se presenta en esta parte también se refiere a una persona transexual, **Tamara Mariana Adrián Hernández**<sup>29</sup> v. Venezuela, abogada que al nacer fue registrada como Tomás Mariano Adrián Hernández de sexo masculino. Al auto-reconocerse como mujer, se sometió a la reasignación social, hormonal, física y genital irreversible y definitiva. Pese a este autorreconocimiento, sus documentos continuaban (continúan) estableciendo un nombre y un sexo con el cual no se identificaba, por lo que interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una acción de tutela bajo la modalidad de *hábeas data* en el año 2004, alegó la ausencia de una vía procesal ordinaria para hacer valer sus derechos, por lo que siguió la jurisprudencia de la Sala Constitucional para los casos de ausencia de recurso legal para depurar registros públicos, según la cual el *hábeas data* podría cumplir con tal finalidad. Doce años después, cuando presentó su petición ante la Comisión, su caso no había sido resuelto por el máximo tribunal de Venezuela y nunca había recibido respuesta por las actuaciones realizadas ante esta instancia judicial que incluían la interposición de más de 30 reiteraciones, ampliaciones y complementación de argumentos, junto con la solicitud de audiencias con magistrados y copias certifi-

28 "Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

29 Actualmente Tamara Adrián es la primera diputada *trans* de Venezuela, electa por el partido Voluntad Popular en el año 2015.

casas de su expediente. Indicó que la falta de reconocimiento legal de su identidad de género le creaba numerosos obstáculos, tanto profesionales como personales, así como la imposibilidad de expresar a través de su cuerpo su identidad. Alegó que el Estado había violado los derechos consagrados en los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 18 (derecho al nombre), 22 (derechos de circulación y de residencia), 23 (derechos políticos)<sup>30</sup>, 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en relación a los artículos 1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

El Estado venezolano solicitó a la Comisión que declarara inadmisibles esta petición por la falta de agotamiento de los recursos internos. Además, señaló que el artículo 146 de la Ley Orgánica de Registro Civil permitía el cambio de nombre, a lo cual contestó la Comisión que de la lectura de dicho artículo no surgía que el mismo permitiera el cambio de identidad de sexo, el cual, en conjunto con el cambio de nombre, eran el objeto de la petición de Tamara Adrián, por lo que concluyó que el recurso mencionado por el Estado no sería idóneo para remediar la situación. Asimismo, declaró la CIDH que debido al tiempo transcurrido desde la interposición del recurso en 2004 y más de 30 solicitudes de pronunciamiento, se aplicaba la excepción al agotamiento de los recursos internos prevista en el artículo 46.2.c<sup>31</sup> de la Convención Americana y 31.2.c del Reglamento (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016b).

Como aporte a los derechos de las personas LGBTI cabe destacar que la Comisión reiteró el “derecho de las personas trans a rectificar su nombre

30 En 2010 intentó lanzarse como candidata a diputada ante la Asamblea Nacional y pese a tener las firmas necesarias para ello, su solicitud había sido objetada por haber puesto el nombre con el que se identificaba (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016b).

31 “Artículo 46.2.c. (...) 2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.”

y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016b, párrafo 27).

Solo reconociendo este derecho pueda quedar garantizada la no intervención del Estado en la identidad de género de las personas, considerada desde los derechos humanos –como se indicara– un atributo inherente del ser humano, inmutable, entendiendo por tal no el hecho de que no pueda cambiarla sino el que no sea objeto de interferencias por el Estado o por terceros.

El 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, dentro de los temas abordados señaló que si bien es cierto que puede haber un interés público en regular el uso de los nombres, esta no es una justificación suficiente para que haya injerencia a la vida privada, de acuerdo a lo que establece el artículo 8 de la CADH, por tal razón sostuvo:

(...) la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad. No se trata de un agente que tenga por finalidad la homologación de la persona humana, sino por el contrario es un factor de distinción. Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca. Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad auto-percibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y que si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto

social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su identidad. En tal circunstancia también se ve menoscabado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la identidad de género. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017: párrafo 111)

Cabe destacar que los cuatro casos presentados en esta parte no han culminado y la Comisión no ha emitido sus recomendaciones; su importancia radica en que en los respectivos informes de admisibilidad la Comisión ha desarrollado algunas nociones de interés para la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI.

## II. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte ha emitido tres sentencias relacionadas con los derechos de las personas LGBTI: Caso Karen Atala Riffo e hijas v. Chile; Caso Ángel Alberto Duque v. Colombia y Caso Homero Flor Freire v. Ecuador, lo que demuestra que su jurisprudencia en esta materia es muy poca en comparación con la Corte Europea de Derechos Humanos, comenzando su desarrollo en esta materia apenas en esta década.

En el **Caso Karen Atala Riffo e hijas v. Chile** del año 2012, por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia sobre los derechos de las personas LGBTI. Se refirió a una jueza chilena divorciada y madre de tres niñas, quien de mutuo acuerdo con el padre de sus hijas estableció que ella mantendría la tuición y el cuidado de las niñas. Posteriormente, a finales del año 2002, la señora Emma de Ramón quien era pareja de la señora Atala, comienza a convivir en la casa de esta con ella y sus hijas. El 14 de enero de 2003 el exesposo de Atala Riffo interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores alegando que esta “no se enc[ontraba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo

[...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s” (Corte Interamericana, 2012, párrafo 31). El Juzgado de Menores rechazó la demanda de tuición, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja y le concedió la custodia definitiva al padre de las niñas. Tanto la Comisión como los representantes de la señora Attala Riffo solicitaron a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1.

En su sentencia la Corte hizo una explicación de los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación, y de la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana que representan un importante aporte jurisprudencial a favor de los derechos de las personas LGBTI en el sistema interamericano.

En relación con el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación manifiesta la Corte que entra en el dominio del *jus cogens*, lo que implica que se trata de una norma de derecho internacional general que obliga a todos los Estados, no admite acuerdo en contrario, debe ser reconocido por la comunidad internacional, y cualquier disposición, acuerdo o convenio que vaya en contra de dicho principio es nulo (Betanzos, 2009). “Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párrafo 79).

Señala que la noción de igualdad es inseparable de la dignidad humana y se desprende de la “unidad de naturaleza del género humano”, por lo que cualquier consideración de un grupo como superior y por ello sea

tratado con privilegios o, por el contrario, por considerar a un grupo como inferior, se le discrimine del goce de sus derechos, es incompatible con este principio. En ese sentido,

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. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párrafo 91)

De esta manera, por primera vez en una sentencia de la Corte queda establecida expresamente la prohibición de discriminación de las personas basadas en su orientación sexual, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, por lo que no pueden las autoridades de un Estado alegar disposiciones del derecho interno para dejar de cumplir este precepto. Esto guarda relación con el artículo 24 de la CADH que establece el derecho subjetivo a la igualdad ante la ley como derecho autónomo, lo que quiere decir que cuando el artículo 1.1 de la Convención establece la prohibición de discriminación se refiere a las disposiciones de la CADH, mientras que el artículo 24

prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p.82)



Esto quiere decir que ante un caso de discriminación de las personas LGBTI debido a un derecho que no esté establecido en la CADH, por ejemplo, aquellos de contenido social, se tiene la posibilidad de activar el sistema interamericano alegando la violación del artículo 24, por ejemplo, diferencia de trato basada en la orientación sexual.

La explicación de la igualdad a través de la idea de unidad de naturaleza del género humano lleva a la Corte a señalar que no hay justificación para la exclusión de ninguna persona del goce de los derechos establecidos en la CADH. Por eso, ante el argumento del Estado chileno de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no existía consenso entre los países que conforman el sistema interamericano en considerar la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, el Tribunal americano se aparta de la doctrina del margen de apreciación y manifiesta que

(...) la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párrafo 92)

Ante el argumento del Estado chileno de que en un caso de custodia, cuando haya conflicto entre cualquier interés protegido y el interés superior del niño, debe tener prioridad este último. La Comisión indicó

que las presunciones de riesgos establecidas por la justicia chilena se basaron en “prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado. Al respecto, arguyó que ‘la decisión [de la Corte Suprema] tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo’”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párrafo 101)

En sus consideraciones la Corte manifestó que en los casos de custodia de menores de edad, la determinación del interés superior del niño se debía realizar a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos en cada caso y su impacto en el bienestar del niño, de igual forma los daños o riesgos deben ser reales y no especulativos, por lo que no se admitían las presunciones o estereotipos basados en características personales de los padres o en las preferencias sociales que se tengan en relación con las concepciones tradicionales de la familia. En el caso de Karen Atala la sola referencia al interés superior del niño sin probar los riesgos que tendrían para sus hijas la orientación de la madre, no podía ser una medida para la restricción de un derecho protegido. “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” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012: párrafo 110).

En esta sentencia se declaró la responsabilidad del Estado chileno por violación de varios derechos, destacando el establecido en los artículos 1.1 y 24 relativo a la igualdad y no discriminación.

La siguiente sentencia que aborda los derechos de las personas LGBTI se trata del **Caso Ángel Alberto Duque v. Colombia**. Hace referencia a un hombre gay quien convivió por 10 años con su pareja hasta la

muerte de este como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) el 15 de septiembre de 2001. El fallecido estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (Colfondos S.A.), tras su muerte, el señor Duque solicitó que se le informara sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivencia y el Fondo de Pensiones respondió que él no podía ser beneficiario de esta prestación de acuerdo con la ley aplicable ya que esta no contemplaba la unión entre personas del mismo sexo. El señor Duque intentó una acción de tutela que le fue denegada en las distintas instancias, agotando los recursos internos para hacer valer su pretensión.

En Colombia esta situación cambió en el año 2008 cuando la Corte Constitucional reconoció el derecho a la pensión de sobreviviente entre parejas del mismo sexo<sup>32</sup> y se amplió con la sentencia T051 de 2010 al garantizarse un recurso efectivo en estos casos. Esto llevó al Estado colombiano a hacer un reconocimiento del hecho ilícito ocurrido, la discriminación contra el señor Duque en virtud de su orientación sexual, sin embargo, pese a este reconocimiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que determinaría si al momento en que ocurrieron los hechos que dieron origen a este caso, existían disposiciones internas en la legislación colombiana que en materia de pensiones discriminaran a las parejas del mismo sexo, si fueron aplicadas y por lo tanto eran contrarias a lo establecido en el artículo 24 (igualdad ante la ley) de la CADH.

---

32 “(...) no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género”. (Corte Constitucional de Colombia, 2008, s.n.)

Cabe destacar que para que se permita una restricción o una diferencia del trato en el ejercicio de un derecho en el sistema interamericano, es necesario que se cumplan un conjunto de condiciones:

- a. Debe existir una necesidad imperiosa y la restricción debe satisfacer un interés público imperativo.
- b. Debe escogerse la alternativa que en menor escala restrinja el derecho protegido.
- c. La restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y buscar un objetivo legítimo.
- d. No debe haber otra alternativa para conseguir el fin que se persigue (Medina y Nash, 2007).

En sus consideraciones la Corte explicó que la evaluación de la restricción de un derecho en relación con una de las categorías protegidas por la CADH como es el caso de la orientación sexual, debe tener “una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”. Agregó que en el caso del señor Duque el Estado colombiano “no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016a, párrafos 106 y 107)

Concluyó este tribunal de derechos humanos que la existencia en Colombia de una normativa vigente en 2002; que no permitía el pago de pensiones a las parejas homosexuales era una diferencia en el trato que violaba el derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque.

El primer asunto relativo a la orientación sexual y las fuerzas militares llegó a la Corte Interamericana varios lustros después que la Corte

Europea de Derechos Humanos conociera de asuntos vinculados con este tema. Se trata del **Caso Flor Freire v. Ecuador**.

Homero Flor Freire era oficial de la Policía Militar. Los hechos que originaron el procedimiento disciplinario militar en el cual le dieron la baja al señor Freire se dieron el 19 de noviembre de 2000, sobre estos señaló la Corte que había dos versiones: por un lado, varios testimonios en los que se decía que vieron a Flor Freire teniendo relaciones con un soldado y, por el otro, las declaraciones de este quien dijo que se encontraba cumpliendo funciones de Policía Militar cuando vio a un soldado en estado de embriaguez en una fiesta en las afueras del recinto militar, por lo que decidió trasladarlo a este, pero cuando el soldado intentó volver a la fiesta, se lo llevó a su habitación para que durmiera en una cama adicional, después entró un Mayor quien le ordenó al señor Flor Freire que entregara su arma y le informó de que había testigos que lo habían visto en situación de “homosexualismo”.

Hay que resaltar que el Reglamento de Disciplina Militar vigente cuando fue sancionado el señor Homero Flor Freire, establecía un trato desigual a los efectos de la sanción a aplicar cuando se verificase que habían ocurrido actos sexuales dentro del recinto militar. Si se trataba de una relación sexual entre personas heterosexuales, se le llamaba “acto sexual ilegítimo” y la sanción máxima era la suspensión de funciones por treinta días, pero cuando se trataba de “actos de homosexualidad”, se calificaban como actos de mala conducta profesional y la sanción era la baja del funcionario, como ocurrió en este caso. En el proceso ante la Comisión los peticionarios alegaron que esta diferenciación de trato era discriminatoria porque se basaba en la orientación sexual como la causa que justificaba una sanción mayor, como lo era separar a una persona de las fuerzas militares.

Reiteradamente el señor Flor Freire negó la ocurrencia del acto sexual con otro hombre y consistentemente negó ser homosexual. Este supuesto

llevó a que la Corte pasara a explicar que la orientación sexual estaba vinculada con la libertad “y la posibilidad que tiene toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este sentido, la orientación sexual de una persona dependerá de cómo esta se autoidentifique” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016b, párrafo 103). Agregó el tribunal que la forma como definía su orientación sexual el peticionario era lo realmente relevante

“el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016b, párrafo 119), por lo que la discriminación podría basarse tanto en una orientación sexual real como percibida.

La Corte explicó que la discriminación por percepción tiene el efecto de anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho de una persona a quien se identifica con una categoría; en este caso la orientación sexual, sin importar que esta categoría corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima. De esta forma se reduce una persona a una única categoría sin importar otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad a un solo aspecto, lleva a un trato diferenciado y a la vulneración de los derechos de quien es víctima de esta situación.

En relación con el establecimiento de sanciones disciplinarias en las fuerzas armadas por tener relaciones sexuales dentro del recinto militar, señaló la Corte, puede resultar razonable y admisible, sin embargo, lo que

no tiene justificación es que se imponga una sanción más severa a las relaciones entre homosexuales, lo que genera una presunción de discriminación y lo que busca es que no haya homosexuales en la institución militar. Además, explicó que la prohibición de discriminación sexual por orientación sexual incluye la expresión de la misma. Por tanto, “La Corte considera que la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual, conforme ha sido interpretado por este Tribunal, abarca y se extiende a todas las esferas del desarrollo personal de las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención. Por tanto, la exclusión de personas de las fuerzas armadas por su orientación sexual, sea real o percibida, es contrario a la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016b: párrafo 136). Además, se estableció la violación del derecho a la igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminación reconocidos en el artículo 24 de la Convención, en perjuicio del señor Flor Freire, en virtud de la discriminación sufrida por la orientación sexual percibida.

## CONCLUSIONES

Desde los sistemas regionales de protección de derechos humanos se ha visto desde inicios de la década del ochenta un desarrollo jurisprudencial en relación con los derechos de las personas LGBTI. No obstante, se puede apreciar que los aportes para mejorar el respeto, goce y ejercicio de estos han sido discontinuos, con claroscuros en las decisiones, lo que lleva a señalar la necesidad de que estas instancias judiciales internacionales se apoyen aún más en otras áreas del conocimiento, se incorporen las teorías de género y *queer* para una mejor comprensión de la diversidad sexual y para desmontar la heterosexualidad como el parámetro a partir del cual se regula, se establecen disposiciones normativas y se realizan interpretaciones de la realidad.

El sistema europeo de derechos humanos es el que ha tenido mayor desarrollo jurisprudencial en el campo de los derechos de las personas

LGBTI con la producción de sentencias que van desde la despenalización de prácticas sexuales entre personas del mismo sexo; la prohibición de la discriminación por orientación sexual en el mundo laboral en general y en las fuerzas armadas en particular; procesos de adopción y custodia; matrimonio y otras formas de reconocimiento jurídico de las relaciones estables entre personas del mismo sexo; derechos de las personas transexuales, entre otros.

En sus decisiones ha tenido un peso considerable la doctrina del margen de apreciación, según la cual, cuando no haya consenso en un tema entre los países europeos signatarios del CEDH, se deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados para que decidan de acuerdo con sus respectivos ordenamientos internos. Esto limita significativamente las posibilidades de las personas LGBTI de obtener reparación ante la violación de un derecho ante esta jurisdicción internacional. Sin embargo, también se ha observado que en algunos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reducido el margen de apreciación de los Estados, estableciendo un escrutinio más riguroso de las disposiciones internas, justificando estos cambios jurisprudenciales en la consideración del Convenio Europeo de Derechos Humanos como un instrumento vivo que debe tomar en cuenta el contexto histórico.

Esta postura pragmática del TEDH ha conducido a que parte de la doctrina relativice el rol que ha tenido este tribunal en la extensión y promoción de los derechos de las personas LGBTI señalando que ha limitado su protección a aquellos derechos que ya han sido reconocidos por una mayoría de los Estados signatarios del CEDH (Manzano, 2012).

Lo dicho anteriormente no puede llevar a negar que el TEDH ha hecho aportes importantes en lo que se refiere a los derechos civiles de las personas LGBTI, entre ellos, el reconocimiento de la orientación sexual como una de las categorías protegidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos; el derecho a la vida familiar de las parejas del mismo



sexo; los derechos de las personas transexuales al reconocimiento de su identidad; la posibilidad de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, entre otros. Pero como se dijo, se trata de derechos de corte liberal sobre los que tiene competencia este tribunal, por lo que no puede pronunciarse sobre los derechos económicos y sociales, asociados con la existencia de condiciones materiales para el desarrollo de un proyecto de vida digna, en los cuales se requiere incidir para mejorar las condiciones de vida de las personas LGBTI.

En el sistema interamericano las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta la fecha se han limitado a la resolución de tres casos, uno en relación con la custodia de una madre lesbiana; otro sobre la negación de la pensión de sobreviviente de una pareja homosexual y el último sobre discriminación por orientación sexual percibida contra un miembro de las fuerzas armadas. La primera de estas sentencias data de 2012, lo que quiere decir que ha transcurrido poco tiempo para evaluar de forma integral el grado de cumplimiento de estas sentencias por parte de los Estados que han incurrido en responsabilidad internacional, a saber: Chile, Colombia y Ecuador.

Los aportes de la Corte en materia de derechos de las personas LGBTI han estado asociados al amplio desarrollo que ha hecho del derecho a la igualdad y la no discriminación, el reconocimiento de la orientación sexual como una de las categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho a un nombre de acuerdo con el autorreconocimiento y a la identidad de género sin interferencias del Estado o de terceros, entre otros. También, como en el caso del Tribunal Europeo, los derechos amparados son de contenido civil y un conjunto de libertades, que resulta necesario reconocer y proteger, pero esto no es suficiente para garantizarles a las personas LGBTI el desarrollo de un proyecto de vida digno.

Se coincide con Joaquín Herrera Flores (2008) cuando en una postura crítica de los derechos humanos señala que estos deben reivindicar la

construcción de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que empoderen, en este caso, a las personas que han sido históricamente excluidas por su orientación sexual e identidad de género, para garantizar condiciones de acceso igualitario a los bienes materiales e inmateriales que se distribuyen en forma injusta y asimétrica en el mundo.

Los tribunales internacionales son únicamente uno de los medios que tienen los Estados para garantizar los derechos de las personas LGBTI, pero las actuaciones de muchos de estos Estados dejan dudas sobre la voluntad política existente para cumplir con esta misión, por lo que se generan varias interrogantes: ¿puede el Estado capitalista, androcéntrico, machista, racista y heteropatriarcal ser un instrumento para las reivindicaciones de los grupos en una situación histórica de desventaja y exclusión como es el caso de las personas LGBTI?, ¿puede el Derecho con un discurso unificador y homogeneizante ser instrumento para asegurar derechos a aquellas personas que no responden a los parámetros de conducta naturalizados como los “correctos”?, ¿cómo se incorporan las personas a un pacto social que da fundamento al orden político si dicho pacto desde su nacimiento tiene una clara tendencia patriarcal?, ¿no responden las instituciones internacionales de derechos humanos al discurso jurídico hegemónico?

No se tienen respuestas para todas estas preguntas, pero quienes suscriben este documento consideran que una interpretación crítica y propositiva de los derechos humanos, alejada de discursos universalizantes y homogeneizantes, puede contribuir a que se visualicen las diferencias, para que estas no se conviertan en desigualdades, discriminaciones y violencias contra las personas LGBTI.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asís Roig, R. (2009). Derechos humanos, integración y diferenciación. En: A. Marcos (Coordinadora). *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, (pp. 29-50). Valencia: UNED y Tirant lo Blanch.

- Barbosa, F. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, (26), 107-135. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2881/3041>
- Benavides, M. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 15(1), 295-310. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009>
- Betanzos, E. (2009). Ius cogens. *Revista USCS Direito*, X (17), 109-116. Disponible en: [http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewFile/887/739](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/887/739)
- Dulitsky, A. (2007). El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana". *Anuario de Derechos Humanos*, (3), 15-32. Disponible en: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/13452/13720/0>
- Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: ILANUD.
- Fassbender, B. (1998). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuaderno de Derecho Público*, (5), 51-73. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=510>
- Fernández, D. (2017). Los Derechos Humanos, notas para la comprensión de los derechos de las mujeres y la población LGBTI. En: D. Fernández y E. López (Coordinadoras). *Respeto por la dignidad y la diversidad. Mecanismos para la garantía de los derechos de las mujeres y las personas LGBTI en el distrito de Barranquilla*. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.
- Fernández, D. & Díaz, A. (2017). Aspectos del biopoder y la bioética: entre el cuerpo y género. En A. Díaz y P. Castro (Compiladores). *Vivencias de las mujeres en relación con las intervenciones médicas durante el embarazo y el parto*, (pp. 71-95). Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.
- Gilbaja, E. (2014). La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político*, (91), 303-340. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4877265>
- Gómez, F. (s.f.). Sistema europeo de Derechos humanos. *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*. Universidad del

- País Vasco y HEGOIA. Disponible en: <http://www.dicc.hegoia.ehu.es/listar/mostrar/64>
- González, F. (2009). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos. *Anuario de Derechos Humanos*, (5), 35-57. doi:10.5354/0718-2279.2011.11516
- Herrera, J. (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-reinencion-de-los-derechos-humanos.pdf>
- Lacrapette, N. (2013). Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. En: N. Lacrapette (Editora). *Derechos humanos y mujeres: Teoría y práctica*, (pp. 69-111). Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- León, G. de; Krsticevic, V. & Obando, L. (2010). *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*. Buenos Aires: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL.
- López, L. (2014). El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. En J. Felipe Beltrão et al. (Coord.). *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior (pp. 165-186). Disponible en: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf)
- Manzano, I. (2012). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género. *Revista Española de Derecho Internacional*, LXIV(2), 49-78. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4043402>
- Medina, C. & Nash, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Nash, C. (2006). La protección internacional de los derechos humanos. Versión corregida de las conferencias dictadas en el marco del *Seminario Internacional El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*, organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1>
- Peces-Barba Martínez, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.

- Pelletier, P. (2014). La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, (60), 205-214. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>
- Piovesan, F. (2013). Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo vs. Chile*. *Anuario de Derecho Público*, (1), 491-510. Disponible en: [http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/022\\_Piovesan.pdf](http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/022_Piovesan.pdf)
- Pulecio, M. (2011). ¿Puede estar la ciencia jurídica más allá de la heterosexualidad? *Revista Vía Iuris*, (10), 115-131. Disponible en: <http://publicaciones.libertadores.edu.co/index.php/Vialuris/article/view/89>
- Wittig, M. (2006). *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*. Madrid: Editorial EGALES, S.L. Disponible en: <http://www.caladona.org/grups/uploads/2014/02/monique-wittig-el-pensamiento-heterosexual.pdf>

### **Jurisprudencia, Informes y Textos Normativos**

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). Luis Alberto Rojas Marín v. Perú, 6 de noviembre. Informe 99/14. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2012). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF\\_166-12\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999). Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia. Informe 71/99, 4 de mayo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016a). Luiza Melinho v. Brasil. Informe 11/16, 14 de abril. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016b). Tamara Mariana Adrián Hernández v. Venezuela. Informe 66/16, 6 de diciembre. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp>
- Consejo de Europa (1950). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Modificado por los Protocolos nos. 11 y 14, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

- Consejo de Europa (1996). Carta Social Europea. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dv/chartesocialedepliant-/CharteSocialedepliant-es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/chartesocialedepliant-/CharteSocialedepliant-es.pdf)
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C-336/08. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Karen Atala Rifo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero. Serie C No. 239. Disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016a). Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero. Serie C. No. 310. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016b). Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto. Serie C No. 315. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf)
- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (1985). Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (2008). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2435\\_XXXVIII-O-08.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf)
- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (2009). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/ag-res\\_2504\\_XXXIX-O-09.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2504_XXXIX-O-09.pdf)
- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (2010). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. AG/RES. 2600 (XL-O/10). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/ag-res\\_2600\\_xl-o-10\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2600_xl-o-10_esp.pdf)

- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (2011). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. AG/RES. 2653 (XLI-O/11). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2653\\_XLI-O-11\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf)
- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (2012). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. AG/RES. 2721 (XLII-O/12). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2721\\_XLII-O-12\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf)
- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (2013a). Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia (A-68). Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-68\\_racismo.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp)
- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (2013b). Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. AG/RES. 2807 (XLIII-O/13). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/ag-res-2807xliii-o-13.pdf>
- Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General (1969). Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Disponible en: [http://www.oas.org/xxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](http://www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1999a). Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 33290/96, 21 December. Disponible en: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,51e6b80c4.html>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002b). Christine Goodwin v. the United Kingdom, 28957/95, 11 July. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["28957/95"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-60596"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002a). Fretté v. France, 36515/97, 26 February. Disponible en: [http://poradna-prava.cz/www/old/frette\\_v.\\_france.pdf](http://poradna-prava.cz/www/old/frette_v._france.pdf)

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2003). *Karner v. Austria*, 40016/98, 24 July. Disponible en: <http://www.refworld.org/cases,E-CHR,51e6b91b4.html>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04, 24 June. Disponible en: <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1981). *Dudgeon v. The United Kingdom*, 7525/76, 22 October. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57473"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017). *Charron and Merle-Montet v. France*, 22612/15, 8 February. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-171223"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1999b). *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, 31417/96, 27 September. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=E-CHR&id=001-163736&filename=CASE%20OF%20LUSTIG-PREAN%20AND%20BECKETT%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf&logEvent=False>.