

Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Guía para Profesionales No. 4



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE IGUALDAD



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

En cualquier parte del mundo, con independencia del entorno político, cultural o religioso, se cometen violaciones de derechos humanos en razón de la orientación sexual o la identidad de género real o percibida de las personas. Muchos países tienen legislación y prácticas nacionales discriminatorias, al igual que leyes que penalizan expresiones de la orientación sexual y la identidad de género. Todos los seres humanos son personas iguales ante la ley con independencia de su orientación sexual o identidad de género, y gozan de los derechos y libertades que se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, así como de la igual protección de la ley sin discriminación. Los jueces y abogados desempeñan un papel esencial como protectores y garantes de los derechos y libertades de todas las personas, con independencia de su orientación sexual o de su identidad de género.

El derecho internacional provee a la judicatura y al gremio legal de una poderosa herramienta para la protección de los derechos negados en base a la orientación sexual y la identidad de género. Esta guía explica como el derecho internacional puede y debe ser usado para proveer a las víctimas de violaciones de derechos humanos en el campo de la orientación sexual o la identidad de género, de la protección que merecen. La guía explica como aplicar los Principios de Yogyakarta, recientemente adoptados, y contiene pasajes seleccionados de decisiones de cortes y tribunales regionales.



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

Comisión Internacional de Juristas
ICJ – CIJ
33, rue des Bains
Casilla Postal 91
1211 Ginebra 8
Suiza

*unidad de los electores
Tener acceso, en condicio
generales de igualdad,
funciones públicas de s
país. Artículo 26 Tod
las personas son iguales
ante la ley y tienen de
sin discriminación a ig
protección de la ley. A
respecto, la ley prohibe
toda discriminación y
garantizará a tod*

Comisión Internacional de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no-gubernamental dedicada a promover el conocimiento y respeto del estado de derecho y la protección legal de los derechos humanos en todo el mundo. Su sede se encuentra en Ginebra, Suiza, y cuenta con 37 secciones nacionales, 45 organizaciones afiliadas y 60 eminentes juristas de todas las regiones del mundo.

Comisión Internacional de Juristas
ICJ – CIJ
33, rue des Bains
Casilla Postal 91
1211 Ginebra 8
Suiza



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

Presidente

Dra. Mary ROBINSON, Irlanda

Vicepresidentes

Justice John DOWD, Australia

Prof. Pedro NIKKEN, Venezuela

Comité Ejecutivo

Dr. Rajeev DHAVAN, India

Prof. Robert GOLDMAN, Estados Unidos

Prof. Vojin DIMITRIJEVIC, Serbia

Sra. Karinna MOSKALENKO, Rusia

Justice Unity DOW, Botswana

Justice Michèle RIVET, Canadá

Dr. Gustavo GALLÓN GIRALDO, Colombia

Sr. Raji SOURANI, Palestina

Sr. Stellan GÄRDE, Suecia

Otros Miembros de la Comisión

Sr. Muhannad AL-HASANI, Siria

Prof. David KRETZMER, Israel

Sr. Ghanim ALNAJJAR, Kuwait

Prof. Kazimierz Maria LANKOSZ, Polonia

Sr. Raja AZIZ ADDRUSE, Malasia

Mag. José Antonio MARTÍN PALLÍN, España

Prof. Abdullahi AN-NA'IM, Sudán

Juez Charles MKANDAWIRE, Malawi

Justice Solomy BALUNGI BOSSA, Uganda

Sr. Kathurima M'INOTI, Kenia

Sr. Abdelaziz BENZAKOUR, Marruecos

Justice Sanji MONAGENG, Botswana

Justice Ian BINNIE, Canadá

Prof. Iulia MOTOC, Rumania

Prof. Alexander BRÖSTL, Eslovaquia

Prof. Vitit MUNTARBHORN, Tailandia

Justice Arthur CHASKALSON, Sudáfrica

Prof. Manfred NOWAK, Austria

Prof. Santiago CORCUERA, México

Dr. Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay

Prof. Louise DOSWALD-BECK, Suiza

Prof. Andrei RICHTER, Rusia

Justice Hisham EL-BASTAWISI, Egipto

Sir Nigel RODLEY, Reino Unido

Prof. Paula ESCARAMEIA, Portugal

Sr. Claes SANDGREN, Suecia

Justice Elisabeth EVATT, Australia

Sr. Belisário DOS SANTOS JUNIOR, Brasil

Prof. Jochen A. FROWEIN, Alemania

Justice Philippe TEXIER, Francia

Sr. Roberto GARRETÓN, Chile

Prof. Daniel THÜRER, Suiza

Prof. Jenny E. GOLDSCHMIDT, Países Bajos

Prof. U. Oji UMOZURIKE, Nigeria

Prof. Michelo HANSUNGULE, Zambia

Justice Vilenas VADAPALAS, Lituania

Justice Moses HUNGWE CHINHENGO, Zimbabue

Prof. Yozo YOKOTA, Japón

Sra. Asma JAHANGIR, Pakistán

Ministro E. Raúl ZAFFARONI, Argentina

Sra. Imrana JALAL, Fiji

Prof. Leila ZERROUGUI, Argelia

Miembros Honorarios

Prof. Georges ABI-SAAB, Egipto

Prof. Kofi KUMADO, Ghana

Justice P.N. BHAGWATI, India

Prof. Jean Flavien LALIVE, Suiza

Dr. Boutros BOUTROS-GHALI, Egipto

Justice Claire L'HEUREUX-DUBÉ, Canadá

Sr. William J. BUTLER, Estados Unidos

Dr. Rudolf MACHACEK, Austria

Prof. Antonio CASSESE, Italia

Prof. Daniel H. MARCHAND, Francia

Justice Marie-José CRESPIN, Senegal

Sr. J.R.W.S. MAWALLA, Tanzania

Dato' Param CUMARASWAMY, Malasia

Sr. François-Xavier MBOUYOM, Camerún

Dr. Dalmo A. DE ABREU DALLARI, Brasil

Sr. Fali S. NARIMAN, India

Prof. Alfredo ETCHEBERRY, Chile

Sir Shridath S. RAMPHAL, Guyana

Sr. Desmond FERNANDO, Sri Lanka

Sr. Bertrand RAMCHARAN, Guyana

Lord William GOODHART, Reino Unido

Prof. Christian TOMUSCHAT, Alemania

Justice Lennart GROLL, Suecia

Sr. Michael A. TRIANTAFYLIDES, Chipre

Sr. Louis JOINET, Francia

Prof. Theo VAN BOVEN, Países Bajos

Prof. P.J.G. KAPTEYN, Países Bajos

Prof. Luzius WILDHABER, Suiza

Justice Michael D. KIRBY, AC, CMG, Australia

Dr. José ZALAQUETT, Chile

Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Guía para profesionales nº 4

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no gubernamental que dedicad a promover el conocimiento y el respeto del estado de derecho y la protección legal de los derechos humanos en todo el mundo. Su sede se encuentra en Ginebra, Suiza, y cuenta con 85 secciones nacionales y organizaciones afiliadas. La CIJ posee estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consejo de Europa y la Unión Africana. La CIJ mantiene relaciones de cooperación con diversos órganos de la Organización de Estados Americanos.

Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

© Copyright de la Comisión Internacional de Juristas, 2009

La CIJ permite la libre reproducción de extractos de cualquiera de sus publicaciones, con sujeción al debido reconocimiento de su autoría y a que una copia de la publicación donde aparezca el extracto pertinente se envíe a su sede a la dirección siguiente:

International Commission of Jurists

P.O. Box 91
Rue des Bains 33
CH-1211 Geneva 8
Suiza
e-mail: info@icj.org
www.icj.org



® ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

GUÍA PARA PROFESIONALES Nº 4

ISBN: 978-92-9037-137-4

Ginebra, 2009

NIPO: 800-09-050-0

Maquetación: Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

La presente guía fue elaborada con la contribución de Philip Dayle y David Brown. Federico Andreu-Guzmán aportó la revisión jurídica y Priyamvada Yarnell editó y coordinó su producción.

ÍNDICE

Introducción	1
I. Consideraciones generales	7
1. Discursos religiosos y morales	7
2. Discursos “científicos”	11
3. Discursos políticos e ideológicos	16
4. Despenalización y continuación de la penalización	17
5. Avance hacia el reconocimiento	19
6. Algunas definiciones	22
II. Fundamentos de derecho internacional y derecho público comparado	27
1. Relación entre la no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley	27
2. Ámbito y alcance del principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley	28
3. No discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley	30
4. No discriminación, igualdad ante la ley y orientación sexual e identidad de género	30
4.1 Los órganos de Naciones Unidas creados en virtud de un tratado de derechos humanos y los procedimientos especiales de protección de los derechos humanos	34
4.2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la no discriminación	38
4.3 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos	40
4.4 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	41
4.5 La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	43
5. Uso potencial del impacto discriminatorio en la protección de la orientación sexual y la identidad de género	45
Resumen	48
III. El derecho al respeto de la vida privada	49
1. Naturaleza y alcance jurídico	49

2. Obligaciones de los Estados de proteger el derecho al respeto de la vida privada	51
3. Restricciones arbitrarias o ilegales del derecho al respeto de la vida privada, o injerencia en este derecho	53
4. Orientación sexual e identidad de género y el derecho a la vida privada	54
4.1 Derecho público comparado y el derecho a la vida privada	61
5. Injerencia y restricción del disfrute del derecho a la vida privada en materia de orientación sexual e identidad de género	63
5.1 Derecho público comparado e injerencia y restricción del derecho a la vida privada	66
Resumen	68
IV. Privación arbitraria de la libertad	71
1. Naturaleza y alcance jurídico	71
2. Definición de la privación arbitraria de la libertad	72
3. Criterios básicos de la privación legal de libertad	74
3.1. Legalidad	75
3.2. Propósito legítimo	77
4. Privación de libertad por razones de orientación sexual e identidad de género	77
5. Inquietudes especiales en relación con las personas LGBT privadas legalmente de su libertad	82
Resumen	86
V. El derecho a la vida	89
1. Naturaleza y alcance jurídico	89
2. Obligaciones de los Estados de proteger el derecho a la vida	90
3. Privación arbitraria de la vida y amenazas de muerte	92
3.1. Ejecución extrajudicial	92
3.2. Ejecución arbitraria	93
3.3. Ejecución sumaria y la pena de muerte	94
3.4. Amenazas de muerte	96

4. Orientación sexual e identidad de género y el derecho a la vida	96
Resumen	99
VI. Tortura y malos tratos	101
1. Naturaleza y alcance de la prohibición de la tortura y los malos tratos	101
2. Tortura y malos tratos	103
2.1. Tortura: alcance de la definición y delitos con una motivación sexual	103
2.2. Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	105
3. Obligaciones de los Estados	106
4. Tortura y malos tratos por razones de orientación sexual e identidad de género	109
4.1. Tortura y malos tratos derivados de prejuicios y discriminación	109
4.2. Tortura y malos en forma de “tratamientos” impuestos a las minorías sexuales	110
Resumen	112
VII. Derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación	115
1. Naturaleza y alcance de los derechos	115
1.1. Libertad de expresión	116
1.2. Los derechos de reunión pacífica y asociación	117
2. Derogaciones, limitaciones y restricciones	117
2.1. Limitaciones y restricciones de la libertad de expresión	118
2.2. Limitaciones y restricciones de los derechos a la libertad de reunión y asociación	119
3. Libertad de expresión, reunión pacífica y asociación aplicadas a la orientación sexual y la identidad de género	122
Resumen	126
VIII. Asilo y refugio	129
1. Naturaleza y alcance jurídico	129
2. Obligaciones del Estado hacia los refugiados	131

3. Asilo y condición de refugiado por razones de orientación sexual e identidad de género	132
3.1. Grupo social determinado, incluidas las minorías sexuales	132
3.2. Persecución	135
3.2.1 Alcance de la persecución	135
3.2.2 Persecución en relación con la orientación sexual y la identidad de género	136
Resumen	139

“La existencia de legislación nacional o la prevalencia de la costumbre nunca pueden justificar el abuso, los ataques, la tortura y mucho menos las matanzas de que son víctimas las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero en razón de lo que son o se percibe que son. Debido al estigma asociado a las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, la violencia contra las personas LGBT no se suele informar ni documentar, por lo que termina quedando impune. No es frecuente que suscite indignación o debates públicos. Este vergonzoso silencio es el rechazo definitivo del principio fundamental de la universalidad de los derechos”.

Louise Arbour, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹

Introducción

En cualquier parte del mundo, con independencia del entorno cultural o religioso, se cometen violaciones de derechos humanos en razón de la orientación sexual o la identidad de género real o percibida de las personas, incluidas algunas de las violaciones más graves, como la detención, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales. Muchos países tienen legislación y prácticas nacionales discriminatorias, al igual que leyes que penalizan expresiones de la orientación sexual y la identidad de género. Esto tiende con frecuencia a “legitimar” las violaciones de los derechos humanos contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero. Esta situación es objeto de inquietud en varios ámbitos jurídicos en todo el mundo. La Corte Constitucional de Colombia lo ha descrito acertadamente:

“Durante mucho tiempo, los homosexuales han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y de exclusión social y política, no sólo en nuestro país sino también en muchas otras sociedades. Así, no sólo los comportamientos homosexuales han sido y siguen siendo penalizados por diversos ordenamientos jurídicos, sino que, además, en la vida cotidiana, las personas con esta preferencia erótica han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar muy fuertes formas de estigmatización social, las cuales incluso han llegado, en los casos más extremos, a legitimar campañas de exterminio contra estas poblaciones. [...] Esta situación de los homosexuales ha sido justificada con base en concepciones según las cuales estas personas, debido a que presentan una orientación sexual distinta a la mayoría de la población, debían ser consideradas anormales, enfermas o inmorales. [...] Estas viejas concepciones contra la homosexualidad contradicen valores esenciales del consti-

1 Presentación de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, en la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos de los LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgénero), Montreal, 26 de julio de 2006 (original en inglés, traducción libre).

tucionalismo contemporáneo, que se funda en el pluralismo y en el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida”².

En muchos países, las personas con una orientación sexual o identidad de género diferente, frente al modelo de sexualidad social o moralmente aceptado o impuesto, constituyen un grupo social vulnerable y son con frecuencia víctimas de persecución, discriminación y graves violaciones de los derechos humanos. Los tribunales de varios países han puesto de manifiesto estas situaciones. Por ejemplo, el Juez Albie Sachs, del Tribunal Constitucional sudafricano, escribía lo siguiente:

“En el caso de los gays, la historia y la experiencia nos enseñan que la marca no surge de la pobreza ni de la impotencia, sino de la invisibilidad. Es la contaminación del deseo, la atribución de perversidad y de vergüenza a un afecto físico espontáneo, la prohibición de la expresión del amor, la negación de la plena ciudadanía moral en la sociedad por ser uno quien es, lo que vulnera la dignidad y la autoestima de un grupo. Esta especial vulnerabilidad de los gays y lesbianas como grupo minoritario cuyo comportamiento se desvía de la norma oficial se deriva del hecho de que [...] los gays constituyen una parte distinta aunque invisible de la comunidad, que ha sido tratada no solamente con falta de respeto o condescendencia sino también con desaprobación y repulsa; son en general un grupo que no es obvio, presionado por una sociedad y por la legislación para que se mantenga invisible, la característica que los identifica combina todas las ansiedades que produce la sexualidad con todos los efectos alienantes resultantes de la diferencia; y se les considera especialmente contagiosos o propensos a corromper a los demás. Ninguno de estos factores es aplicable a otros grupos tradicionalmente objeto de discriminación, como las personas de color o las mujeres, cada uno de los cuales, como es de suponer, han tenido que padecer sus propias formas de opresión”³.

Los argumentos tradicionales – desde las perspectivas tanto religiosas y morales como “científicas” – han sido cuestionados y/o rechazados no solamente por los avances de la ciencia sino también por la jurisprudencia internacional y numerosos tribunales de todo el mundo⁴.

Todos los seres humanos son personas ante la ley con independencia de su orientación sexual o identidad de género, y gozan de los derechos y libertades que se derivan de la dignidad inherente de la persona humana, así como de la igualdad ante la ley sin dis-

2 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98, de 9 de septiembre de 1998, párrafos 10, 11 y 12

3 Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Sentencia de 9 de octubre de 1998, Caso de *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*, Caso CCT11/98, párrafos 127 y 128 (original en inglés, traducción libre).

4 Véanse, por ejemplo, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Sentencia de 9 de octubre de 1998, Caso de *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*; Tribunal Supremo de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, Sentencia de 17 de julio de 2007, Caso de *Secretary for Justice c. Yau Yuk Lung Zigo and Lee Kam Chuen*; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98 de 9 de septiembre de 1998, y Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 111-97-TC de 27 de noviembre de 1997.

criminación. Los jueces y abogados, en su calidad de protectores y garantes de los derechos humanos de todas las personas, desempeñan un papel esencial en la protección de los derechos y libertades de la persona con una orientación sexual o identidad de género diferente. De hecho, como ha indicado el Tribunal Supremo de Hong Kong, en un caso en el que el poder judicial declaró inconstitucional una disposición jurídica que permitía la penalización de la homosexualidad:

“Los tribunales tienen la obligación de velar por el cumplimiento de la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de asegurar la protección frente a la legislación discriminatoria”⁵.

Aunque es verdad que el tema de la orientación sexual e identidad de género han sido desatendido por el derecho internacional en las últimas décadas, los temas han sin embargo sido objeto de preocupación y atención por parte de tribunales y órganos de derechos humanos. Las violaciones de derechos humanos en razón de la la orientación sexual e identidad de género aparecen en distintos niveles dentro del trabajo de los órganos de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas creados con base en tratados y procedimientos especiales de la antigua Comisión de Derechos Humanos y su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos. Los tribunales y órganos regionales han realizado importantes contribuciones a la protección de los derechos de las personas con una orientación sexual o identidad de género deferentes, al igual que al desarrollo de argumentos jurídicos basados en el derecho internacional. En años recientes, la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género ha sido tenida en cuenta e incorporada en los nuevos instrumentos y estándares jurídicos, tanto universales como regionales. Los órganos políticos de las organizaciones intergubernamentales, tanto de las Naciones Unidas como regionales, han adoptado resoluciones que plantean la cuestión de las violaciones de los derechos humanos por razones de orientación sexual e identidad de género.

La orientación sexual y la identidad de género plantean cuestiones jurídicas clásicas en materia de derecho internacional de los derechos humanos, como la no discriminación, la igualdad ante la ley y el derecho al respeto de la vida privada, entre otras. Sin embargo, las cuestiones de la orientación sexual y la identidad de género no se limitan a estas cuestiones jurídicas. De hecho, se podrían plantear en relación con todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. La experiencia nos enseña que, en determinados contextos, las personas con una orientación sexual diferente no han sido plenamente reconocidas como personas conforme a la ley, un derecho universal y fundamental. En muchos países, las personas se enfrentan a múltiples obstáculos que menoscaban, en razón de su orientación sexual o identidad de género, el derecho al trabajo, a la protección social, a la educación y/o a una vivienda adecuada. A pesar de que en la última década la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género ha suscitado un mayor grado de atención y recibido más respuestas jurídicas por parte del derecho y la jurisprudencia internacionales en materia de derechos humanos, determinados aspectos siguen estando insuficientemente desarrollados.

5 Tribunal Supremo de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, Sentencia de 17 de julio de 2007, Caso de *Secretary for Justice c. Yau Yuk Lung Zigo and Lee Kam Chuen*, Recurso Judicial Final N° 12 de 2006 (Penal), párrafo 29 (original en inglés, traducción libre).

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) trabaja con vistas a incrementar la protección jurídica de las víctimas cuyos derechos humanos sean violados en razón de su orientación sexual y/o identidad de género real o percibida, y con el fin de desarrollar el derecho internacional para que ofrezca, desde una perspectiva holística, un mayor reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas con una orientación sexual e identidad de género diferentes.

Como primera contribución, la CIJ, conjuntamente con el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, patrocinó una reunión de expertos jurídicos en estas cuestiones. Esta reunión se celebró en Yogyakarta (Indonesia) en noviembre de 2006, con la participación de veintinueve expertos jurídicos y juristas internacionales dedicados a los derechos humanos, quienes acordaron una declaración de Los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género (Principios de Yogyakarta)”, que fue presentada oficialmente en Ginebra en marzo de 2007. Estos principios son una interpretación auténtica del derecho internacional de los derechos humanos sobre este tema, e incluyen declaraciones en materia de derechos al igual que obligaciones de los Estados.

Tras la adopción de los *Principios de Yogyakarta*, la CIJ decidió poner en marcha una serie de estudios destinados a contribuir a la clarificación de la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, y también a desarrollar el argumento jurídico que el derecho internacional de los derechos humanos protege y debe proteger a las personas frente a los abusos basados en estas razones. Como consecuencia, la CIJ produjo esta Guía para Profesionales Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta Guía aborda cuestiones referentes a la orientación sexual y la identidad de género en relación con determinados derechos humanos y libertades fundamentales. La finalidad que se persigue es la de clarificar el marco jurídico internacional existente para abordar determinados abusos por razones de orientación sexual e identidad de género, e ilustrar la manera adecuada de desarrollar y sostener los argumentos jurídicos en materia de protección de derechos humanos. Esta Guía no aborda otros derechos y libertades – como los derechos a ser una persona según la ley, a tener una familia, a trabajar, a disfrutar de protección social, a la educación o a una vivienda adecuada.

Inspirada en los *Principios de Yogyakarta*, esta Guía se basa en un buen número de fuentes del derecho y jurisprudencia internacionales al igual que en la práctica y el derecho comparado nacional. Las principales fuentes de jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos son los órganos de la ONU creados en virtud de un tratado de derechos humanos y los procedimientos especiales de la ONU, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. A través de una estructura sencilla, esta Guía analiza el derecho y la jurisprudencia internacionales, al igual que el derecho comparado, en relación con los temas abordados.

La presente Guía presenta por primera vez este tema poniendo el tratamiento de la orientación sexual y la identidad de género en un contexto histórico. Los Capítulos I y II

ofrecen los fundamentos de derecho internacional y derecho público comparado de las reivindicaciones en materia de derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género. En particular, en estos Capítulos se analiza cómo se utilizan los argumentos de la igualdad ante la ley y no discriminación para respaldar esta reivindicación. El Capítulo III examina el derecho al respeto de la vida privada. El Capítulo IV aborda la privación arbitraria de libertad. El Capítulo V analiza el derecho a la vida, y el Capítulo VI la tortura y los malos tratos. El Capítulo VII trata de la libertad de expresión y de los derechos de reunión y asociación. El Capítulo VIII se refiere a los derechos de asilo.

I. Consideraciones generales

"Penalizar a alguien por razón de su orientación sexual es como lo que solía pasarnos antes; que nos penalizaban por algo por lo que no podíamos hacer nada al respecto: nuestro origen étnico, nuestra raza. [...] Me parecería bastante inaceptable condenar y perseguir a una minoría que ya ha sido perseguida".

Desmond Tutu, Premio Nobel de la Paz y Arzobispo anglicano⁶

Históricamente, las personas con una orientación sexual o identidad de género diferente al modelo de sexualidad social o moralmente aceptado o impuesto han sido perseguidas y discriminadas. Diversos “argumentos” – religiosos, morales, “científicos” y culturales – han sido esgrimidos en un intento por justificar la represión de la homosexualidad y la negación de los derechos de las personas con una orientación sexual o identidad de género diferente. Sin embargo, también es verdad que no todas las sociedades y sistemas de valores religiosos o morales se han opuesto a la homosexualidad y al erotismo entre personas del mismo sexo.

1. Discursos religiosos y morales

Los valores de las sociedades y las nociones de corrección han estado a menudo basados en ideologías religiosas de moralidad. Los discursos religioso y moral han configurado las actitudes y las leyes respecto al sexo y el género. No es pues de extrañar que las ideas y las leyes relativas a la orientación sexual y la identidad de género estén firmemente arraigadas en percepciones sociales que reflejan estas convicciones. Entre todas las religiones abrahámicas⁷, ha habido una variedad de opresión y tolerancia del erotismo entre personas del mismo sexo en diferentes épocas, lugares y entre diferentes ramificaciones de estas religiones.

La ley judía condenaba originalmente todas las prácticas sexuales no procreativas como parte del mandato que Dios impartió a Adán y Eva de poblar la Tierra⁸. Se hacía asimismo un firme hincapié en la pureza. De forma coherente con la violación de las leyes de pureza, el castigo por las prácticas homosexuales era la muerte⁹. Otras culturas contemporáneas no condenaban la sodomía, que se practicaba de diversas maneras como

6 Foro Social Mundial, 19 de marzo de 2007, Nairobi, Kenya (original en inglés, traducción libre).

7 Éste término se utiliza para describir a aquellas religiones que tienen un vínculo histórico-teológico con Abraham, principalmente el judaísmo, el cristianismo y el islam.

Véase <http://lisar.lss.wisc.edu/welcome/abrahamic.html>.

8 La Biblia, Génesis 1:28

9 La Biblia, Levítico 18:22, 20:13

parte de ceremonias rituales o curativas, por dinero, o como parte de la práctica de educación de la juventud¹⁰. Esto cambió con la llegada del cristianismo.

Los cristianos sí adoptaron la prohibición de la sodomía. Con la adopción del cristianismo como religión estatal del Imperio Romano en el Siglo IV, la ley comenzó a reflejar esta postura. De acuerdo con la teología cristiana, la actividad sexual ajena a una función procreativa era absolutamente contraria a la religión. La Iglesia Católica dictaminó que la práctica del sexo entre personas del mismo sexo, sean hombres o mujeres, era un “crimen contra la naturaleza“ (*crimen contra naturam* y *crimen nefandum*)¹¹. Estas prohibiciones tenían por objeto combatir el paganismo e imponer un modelo de orden y disciplina social.

El islam ha sido históricamente la más tolerante de las religiones abrahámicas en lo que respecta al erotismo hacia personas del mismo sexo. En contraste con la visión judeocristiana de la atracción entre personas del mismo sexo, que muestra la homosexualidad como algo “antinatural”, la tradición islámica ha considerado que es dejarse llevar por una tentación natural¹². La respuesta islámica a la sodomía era en consecuencia más ambivalente. El *Hadith* cuenta que el yerno de Mahoma y su lugarteniente ejecutaban a la gente “por hacer aquello que el pueblo de Lot hacía”¹³. En cambio, el Corán dice que los mártires del Islam estarán en el Paraíso rodeados de niños púberes, a los que llama “perlas desparrramadas”¹⁴.

El *Hadith* cuenta asimismo que Mahoma recomendaba la tolerancia hacia los *mukhan-nathun* (personas transgénero, que a menudo se dedicaban al arte del entretenimiento), permitiéndoles entrar en La Meca y en Medina con algunas restricciones, pero sin temor a ser perseguidos siempre y cuando practicasen el Islam¹⁵. En consecuencia, la desaprobación musulmana de las prácticas homosexuales como pecados ha tendido a concentrarse en la irreverencia de las prácticas, antes que en el propio acto de sodomía¹⁶. Durante el transcurso de la historia, muchos Estados musulmanes han mantenido políticas simultáneas de tolerancia y disciplina frente a determinadas formas de erotismo homosexual. En el mundo contemporáneo, esta tensión se puede ver en los ejemplos opuestos de Afganistán, donde la costumbre de mantener *bacha* (niños bailarines) sigue vigente entre la clase terrateniente, mientras que su vecino Irán administra la pena de muerte a los hombres declarados culpables de sodomía¹⁷.

10 *Ibid.*

11 Véase, entre otros, Jacques Chiffolleau, «*Contra naturam. Pour une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale*», en *Micrologus*, IV, 1996, pp. 265-312; Mark Jordan, *The Invention of Sodomy in Christian Theology*, University of Chicago Press, Chicago, 1997, y Carla Casagrande y Silvana Vecchio, «*Péché*», en Jacques Le Goff y Jean-Claude SCHMITT, *Le dictionnaire raisonné de l'Occident médiéval*, Paris, Fayard, 1999, pp. 877-878.

12 Michael Goodich, *The Unmentionable Vice: Homosexuality in the Later Medieval Period*, Ross-Erikson Publishers, 1979, p.111

13 Mishkat, vol. 1, p. 765, *Prescribed Punishments*

14 Sura 76:19

15 Sunan Abu-Dawud, Book 41: *General Behavior* (Kitab Al-Adab)

16 Naphy, *op. cit.*, p.160

17 Reuters, “*Afghan boy dancers sexually abused by former warlords*”, 18 de noviembre de 2007, y Human Rights Watch, “*Iran: Two More Executions for Homosexual Conduct*”, 22 de noviembre de 2005

Al tiempo que el avance del Islam ponía fin a las persecuciones de los homosexuales por los cristianos en Oriente Medio y en buena parte del mundo mediterráneo, la Europa cristiana entraba en un período de tolerancia. Con la excepción de los Visigodos, cuyo reino terminó siendo anexado al Califato musulmán, ningún otro reino cristiano fuera del Imperio Romano criminalizaba la sodomía¹⁸. A comienzos del Siglo X, los escritores eclesiásticos llamaron a que se renovase la persecución de la sodomía, llamados que pasaron en general desapercibidos¹⁹. En cambio, el derecho canónico se concentraba en la penitencia individual, con períodos de ayuno y arrepentimiento por los “pecados de impureza”, mientras que el derecho civil en su conjunto seguía sin pronunciarse sobre la materia²⁰.

No fue sino hasta el Siglo XII que la Iglesia reanudó las persecuciones. Comenzando primero con el Concilio Cruzado de Nablus en 1120 y prosiguiendo después con el importante Segundo Concilio Laterano en 1139, la Iglesia Católica comenzó a equiparar la sodomía con la herejía, afirmando que el sexo con el fin de procrear era el “orden natural”, y que rebelarse contra este principio era una rebelión *contra naturam* (antinatural)²¹. Los Cátaros, miembros de una secta de cristianos herejes reprimida por los Cruzados a finales del Siglo XII y principios del XIII, eran con frecuencia acusados de practicar el sexo sin la intención de procrear. Se consideraba que un acto de herejía llevaría lógicamente a otro. El origen de la herejía cátara en Bulgaria, pronunciada *Bougres* en la lengua francesa de la época, nos da la palabra “buggery” (“sodomía” en inglés)²². Una vez que la sodomía estuvo firmemente arraigada en el derecho canónico como acto hereje, los legisladores civiles europeos comenzaron también a penalizarla. Hacia el Siglo XIII, la sodomía era un pecado capital en toda Europa, y siguió siéndolo durante más de medio milenio, perpetuándose hasta la Reforma Protestante y, con la llegada del imperialismo europeo, también hacia las colonias europeas de ultramar²³.

Fuera del mundo de las religiones monoteístas, la enseñanza religiosa ha sido en general menos represiva del erotismo entre personas del mismo sexo. Ha existido asimismo una menor división entre lo “religioso” y lo “secular”, dándose una combinación de estos elementos tanto en las instituciones como en los usos y costumbres. Por ejemplo, el budismo tiene muy poco que decir sobre la homosexualidad, debido a que las enseñanzas de Buda no se pronuncian en absoluto sobre la atracción entre personas del mismo sexo ni sobre el sexo procreativo. En la tradición Theravada del budismo, que practican la mayoría de las poblaciones de Sri Lanka, Tailandia, Birmania, Camboya y Laos, los castigos que reciben los monjes que realizan actos sexuales entre sí son en realidad más leves que aquellos que se infringen a los monjes que practican el sexo con mujeres seglares – un ejemplo extremadamente poco frecuente de actividad homosexual ilícita que se considera menos grave que entre personas heterosexuales²⁴. En China,

18 Goodich, *op. cit.*, p.73-4, y Percy, *op. cit.*, p. 688

19 Percy, *op. cit.*, p. 686; “Decretals”, Encyclopedia Britannica, 1911

20 Goodich, *op. cit.*, p. 25

21 Naphy, *op. cit.*, p. 89

22 *Ibid.*, p. 77

23 Goodich, p. 87

24 Percy, *op. cit.*, p. 169; Peter Jackson, “Performative Genders, Perverse Desires: A Bio-History of Thailand’s

las enseñanzas de Confucio sobre la jerarquía no condenan la atracción entre personas del mismo sexo. Dos conocidas historias de la dinastía Han (206 BC–220 AD) ilustran los nexos de la fidelidad jerárquica fortalecidos por la atracción sexual. En una de ellas, Mizi Xia, joven subordinado del Duque Ling de Wei, mordió un melocotón y encontrándolo dulce dio el resto al Duque para que lo terminase. En otra, Dongxian, el concubino del Emperador Ai, se durmió sobre la manga del Emperador, que debiendo partir, cortó la manga antes que despertar a su amado. En el idioma chino contemporáneo, la atracción entre personas del mismo sexo sigue recibiendo el nombre de “manga cortada” o “melocotón compartido”²⁵.

Las Escrituras y el derecho canónico indios tampoco condenan en un sentido amplio la actividad homosexual, especialmente antes de la llegada del islam en el Siglo XIII. El tratado Arthashastra, atribuido al asesor imperial Kautilya aproximadamente en el año 300 AC, condena el sexo no procreativo en términos moderados, imponiendo una pequeña multa y baños rituales por este acto²⁶. El código jurídico Manusmitri, escrito entre 200 AC y 200 DC, condena las prácticas homosexuales solamente si producen pérdida de la casta o la virginidad de las mujeres²⁷.

Cabe observar que en la literatura antropológica abundan las descripciones de prácticas homosexuales en culturas de todo el mundo donde el trance y la posesión forman parte de las tradiciones religiosas o curativas, o que reconocen un “tercer sexo” que está con frecuencia relacionado con poderes espirituales o shamánicos únicos²⁸.

En el campo de los discursos religiosos contra la orientación sexual y la identidad de género, es pertinente subrayar que el Tribunal Supremo de Sudáfrica ha indicado lo siguiente:

“Sigue existiendo un acervo de pensamiento teológico que sostiene que el propósito básico de la relación sexual es la procreación y, por esta razón, también proscribire la contracepción. Existe asimismo un acervo igualmente importante de pensamiento teológico que ya no comparte esta opinión. Las actitudes de la sociedad hacia la contracepción y los matrimonios que eligen no tener hijos están cambiando. Es inevitable que estas actitudes cambiantes produzcan un cambio en las actitudes hacia la homosexualidad”²⁹.

Same-sex and Transgender Cultures”, en *Intersections: Gender, History y Culture in the Asian Context*, Nº 9, agosto de 2003, p. 54

25 Percy, *op. cit.*, p. 216-217, y Chou Wah-Shan, “Homosexuality and the Cultural Politics of Tongzhi in Chinese Societies”, en *The Journal of Homosexuality*, Harrington Park Press, Vol. 40, Nº 3/4, 2001, p. 29.

26 Arthashastra 4.13.236.

27 Manu Smriti 8:369-370, 11:68 y 11:175.

28 Véase, por ejemplo, Percy, *op. cit.*, p. 64.

29 Sentencia de 1995, Caso de S. c. H., párrafo 125A-B, citada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, y Sentencia de 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 38 (original en inglés, traducción libre).

2. Discursos “científicos”

La represión de las orientaciones sexuales y las identidades de género se ha inspirado también en enfoques “científicos”. Históricamente, y especialmente durante el Siglo XIX y la primera mitad del Siglo XX, el discurso científico mantuvo una fluida conexión con los discursos moral y religioso. Con frecuencia, se acuñaron y aplicaron ideas de normalidad, desviación y peligro social tendentes a reprimir a aquellos que exhibían una orientación sexual o una identidad de género diferentes.

La introducción de las nociones de orientaciones sexuales e identidad de género en el discurso científico surgió en el campo de la medicina. Los textos médicos y las historias naturales tomaron en consideración esta cuestión periódicamente durante el transcurso de la época premoderna. Caraka, un famoso médico indio que vivió en el Siglo III AC y contribuyó a codificar el sistema “Ayurveda” de la medicina india, describió las “anormalidades” de género en su tratado *Charakasamhita*. Entre estas anomalías, se contaban diversas formas de afecciones transexuales y la esterilidad, junto con la homosexualidad masculina y femenina³⁰. Autores médicos budistas del Sur de Asia de la misma época describieron asimismo el deseo hacia personas del mismo sexo, agrupándolo algunas veces con diversas formas de impotencia masculina³¹. En el mundo árabe, los primeros médicos musulmanes describieron el deseo por las personas del mismo sexo alternativamente como una forma de patología o como una afección congénita, el producto del horóscopo de una persona en el momento de su nacimiento³². En Europa, el filósofo griego Aristóteles ofreció explicaciones del deseo homosexual masculino atribuyéndolo a la epilepsia y a un flujo incorrecto del semen dentro del cuerpo, a pesar de que, más tarde en Europa, los médicos cristianos evitaron por lo general esta cuestión, considerando las prácticas homosexuales como elecciones pecaminosas en lugar de ser el fruto de una enfermedad³³.

Los Siglos XIX y XX fueron testigos de la emergencia de la ciencia como foro de represión de la homosexualidad. De los enfoques biológico, médico, criminológico y sociológico surgieron varias teorías destinadas a justificar, “científicamente”, la represión de la homosexualidad. Las teorías de Westphal y Lombroso son ejemplos. En 1860, el psiquiatra alemán Karl Westphal inventó el diagnóstico del desorden mental de “sentimiento sexual contrario”, que más tarde se conocería con el nombre de “inversión” (*inversion*) en el mundo de habla inglesa. En Italia, Cesare Lombroso formuló, desde la perspectiva de la antropología y la biología criminales, su teoría del delincuente de nacimiento (“delincuente innato”), cuyo sistema nervioso debilitado lo predisponía a exhibir una conducta degenerada, que incluía la homosexualidad³⁴. En 1876, el psicólogo austriaco

30 William Naphy, *op. cit.*, p. 76

31 *Ibid.*, pp. 598-99

32 Naphy, *op. cit.*, p. 101, y Warren Johannson, “*Medical Theories of Homosexuality*”, en William Percy, *op. cit.*, pp. 790-91

33 Pickett, Brent, “*Homosexuality*”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2006 Edition), Edward N. Zalta (ed.), p.791

34 *L'Uomo delinquente* (The Criminal Man), Italia, 1876. Cesare Lombroso fue considerado uno de los fundadores de la criminología (véase, entre otros, G. Stefani, G. Levasseur y R Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, Col. Précis Dalloz Ed. Dalloz, París, 1983).

Richard von Kraft-Ebbing publicó su libro *“Psychopathia Sexualis”*. Esta obra proclamaba que “cada expresión del apetito sexual que no se corresponda con los propósitos de la naturaleza”, es decir, con la reproducción, era “perversa”. Este libro popularizó asimismo el concepto de “inversión” de Westphal, y condujo a los primeros esfuerzos tendientes a tratar la homosexualidad como una enfermedad. La teoría de selección natural de Darwin también reforzó indirectamente la visión de la homosexualidad como una enfermedad, debido a que la relación sexual entre personas del mismo sexo no producía descendencia³⁵.

Algunas teorías criminológicas que emergieron a principios del Siglo XX, inspiradas en el discurso “científico” sobre el determinismo biológico y/o social, abordaron la cuestión de la homosexualidad como forma de “degeneración genética”, “rasgo caracterial heredado”, “desviación social” o un “comportamiento de peligro social”. Estas teorías criminológicas fueron incorporadas al derecho penal en varios países. Algunos países comenzaron a crear leyes aplicables a los “delincuentes habituales”, los “vagabundos” y otros parias sociales que debían ser apartados de la sociedad, a menudo por medio de una detención sin juicio. Puesto que se percibía que los gays y las lesbianas eran “delincuentes innatos”, “invertidos sexuales” o “pervertidos”, eran blanco frecuente de dichas leyes. Encontramos un ejemplo típico en la España de 1933, donde la legislación declaró que se aplicarían medidas de seguridad a los “rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que viven de la mendicidad ajena” y se condenaba a “ser internados en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola”³⁶ como “categorías de sujetos peligrosos”. Esta ley fue modificada en 1954 para incluir explícitamente a los “homosexuales”, que eran además “internados en Instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás”³⁷. Su detención combinaba educación religiosa, trabajos físicos forzados y tortura, en un esfuerzo por tratar la presunta delincuencia y también para proteger a la sociedad de cualquier peligro que pudiesen haber causado³⁸. El internamiento podía durar hasta que el recluso se hubiera corregido o, en su defecto, hasta que dejase de existir el estado de peligrosidad social³⁹.

En Alemania, a pesar de que la legislación contra la conducta homosexual había existido durante muchos años antes del Código Penal del Reich⁴⁰, el régimen nazi endureció estas leyes. Una reforma de 1934 del Código Penal alemán permitió la “custodia preventiva” indefinida de los “delincuentes habituales”, que posteriormente se complementó con *“Ley sobre Extraños en la Comunidad”* de 1939, que establecía la esterilización de estas personas, incluidas las “personas antisociales, los vagos y los homosexuales”⁴¹. Los homosexuales eran internados en campos de concentración e

35 Pieter R. Adriaens y Andreas De Block, *“The Evolution of a Social Construction”*, en *Perspectives in Biology and Medicine*, 49.4 (2006), p. 570-585

36 Artículo 6 (2) de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933

37 Modificación de 15 de julio de 1954

38 Arturo Arnalte, *Redada de violetas - La homosexualidad en el franquismo*, Ed. La Esfera de los Libros, Madrid, 2003

39 Artículo 5 de la Ley de Vagos y Maleantes

40 Esta disposición data de 1871.

41 Francisco Muñoz Conde, *“El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”*, en la Revista *Cenipe*, Nº 20, Madrid, 1 de enero de 2001, p. 2

identificados con un triángulo de color rosa. Decenas de miles de ellos perdieron la vida en esos campos⁴².

Algunos estados de Estados Unidos también aprobaron en su día leyes similares que legislaban la esterilización de los “delincuentes habituales”, aunque la Corte Suprema las invalidó posteriormente⁴³. Incluso en sociedades donde las penas por los desórdenes sociales eran menores, como en el Norte de Europa y en los Estados más urbanos de Estados Unidos, existían a menudo leyes destinadas a penalizar la vagancia, la conducta desordenada o temas similares con vistas a acosar a los gays y a las lesbianas, procediendo a detenerlos durante cortos períodos⁴⁴.

Durante el Siglo XIX, emergieron enfoques diferentes de la disciplina científica destinados a rebatir las teorías que trataban de justificar, con argumentos “científicos”, la represión de la homosexualidad. Por ejemplo, en la década de 1860, los juristas alemanes Karl Heinrich Ulrichs y Károly Kertbenky propusieron la existencia de un tercer género, que estaría compuesto por las personas con almas o naturalezas del sexo opuesto⁴⁵. Ulrichs dio a estas personas el nombre de “Uranianos”, y Kertbenky acuñó el término “homosexual” para describirlas. Ambos juristas afirmaron su creencia en el carácter natural e innato de la homosexualidad, abogando por la revocación de las leyes contra la sodomía.

La conducción de investigación en mayor profundidad sobre la atracción entre personas del mismo sexo llevada a cabo por médicos y psiquiatras, como Magnus Hirschfeld y Sigmund Freud, e incluso un cambio de opinión del propio von Kraft-Ebbing poco tiempo antes de su muerte, pusieron en entredicho la conclusión de que el deseo hacia las personas del mismo sexo era de hecho una enfermedad, aunque este cuestionamiento no tuvo mayor trascendencia⁴⁶. La ciencia se dedicó por completo a la tarea de buscar explicaciones y tratamientos para la “enfermedad” de la homosexualidad. La explicación más comúnmente aceptada residía en que la homosexualidad era una “interrupción del desarrollo” de la sexualidad debido a la ansiedad inducida en la infancia⁴⁷. Psiquiatras de Nueva York, como Albert Ellis y Charles Socarides, desarrollaron “terapias reparadoras”, en las que se decía a los pacientes que estaban enfermos, pero que se podían recuperar gracias a una introspección de la fuente subconsciente de sus obsesiones sexuales y sus padres psicopatológicos. Un médico llegó a afirmar que había conse-

42 Véanse, entre otros, Johansson, Warren, “*Pink Triangles*”, en *Encyclopedia of Homosexuality*, *op. cit.*; Johansson, Warren, y Percy, William A.. “*Homosexuals in Nazi Germany*”, en Henry Friedlander (Ed.); *Simon Wiesenthal Center Annual*, Volumen 7, Nueva York, Allied Books, Ltd., 1990, y Lively, Scott, “*Homosexuality and the Nazi Party*”, en George A. Rekers (Editor), *The Journal of Human Sexuality*, Lewis & Stanley Publishers, USA, 1996.

43 Tribunal Supremo de Justicia de Estados Unidos, Sentencia de 1 de junio de 1942, Caso de *Skinner c. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942)

44 William N. Eskridge, Jr, “*Privacy Jurisprudence and the Apartheid of the Closet, 1946-1961*”, en *Florida State University Law Review*, N° 24, 1997; Shannon Minter, “*Sodomy and Public Morality Offenses Under U.S. Immigration Law: Penalizing Lesbian and Gay Identity*”, en *Cornell International Law Journal*, N° 26, 1993, p. 804

45 Manfred Herzer, “*Kertbenky, Roly María*”, en Percy, *op. cit.*, p. 659, y Hubert Kennedy, “*Ulrichs, Karl Heinrich*”, en Percy, *op. cit.*, p. 1339

46 *ibid.*; Warren Johansson, “*Magnus Hirschfeld*”, “*Freud, Sigmund*” y “*Freudian Concepts*”, en Percy, *op. cit.*, 430-437 Y 535-539

47 Arvind Narrain y Tarunabh Khaitan, “*Medicalisation of Homosexuality*”, en *Combat Law*, Volumen 1, N° 1 (marzo – abril de 2002)

guido una tasa de éxito del 27% y otro una tasa de un tercio⁴⁸. Sandor Rado, psiquiatra de la Universidad de Columbia, desarrolló una “terapia de aversión”, que podía implicar una mezcla de psicoanálisis y sesiones donde el paciente veía imágenes homoeróticas mientras se le administraban electrochoques o medicamentos para inducirle náuseas. En 1962, esta terapia se cobró la vida de un soldado británico declarado culpable de homosexualidad⁴⁹. Otro tratamiento consistía en el cambio de sexo, habitualmente forzado. En 1953, el famoso científico informático y matemático británico Alan Turing fue acusado de ultraje contra la moral pública y condenado a recibir inyecciones de estrógeno, que le causaron la muerte poco tiempo después⁵⁰. En Sudáfrica, se realizaron casi 900 cambios forzados de sexo en soldados durante el apartheid⁵¹.

A medida que los círculos científicos fueron adoptando la visión de que la “inversión sexual” era una enfermedad mental⁵², el castigo por el delito de homosexualidad evolucionó hacia el tratamiento médico obligatorio. En la España de los setenta, la Ley de Vagos y Maleantes fue revocada y sustituida por la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social⁵³. Conforme a esta ley, “quienes realicen actos de homosexualidad”, al igual que “los que se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico”, los “moralmente pervertidos” y “los mentalmente deficientes”⁵⁴, podían ser condenados a una amplia gama de penas, incluidos para los homosexuales y las prostitutas, “el internamiento en establecimientos de reeducación”⁵⁵. En Estados Unidos, determinadas jurisdicciones promulgaron las denominadas leyes del “psicópata sexual”, que permitían que un tribunal condenara a los delincuentes sexuales reincidentes, incluidos aquellos que habían sido condenados por sexo homosexual consentido, a confinamiento involuntario y tratamiento en hospitales mentales⁵⁶. El Reino Unido permitía que algunos hombres acusados de homosexualidad optasen entre la cárcel y un tratamiento de reasignación de sexo⁵⁷. A pesar de que en la mayoría de los países las leyes relativas al tratamiento médico involuntario no han sido revocadas y, de hecho, el tratamiento médico forzoso está reconocido como una razón válida para solicitar asilo⁵⁸, el tratamiento involuntario se sigue practicando en algunos países, como los Emiratos Árabes Unidos y algunos Estados de la antigua Unión Soviética⁵⁹.

48 Jack Drescher, “I’m Your Handyman”, en *Journal of Homosexuality*, Volumen 36(1) 1998, p.27, y Charles W. Socarides, “How America Went Gay”, Leadership U, www.leaderu.com/jhs/socarides.html

49 Beverley D’Silva, “When Gay Meant Mad”, en *The Independent*, Londres, 4 de agosto de 1996

50 Paul Gray, “Alan Turing”, *Time*, 29 de marzo de 1999

51 Ana Simo, “Sudáfrica”, *The Gully*, 25 de agosto de 2000

52 Por ejemplo, el Colegio de Psiquiatras estadounidense clasificó primero la “homosexualidad” como una enfermedad en 1952. American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual: Mental Disorders (DSM-I)* (1952), 38-39.

53 Ley 16/1970, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, BOE Nº 187

54 *Ibid.*, Artículo 2

55 *Ibid.*, Artículo 3.

56 Eskridge, *doc. cit.*, pp. 712-716.

57 Véase, por ejemplo, Andrew Hodges, *Alan Turing: the Enigma*, Vintage, Random House, Londres 1992.

58 Por ejemplo, Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Noveno Circuito, Decisión de 24 de junio de 1997, Caso de *Pitcherskaia* c. INS.

59 Departamento de Estado de Estados Unidos, Comunicado de Prensa, *Forced Medical Treatment of UAE Ho-*

Al mismo tiempo, la labor de investigadores estadounidenses, como Alfred Kinsey y Evelyn Hooker, demostró que no existía una base científica para afirmar que la heterosexualidad era “normal” mientras que otras formas de orientación sexual eran “anormales”, o que la atracción por personas del mismo sexo era patológica. Estos investigadores no se concentraron, como los psiquiatras que los precedieron, en el estudio de delinquentes condenados o de pacientes que buscaban un tratamiento, y demostraron que los homosexuales exhibían la misma frecuencia de bienestar y problemas que los heterosexuales⁶⁰. Estas conclusiones fueron ganando aceptación entre los científicos y profesionales de la salud en Estados Unidos durante la década de los sesenta, culminando con el abandono del diagnóstico de la homosexualidad como enfermedad mental por parte del Colegio de Psicólogos estadounidense en 1973. Posteriormente, los Colegios de Psicólogos, Psiquiatras y Médicos estadounidenses han adoptado todos la postura de que la terapia reparadora, basada en el supuesto erróneo de que un paciente debería modificar su orientación sexual, es ineficaz y probablemente perjudicial⁶¹.

En el resto del mundo, el reconocimiento de que la orientación sexual diferente no es una enfermedad ha evolucionando más lentamente. El Colegio de Psicólogos estadounidense se ha opuesto a la clasificación de la homosexualidad como dolencia desde 1987⁶², mientras que los organismos psiquiátricos de Japón, Rusia y China no lo hicieron sino hasta 1995, 1999 y 2001, respectivamente. La Organización Mundial de la Salud suprimió la homosexualidad de la *Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud* (ICD-10) en 1992⁶³.

En este contexto, la conclusión de la Corte Constitucional de Colombia es acertada. Dicha Corte tuvo en cuenta las investigaciones científicas desde mediados del Siglo XX y los informes de la Organización Mundial de la Salud:

*“La homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una variación de la orientación sexual humana. Por consiguiente, las visiones tradicionales de la homosexualidad como una enfermedad o una anomalía que debe ser curada médicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas”*⁶⁴.

mosexuals, 28 de noviembre de 2005, disponible en www.state.gov/r/pa/prs/ps/2005/57390.htm, y Amnistía Internacional, *Crimes of hate, conspiracy of silence: Torture and illtreatment based on sexual identity*, ACT 40/016/2001, Capítulo 4 (2001).

60 Evelyn Hooker, “*The Adjustment of the Male Overt Homosexual*”, en *Journal of Projective Techniques*, vol. 21 (1957), p. 29, y A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, W.B. Saunders Ed., Philadelphia, 1948.

61 Véase Karolyn Ann Hicks, “*Reparative Therapy: Whether parental attempts to change a child’s sexual orientation can legally constitute child abuse*”, en *American University Law Review*, Vol. 49, mayo de 2000.

62 Fox, R.E. (1988), *Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the year 1987: Minutes of the Annual meeting of the Council of Representatives*, *American Psychologist*, 43, 508-531.

63 OMS, “*ICD-10*”, www.who.int/classifications/apps/icd/icd10online.

64 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98 de 9 de septiembre de 1998, párrafo 11

3. Discursos políticos e ideológicos

Además de los argumentos religiosos, morales y “científicos” aducidos, la cuestión de la homosexualidad ha sido utilizada asimismo en persecuciones políticas y para neutralizar a los enemigos políticos. Lamentablemente, en la historia abundan los ejemplos. Las purgas stalinistas y el McCarthismo son apenas dos de ellos. En la Rusia Imperial, a diferencia de Europa Occidental, el discurso médico sobre la homosexualidad tuvo relativamente poca influencia a finales del Siglo XIX. La homosexualidad fue penalizada en 1835, aunque de hecho las autoridades zaristas exhibieron una actitud relativamente indulgente hacia las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo. La revolución bolchevique anuló la legislación penal del régimen zarista, incluidas las leyes relativas a las relaciones consentidas entre personas adultas del mismo sexo. El Código Penal soviético de 1922 no incluía la homosexualidad como delito. Sin embargo, el régimen stalinista asociaba la homosexualidad con el fascismo y denunciaba a los “pederastas” como agentes de corrupción y subversión al servicio del capitalismo. La homosexualidad fue nuevamente penalizada en 1934⁶⁵, mediante la utilización del lenguaje médico para ofrecer una justificación científica de la deportación de los homosexuales a los Gulag o su internamiento en centros psiquiátricos⁶⁶. El régimen stalinista no dudó en utilizar la nueva legislación con fines de represión política y purgas. La declaración de Maxim Gorki “destruid a los homosexuales y el fascismo desaparecerá” fue un reflejo de esta instrumentación política⁶⁷. Paradójicamente, en Estados Unidos, el argumento contra la homosexualidad se utilizó durante la época de McCarthy como parte de la cruzada anticomunista. Los homosexuales eran descritos como una amenaza para la seguridad nacional y/o como agentes comunistas⁶⁸. En este contexto, el Presidente Dwight D. Eisenhower firmó de 27 de abril de 1953 el Decreto Presidencial 10450 sobre los “Requisitos de seguridad en el empleo gubernamental”, que declaraba a los homosexuales como un “riesgo para la seguridad” y ordenaba el despido de todos los empleados federales considerados culpables de “perversión sexual”.

Se recurre con frecuencia al sentido de nación y al relativismo cultural para oponerse a la despenalización de la homosexualidad, aduciéndose que ésta es ajena a la identidad, la cultura y los valores nacionales. Los países apelan a la “nación”, las “tradiciones nacionales” y la “especificidad cultural” como el criterio que determina la inaceptabilidad de la homosexualidad. En la decisión de la Corte Suprema estadounidense *Bowers v. Hardwick*⁶⁹, de 1987 y ahora anulada, la mayoría desplegó un razonamiento que es re-

65 La ley de 1934 fue revocada en 1993.

66 Véanse: Healey, Dan, *Homosexual Desire in Revolutionary Russia: The Regulation of Sexual y Gender Dissent*, University of Chicago Press, 2001; Gorsuch, Anne E., “*Homosexual Desire in Revolutionary Russia: The Regulation of Sexual and Gender Dissent*”, en *Journal of the History of Sexuality*, Volumen 11, Nº 4, octubre de 2002, y Gert Hekma, Harry Oosterhuis y James Steakley (Editor), *Gay Men and the Sexual History of the Political Left*, Harrington Park Press, 1995

67 Healey, Dan, *op. cit.*, p. 227

68 David K. Johnson, *The Lavender Scare - The Cold War Persecution of Gays and Lesbians in the Federal Government*, University of Chicago Press, 2004

69 Tribunal Supremo de Estados Unidos, Sentencia de 30 de junio de 1986, *Bowers c. Hardwick*, 478 US 186 (1986) (original en inglés, traducción libre).

flejo de la retórica que se utiliza en muchos países del Sur para mantener la legislación de la sodomía. Un juez afirmó que la constitución federal no confiere un “derecho fundamental a los homosexuales para que practiquen la sodomía”, y que la prohibición de la sodomía está “profundamente arraigada en la historia y tradición de esta Nación”. De manera análoga, en un voto disidente en el caso de *Dudgeon contra el Reino Unido*, un juez chipriota del Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntó que “todos los países civilizados penalizaban la sodomía hasta hace pocos años”, y predijo una “protesta y confusión públicas” si dicha legislación era revocada, ya sea en Chipre o en Irlanda del Norte, puesto que “ambos países tienen una mentalidad religiosa y se adhieren a las normas cristianas que se remontan siglos atrás”⁷⁰.

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia rechazan el argumento del relativismo cultural de que los valores morales justifican la negativa o el menoscabo de la orientación sexual de las personas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas rechaza la penalización de la homosexualidad basándose en el derecho a la intimidad, incluida la actividad sexual consentida entre adultos⁷¹.

4. Despenalización y continuación de la penalización

El mundo europeo de la Ilustración había heredado la legislación penal enraizada en los pasajes bíblicos y en siglos de tradición cristiana que dictaban la pena de muerte para el sexo no procreativo⁷².

La Revolución Francesa rompió con la costumbre europea aboliendo los delitos morales, incluida la sodomía, en el marco de un nuevo Código Penal promulgado en 1791. Actualizado por Napoleón, y difundido por sus conquistas militares, este Código fue adoptado en toda Europa Continental. Después de la caída de Napoleón, la mayoría de los países revocaron sus Códigos Napoleónicos, aunque unos pocos – entre ellos, Francia, Bélgica, España y Holanda – no volvieron a penalizar la sodomía⁷³. En 1889, Italia (el Reino de las Dos Sicilias y posteriormente el Reino de Nápoles) despenalizó las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo, al igual que Portugal en 1852 (pero el delito fue reintroducido en 1912). Posteriormente, algunos de los nuevos Estados creados en Europa entre mediados del Siglo XIX y principios del Siglo XX, como Italia y Polonia, nunca instituyeron una prohibición penal de la sodomía⁷⁴. En otras regiones, un número reducido de países despenalizó las relaciones homosexuales: por ejemplo, en Japón, en 1883, el gobierno revocó la decisión que había adoptado en 1873 de ilegalizar el sexo consentido ente varones.

70 Ni en Irlanda del Norte ni en Chipre se produjeron revueltas después de los casos *Dudgeon c. Reino Unido* (1981) y *Modinos c. Cyprus* (1993) (original en inglés, traducción libre).

71 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso *Nicholas Toonen c. Australia*, Comunicación N° 488/1992, párrafo 8.4

72 Véase, por ejemplo, Levítico 18:22.

73 Stephanie Coontz, *Marriage, A History: From Obedience to Intimacy, or How Love Conquered Marriage*, Ed. Penguin Group, Nueva York, 2005, Capítulo 9

74 Robert Wintemute, “*International Trends in Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*”, en *Quinnipiac Law Review*, Quinnipiac University School of Law, Estados Unidos, Volumen 23, 2004

El movimiento moderno de despenalización inició su andadura a mediados del Siglo XX. Sus argumentos tenían su origen en las ciencias sociales, especialmente en el campo de la psicología. Dinamarca fue la primera nación del Siglo XX en revocar su legislación de la sodomía, en 1933, seguida por Suiza en 1941 y Suecia en 1944⁷⁵. Después de la Segunda Guerra Mundial, el Informe británico Wolfenden de 1957 y el Código Penal modelo estadounidense, redactado por primera vez en 1959, recomendaban la abolición del delito de sodomía⁷⁶. El estado de Illinois fue el primero en adoptar esta recomendación en 1961. En 1983, la mitad de los estados de Estados Unidos habían seguido la iniciativa de Illinois⁷⁷. En Europa, los países siguieron una trayectoria en gran medida similar, aunque ligeramente más rápida. Checoslovaquia y Hungría fueron los primeros de este grupo en abolir la legislación contra la sodomía, también en 1961⁷⁸. En 1983, la mayor parte de Europa a ambos lados del telón de acero había despenalizado la sodomía, con tan sólo cinco excepciones, las dependencias de la Corona Británica, y algunas zonas de Yugoslavia, que mantuvieron las leyes contra la sodomía⁷⁹.

Cabe observar que varios países de América Latina y del Este de Asia nunca han tenido una prohibición jurídica explícita de la sodomía o, como en el caso de Japón, México y Brasil, promulgaron una versión del Código Napoleónico durante el Siglo XIX⁸⁰. Excepciones notables, además de los países mencionados en el párrafo anterior, incluyen a China, que no revocó su ley contra la sodomía sino hasta 1993, y las antiguas colonias británicas del Sudeste de Asia, que mantienen esta legislación hasta hoy⁸¹.

Buena parte de las antiguas colonias británicas, el Caribe y el Sur de Asia han mantenido asimismo su legislación contra la sodomía, tal como sucede con los países de Oriente Medio y el Norte de África, con excepción de Israel⁸². En cuanto a las antiguas colonias británicas en el Caribe, muchas incluyen en su constitución cláusulas de “reserva jurídica”⁸³, que mantienen la antigua legislación colonial y victoriana, incluidas las disposiciones de la *Ley de Ofensas contra las Personas* de 1861 del Reino Unido y la modificación del derecho penal británico de 1885, que proscribe la sodomía y el ultraje contra la moral pública. El Reino Unido revocó las leyes victorianas contra la homose-

75 *Ibid.*, y Hubert Kennedy, “Chapter 1: Beginnings”, en *Journal of Homosexuality*, Volumen 38, Nº 1/2, 1999, pp. 7, 14

76 ≤William Eskridge, “Challenging The Apartheid Of The Closet: establishing conditions for lesbian and gay intimacy, norms, and citizenship, 1961-1981”, en *Hofstra Law Review*, Volumen 25, 1996

77 Melinda Kane, “Social Movement Policy Success: Decriminalizing State Sodomy Laws, 1969–1998”, en *Mobilization: An International Quarterly*, Volumen 8, Número 3, octubre de 2003, pp. 313 y 315

78 Eskridge, *doc. cit.*, p. 855; Michael Jose Torra, “Gay Rights after the Iron Curtain”, en *Fletcher Forum of World Affairs*, Volumen 22:2, verano de 1998, pp. 73 y 76

79 *Ibid.*, y Pratima Narayan, *Somewhere Over the Rainbow: International Human Rights Protection for Sexual Minorities in the New Millennium*, en *Boston University International Law Journal*, 2006, Nº24, pp. 313 y 317

80 Charles P. Sherman, “The Debt of Modern Japanese Law to French Law”, en *California Law Review*, Vol. 6, Nº 3, marzo de 1918, p. 198; Wayne Percy, *op. cit.*, p. 806, y Daniel Ottosson, *LGBT world legal wrap up survey*, Ed. International Lesbian and Gay Association, 2006

81 Daniel Ottosson, *LGBT world legal wrap up survey, doc. cit.*

82 *Ibid.*, e Indiana University, Office of Overseas Study, “GLBT Resources in the Middle East”, www.indiana.edu/~overseas/lesbigay/middleeast.html

83 Véanse las Constituciones de Barbados, s 26, Jamaica, s 26(8); Trinidad mantuvo su cláusula de reserva incluso después de convertirse en una república.

xualidad viviendo su propio tumultuoso proceso de cuestionamiento de las mismas: comenzando con los debates sobre ley y moralidad que condujeron al Informe Wolfenden, y prosiguiendo con los cambios legislativos introducidos en la década de los sesenta y las intervenciones resultantes de su compromiso con el sistema europeo de derechos humanos.

5. Avance hacia el reconocimiento

El año de 1961 fue asimismo testigo de la creación de la Sociedad Mattachine de Washington, en Estados Unidos, cuya misión consistente en trabajar públicamente “para equiparar la condición y la consideración del homosexual” constituyó una clara ruptura con organizaciones “homófilas” más antiguas, que habían sido reticentes a recibir publicidad⁸⁴. Organizaciones similares se propagaron con rapidez por todos los rincones del mundo, recharacterizando el esfuerzo por revocar la legislación contra la sodomía como parte de una lucha más amplia en el campo de los derechos humanos. Ya en 1969, algunos activistas describían sus esfuerzos como una “liberación gay”.

Desde sus comienzos, el sistema europeo de derechos humanos estuvo a favor de las reivindicaciones basadas en la orientación sexual. En 1981, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que los delitos de sodomía y ultraje contra la moral pública en Irlanda del Norte violaban el derecho a la intimidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Esta decisión surgió de un cuestionamiento de la legislación por parte de un hombre gay que aducía que la existencia de estos delitos en Irlanda del Norte lo exponía a un enjuiciamiento penal e infringía su derecho a la intimidad. El tribunal dictaminó en este famoso caso de *Dudgeon contra El Reino Unido* que “mantener en vigor la legislación impugnada constituye una injerencia continuada en el derecho del solicitante al respeto de su vida privada (que incluye su vida sexual)”⁸⁵.

El Tribunal Europeo adoptó decisiones similares en 1988 y en 1993 en *Norris contra Irlanda*⁸⁶ y en *Modinos contra Chipre*⁸⁷, respectivamente. Los dos Estados aludidos citaron intensos sentimientos en contra de la homosexualidad basados en la religión, afirmando que el mantenimiento de esta legislación perseguía un propósito legítimo de “protección de la moralidad”. El Tribunal Europeo no se remitió al margen de apreciación ni a la práctica del Estado a título individual en ninguno de los casos. En cambio, citó la práctica de la abrumadora mayoría de otros Estados miembros pertenecientes al sistema europeo de derechos humanos, que desde hacía mucho tiempo habían despenalizado el sexo consentido entre adultos homosexuales. El Tribunal no encontró una “necesidad social apremiante” para mantener esta legislación en ninguna de estas situaciones. Al realizar su test de proporcionalidad, el Tribunal llegó a la conclusión de que el perjuicio resultante de la legislación contra la homosexualidad

84 Eskeridge, *doc. cit.*, pp. 821-822

85 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de octubre de 1981, Aplicación Nº 7525/76, párrafo 41.

86 Sentencia de 26 de octubre de 1988, Caso *Norris c. Irlanda*, Aplicación Nº 10581/83.

87 Sentencia de 22 de abril de 1993, Caso *Modinos c. Chipre*, Apicación Nº 15070/89.

y su violación del derecho al respeto de la vida privada pesaba más que los “fines legítimos” que perseguía la legislación en cuestión.

Sin embargo, el Tribunal Europeo no estuvo dispuesto a examinar un ámbito de aplicación más amplio de los derechos en materia de orientación sexual más allá de declarar inaplicables las leyes penales invocando la disposición relativa al derecho a la vida privada⁸⁸. No fue sino hasta 1999 que el Tribunal Europeo elaboró una concepción más amplia del derecho a la intimidad, en los casos de *Lustig Praen y Beckett contra el Reino Unido y Smith*⁸⁹ y *Grady contra el Reino Unido*⁹⁰. Utilizando el Artículo 8 del CEDH, el Tribunal declaró inaplicable la legislación que excluía a los gays y lesbianas del servicio militar, dando paso a una interpretación de la intimidad que establecía que la vida de los gays y lesbianas iba más allá de las puertas cerradas, adentrándose en el dominio público. Otro hito importante tuvo lugar el mismo año, cuando el Tribunal Europeo ratificó expresamente la “orientación sexual” como categoría prohibida de discriminación, echando por tierra la decisión de un tribunal portugués que había retirado los derechos de custodia de un padre por el mero hecho de ser gay⁹¹.

Hasta la fecha, seis países han promulgado legislación que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo: Holanda⁹², Bélgica⁹³, España⁹⁴, Canadá⁹⁵, Noruega⁹⁶, y Sudáfrica⁹⁷. Dos de estos Estados lo hicieron por orden de sus respectivas Cortes Supremas⁹⁸. Otros 18 países⁹⁹ y estados federales de otros cinco países¹⁰⁰ reconocen, en el marco de diferentes figuras jurídicas (unión civil, pareja de hecho, cohabitación legal, pareja civil, pacto civil de solidaridad, etcétera), a las parejas entre personas del mismo sexo. Estas figuras conceden menos derechos y obligaciones que el matrimonio. Toda-

88 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rehusado repetidamente pronunciarse sobre los argumentos de discriminación basándose en las diferentes edades de consentimiento entre homosexuales y heterosexuales en los casos *Dudgeon, Norris y Modinos*.

89 Sentencia de 27 de septiembre de 1999, Aplicaciones Nº 31417/96 y 32377/96

90 Sentencia de 27 de septiembre 1999, Aplicaciones Nº 33985/96 y 33986/96

91 Sentencia de 21 de diciembre de 1999, *Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, Aplicación Nº 33290/96.

92 Código Civil, Artículo 30, Libro I, reforma de 2001.

93 Código Civil, Artículo 143, Libro I, Título V, Capítulo I, reforma de 13 de febrero de 2003, *Moniteur Belge*, 28 de febrero de 2003, pp. 9880-83.

94 Código Civil, Artículo 44, reformado por la Ley 13/2005, de 30 de junio de 2005, *Boletín del Estado*, 2 de julio de 2005.

95 Ley de Matrimonio Civil de 20 de Julio de 2005.

96 El *Storting* (Parlamento noruego) aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo en junio de 2008, entrando en vigor las nuevas leyes el 1 de enero de 2009. La legislación revoca la Ley de Cohabitación Legal y prevé que las parejas ya registradas tengan la opción de convertirse en matrimonio.

97 Ley de Unión Civil [Nº 17 de 2006], 30 de noviembre de 2006.

98 *Reference: Same-Sex Marriage* [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79 (Canadá), y *Fourie and Bonthuys c. Minister of Home Affairs*, Caso CCT 25/03 (Sudáfrica).

99 Andorra; Colombia; Croacia; República Checa; Dinamarca; Finlandia; Francia; Alemania; Hungría; Islandia; Israel; Luxemburgo; Nueva Zelanda; Eslovenia; Suecia; Suiza; Reino Unido, y Uruguay.

100 Argentina (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Río Negro y la Ciudad de Villa Carlos Paz); Australia (Territorio de la Capital Australiana, Tasmania y Victoria); Brasil (Río de Janeiro); México (Coahuila, México D.F.), y Estados Unidos (Connecticut, Hawaii, New Hampshire, New Jersey, Vermont, Distrito de Columbia, Maine, Oregón y Washington).

vía no se ha establecido el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar niños, o a no ser objeto de discriminación a la hora de decidir la adjudicación o no de un niño adoptado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que un Estado que permite que personas solteras adopten un niño no puede tener en cuenta la orientación sexual de dicha persona de forma arbitraria a la hora de considerar su petición de adopción¹⁰¹. Sin embargo, este caso ha dejado dos interrogantes sin responder: si es posible que un Estado esgrima una razón justificable para denegar una petición de adopción por razones de orientación sexual, y si los Estados pueden efectivamente discriminar a los gays y lesbianas restringiendo la admisibilidad para la adopción sólo a parejas casadas, al tiempo que no concede a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse¹⁰². En cuanto a la situación en otras partes del mundo, la mayoría de los estados de Estados Unidos permiten que gays y lesbianas adopten solos o en pareja¹⁰³. También permiten dichas adopciones Sudáfrica¹⁰⁴, Israel, España y la mayoría de provincias de Canadá y Australia¹⁰⁵.

El avance en materia de derechos humanos basados en la orientación sexual y la identidad de género no ha estado limitado a América del Norte y Europa. En las décadas de los setenta y los ochenta, surgieron en todo el mundo movimientos locales de reivindicación de los derechos de los gays y lesbianas. El *Movimiento por la Liberación Homosexual* lanzó una exitosa campaña destinada de despenalizar la sodomía en Colombia en 1981. Organizaciones locales de Nueva Zelanda, Israel y Austria han llevado a cabo otras exitosas campañas.

El movimiento de gays y lesbianas no se ha concentrado tan sólo en conseguir la revocación de la legislación contra la sodomía, sino que ha incluido otras cuestiones de derechos humanos, como la discriminación y el reconocimiento. El final de la Guerra Fría trajo consigo nuevas oportunidades para el activismo en materia de derechos humanos. En la década de los noventa, el crecimiento de la sociedad civil local y la expansión del Consejo de Europa contribuyeron a la eliminación de la legislación contra la sodomía en 19 países del Este de Europa y la antigua Unión Soviética. En la década pasada, el movimiento pro derechos de las lesbianas, los gays, los bisexuales y los transgénero (LGBT), siglas por las que ahora se conoce este colectivo, ha combinado los esfuerzos locales y transnacionales con vistas a conseguir que se revoque la legislación contra la sodomía en Chile, Cabo Verde, Fiji, las Islas Marshall, Mongolia, Nicaragua y el resto de Estados Unidos¹⁰⁶. En otras partes de América, comenzando en 1994, varios países han

101 Sentencia de 22 de enero de 2008, Caso de *E.B. c. Francia*, Aplicación N° 43546/02.

102 Así sucede, por ejemplo, en el estado de Utah, que prohíbe que las parejas no casadas adopten niños y también el matrimonio entre personas del mismo sexo, Código de Utah, Título 30, Capítulo 1, Sección 2 y Título Title 78B, Capítulo 6, Sección 117.

103 Gary J. Gates, M.V. Lee Badgett, Jennifer Ehrle Macomber y Kate Chambers, *Adoption and Foster Care by Gay and Lesbian Parents in the United States*, Ed. The Williams Institute (UCLA School of Law) / The Urban Institute - Washington, DC, marzo de 2007, p. 3

104 Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Sentencia de 10 septiembre de 2002, Caso *Du Toit and de Vos c. Minister for Welfare and Population Development*, Caso CCT 40/01

105 Ley de Adopción de 1994, parte 3, división 6, sección 39, *Western Australia Consolidated Acts*.

106 Daniel Ottoson, *State Sponsored Homophobia*, Ed. Internacional Lesbian and Gay Association, abril de 2007, 3 (http://www.ilga.org/statehomophobia/State_sponsored_homophobia_ILGA_07.pdf)

ido promulgando prohibiciones de la discriminación basada en la orientación sexual, gracias a una modificación de la constitución en Ecuador¹⁰⁷, la legislación en México¹⁰⁸, una decisión del Tribunal Supremo de Canadá¹⁰⁹, una serie de decisiones de la Corte Constitucional de Colombia¹¹⁰, y de un decreto presidencial en Venezuela¹¹¹. En este contexto, la adopción, en junio de 2008, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, por consenso, de su primera Resolución sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, es especialmente relevante¹¹². En el resto del mundo, existen leyes contra la discriminación o disposiciones constitucionales en Sudáfrica¹¹³, Israel¹¹⁴, Taiwán¹¹⁵ y Fiji¹¹⁶.

6. Algunas definiciones

Al abordar la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género, es necesario clarificar determinados términos y nociones. Se utilizan con frecuencia los términos “gay”, “lesbiana”, “transgénero” y “transexual” para describir la orientación sexual. Los *Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género (Principios de Yogyakarta)* aportan definiciones útiles.

Según el preámbulo de los Principios de Yogyakarta, la *orientación sexual*:

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

La condición de la orientación sexual de una persona establece el género del objeto de su atracción o experiencias sexuales. La orientación sexual de una persona se clasifica a menudo en términos de a) homosexual, que describe la atracción por el mismo género, b) heterosexual, que describe la atracción por el género opuesto, y c) bisexual, que describe la atracción hacia personas del mismo sexo o del sexo opuesto. Estas descripciones tienen sus raíces en el interés médico por las cuestiones relativas a la sexualidad, y a veces no concuerdan con las de algunos defensores, debido a que tienen sus orígenes en un período de la historia médica en que la homosexualidad se definía y trataba como una enfermedad patológica¹¹⁷.

107 Constitución de Ecuador, Artículo 23, párrafo 3

108 Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, de 11 de junio de 2003

109 *Egan c. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513

110 Véase, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia: Sentencias Nº T-097/94, T-101/98, C-481/98, C-507/99, T-268/00, C-373/02 y T-301/04.

111 Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en la Gaceta Oficial Nº 5.292, de 25 de enero de 1999

112 AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), “*Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*”, resolución adoptada el 3 de junio de 2008

113 Constitución de Sudáfrica, Artículo 9, párrafo 3

114 Ley de Igualdad de Oportunidades de Trabajo (1992), y Danilowitz c. El Al, Tribunal Supremo de Israel, 1995

115 www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2007/100517.htm

116 Constitución de Fiji, Artículo 38, sección 2(a)

117 Véase, en general, Miller, Alice, “*Sexual rights words and their meanings: The gateway to effective human*

Los orígenes de palabras como lesbiana, gay y heterosexual, y su implicación en los debates sobre el relativismo cultural, han suscitado ansiedades acerca de su despliegue habitual en las Naciones Unidas o en algunos contextos de derechos jurídicos. Estas inquietudes han dado lugar a la creación del término “hombres que tienen sexo con hombres”, o MSM por sus siglas en inglés, que describe a aquellos hombres que exhiben comportamientos sexuales con personas de su mismo sexo¹¹⁸. Se trata de una tentativa de crear una categoría que evite la reivindicación subjetiva de una identidad sexual o, al menos, las connotaciones políticas de algunas etiquetas. En cambio, el término, MSM aborda la necesidad de una clasificación de los comportamientos a efectos de las iniciativas de salud pública. Los MSMs han sido declarados un grupo vulnerable en relación con la prevención del VIH / SIDA.

Por lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, es también importante reconocer e identificar la expresión del género. La noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género.

Según el preámbulo de los Principios de Yogyakarta, la *identidad de género*:

“se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los gestos. (...)”

Una persona transgénero es alguien cuyo sentido de género, tal como esa persona lo siente profundamente, es diferente de sus características físicas en el momento del nacimiento. Una persona puede ser transgénero mujer a hombre (FTM por sus siglas en inglés) si su identidad de género es predominantemente masculina, incluso si ha nacido con un cuerpo de mujer. De manera análoga, una persona puede ser transgénero hombre a mujer (MTF por sus siglas en inglés) si su identidad de género es predominantemente femenina, incluso si ha nacido con un cuerpo o con características físicas de hombre.

Una persona transexual es alguien que ha experimentado alteraciones físicas u hormonales por medios quirúrgicos o terapéuticos con el fin de asumir nuevas características físicas de género. Las personas transgénero y transexuales pueden tener cualquier orientación sexual: es importante diferenciar el género y la actividad sexual. Examinaremos más adelante que los avances en materia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de De-

rights work on sexual and gender diversity”, documento presentado en la reunión de Yogyakarta, noviembre de 2006

118 Véase UNAIDS, “men who have sex with men” - ONUSIDA: Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA <http://www.unaids.org/en/PolicyAndPractice/KeyPopulations/MenSexMen/>

rechos Humanos y la “identidad de género” se basan enormemente en la premisa de la asunción de un nuevo género gracias a la alineación completa del cuerpo físico mediante cirugía, alteraciones hormonales y el potencial de funcionamiento heterosexual (transexualismo). La base jurisprudencial de esta postura tiene sus raíces en la jurisprudencia nacional del Reino Unido. En su voto disidente¹¹⁹ en el caso *Corbett contra Corbett*, el Lord de Apelaciones en lo Ordinario Thorpe dijo lo siguiente:

“que el factor cromosómico sea concluyente, o incluso dominante, me parece especialmente cuestionable en el contexto del matrimonio. Se trata de un rasgo invisible de una persona, que no se puede percibir ni registrar como no sea por medio de una prueba científica. No realiza una contribución al yo fisiológico o psicológico. En realidad, en el contexto de la institución del matrimonio como la conocemos hoy, me parece correcto como cuestión de principio y lógica, dar predominancia a los factores psicológicos, de la misma manera que parece correcto realizar la evaluación esencial del género en, o poco tiempo antes, del momento del matrimonio, y no en el momento del nacimiento”¹²⁰.

En el caso australiano de *Re Kevin*, relativo a la validez del matrimonio transexual, el Juez Chisholm consideró lo siguiente:

“en razón de que las palabras “hombre” y “mujer” tienen su significado ordinario contemporáneo, no existe una solución formulaica para determinar el sexo de una persona a efectos de la ley del matrimonio. Es decir, no se puede decir como cuestión de derecho que esta cuestión en un caso concreto se determinará aplicando un único criterio, o una lista limitada de criterios. Es pues erróneo decir que el sexo de una persona depende de cualquier factor por sí solo, como los cromosomas o el sexo genital; o de alguna gama de factores, como el estado de las gónadas, los cromosomas o los genitales de la persona (ya sea al nacer o en cualquier otro momento). De igual manera, sería erróneo decir conforme a derecho que esta cuestión se puede resolver haciendo referencia únicamente al estado psicológico de la persona, o identificando su “sexo cerebral”.

Para determinar el sexo de una persona a efectos de la ley de matrimonio, es necesario considerar todas las cuestiones pertinentes. No es mi intención indicar una lista completa ni sugerir que cualesquiera factores tienen necesariamente más importancia que otros. Sin embargo, las cuestiones pertinentes incluyen en mi opinión, las características biológicas y físicas al nacer (incluidas las gónadas, los genitales y los cromosomas); las experiencias que la persona haya tenido en su vida, incluido el sexo con el que la hayan criado y su actitud hacia el mismo; la percepción que la persona tenga de sí misma como hombre o como mujer; la medida en que la persona haya funcionado en la sociedad como hombre o como mujer; cualesquiera tratamientos hormonales, quirúrgicos o médi-

119 Sentencia de 2 de febrero de 1970, Caso *Corbett c. Corbett* (también denominado Ashley), párrafo 155, citado en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2002, Caso *I. v. Reino Unido*, Aplicación Nº 25680/94, párrafo 36 (original en inglés, traducción libre).

120 Sentencia de 2 de febrero de 1970 (original en inglés, traducción libre).

*cos de otro tipo de reasignación sexual a los que la persona se haya sometido, y las consecuencias de dichos tratamientos; y las características biológicas, psicológicas y físicas en el momento del matrimonio*¹²¹.

LGBT es un acrónimo de “lesbianas, gays, bisexuales y transgénero”. Combina las identidades de las personas lesbianas, gays y bisexuales basadas en la orientación sexual con una categoría creada no basada en la orientación sexual, los transgénero. El tratamiento que las Naciones Unidas asigna a las cuestiones de la orientación sexual, la identidad de género y la expresión del género ha asimismo agrupado todas estas cuestiones bajo la bandera de “minorías sexuales”. La Profesora Alice Miller opina que a pesar de que los expertos y los mecanismos de la ONU han utilizado este término global para abordar las cuestiones de la discriminación, la exclusión y la estigmatización, no está claro qué grupos han sido incluidos como minorías sexuales y de qué manera se determina esta condición¹²². Apunta que aunque esta categorización es útil para dar realce a estas cuestiones, podría ser una “abreviatura” problemática en términos de delimitación de las categorías de abusos de los derechos humanos relativas a la sexualidad y el género.

121 Sentencia de 12 de octubre de 2001, Tribunal de Familias de Australia – En Sydney, Caso Nº SY8136 de 1999, [2001] Fam CA 1074, párrafo 328 (original en inglés, traducción libre).

122 Alice Miller apunta también lo siguiente: “En primer lugar, no está claro quién está exactamente incluido en este término, y de inmediato surgen luchas y competencias acerca de quién encaja en este genérico (tratando las trabajadoras y trabajadores sexuales de abrirse camino a codazos ante las lesbianas y los gays). Tampoco está claro quién tiene más derecho a la condición de “minoría”. En segundo lugar, la fusión de grupos tan dispares crea la sensación de que todos padecen la misma clase de discriminación o abuso – y, por tanto, de que la misma clase de reparaciones bastará para todos. El efecto *omnium-gatherum* (mezcla no homogénea) deja pues poco claro qué aspectos específicos de las leyes o políticas se someten a revisión por su efecto abusivo o discriminatorio... El cuestionamiento de la penalización del trabajo sexual o la reforma de la legislación de la prostitución es una respuesta muy diferente a promulgar protecciones no discriminatorias frente a la discriminación basada en la identidad de género o su expresión” (Alice Miller, “*Sexual rights words and their meanings:...*”, *doc. cit.*) (original en inglés, traducción libre).

II. Fundamentos de derecho internacional y derecho público comparado

“Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²³

Todos los seres humanos son personas ante la ley, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, con derecho a disfrutar de las libertades derivadas de la dignidad inherente de la persona humana: igualdad ante la ley, no discriminación e igual protección de la ley.

1. Relación entre la no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley

El principio de no discriminación¹²⁴ y el derecho a la igualdad ante la ley¹²⁵ están universalmente reconocidos y protegidos según el derecho internacional. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha declarado lo siguiente:

“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”¹²⁶.

123 Dictamen Consultivo OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, Serie A Nº 18, párrafo 85

124 Artículos 1 (3) y 55 de la Carta de las Naciones Unidas; Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículos 2, 4 (1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Artículo 2 del Convenio de Derechos del Niño; Artículo 7 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; Protocolo Nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos; Artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Artículo 3 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño; Artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículos 3 y 11 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, y Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

125 Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 26 del PIDCP; Artículo 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo Nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos; Artículo 11 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, y Artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

126 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, *No discriminación*, párrafo 1

La relación estrecha e interdependiente entre el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley queda reflejada en el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que indica que: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”¹²⁷.

2. Ámbito y alcance del principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley

El principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley exigen que el Estado proteja a las personas no solamente frente a la discriminación por parte de los agentes del Estado, sino también por parte de personas o entidades privadas. Según el Comité de Derechos Humanos, la no discriminación supone la prohibición de “la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas”¹²⁸.

Para dar cumplimiento al principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley, el Comité de Derechos Humanos considera que el término “discriminación” debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹²⁹. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹³⁰ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³¹ han adoptado un enfoque similar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha indicado que “en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales, aunque no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha, pero que permea todo su *corpus juris*, es [...] el principio de la igualdad y la no-discriminación.. [...]. La discriminación es definida esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal”¹³².

127 IDCP, Artículo 26

128 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, *No discriminación*, párrafo 12

129 *Ibid.*, párrafo 7

130 Véase, entre otros, *Legal Resources Foundation c. Zambia*, Comunicación 211/98 (7 de mayo de 2000), párrafos 63, 70 y ftn. 3

131 Véase, entre otros, Sentencia de 23 de julio de 1968, Caso *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, Aplicaciones Nº 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

132 Opinión Consultiva Nº OC-18/03, *doc. cit.*, párrafo 59

La no discriminación y la igualdad ante la ley conllevan también obligaciones positivas, tal como subraya el Comité de Derechos Humanos:

“Las obligaciones positivas de los Estados Parte de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado [...] Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Parte, como resultado de que los Estados Parte permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas. Se recuerda a los Estados la relación recíproca entre las obligaciones positivas impuestas en el artículo 2 y la necesidad de prever remedios eficaces en caso de que se produzca una violación del párrafo 3 del artículo 2”¹³³.

Respecto a la cuestión de la no discriminación y las minorías, el Comité de Derechos Humanos ha comentado que el derecho a disfrutar de los derechos reconocidos en el PIDCP (Artículo 2.1) sin discriminación “se aplica a todas las personas que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado, independientemente de que esas personas pertenezcan o no a alguna minoría. Además, en virtud del artículo 26 existe el derecho concreto a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley y a la no discriminación respecto de los derechos reconocidos y las obligaciones impuestas por los Estados. Este derecho rige el ejercicio de todos los derechos, ya sea que estén amparados o no en virtud del Pacto, que el Estado Parte reconoce por ley a las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de que pertenezcan o no a alguno de los tipos de minoría a que se refiere el artículo 27”¹³⁴.

El Comité de Derechos Humanos ha considerado que, a pesar de que los derechos a la no discriminación y a la igualdad ante la ley (Artículo 26 del PIDCP) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, “existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna”¹³⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos va más allá, llegando a la conclusión de que “el principio de igualdad ante la ley, de igual protección ante la ley y de no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”; sobre dicho principio, que “permea todo ordenamiento jurídico”, “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”. Hoy en día, no es aceptable ningún acto jurídico que esté en pugna con este principio fundamental. El tratamiento discriminatorio de cualquier persona en razón de su género, raza, color, lengua, religión o convicciones, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, posición económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición es inaceptable.

133 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, párrafo 8

134 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 23, Derechos de las minorías, (Artículo 27), párrafo 4

135 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 29: Estados de excepción y suspensión de derechos, (Artículo 4), párrafo 8

3. No discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley

El principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley no excluyen un tratamiento diferente y distinciones aplicables a determinados derechos y libertades para determinadas categorías de personas, como los menores, los indígenas, los extranjeros, los no ciudadanos, etcétera¹³⁶. Tal como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, “El derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley sin discriminación alguna no significa que todas las diferencias de trato sean discriminatorias”¹³⁷, y “sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”¹³⁸. Al mismo tiempo, “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos”¹³⁹, y “lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”¹⁴⁰.

La Corte Interamericana ha descrito su fórmula para discernir aquello que considera susceptible de protección: “Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles [...]. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma”¹⁴¹. La Corte Interamericana ha puesto de relieve que “es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”¹⁴², y ha señalado que, cuando hay varias opciones para restringir un derecho, “debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”¹⁴³.

4. No discriminación, igualdad ante la ley y orientación sexual e identidad de género

Existe una afirmación positivista radical de que en el derecho internacional de los derechos humanos no existe una protección de la “orientación sexual” o la “identidad de

136 Véanse, por ejemplo, los Artículos 10 (3), 13 y 25 del PIDCP.

137 Dictamen de 9 de abril de 1987, Caso S. W. M. Brooks c. the Netherlands, Comunicación Nº 172/1984, párrafo 13, en el documento de las NU Sup. Nº 40 (A/42/40), anexo VIII.B. Véanse también, entre otros, Dictamen de 9 de abril de 1987, Caso Zwaan-de-Vries c. Países Bajos, Comunicación Nº 182/1984; Dictamen de 3 de abril de 1989, Asunto de Ibrahim Gueye y otros c. Francia, Comunicación Nº 196/1985, y Dictamen de 19 de julio de 1995, Caso Alina Simunek c. República Checa, Comunicación Nº 516/1992.

138 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, No discriminación, párrafo 8

139 *Ibid.*, párrafo 13

140 *Ibid.*

141 Dictamen Consultivo OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, de 19 de enero de 1984, Serie A Nº 4, párrafos 56-57

142 Sentencia de 23 de junio de 2005, Caso *Yatama c. Nicaragua*, Serie C Nº 127, párrafo 185

143 *Ibid.*, párrafo 206

género”, puesto que estas categorías no están específicamente enumeradas en los principales tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, los instrumentos internacionales no pretendían ser exhaustivos en su enumeración de condiciones, y la referencia a “cualquier otra condición” es la indicación más clara de la intención de abarcar la protección de categorías no mencionadas. La aceptación de una norma de no discriminación en el derecho internacional admite pues una apertura inherente a categorías de protección no mencionadas, y los géneros de “orientación sexual” e “identidad de género” han encontrado categorías de reivindicaciones.

En cuanto al Artículo 26 del PIDCP, que dice que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, la ausencia de la “orientación sexual” y de la “identidad de género” como categorías de no discriminación expresamente enumeradas no las excluye de la protección prevista en este artículo. La inclusión de una categoría denominada “otra condición” por los redactores contemplaba con claridad razones de discriminación que no estaban enumeradas o que evolucionarían en la sociedad. La Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos explica que el Artículo 26 del PIDCP no se limita a reiterar la garantía de que todas las personas son iguales ante la ley, sino que establece en sí un derecho autónomo¹⁴⁴.

Con vistas a garantizar la protección, en los nuevos instrumentos y normas de derechos humanos está emergiendo una tendencia a incorporar la “orientación sexual” o la “identidad de género” entre las razones prohibidas de discriminación. De hecho, la Asamblea General de la ONU ha instado a todos los Estados a garantizar la protección efectiva del derecho a la vida y a investigar con prontitud y exhaustivamente todos los asesinatos que se cometan por cualquier razón discriminatoria, incluida la orientación sexual¹⁴⁵. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha adoptado varias resoluciones relativas a la cuestión de la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género¹⁴⁶. Recientemente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó su primera resolución en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género¹⁴⁷. Adicionalmente, nuevos instrumentos internacionales han integrado explícitamente la orientación sexual y la identidad de género en la lista de razones prohibidas de discriminación¹⁴⁸.

144 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, No discriminación, párrafo 12.

145 Véanse las Resoluciones sobre “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” Nº 61/173 de 19 de diciembre de 2006, Nº 59/197 de 20 de diciembre de 2004 y Nº 57/214 de 18 de diciembre de 2002.

146 Véanse, entre otros, Recomendación 924 (1981) 1, sobre la discriminación contra los homosexuales, adoptada el 1 de octubre de 1981; Recomendación 1470 (2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas, y sus parejas, respecto al asilo y la migración en los Estados miembros del Consejo de Europa; Recomendación 1474 (2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa, y Recomendación 1635 (2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre lesbianas y gays en el deporte.

147 Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008.

148 Véanse, entre otros, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad, aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2008; la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (entrada en vigor en 2008); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 21.1), y la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002.

La labor legislativa realizada en el seno de la Unión Europea ha adoptado determinadas medidas legislativas destinadas a luchar contra la discriminación basada en la orientación sexual. El Artículo 13 del *Tratado de Ámsterdam* de 1997 facultó a los Estados miembros de la Comunidad Europea para que pudiesen “emprender la acción adecuada para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”¹⁴⁹. Esto condujo a la Directiva relativa al empleo de 2000¹⁵⁰, que obligaba a los Estados miembros a haber introducido para diciembre de 2003 legislación que prohibiese la discriminación en el empleo por cierto número de razones, incluida la orientación sexual. La *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo*¹⁵¹ enumera la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación. El *Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas* establece que “en la aplicación del Estatuto, los funcionarios tendrán derecho a la igualdad de trato sin referencia alguna, directa o indirecta, a [...] ni de sexo u orientación sexual, y sin tener en cuenta su estado civil o su situación familiar”¹⁵². El preámbulo de la decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros¹⁵³ indica que “la presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el Artículo 6 del *Tratado de la Unión Europea* y reflejados en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en particular en su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de [...] orientación sexual”¹⁵⁴. En la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*¹⁵⁵, el Artículo 21 (1) sobre “No discriminación” dice que “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Estos instrumentos consolidan las normas establecidas en el Convenio Europeo de Derechos humanos, y ordenan a los Estados que deseen adherirse a la Unión Europea introducir legislación que prohíba la discriminación en el empleo basada en la orientación sexual. Es más, refuerza de manera abrumadora la no discriminación basada en la orientación sexual dentro del sistema europeo de derechos humanos.

149 <http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/amsterdam.html#0001010001>

150 Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/L_303/L_30320001202en00160022.pdf

151 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

152 Reglamento del Consejo (CE, CECA, Euratom) 781/98 de 7 de abril de 1998 (O) 1998 L 113, p. 4; por el que se modifica el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades, Artículo 1a (1).

153 Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002.

154 Preámbulo, párrafo 12.

155 Firmada y proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en la reunión del Consejo Europeo celebrada el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

También el sistema interamericano de derechos humanos incluye legislación cada vez más progresista. Los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad*, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marzo de 2008, disponen que “bajo ninguna circunstancia, se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su [...] orientación sexual”¹⁵⁶. La *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*¹⁵⁷ incluye la orientación sexual en la lista de razones prohibidas de discriminación. La *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*, adoptada en 2005 y en vigor desde 2008, incluye la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación y protege el derecho de los jóvenes a tener su propia identidad y personalidad, incluida su orientación sexual¹⁵⁸. Durante el proceso preparatorio de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban, 2001), los Estados americanos adoptaron una Declaración y un Plan de Actuación los días 5–7 de diciembre de 2000 en Santiago de Chile, reafirmando la prohibición de la discriminación basada en razones de orientación e instando a los Estados “a que otorguen prioridad a la promoción y protección del disfrute pleno por mujeres y hombres y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, sin ningún tipo de distinción por motivos de [...] orientación sexual”¹⁵⁹.

La evolución del derecho internacional sobre refugiados ha sido ilustrativa de la interpretación de la “orientación sexual” como categoría protegida en el derecho internacional. La orientación sexual ha sido utilizada cada vez más como base para la formulación de un “grupo social determinado” cuya protección esté autorizada según el derecho sobre refugiados¹⁶⁰. El Profesor James C. Hathaway ha propuesto la interrelación entre las cinco razones reconocidas de persecución y la noción de derechos civiles y políticos, conjuntamente con la justificación para discernir las categorías de protección:

“La definición moderna del refugiado permitió expresar esta premisa al apartarse de la protección basada en grupos marginados bien determinados, y avanzar hacia una formulación más genérica del principio de pertenencia. Dada la supremacía predominante del paradigma civil y político de los derechos humanos, era lógico desde un punto de vista contextual que la marginación se definiese con referencia a las normas de no discriminación: un refugiado fue definido como una persona que corría un riesgo grave de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. La justificación de esta limitación no residía en que otras personas corriesen un riesgo menor, sino más bien que, al menos en el contexto del momento histórico, era menos probable que las personas afec-

156 Principio II – Igualdad y no discriminación.

157 El Artículo 10 de la Comunidad Andina (integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) adoptó el 26 de julio de 2002 la Carta Andina para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos (firmada por los Presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).

158 Artículos 5 (“Principio de no discriminación”) y 14 (1) (“Derecho a la identidad y a la personalidad”), respectivamente, de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes.

159 Véase el Documento de las NU: WCR/RCONF/SANT/2000/L.1/Rev.4 de 20 de diciembre de 2000, párrafo 143.

160 Véase en general el Capítulo VIII sobre Asilo y Refugio.

tadas por estas formas de privación de derechos socio-políticos estuviesen en capacidad de solicitar una tutela judicial efectiva desde dentro del Estado”¹⁶¹.

4.1. Los órganos de Naciones Unidas creados en virtud de un tratado de derechos humanos y procedimientos especiales de protección de los derechos humanos

Los órganos de la ONU creados en virtud de un tratado de derechos humanos han percibido la orientación sexual como una categoría de protección contra la discriminación y la igualdad ante la ley.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que la referencia a una “protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” en el Artículo 26 del PIDCP incluye la discriminación por razones de orientación sexual¹⁶².

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que “en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3 [del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por [...] el estado de salud (incluidos el VIH / SIDA), la orientación sexual [...], que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud”¹⁶³.

El Comité contra la Tortura ha considerado que la orientación sexual es una de las razones prohibidas incluidas en el principio de no discriminación¹⁶⁴. El Comité de los Derechos del Niño ha enumerado la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación en sus Observaciones Generales relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes, el VIH / SIDA y los derechos del niño¹⁶⁵.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha demostrado una apertura cada vez mayor al uso de la discriminación basada en la orientación sexual, según el Artículo 26 del PIDCP, como “otra condición”. Anteriormente, se abstenía de usar el Artículo 26, cuando podía pronunciarse sobre la discriminación según el Artículo 2.1, que establece

161 James C Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Butterworth’s, Toronto, 1991, p.136 (original en inglés, traducción libre).

162 Comité de Derechos Humanos: Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso *Nicholas Toonen c. Australia*, Comunicación Nº 488/1992, párrafos 8.2-8.7. Véanse, también, Dictamen de 6 de agosto de 2003, Caso *Edward Young c. Australia*, Comunicación Nº 941/2000, párrafo 10.4, y Dictamen de 30 de marzo de 2007, Caso *X c. Colombia*, Comunicación Nº 1361/2005, párrafo 7.2.

163 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12), párrafo 18. Véase también: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 15: El derecho al agua, párrafo 13.

164 Comité contra la Tortura, Observación General Nº 2: Aplicación del Artículo 2 por los Estados Parte, párrafos 21 y 22.

165 Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 4: Salud y Desarrollo de los Adolescentes, párrafo 6, y Observación General Nº 3, VIH / SIDA y los derechos del niño., párrafo 8.

la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio sin discriminación de estos derechos. En 1994, en el caso *Toonen contra Australia*¹⁶⁶, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que la legislación que penalizaba la homosexualidad constituía una injerencia ilegal en el derecho a la intimidad, protegido y garantizado en el Artículo 17 del PIDCP, y en la garantía de disfrute de este derecho según el Artículo 2.1. Toonen era un ciudadano gay australiano, residente en el estado de Tasmania, que adujo que los Artículos 122¹⁶⁷ y 123¹⁶⁸ del Código Penal de Tasmania, que calificaban la relación sexual entre hombres de antinatural y de ultraje contra la moral pública, violaban sus derechos a no ser discriminado (Artículo 2(1) del PIDCP), a la intimidad (Artículo 17 del PIDCP) y a igual protección de la ley sin discriminación (Artículo 26 del PIDCP). El Comité dictaminó una violación del Artículo 2(1) y del Artículo 17(1), pero no consideró necesario dictaminar una violación de la disposición sobre no discriminación del Artículo 26. El Comité decidió que el disfrute del derecho a la intimidad estaba garantizado según el Artículo 2(1) del PIDCP, e interpretó que el término “sexo” en el Artículo 2(1) incluía la “orientación sexual”. Sobre la cuestión de la existencia o no de discriminación, el Comité llegó a la conclusión siguiente:

*“El Estado Parte ha pedido asesoramiento al Comité sobre la cuestión de si la inclinación (sic) sexual puede considerars “otra condición social” a los fines del artículo 26. La misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Sin embargo, el Comité se limita a observar que, a su juicio, se debe estimar que la referencia al “sexo”, que figura el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual”*¹⁶⁹.

Al evaluar lo razonable de mantener esta legislación, el Comité rechazó los argumentos australianos de que las cuestiones morales eran meramente un asunto de interés nacional. El Comité hizo hincapié en el hecho de que Tasmania era el único estado australiano que mantenía la legislación contra la sodomía, y que el Estado Parte había reconocido que existía un nivel razonable de tolerancia hacia la homosexualidad en el resto de Australia, al igual que una falta de “criterios razonables y objetivos” en las disposiciones impugnadas del Código Penal de Tasmania.

Se ha argüido que hubiese sido más satisfactorio utilizar la disposición “otra condición” en los Artículos 2(1) y 26 del PIDCP, en lugar de una interpretación que incluía la “orientación sexual” en la definición de “sexo”¹⁷⁰. La formulación del Comité hubiera

166 Dictamen de 31 de marzo de 1994, Comunicación N° 488/1992, Caso *Nicholas Toonen c. Australia*, Doc. de las NU: CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994.

167 El Artículo 12e establece que: “Es culpable de un delito cualquier persona que: a) mantenga una relación sexual con cualquier persona contra el orden de la naturaleza [...] c) consenta mantener una relación sexual con una persona de sexo masculino contra el orden de la naturaleza”.

168 El Artículo 123 establece que: “Es culpable de un delito cualquier varón que cometa, en público o en privado, cualquier delito sexual u otro acto de ultraje contra la moral pública con otra persona de sexo masculino, o que instigue a otra persona de sexo masculino a cometer cualquier acto de ultraje contra la moral pública con él mismo o con cualquier otra persona de sexo masculino”.

169 Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso *Nicholas Toonen c. Australia*, doc. cit., para 8.7.

170 Véanse Sarah Joseph, “*Gay Rights under the ICCPR-Commentary on Toonen v. Australia*”, en *University of Tasmania Law Review*, Vol. 13, N° 2, 1994; Anna Funder, “*The Toonen Case*”, en *Public Law Review*, Vol. 5, 1994., y Wayne Morgan, “*Identifying Evil for What it is: Tasmania, Sexual Perversity and the United Nations*”, en *Melbourne University Law Review*, Vol. 19, 1994.

asignado una prominencia contundente al matiz de la homosexualidad y a las inquietudes particulares que presenta para la protección según el PIDCP. El tratamiento claramente dissociado del “sexo” y la “orientación sexual” en otros instrumentos¹⁷¹ indica que a las categorías de “sexo” y “orientación sexual” se les han asignado significados claramente separados en el derecho internacional. Cabría apuntar que el Comité no se pronunció sobre la discriminación según el artículo 26 del Pacto, que podría haber ratificado adicionalmente el género de “orientación sexual” como admisible a efectos de la protección contra la discriminación.

La jurisprudencia posterior relacionada con la orientación sexual en las Naciones Unidas ha evolucionado desde la formulación de Toonen al reivindicar la protección de la categoría de orientación sexual en el derecho internacional de los derechos humanos como “sexo”, en lugar de hacerlo como “otra condición”. En el caso de *Young contra Australia*¹⁷², el señor Young solicitó una pensión de jubilación como persona dependiente de un veterano de guerra. El Departamento de Asuntos de Veteranos rehusó considerar su solicitud debido a que su pareja de 38 años era también un hombre. La ley pertinente establecía que, para ser “miembro de una pareja”, las personas debían ser del “sexo opuesto”. El señor Young denunció que estaba siendo discriminado por razón de su orientación sexual. El Comité de Derechos Humanos falló que el Estado Parte había violado el Artículo 26 del PIDCP al denegar a la parte actora una pensión de jubilación debido a su sexo u orientación sexual¹⁷³. El Comité recordó su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación según el Artículo 26 se refería asimismo a la discriminación basada en la orientación sexual. A pesar de apuntar que no todas las distinciones equivalían a la discriminación prohibida conforme al PIDCP, el Comité observó que el Estado Parte no había presentado argumentos acerca de cómo esta distinción entre los miembros de una pareja del mismo sexo – que están excluidos de las prestaciones de pensión de jubilación conforme a la ley- y los miembros de una pareja heterosexual que no estén casados – a quienes se les conceden dichas prestaciones- era

171 Informe explicativo del Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) del Artículo 1, Protocolo 12, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que habla de la “orientación sexual” como una categoría prohibida en <http://www.fundacionpdh.org/normativa/normas/europa/CEDH/2000-Protocolo12-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadeFundamentales.htm#ME-Art.%201>

Véase el párrafo 20 del informe explicativo: “La lista de motivos de discriminación que figura en el artículo 1 es idéntica a la del artículo 14 del Convenio. Esta solución se ha considerado preferible a otras, como la que consistía en incluir expresamente ciertos motivos adicionales (por ejemplo, la minusvalía física y psíquica, la orientación sexual, la edad), no por desconocer que, en las sociedades actuales, esos motivos han adquirido una importancia particular frente a la época de la redacción del artículo 14 del Convenio, sino porque tal inclusión se ha considerado inútil desde el punto de vista jurídico, ya que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva, y la inclusión de cualquier motivo adicional particular podría engendrar interpretaciones a contrario indeseables relativas a la discriminación fundada en los motivos no mencionados. Se recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha aplicado el artículo 14 con respecto a motivos de discriminación que no se mencionan en esa disposición (véase, por ejemplo, por lo que se refiere al motivo de orientación sexual, la sentencia de 21 de diciembre de 1999 sobre el asunto Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal).”. Esta discusión tiene lugar claramente aparte de la rúbrica de “sexo”, que también existe como categoría separada en el CEDH.

172 Dictamen de 6 de agosto de 2003, Caso *Edward Young c. Australia*, Comunicación Nº 941/2000, Doc. de las NU: CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003

173 *Ibid.*, párrafo 10.4

razonable y objetiva. Tampoco había aportado pruebas que señalasen la existencia de factores que justificaran dicha distinción. En consecuencia, el Comité dictaminó que el Estado Parte había violado el Artículo 26 del PIDCP al denegar a la parte actora una pensión de jubilación basándose en su sexo u orientación sexual.

El Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión similar en el caso *X contra Colombia*¹⁷⁴. El Comité señaló que “la prohibición de la discriminación según el Artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual, [y que] las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban”¹⁷⁵. El Comité llegó a la conclusión de que una “víctima de una violación del artículo 26, tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual”¹⁷⁶.

Los procedimientos especiales de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas se han pronunciado sobre la cuestión de los derechos a no sufrir discriminación y de igualdad ante la ley en relación con la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. El Grupo de trabajo de la ONU sobre la detención arbitraria, al formular sus observaciones sobre los homosexuales que son detenidos o condenados a una pena de privación de libertad en un establecimiento penitenciario exclusivamente por razón de su orientación sexual, sostuvo que la “detención es arbitraria porque viola el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan la igualdad de los ciudadanos ante la ley y el derecho a la igual protección de la ley contra toda forma de discriminación, en particular por razón del sexo”¹⁷⁷. El Grupo de trabajo basó este dictamen en la declaración del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que dice que debe considerarse que la “referencia al “sexo” en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 del Pacto debe entenderse también como referencia a las preferencias (sic) sexuales”¹⁷⁸. En una decisión relativa a 55 personas detenidas por razón de su orientación sexual, el Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria consideró que la “detención de [...] personas, procesadas por la razón de que, por su orientación sexual, incitaron a la “disensión social” constituye una privación de libertad arbitraria, pues infringe lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹⁷⁹. En una decisión posterior relativa a 11 personas detenidas por su orientación sexual y acusadas conforme a la ley contra la sodomía, el Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria indicó lo siguiente:

174 Dictamen de 13 de enero de 2001, Caso *X c. Colombia*, Comunicación N° 1361/2005, Doc. de las NU: CCPR/C/89/D/1361/2005 de 14 de mayo de 2007

175 *Ibid.*, párrafo 7.2

176 *Ibid.*, párrafo 9

177 Informe del Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria, Doc. de las NU: E/CN.4/2004/3, de 5 de diciembre de 2003, párrafo 73

178 *Ibid.* Véase también el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria, Opinión N° 7/2002 (Egipto), párrafo 27, en el Doc. de las NU: E/CN.4/2003/8/Add.1, página 67 y ss.

179 Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria, Opinión N° 7/2002 (Egipto), de 21 de junio de 2002, párrafo 28, *doc. cit.*

“Desde que el Comité de Derechos Humanos aprobó su dictamen -en el caso *Toonen c. Australia*- y el Grupo de Trabajo aprobó su Opinión Nº 7/2002 (Egipto), el Grupo respeta los lineamientos consignados en ellos. Esto significa que la existencia de leyes que penalizan los actos homosexuales privados entre adultos, así como la aplicación de sanciones penales a las personas acusadas de esos actos, viola los derechos a la protección de la vida privada y a la no discriminación dispuestos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo considera que la penalización de la homosexualidad en la legislación penal del Camerún no es compatible con los artículos 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que el país ha ratificado”¹⁸⁰.

4.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la no discriminación

En el período en que tuvo lugar el caso *Dudgeon*¹⁸¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no parecía estar dispuesto a formular un ámbito de aplicación más amplio de los derechos de los gays más allá de cuestionar la legislación penal utilizando la disposición del derecho al respeto de la vida privada¹⁸². Fue en 1999 cuando el Tribunal Europeo expresó un papel más amplio del derecho a la intimidad y a la no discriminación, en los casos *Lustig-Preen y Beckett contra el Reino Unido*¹⁸³ y de *Smith y Grady contra el Reino Unido*¹⁸⁴. En *Smith y Grady*, el Tribunal Europeo dictaminó que “la cuestión que debe dirimir el Tribunal se refiere a si las actitudes negativas arriba mencionadas constituyen una justificación suficiente para las injerencias en cuestión. Del Informe del Equipo de Evaluación de la Política Homosexual [*Homosexual Policy Assessment Team - HPAT*] se desprende que estas actitudes, incluso si eran una expresión de un sentimiento sincero, incluían desde expresiones estereotípicas de hostilidad hacia las personas con una orientación homosexual hasta expresiones vagas de incomodidad por la presencia de compañeros homosexuales. En la medida en que representan una predisposición por parte de una mayoría heterosexual contra una minoría homosexual, el Tribunal no puede considerar que estas actitudes negativas equivalgan en sí mismas a una justificación suficiente para infringir los derechos de los demandantes arriba descritos en mayor medida que ‘actitudes negativas similares hacia personas de una raza, origen o color diferente’”¹⁸⁵. Basándose en el Artículo 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, el Tribunal derogó la legislación que excluía a los gays y a las lesbianas del servicio militar, abriendo así una interpretación de la privacidad que contemplaba las manifestaciones públicas de la experiencia gay. El Tribunal estructuró su razonamiento de la manera siguiente:

180 Opinión Nº 22/2006 (Camerún) de 31 de agosto de 2006, párrafo 19, en el Doc. de las NU: A/HRC/4/40/Add.1, página 104 y ss.

181 Véase la sección 5, Avance hacia el reconocimiento, Capítulo I.

182 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rehusó sistemáticamente pronunciarse en materia de argumentos de discriminación basada en las diferentes edades de consentimiento entre homosexuales y heterosexuales en los casos *Dudgeon c. Reino Unido* (1983), *Norris c. Irlanda* (1988), y *Modinos c. Chipre* (1993).

183 Sentencia de 27 de septiembre de 1999 (Final, 27 de diciembre de 1999), Caso *Lustig-Preen and Beckett c. Reino Unido*. Aplicaciones Nº 31417/96 y 32377/96

184 Sentencia de 27 de septiembre de 1999, Caso *Smith and Grady c. Reino Unido*, Aplicaciones Nº 33985/96 y 33986/96 (original en inglés, traducción libre).

185 *Ibid.*, párrafo 97 (original en inglés, traducción libre).

“El Tribunal considera que, en las circunstancias del caso que nos ocupa, las denuncias de los demandantes de haber sido discriminados por razón de su orientación sexual, debido a la existencia y la aplicación de la política del Ministerio de Defensa, equivalen en efecto a la misma denuncia, aunque vista desde una perspectiva diferente, que el Tribunal ya consideró en relación con el artículo 8 del Convenio”¹⁸⁶.

El Tribunal Europeo en *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal* ratificó expresamente la “orientación sexual” como categoría prohibida de discriminación, derogando una decisión de un tribunal portugués que había retirado a un padre sus derechos de custodia porque era gay¹⁸⁷. El Tribunal Europeo decidió que “la homosexualidad del demandante era un factor que había sido decisivo en el dictamen final. Respalda esa conclusión el hecho de que el Tribunal de Apelación, al dictaminar sobre el derecho de contacto del demandante, le había advertido que no adoptase una conducta que pudiera dar a entender a su hijo que su padre vivía con otro hombre ‘en condiciones similares a las de marido y mujer’”¹⁸⁸. El Tribunal Europeo llegó a la siguiente conclusión:

“Existía una diferencia de tratamiento [...] basada en la orientación sexual del demandante, un concepto que indudablemente aborda el artículo 14 del Convenio. Al respecto, el Tribunal reitera que la lista enunciada en dicha disposición es ilustrativa y no exhaustiva, como indican las palabras especialmente por... [“any ground such as..” (en inglés), y “notamment...” (en francés)]”¹⁸⁹.

En el caso *S.L. contra Austria* ante el Tribunal Europeo, el demandante adujo que el mantenimiento del artículo 209 del Código Penal austriaco, que penalizaba los actos homosexuales entre hombres adultos y adolescentes entre los catorce y los dieciocho años que habían consentido a ellos, violaba su derecho al respeto de su vida privada y era discriminatorio. El Tribunal Europeo apuntó que el Parlamento, en su consideración de las pruebas científicas a favor de la mayoría de edad sexual tanto para los heterosexuales como para los homosexuales, había rechazado la noción de que “los adolescentes varones eran ‘captados’ para ser iniciados en la homosexualidad”. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

“En la medida en que el Artículo 209 del Código Penal incorpora una predisposición por parte de una mayoría heterosexual contra una minoría homosexual, el Tribunal no puede considerar que estas actitudes negativas equivalgan en sí mismas a una justificación suficiente de un trato diferenciado en mayor medida que actitudes negativas similares hacia personas de una raza, origen o color diferente”¹⁹⁰.

186 *Lustig-Prean and Beckett c. Reino Unido*, doc. cit., párrafo 108 (original en inglés, traducción libre).

187 Sentencia de 21 de diciembre de 1999 (Final, 21 de marzo de 2000), caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, Aplicación Nº 33290/96 (original en inglés, traducción libre).

188 *Ibid.*, párrafo 35 (original en inglés, traducción libre).

189 *Ibid.*, párrafo 28 (original en inglés, traducción libre).

190 Sentencia de 9 de enero de 2003 (Final, 9 de abril de 2003), caso *S.L. c. Austria*, Aplicación Nº 45330/99, párrafo 44 (original en inglés, traducción libre).

En el caso *Goodwin contra el Reino Unido*, el Tribunal avanzó significativamente en las cuestiones de identidad de género. El demandante alegó violaciones de los artículos 8 (derecho a la intimidad), 12 (derecho a contraer matrimonio), 13 (derecho a la tutela judicial) y 14 (no discriminación) del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* respecto al estatuto jurídico de los transexuales en el Reino Unido y especialmente a su tratamiento en la esfera del empleo, la seguridad social, las pensiones de jubilación y el matrimonio. Después de dictaminar las violaciones de los artículos 8 y 12, el Tribunal llegó a la conclusión de que no surgía una cuestión separada con respecto al artículo 14¹⁹¹.

Asimismo, en el caso *Van Kück contra Alemania*¹⁹², el Tribunal rehusó considerar una violación de los artículos 6 y 8 conjuntamente con el artículo 14, respecto a una investigación judicial intrusiva acerca de si el demandante necesitaba realmente una cirugía de reasignación de género que justificase las solicitudes de reembolso de gastos médicos. El Tribunal decidió que el artículo 8 del Convenio abordaba estas cuestiones de manera adecuada.

4.3. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A semejanza de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano¹⁹³ no contienen referencias explícitas a la “orientación sexual” o la “identidad de género, con la excepción de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad*. Sin embargo, en su *Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “es perfectamente posible, además de deseable, volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (v.g., inter alia, status social, renta, estado médico, edad, orientación sexual, entre otras)”¹⁹⁴.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha comenzado a abordar esta cuestión. En el primer caso de derechos humanos y orientación sexual en el sistema interamericano, *Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia*, una petición relativa a una mujer confinada en una cárcel de mujeres a quien se le negó el derecho a tener visitas íntimas con su pareja del mismo sexo, la Comisión Interamericana decidió admitir la petición, dictaminando que “en principio, la petición se refiere a hechos que podrían suponer, inter alia, una violación del Artículo 11 (2) de la Convención Americana, en cuanto hubiera injerencias abusivas o arbitrarias en su vida privada”¹⁹⁵. La Comisión Interamericana señaló que la penalización de la homosexualidad y la privación de libertad sencillamente por razón de la preferencia sexual es una práctica que “no se compeadece

191 Sentencia de 11 de julio de 2002, Caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, Aplicación Nº 28957/95

192 Sentencia de 12 de junio de 2003, Caso *Van Kuck c. Alemania*, Aplicación Nº 35968/97.

193 Véanse, entre otros, Artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículos 1(1) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 9 de la Carta Democrática Interamericana, y Principio 2 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión.

194 Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, Serie A Nº 18, párrafo 63.

195 Caso número 11.656, Informe Nº 71/99 (Admisibilidad) de 4 de mayo de 1999, párrafo 21.

con las disposiciones contenidas en varios artículos de la Convención Americana y debe en consecuencia ser modificada”¹⁹⁶. Basándose en el principio de igualdad y no discriminación, y teniendo en cuenta que la “la preferencia sexual como categoría prohibida para estos fines se entiende comprendida en la noción de sexo”, la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la política de migración no puede discriminar por razón de “preferencia sexual” (orientación sexual)¹⁹⁷.

4.4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal Europeo de Justicia) ha abordado asimismo la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género. En su sentencia en el caso de la *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania*¹⁹⁸, el Tribunal declaró que, al no adoptar todas las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la Directiva del Consejo 2000/78/CE de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por lo que se refiere a la discriminación basada en la religión o creencias, la discapacidad y la orientación sexual, la República Federal de Alemania había incumplido sus obligaciones conforme a dicha directiva.

En el caso de *P. contra S. y el Consejo del Condado de Cornwall*, el Tribunal Europeo de Justicia¹⁹⁹ consideró que la discriminación derivada de la reasignación de género constituía una discriminación por razón de sexo²⁰⁰, e impedía el despido de una persona transexual por un motivo relacionado con una reasignación de género. La demandante (P.) había trabajado en calidad de director general de un centro de enseñanza gestionado por el Consejo del Condado, mientras que el demandado (S.) era el responsable del establecimiento. P. había sido contratado como empleado masculino, pero después informó a S. que tenía previsto someterse a una reasignación de género para vivir como mujer. La demandante escribió después a S. confirmando que iba a someterse a una operación de reasignación de género. El consejo escolar del centro recibió esta información, y durante el verano P. se dio de baja por enfermedad para que le practicasen un primer tratamiento quirúrgico. En consecuencia, no tardaron en despedirle con un preaviso de tres meses, y se le prohibió que, una vez le diesen el alta, se incorporara como mujer. La intervención quirúrgica final tuvo lugar antes de que el preaviso expirara. P. presentó una denuncia y el Tribunal falló que había sufrido discriminación por razón de sexo. El Tribunal Europeo de Justicia dictaminó lo siguiente:

196 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa N° 24/1994.

197 Segundo informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Documento OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párrafo 97, sección 3.

198 Sentencia del Tribunal (Sala Cuarta) de 23 de febrero de 2006, *Commission of the European Communities c. República Federal Alemana*, Caso C-43-05.

199 Sentencia de 30 de abril de 1996, *P. c. S. and Cornwall County Council*, Caso C-13/94.

200 Directiva del Consejo 76/207/EEC, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Directiva sobre igualdad de trato).

“Cuando una persona es despedida debido a su intención de someterse a una reasignación de género, esta persona recibe un trato desfavorable en comparación con las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de someterse a la reasignación de género. Tolerar dicha discriminación equivaldría, por lo que a dicha persona se refiere, a no respetar la dignidad y la libertad a que tiene derecho y que el Tribunal tiene el deber de proteger”²⁰¹.

En el caso de *Sarah Margaret Richards contra el Secretario de Estado de Trabajo y Pensiones*²⁰², El demandante había nacido el 28 de febrero de 1942 e inscrita en el registro como perteneciente al sexo masculino. Al habersele diagnosticado una disforia sexual, el 3 de mayo de 2001 se sometió a una operación quirúrgica de cambio de sexo. El 14 de febrero de 2002 solicitó que se le reconociera el derecho a una pensión de jubilación a partir del 28 de febrero de 2002, fecha en la que cumplía 60 años, la edad a la que, conforme a la legislación nacional, una mujer nacida antes del 6 de abril de 1950 podía optar por beneficiarse de dicha pensión. El 12 de marzo de 2002 se desestimó la solicitud debido a que “había sido presentada más de cuatro años antes de que el solicitante alcanzara la edad de 65 años”, que es la edad de jubilación para los hombres en el Reino Unido. El Tribunal consideró que la Directiva del Consejo 79/7/CEE²⁰³ se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que cambia del sexo masculino al sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el derecho nacional, era mujer.

El Tribunal citó al caso de *P. contra S. y el Consejo del Condado de Cornwall* y recordó que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia²⁰⁴. De este modo, el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En efecto, dicha Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado.

El Tribunal Europeo de Justicia declaró también que en este caso la desigualdad de trato obedecía a la imposibilidad en que se encontraba Sarah Richards de que se le reconociera el nuevo género que adquirió como resultado de una intervención quirúrgica y consecuentemente obtener su pensión de acuerdo con la Ley de Pensiones de 1995. A diferencia de las mujeres cuyo género no es el resultado de una operación quirúrgica de cambio de género, y que pueden ser beneficiarias de una pensión de jubilación a la

201 Sentencia de 30 de abril de 1996, *P. c S. and Cornwall County Council*, Caso C-13/94, párrafos 21-22, relativo a la discriminación sexual (reasignación de género). El reglamento del Reino Unido en la material fue emitido en 1999 en cumplimiento de la decisión del Tribunal Europeo de Justicia en el caso *P. c. S. and Cornwall County Council*. Este reglamento prevé en general que las personas transexuales no deberán recibir un trato menos favorable en el empleo debido a su condición de transexuales (antes o después de someterse a una intervención quirúrgica).

202 Sentencia de 27 de abril de 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Caso de C-423/04.

203 Directiva del Consejo 79/7/EEC, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (Véanse los Artículos 4,1 y 7,1).

204 Caso C-13/94, *doc. cit.*, párrafo 19.

edad de 60 años Richards no estaba en condiciones de cumplir uno de los requisitos para acceder a dicha pensión. El Tribunal consideró que el trato desigual al que había sido sometida Richards debe ser considerado discriminatorio y prohibido por el Artículo 4(1) de la Directiva del Consejo 79/7/CEE²⁰⁵.

El Tribunal recordó asimismo que se debe interpretar que el Artículo 4(1) de la Directiva 79/7/EEC prohíbe la legislación que no reconoce la pensión de jubilación a una persona que cambia del sexo masculino al sexo femenino por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, cuando esa misma persona habría tenido derecho a dicha pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el derecho nacional, era mujer.

De estos casos se desprende sin duda que la cuestión de la “identidad de género” ha sido objeto de una presión considerable dentro del sistema del Tribunal Europeo de Justicia y, especialmente, en el capítulo de la discriminación basada en el “sexo”.

4.5. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

La *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (CADHP) aplica un esquema de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley que está en la misma línea que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y el PIDCP²⁰⁶. La formulación del artículo 28 de la CADHP es ligeramente diferente de aquella de los instrumentos antedichos en el sentido de que se refiere al deber de cada persona en relación con las demás, en lugar de hacer alusión a un “derecho” general a no sufrir discriminación. No obstante, la base de todos estos instrumentos sigue residiendo en el compromiso con la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Podría decirse que el ámbito de aplicación del “derecho” a no sufrir discriminación en la CADHP es autónomo, como sucede en el PIDCP, y no contempla únicamente la aplicación no discriminatoria de los derechos que se establecen en la Carta Africana, sino que confiere un derecho autónomo e independiente frente a la discriminación. El significado gramatical ordinario de la disposición sobre discriminación en el artículo 28 considera categorías como la “orientación sexual” y la “identidad de género” que por lo demás no aparecen enumeradas específicamente en la CADHP. El artículo 3 de la CADHP

205 Caso C-423/04, *doc. cit.*. Véase también el Caso *K.B c. NHS Agency* en: <http://www.pfc.org.uk/node/361>. El Profesor británico Stephen Whittle señaló lo siguiente: “El caso Richards confirma el caso anterior *K.B c. NHS Pensions Agency*, con mucha más claridad y, en consecuencia, con mucha mayor certeza. Ambos casos se referían a pensiones de jubilación y confirman que cualquier legislación nacional, o práctica aplicada en un lugar de trabajo, que concedan prestaciones proporcionales a la retribución basándose en el sexo o en el estado civil, y que se traduzcan en que a una persona transexual que viva de manera permanente con un nuevo género se le denieguen prestaciones es, en principio, incompatible con las disposiciones del Artículo 141 CE. El Artículo 141 establece que “cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.”. Esto es aplicable con independencia de que una persona trabaje en el sector público o en el sector privado, debiendo entenderse por retribución el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”. (<http://www.pfc.org.uk/files/richards-analysis.pdf>).

206 El Artículo 3 de la CADHP establece que todos los individuos serán “iguales ante la ley” y tendrán derecho a “igual protección de la ley”, mientras que el Artículo 28 prescribe que “todo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos”.

– que confiere igualdad ante la ley e igual protección de la ley – contempla una protección para todos, con independencia de su orientación sexual. Es más, el artículo 2 de la CADHP garantiza la protección de la “orientación sexual”, ya sea en la categoría de “otra condición” o en la definición de “sexo”.

Cabe observar asimismo que incluso si la CADHP reconoce un derecho a no sufrir discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, la afirmación de dichos derechos se puede responder con el argumento correspondiente de que el artículo 27 (2) limita este derecho. Esta disposición estipula que los derechos “se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común”. Habiendo planteado una apariencia (*prima facie*) de violación, incumbe entonces al Estado demostrar que dicho derecho está limitado o restringido en términos del artículo 27 (2). La Comisión Africana ha aplicado un test de proporcionalidad, que exige que dichas limitaciones sean “estrictamente proporcionales a las ventajas que se vayan a obtener y absolutamente necesarias para poder obtenerlas”, no siendo posible interpretar este derecho de manera que quede desprovisto de sentido²⁰⁷. Murray y Viljoen, en su artículo seminal sobre la no discriminación basada en la orientación sexual y la Comisión Africana, han citado argumentos relativos a los valores africanos, la moralidad de la mayoría y la prevención del VIH, que se podrían invocar como limitaciones en cualquier interpretación de un derecho a no sufrir discriminación dentro de la CADHP, y ofrecen un razonamiento acerca de cómo estos argumentos se pueden responder a partir de las normas de proporcionalidad antedichas²⁰⁸.

Es más, la CADHP establece una base clara para la interpretación jurídica de los derechos que posiblemente podría servir para establecer una referencia con el tratamiento dado en otros sistemas de derechos humanos. El artículo 60 de la CADHP estipula que:

“La Comisión se basará en el derecho internacional sobre derechos humanos y de los pueblos, especialmente en las disposiciones de los diversos instrumentos africanos referentes a los derechos humanos y de los pueblos, la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización para la Unidad Africana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos en materia de derechos humanos y de los pueblos, así como en las disposiciones de los diversos instrumentos adoptados por agencias especializados de las Naciones Unidas de los cuales los firmantes de la presente Carta sean miembros”.

Asimismo, el artículo 61 de la CADHP establece que:

“La Comisión también tomará en consideración como medidas subsidiarias para determinar los principios del derecho aplicables, otras convenciones generales o especiales que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, prácticas

207 *Media Rights and Another c. Nigeria*, Comunicaciones 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96 69-70 (1998).

208 Véase, en general, Rachel Murray and Frans Viljoen, “Towards No discrimination on the Basis of Orientation sexual: The Normative Basis and Procedural Possibilities before the African Commission of Human and People’s Rights and African Union”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007, pp. 86-111.

africanas que concuerdan con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de los pueblos, costumbres generalmente aceptadas como normas, principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos, así como precedentes legales y doctrina”.

5. Uso potencial del impacto discriminatorio en la protección de la orientación sexual y la identidad de género

Queda aún por zanjar la cuestión de si una política aparentemente neutral que resulte desproporcionadamente desventajosa para un grupo específico constituye o no una discriminación intolerable. Nos adentramos aquí en un importante campo de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. A menudo, se utilizan disposiciones moralmente vagas contra las minorías sexuales, utilizándose de forma desproporcionada contra los hombres gay leyes como las de la sodomía, a pesar de que implican sexo anal entre un hombre y una mujer.

La visión tradicional ha quedado bien expresada en el dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*²⁰⁹, donde se aplica el razonamiento del Caso Lingüístico Belga²¹⁰. El Tribunal consideró que las leyes en cuestión no violaban el artículo 14 por razones de raza y origen nacional, puesto que el mero hecho de que las leyes tuviesen una repercusión desproporcionada en los negros y asiáticos “no era una razón suficiente para considerarlas de carácter racista: se trataba de un efecto derivado [...] del hecho de que, entre aquellos dispuestos a migrar, algunos grupos étnicos superaban en número a otros”²¹¹. El Tribunal dictaminó asimismo que esos impactos no “transgredían el principio de proporcionalidad”²¹².

El Comité de Derechos Humanos utilizó la misma lógica en un caso donde un sij trató de utilizar la prohibición de la discriminación religiosa del artículo 18 del PIDCP para conseguir que le exonerasen del cumplimiento de una ley canadiense que exigía el uso del casco en las obras de construcción. El Comité llegó a la conclusión de que la “una ley que es a primera vista neutral, en el sentido de que es aplicable a todos sin distinción [...], se trata de una limitación que se justifica por las razones enunciadas en el párrafo 3 del artículo 18 [y] debe considerarse razonable y encaminada a fines objetivos que son compatibles con el Pacto”²¹³, a pesar de que la ley se aplique de manera que “se afirma que dicho requisito es una discriminación de contra las personas de la religión sij en el sentido del artículo 26”²¹⁴.

209 Sentencia de 28 de mayo de 1985, Caso de *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, Aplicaciones Nº 9214/80, 9473/81 y 9474/81

210 Sentencia de 23 de julio de 1968, Aplicaciones Nº 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 y 2126/64

211 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, doc. cit., párrafo 85

212 *Ibid.*, párrafo 88

213 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 9 de noviembre de 1989, Caso de *Karnel Singh Bhinder c. Canadá*, Comunicación Nº 208/1986, párrafo 6.1, en el Doc. de las NU: CCPR/C/37/D/208/1986

214 *Ibid.*, párrafo 6.2

La jurisprudencia europea comenzó a divergir de la visión tradicional con una serie de casos de discriminación en el empleo. Ya en 1986, el Tribunal Europeo de Justicia, en el caso *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz*, dictaminó que “unos grandes almacenes que excluyen a sus empleados a tiempo parcial de su plan de jubilación infringen el artículo 119 del Tratado CEE, cuando dicha exclusión afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, a menos que demuestre que dicha exclusión se basa en factores objetivamente justificados que no estén relacionados con discriminación alguna por razón de sexo”²¹⁵. Esta opinión fue codificada por el Parlamento Europeo en un par de Directivas del Consejo, las Directivas 97/80/CE de diciembre de 1997 y 2000/43/CE de junio de 2000. La primera de estas Directivas, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo ante los Estados miembros de la Unión Europea, definió que existe “‘discriminación indirecta’ cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con base en criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”²¹⁶. La segunda Directiva establece que los Estados de la Unión Europea deben implementar prohibiciones legislativas contra la discriminación racial en el empleo, pudiendo “disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso basándose en pruebas estadísticas”²¹⁷.

Por contraste, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado reacio a aplicar las normas de la Unión Europea en materia de discriminación indirecta, de manera especial fuera del empleo. Por ejemplo, en el caso *Nachova y Otros contra Bulgaria*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tomó nota de la existencia de la Directiva del Consejo 2000/43/CE, pero rehusó aplicarla a un caso en el que una viuda gitana denunció que la policía militar había disparado a su marido (ausente sin permiso), en el contexto más amplio de la discriminación contra los gitanos por las fuerza y cuerpos de seguridad, y que éste era un acto de violencia con una motivación racial que violaba el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹⁸. En cambio, el Tribunal dictaminó que, dados los hechos del caso, sería necesario aportar pruebas que demostrasen una intencionalidad racista, a pesar de que se habían presentado pruebas de prejuicios por parte de la persona que disparó, el juez de instrucción y las autoridades encargadas de la investigación²¹⁹.

Sin embargo, en un caso reciente, *D.H. y Otros contra la República Checa*, un caso que probablemente resultará ser seminal, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló a favor de la parte que invocaba discriminación indirecta²²⁰. Esta sen-

215 Sentencia de 13 de mayo de 1986, Caso 170/84, párrafo 31 (original en inglés, traducción libre).

216 Directiva del Consejo 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo, Celex Nº 31997L0080, Artículo 2 § 2 (original en inglés, traducción libre).

217 Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, Celex Nº 02000L0043, preámbulo, párrafo 15 (original en inglés, traducción libre).

218 Sentencia de 6 de julio de 2005, Asunto de *Nachova y Otros c. Bulgaria*, Aplicaciones Nº 43577/98 y 43579/98, párrafos 80, 144-159 (original en inglés, traducción libre).

219 *Ibid.*, párrafo 157

220 Sentencia de 13 de noviembre de 2007, Asunto de *D.H. y Otros c. República Checa*, Aplicación Nº 57325/00

tencia sugiere que el Tribunal está dispuesto a reconocer este principio, al tiempo que se muestra conservador en su aplicación. El Tribunal dictaminó que una ley checa de educación especial en apariencia neutral, que se traducía en la asignación de los niños gitanos a centros de educación especial con una frecuencia treinta veces superior a aquella de los niños no gitanos, era discriminatoria, señalando que “cuando se ha demostrado que la legislación produce tal efecto discriminatorio, la Gran Sala considera que, a semejanza de lo que sucede en el empleo o la prestación de servicios, en los asuntos de educación, no es necesario [...] demostrar intencionalidad discriminatoria alguna por parte de las autoridades competentes”²²¹. Sin embargo, el caso *D.H. y Otros* también es importante tanto por sus limitaciones como por su decisión. En particular, el Tribunal, sin explicación, limitó su reconocimiento del impacto dispar de la discriminación a los campos de la educación, el empleo y la prestación de servicios. Asimismo, los hechos eran en extremo excepcionales – una diferencia de treinta veces en el impacto entre los niños gitanos y no gitanos. En casos futuros con diferencias menores, el Tribunal podría seguir basándose en jurisprudencia previa más conservadora si lo desea.

El enfoque del Comité de Derechos Humanos de la discriminación con un impacto dispar también ha evolucionado en los últimos años. En su Observación General Nº 18, el Comité declaró que “la discriminación de hecho” puede ocurrir incluso en ausencia de “discriminación de derecho”, y que se prohibía que las autoridades ejerciesen ninguna de ellas²²², dejando así la puerta abierta a una visión o enfoque de que un Estado viola el PIDCP si practica la discriminación de hecho.

En contraste con el enfoque utilizado en Europa y por parte de los órganos de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana ha reconocido el impacto discriminatorio de la legislación aparentemente neutral como intolerable. En el caso *Yatama contra Nicaragua*, la Corte ordenó la revocación de una ley que exigía que los candidatos al Parlamento estuviesen afiliados a un partido político, debido a que los partidos políticos son “una forma de organización [que] no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica”²²³. La Corte realizó un esfuerzo especial al apuntar que las “circunstancias del presente caso [...] no son necesariamente asimilables todas las hipótesis de agrupaciones para fines políticos que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de una misma sociedad nacional”²²⁴.

Por consiguiente, consideró que no es que dicha ley viole *per se* la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, sino más bien que el impacto que tiene en Nicaragua, dada la composición étnica y cultural única de dicho país, la convierte en una violación.

221 *Ibid.*, párrafo 194 (original en inglés, traducción libre).

222 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, *doc. cit.*, párrafos 9 y 12.

223 Sentencia de 23 de junio de 2005, Caso *Yatama c. Nicaragua*, Serie C Nº 127, párrafo 214.

224 *Ibid.*, párrafo 219.

Resumen

- El principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley son interdependientes, y están universalmente reconocidos y protegidos según el derecho internacional. Ambos se derivan de la noción de la dignidad humana inherente.
- La lista de categorías prohibidas de discriminación en los instrumentos internacionales de derechos humanos no es exhaustiva, y la inclusión de la categoría de “otra condición” por los redactores contempla razones como la “orientación sexual” y la “identidad de género”. La jurisprudencia en materia de derechos humanos, tanto universal como regional, al igual que un número reducido de nuevos instrumentos internacionales, han reconocido y reafirmado que la “orientación sexual” y la “identidad de género” forman parte de las razones prohibidas de discriminación.
- El principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley exigen que el Estado no solamente proteja a las personas frente a la discriminación ejercida por parte de los agentes del Estado, sino también por personas o entidades privadas. Es deber del Estado garantizar que todos los seres humanos disfruten sus derechos por igual y sin discriminación. Las prohibiciones de la discriminación racial pertenecen al dominio del *jus cogens* internacional, que no admite excepción en circunstancia alguna.
- Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación autorizan un tratamiento diferenciado y distinciones frente a determinados derechos y libertades entre categorías de personas, como los menores, los indígenas, los extranjeros, los no ciudadanos, etc. El tratamiento diferenciado es tolerable solamente cuando se basa en criterios razonables y objetivos, y debe tener un propósito legítimo. El tratamiento diferencial o la distinción que carezca de una justificación objetiva y razonable o no tenga un propósito legítimo es discriminatorio.

III. El derecho al respeto de la vida privada

“[La orientación sexual [...] es una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana]”.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos²²⁵

1. Naturaleza y alcance jurídico

El “derecho al respeto de la vida privada” está protegido en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos²²⁶. Este derecho se viola cuando se produce una injerencia en la vida privada de una persona por motivos legales o ilegales, de manera arbitraria. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prohíbe las “injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de una persona, su familia, su domicilio o su correspondencia”, y confiere el “derecho a la protección de la ley contra esas injerencias”²²⁷. Esta norma se repite en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la *Carta Árabe de Derechos Humanos*, y la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*²²⁸. La *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* es el único instrumento regional que no dice nada sobre la vida privada o la no injerencia del Estado en la familia²²⁹.

225 Sentencia de 27 de septiembre de 1999, Caso *Smith and Grady c. Reino Unido*, Aplicaciones Nº 33985/96 y 33986/96, párrafo 127.

226 Además de los instrumentos arriba citados, este derecho se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 12), la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (Artículo 5), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, las Reglas Mínimas Uniformes para las medidas sin custodia (las Reglas de Tokio (Regla 3.11), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los juveniles privados de libertad (Reglas 32, 35, 60 y 87), las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil (las Reglas de Beijing) (Regla 8), los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad (Principio 14), los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental (Principio 13), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo VI), los Principios y Directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África (Principio N (h)), el Convenio para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Artículo 1), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 7), y la Declaración de El Cairo de los Derechos Humanos en el Islam (Artículo 18.b).

227 PIDCP, Artículo 17.

228 Convenio de los Derechos del Niño, Artículo 16; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Artículo 14; Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 22 (que exige asimismo la protección de “la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 11; Carta Africana de Derechos Humanos, Artículo 21, y Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, Artículo 10.

229 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículos 18, 27, y 28.

El derecho al respeto de la vida privada es un amplio paraguas que abarca, entre otras cosas, la integridad del hogar, el cuerpo y la familia, la determinación y el desarrollo de la personalidad de una persona, la identidad personal y las relaciones interpersonales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “el derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo. En este sentido, varias garantías de la Convención que protegen la inviolabilidad de la persona, establecen zonas de intimidad”²³⁰. Es imposible lograr una definición exhaustiva de la noción de “intimidad personal”, tal como ha observado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“Sería demasiado restrictivo limitar la noción de un ‘círculo íntimo’ donde la persona pueda vivir su propia vida personal a su elección y excluirse por completo del mundo exterior no comprendido dentro de ese círculo. El respeto a la intimidad personal debe abarcar asimismo en cierta medida al derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”²³¹.

El Tribunal Europeo ha señalado también que el derecho a la intimidad “puede a veces englobar aspectos de la identidad física y social de un individuo [...]. Por ejemplo, la identificación de género, el nombre y la orientación sexual y la vida sexual están dentro de la esfera personal protegida por el artículo 8 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos]”²³².

El Comité de Derechos Humanos ha trazado perfiles adicionales del alcance del derecho al respeto de la vida privada, habiendo señalado que “la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola”²³³.

Los órganos creados en virtud de tratados y los tribunales internacionales han dictaminado violaciones del derecho a la intimidad en una gran variedad de situaciones, incluido el allanamiento ilegal de viviendas privadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad²³⁴, la injerencia del Estado en la libertad reproductiva de las mujeres²³⁵, el diagnóstico no consentido o coercitivo del VIH sin necesidad²³⁶, la falta de protección de las mujeres frente a la violación²³⁷, la injerencia indebida en la correspondencia de los

230 Informe Nº 38/96 de 15 de octubre de 1996, Asunto Nº 10.506, X e Y (Argentina), párrafo 91.

231 Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Caso *Niemitz c. Alemania*, Aplicación Nº 13710/88, párrafo 29. (original en inglés, traducción libre).

232 Sentencia de 29 de abril de 2002, Caso *Pretty c. Reino Unido*, Aplicación Nº 2346/02, párrafo 61 (original en inglés, traducción libre).

233 Comité de Derechos Humanos, Consideraciones de 31 de octubre de 1994, Caso *A.R.Coeriel and M.A.R. Aurik c. Países Bajos*, Comunicación Nº 453/1991, párrafo 10,2.

234 Comité de Derechos Humanos, Consideraciones de 24 de octubre de 2002, Caso *Coronel et al. c. Colombia*, Comunicación Nº 778/1997 en el Doc. de las NU: CCPR/C/76/D/778/1997.

235 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 28: Igualdad de derechos ente hombres y mujeres (Artículo 3), párrafo 20.

236 Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia de 5 de octubre de 1994, Caso X c. *Commission of the European Communities*, Asunto del TJE C-404/92-P, párrafos 19-21 y 23.

237 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 28, (Artículo 3), párrafo 20.

reclusos²³⁸, la negativa arbitraria a autorizar el cambio de nombre²³⁹, el permiso para construir complejos turísticos en los cementerios ancestrales de los pueblos indígenas²⁴⁰, la reglamentación aduanera que prohíbe la importación de medicamentos de uso personal debidamente recetados²⁴¹, y la destrucción injustificada de viviendas durante operaciones militares²⁴², entre muchas otras.

2. Obligación de los Estados de proteger el derecho al respeto de la vida privada

Las autoridades legislativas, administrativas y judiciales competentes del Estado tienen la obligación de garantizar el derecho al respeto de la vida privada. El Comité de Derechos Humanos ha apuntado que “las obligaciones impuestas por [...] el artículo 17 del PIDCP] exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques [arbitrarios o ilegales] y la protección de este derecho”²⁴³. Estas obligaciones exigen que los Estados “abord[en] las actividades de las personas o entidades privadas, [incluidas] las garantías relacionadas con la intimidad del artículo 17, [que] deben estar protegidas por la ley”²⁴⁴. También, “se deben proporcionar medios para que toda persona pueda protegerse eficazmente contra los ataques ilegales que puedan producirse y para que pueda disponer de un recurso eficaz contra los responsables de esos ataques”²⁴⁵.

Los órganos y tribunales internacionales de derechos humanos han considerado en cierto número de ocasiones que, además de la obligación principal de abstenerse de ingerir arbitrariamente en la vida privada, el respeto de la intimidad puede conllevar también obligaciones positivas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha apuntado lo siguiente:

“Los artículos 1 y 2 de la Convención establecen la obligación de asegurar los derechos protegidos por la Convención, y requieren que los Estados Parte adopten ‘las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer

238 Comité de Derechos Humanos, Consideraciones de 23 de marzo de 1983, Caso *Miguel Angel Estrella c. Uruguay*, Comunicación Nº 74/1980, párrafo 9.2.

239 Comité de Derechos Humanos, Caso A.R. Coeriel and M.A.R. Aurik c. *Países Bajos*, doc. cit., párrafos 10.2-10.5.

240 Comité de Derechos Humanos, Consideraciones de 29 de diciembre de 1997, Caso *Francis Hopu and Tepoaitu Bessert c. Francia*, Comunicación Nº 549/1993, párrafo 10.3.

241 Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia de 8 de abril de 1992, Caso *Commission of the European Communities c. República Federal Alemana*, Caso C-62/90.

242 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de abril de 1998, Caso *Selçuk and Asker c. Turquía*, Aplicación Nº 12/1997/796/998-999 párrafos 86-87, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 1 de julio de 2006, Caso *Las Matanzas de Ituango c. Colombia*, párrafos 192-197.

243 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 16 (Artículo 17) - El derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación, párrafo 1.

244 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 31 - La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte, párrafo 8.

245 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 16, párrafo 11.

efectivos tales derechos (reconocidos en la Convención) y libertades'. En consecuencia, todos los Estados Parte en la Convención tienen la obligación de asegurar que estos derechos sean adecuada y efectivamente protegidos por sus ordenamientos jurídicos internos [...]. De acuerdo con la Convención, el Estado [...] tiene una obligación positiva de proteger a las personas que se hallan dentro de su jurisdicción de las violaciones del derecho a la privacidad y, cuando ese derecho fuese violado, proporcionar soluciones prontas, efectivas y adecuadas para reparar cualquier perjuicio derivado de una violación de ese derecho”²⁴⁶.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una opinión similar. El Tribunal:

“ha sostenido ya en varias ocasiones que si bien la principal finalidad del artículo 8 es la de proteger a las personas contra las injerencias arbitrarias del poder público, puede además imponer obligaciones positivas para que se respete efectivamente la vida privada, aunque sujetas al margen de apreciación del Estado, [...]. Para determinar si existe una obligación positiva, hay que tener en cuenta el equilibrio deseable entre el interés general y el del individuo”²⁴⁷.

Los tribunales y órganos creados en virtud de tratados parecen a veces reacios a reconocer una violación del derecho a la intimidad cuando también se ha violado un derecho diferente del mismo instrumento. Por ejemplo, en el caso *Maritza Urrutia contra Guatemala*, la solicitante y su familia sufrieron vigilancia y acoso de la policía antes de que ella se convirtiese en presa política. Posteriormente, ya en la cárcel, sufrió violaciones de su correspondencia y fue obligada a realizar falsas confesiones en público. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que todas aquellas acciones violaban las disposiciones del tratado que otorgaba el derecho de tratamiento humano a los detenidos, y rehusó analizar la cuestión de la intimidad. Asimismo, después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminase que la deportación de un recluso seropositivo a St. Kitts equivaldría a un tratamiento cruel e inhumano según el artículo 3, en razón de la falta de disponibilidad de instalaciones médicas y la ausencia de apoyo familiar, el Tribunal decidió que su derecho a la “integridad física”, también en peligro, “no planteaba una cuestión separada” y no lo consideró²⁴⁹.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas podría haber intentado delinear los contornos exteriores del derecho a la intimidad cuando apuntó que “puesto que todas las personas viven en sociedad, la protección de la intimidad es necesariamente relativa. Sin embargo, los poderes públicos competentes solamente deberían poder o exigir aquella información relacionada con la intimidad personal de un individuo [cuando] dicho conocimiento sea esencial en interés de la sociedad según se entiende en el Pacto”²⁵⁰.

246 Informe Nº 11/96 de 2 de mayo de 1996, Caso 11.230 (Chile), párrafos 66 y 67.

247 Sentencia de 17 de octubre de 1986, Caso *Rees c. Reino Unido*, Aplicación Nº 9532/81, párrafos 35, 37 (original en inglés, traducción libre).

248 Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Serie C Nº 103.

249 Sentencia de 2 de mayo de 1997, Caso *D. c. Reino Unido*, Aplicación Nº 146/1996/767/964, párrafo 64.

250 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 16, *doc. cit.*, párrafo 7.

3. Restricciones arbitrarias o ilegales del derecho al respeto de la vida privada, o injerencia en este derecho

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la intimidad es un derecho no absoluto que se puede restringir en los períodos de normalidad, al igual que en los períodos de emergencia. Sin embargo, nunca se puede considerar que los derechos humanos que estén sujetos a una limitación legal han desaparecido (incluidos los períodos de emergencia): derogación no significa hacerlo inexistente²⁵¹.

En períodos de normalidad, cualesquiera restricciones o injerencias deben estar sujetas a la ley y no ser arbitrarias. El Comité de Derechos Humanos ha considerado que una injerencia o restricción se puede permitir solamente si es esencial en interés de la sociedad, y si la legislación nacional especifica con detalle las circunstancias precisas en que dicha injerencia o restricción debe ocurrir²⁵². Es más, la injerencia debe “[estar] conforme con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y ser razonable en las circunstancias particulares del caso”²⁵³.

El Comité de Derechos Humanos ha considerado que la “injerencia arbitraria” en el derecho a la intimidad puede incluir la injerencia prevista por la ley. El Comité ha indicado que la vigilancia o la censura de las comunicaciones debería estar sujeta a garantías jurídicas satisfactorias frente a su aplicación arbitraria, incluido el control judicial. Los registros en el domicilio de una persona deberían estar restringidos a una búsqueda de las pruebas necesarias, y no debe estar permitido que equivalgan a acoso. En el asunto de los cacheos o registros personales, los Estados deben adoptar medidas eficaces que garanticen que dichos registros se realicen de manera coherente con la dignidad de la persona. La vigilancia de las comunicaciones por teléfono, correo electrónico y fax mantenidas por particulares, dentro y fuera de un Estado, sin ningún control judicial u otro tipo de supervisión independiente, plantea serias cuestiones acerca de la compatibilidad del derecho con una tutela judicial efectiva (artículos 2(3) y 17 del PIDCP)²⁵⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que un Estado tiene un deber de no injerencia en la intimidad de sus ciudadanos, excepto en circunstancias estrictamente limitadas prescritas por la ley que sean de interés público, tengan un propósito legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática²⁵⁵. La Comisión Europea de Derechos Humanos va más allá al determinar que un Estado puede interferir en la intimidad per-

251 Nicole Questiaux, Relatora Especial de la antigua Subcomisión sobre los estados de excepción, estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas de estados de sitio o de excepción, Doc de las NU: E/CN.4/Sub.2/1982/15, párrafo 192.

252 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 16, *doc. cit.*, párrafo 8.

253 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 1 de noviembre de 2004, *Caso Antonius Cornelis Van Hulst c. Países Bajos*, Comunicación N° 903/1999, párrafo 7.3. Véanse, también, Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 3 de abril de 2001, *Caso Rafael Armando Rojas García c. Colombia*, Comunicación 687/1996, y Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 3 de abril de 1997, *Caso Giosue Canepa c. Canadá*, Comunicación N° 558/1993, párrafo 11.4.

254 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Estados Unidos, *doc. cit.*, párrafo 21

255 Véanse, por ejemplo, Sentencia de 24 de abril de 1990, *Caso Huvig c. Francia*; Sentencia de 28 de junio de 1984, *Caso Campbell and Fell v Reino Unido*; Sentencia de 29 de abril de 2002, *Caso Pretty v. Reino Unido*, Aplicación N° 2346/02, y Sentencia de 17 de abril de 2003, *Caso Yılmaz c. Alemania*, Aplicación N° 52853/99.

sonal solamente cuando “el propio individuo pone su vida privada en contacto con la vida pública o en estrecha relación con otros intereses protegidos”²⁵⁶. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideran que en los casos de los derechos, como el derecho a la intimidad, para los que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no prevé reglas que establezcan o limiten la capacidad de los Estados para restringirlos, entonces estos derechos están sujetos a restricción según el artículo 32 (2) de la Convención, que señala que los “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las restricciones de los derechos protegidos en la Convención “deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”²⁵⁷. En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos humanos ha subrayado que:

“El artículo 11.2 [de la Convención Americana] prohíbe específicamente la interferencia ‘arbitraria o abusiva’ de ese derecho. La disposición indica que, además de la condición de legalidad, que se debe observar cuando se imponga una restricción a los derechos consagrados en la Convención, el Estado tiene la obligación especial de prevenir interferencias ‘arbitrarias o abusivas’. La idea de ‘interferencia arbitraria’ se refiere a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir, y falta de razonabilidad [...]”²⁵⁸.

4. Orientación sexual e identidad de género y el derecho a la vida privada

El alcance de la vida privada se puede organizar como decisional, relacional y zonal²⁵⁹. La vida privada decisional se refiere a las elecciones íntimas y personales que se toman en la vida individual y son esenciales para la dignidad personal y la autonomía. La vida privada relacional habla de las relaciones que se entablan a través de la familia, el matrimonio o la procreación, mientras que la vida privada zonal guarda relación con las actividades que ocurren dentro del hogar. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el caso *Toonen contra Australia*, enunció una teoría decisional de la vida privada que incorpora la decisión íntima y privada de un adulto de adoptar una conducta sexual con una pareja del mismo sexo. El Comité decidió que “es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado queda incluida en el concepto de “vida privada” [del artículo 17 del PIDCP]”²⁶⁰. El Comité de Derechos Humanos

256 Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 1977, Bruggemann y Scheuten c República Federal Alemana (original en inglés, traducción libre).

257 Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de los periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, Serie A Nº 5, párrafo 37

258 Informe Nº 38/96 de 15 de octubre de 1996, Caso 10.506, X c. Y (Argentina), párrafo 92.

259 Véase la intervención como *amicus curiae* de Mary Robinson en el caso *Lawrence c. Texas*: <http://hrw.org/press/2003/07/amicusbrief.pdf>.

260 Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso *Nicholas Toonen c. Australia*, Comunicación Nº 488/1992, párrafo 8.2,

consideró que “la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA”, y desestimó el argumento de que “las cuestiones morales deben considerarse como una cuestión que cada país ha de decidir”²⁶¹. Esta decisión ha sido la base de la protección de la orientación sexual y la identidad de género dentro de la jurisprudencia y la doctrina del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, y especialmente respecto a la despenalización de las leyes que penalizan la homosexualidad²⁶². Sin embargo, el caso *Toonen* no abordó todos los aspectos de la intimidad decisional. Un alcance más amplio de la vida privada decisional fue examinado en *A.R. Coeriel y M.A.R. Aurik contra Países Bajos*, cuando el Comité de Derechos Humanos apuntó lo siguiente:

*“La noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola. El Comité considera que el apellido constituye un componente importante de la identidad de una persona, y que la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada incluye la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de apellido”*²⁶³.

Los tribunales nacionales también han desarrollado nociones de la vida privada decisional. La Corte Constitucional de Colombia, considerando tanto el PIDCP como la Constitución colombiana, acuñó una teoría decisional de la intimidad referente a la orientación sexual, expresándola de la manera siguiente:

*“La sexualidad, heterosexual u homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, se integra en el marco más amplio de la sociabilidad. La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (Constitución Colombiana, Artículos 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los límites de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo”*²⁶⁴.

en el Doc. de las NU: CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994

261 *Ibid.*, párrafos 8.5 y 8.4 respectivamente.

262 Véase: Comisión Internacional de Juristas, *International Human Rights References to Human Rights Violations on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, en la página web: http://www.CIJ.org/news.php?id_articulo=3687&lang=en. Véanse en particular las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre distintos países (Compilación de la CIJ, 3ª ed.) (Observaciones Finales sobre: Grecia, CCPR/CO/83/GRC, 31 de marzo de 2005, párrafo 19; Kenia, CCPR/CO/83/KEN, 28 de marzo de 2005, párrafo 27; Namibia, CCPR/CO/81/NAM, 30 de julio de 2004, párrafo 22; Egipto, CCPR/CO/76/EGY, 28 de noviembre de 2002, párrafo 19; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, CCPR/C/79/Add.119, 27 de marzo de 2000, párrafo 14; Polonia, CCPR/C/79/Add.110, 29 de julio de 1999, párrafo 23; Rumanía, CCPR/C/79/Add.111, 28 de julio de 1999, párrafo 16, y Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párrafo 20).

263 Observaciones de 31 de octubre de 1994, Caso *A.R. Coeriel y M.A.R. Aurik c. Países Bajos*, Comunicación Nº 453/1991, párrafo 10.2

264 Sentencia Nº C-098/96 de 7 de marzo de 1996, párrafo 4..

El Tribunal Constitucional sudafricano ha acuñado una teoría de la vida privada en la sexualidad que incluye elementos tanto decisionales como relacionales:

“La intimidad reconoce que todos tenemos un derecho a una esfera de intimidad privada y autonomía que nos permite establecer y cultivar relaciones humanas sin ingerencia de la comunidad exterior. La manera como damos expresión a nuestra sexualidad está en el núcleo de esta zona de intimidad privada. Si al expresar nuestra sexualidad actuamos de mutuo acuerdo y sin perjudicarnos entre sí, la invasión de esos límites será una violación de nuestra intimidad”²⁶⁵.

El sistema interamericano no ha sido utilizado, hasta ahora, para presionar a favor de cuestiones de vida privada decisional en relación con la orientación sexual. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible un caso que, si bien finalmente no prosperó, declaraba que una ley que prohibía las visitas íntimas de los compañeros sentimentales del mismo sexo en la cárcel, mientras permitía las visitas de los heterosexuales, “podría constituir - inter alia- una violación del artículo 11(2) de la Convención Americana en la medida en que podía constituir una injerencia abusiva o arbitraria en la intimidad personal [de una solicitante lesbiana]”²⁶⁶. La Comisión Interamericana ha desarrollado una visión amplia del derecho al respeto de la vida privada:

“Las disposiciones del artículo 11 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] abarcan una serie de factores que hacen a la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales”²⁶⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano de derechos humanos que más ha desarrollado la materia de orientación sexual e identidad de género en relación con el derecho a la vida privada²⁶⁸. El Tribunal ha aprovechado varias oportunidades para reafirmar que “no puede haber duda de que la orientación y la actividad sexual se refieren a un aspecto íntimo de la intimidad personal”²⁶⁹. El caso *Dudgeon contra el Reino*

265 Sentencia de 9 de octubre de 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Caso CCT11/98, párrafo 32 (original en inglés, traducción libre).

266 Informe Nº 71/99 (Admisibilidad) de 4 de mayo de 1999, Caso 11.656, *Marta Lucía Álvarez Giraldo (Colombia)*, párrafo 21.

267 Informe Nº 4/01 de 19 de enero de 2001, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, párrafo 46.

268 Véase, entre otros, Sentencia de 22 de octubre de 1981, Caso *Dudgeon c. Reino Unido*, Aplicación Nº 7525/76; Sentencia de 26 de octubre de 1988, Caso *Norris c. Irlanda*, Aplicación Nº 10581/83; Sentencia de 22 de abril de 1993, Caso *Modinos c. Chipre*, Aplicación Nº 15070/89; Sentencia de 9 de enero de 2003, Casos *S.L. c. Austria*, Aplicación Nº 45330/99; Sentencia de 27 de septiembre de 1999, Caso *Lustig-Prean and Beckett c. Reino Unido*, Aplicación Nº 31417/96 y 3277/96; Sentencia de 19 de febrero de 1997, Caso *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido*, Aplicaciones Nº 1627/93, 21826/93 y 21974/93; Sentencia de 11 de julio de 2002, Caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, Aplicación Nº 28957/95; Sentencia de 12 de junio de 2003, Caso *Van Kück c. Alemania*, Aplicación Nº 35968/97, y Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Caso *Niemietz c. Alemania*, Aplicación Nº 13710/88.

269 Sentencia de 22 de octubre de 1981, Caso *Dudgeon c. Reino Unido*, Aplicación Nº 7525/76, párrafo 52. Véase,

Unido tipifica el enfoque del Tribunal Europeo en los casos que abordan la vida privada y la orientación sexual. Dudgeon era un hombre gay de 35 años que vivía en Irlanda del Norte. La policía visitó su casa en una investigación por drogas relacionada con un tercero y se incautó de literatura y parafernalia gay que le pertenecía. Expuesto a un procedimiento penal conforme a la legislación existente contra la sodomía en Irlanda del Norte, impugnó la legislación. El Tribunal Europeo consideró, según el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que la legislación contra la sodomía constituía una injerencia en la “parte más íntima de la intimidad personal”. En el caso Dudgeon, el Tribunal razonó de la manera siguiente:

“El mantenimiento en vigor de la legislación impugnada constituye una injerencia continuada en el derecho del solicitante al respeto de su vida privada (que incluye su vida sexual) amparado por el artículo 8. [...] La propia existencia de esta legislación afecta directa e indirectamente a la vida privada [de Dudgeon]: ya sea cumple la ley y se abstiene – incluso en privado y de mutuo acuerdo con parejas masculinas – de realizar actos sexuales prohibidos a los que esté dispuesto en razón de sus tendencias homosexuales, o realiza dichos actos, exponiéndose así a un procedimiento penal”²⁷⁰.

El Tribunal dictaminó en consecuencia una violación del artículo 8. El Tribunal ratificó su razonamiento del caso Dudgeon en los casos posteriores de *Norris contra Irlanda*²⁷¹ y *Modinos contra Chipre*²⁷². El Tribunal decidió asimismo que existía una violación del derecho a la vida privada y también del derecho a no sufrir discriminación en el caso *S.L. contra Austria*²⁷³, donde consideró la cuestión de las sanciones penales y una mayoría de edad sexual más elevada para los hombres homosexuales.

Pareció en un principio que la concepción del Tribunal Europeo del ámbito normativo de la vida privada tropezaba con dificultades a la hora de dar preferencia a la legislación contra la sodomía e incorporar la protección de las manifestaciones públicas de la vida privada. El caso *Lustig-Prean y Beckett contra el Reino Unido*²⁷⁴ (18 años después de *Dudgeon*), referente al derecho de las personas gay a prestar servicio militar, marcó un avance significativo en el uso del concepto de vida privada para proteger la orientación sexual de las personas sin limitarse al círculo interno de su vida privada sino para abordar también los aspectos profesional o comercial de la vida y las relaciones. Con base en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal declaró inaplicable la legislación que excluía a los gays y lesbianas del servicio militar, allanando así el camino para una interpretación de la vida privada que consideraba la vida gay a puerta cerrada y extendía los límites públicos a la experiencia gay. Se podría decir que el Tri-

también, Sentencia de 19 de febrero de 1997, Asunto de *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido*, Aplicaciones N° 1627/93, 21826/93 y 21974/93, párrafo 36.

270 Sentencia de 22 de octubre de 1981, Caso *Dudgeon c. Reino Unido*, Aplicación N° 7525/76, párrafo 41 (original en inglés, traducción libre).

271 Sentencia de 26 de octubre de 1988, Caso *Norris c. Irlanda*, Aplicación N° 10581/83.

272 Sentencia de 22 de abril de 1993, Caso *Modinos c. Chipre*, Aplicación N° 15070/89.

273 Sentencia de 9 de enero de 2003, Casp *S. L. c. Austria*, Aplicación N° 45330/99, párrafo 36.

274 Sentencia de 27 de septiembre de 1999, Caso *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, Aplicaciones N° 31417/96 y 3277/96.

bunal no se había dado prisa en desarrollar un marco normativo exhaustivo para los derechos de los gays – y el ámbito de su intimidad – más allá de la despenalización de la sodomía.

En relación con la identidad de género, la Comisión Europea de Derechos Humanos dictaminó en el caso *D. Van Oosterwijk contra Bélgica*, relativo a un transexual que deseaba modificar su partida de nacimiento, que el derecho al respeto de la “vida privada” es el derecho a la intimidad, el derecho a vivir, en la medida en que uno lo desee, protegido de la publicidad. Este derecho comprende asimismo, en cierta medida, el derecho a entablar y a desarrollar relaciones con otros seres humanos, especialmente en el campo emocional, con vistas al desarrollo y la realización de la propia personalidad²⁷⁵. La Comisión dictaminó que la negativa de Bélgica a permitir que los registros civiles reflejasen los cambios de sexo legales violaba el derecho al respecto de la vida privada consagrado en el artículo 8 del CEDH²⁷⁶. Esta decisión fue precursora del enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Dudgeon, Norris y Modinos*, donde se materializó el ámbito de la intimidad decisional conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Donde más han avanzado las cuestiones de identidad de género ha sido en el campo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el artículo 8 (el derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo. La jurisprudencia existente es un reflejo de la evaluación del Tribunal de una “tendencia internacional continuada” a favor del reconocimiento de la identidad de género. En efecto, el Tribunal ha señalado que “asigna menos importancia a la falta de evidencia de un enfoque común europeo de la solución de los problemas jurídicos y prácticos planteados, que a la evidencia clara e indiscutible de una tendencia internacional continuada a favor, no solamente de una aceptación social creciente de los transexuales, sino también del reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales que se hayan sometido a una intervención quirúrgica”²⁷⁷. Como resultado, los casos *Christine Goodwin contra el Reino Unido* y *Van Kück contra Alemania*, considerados precedentes, representan avances importantes en la aplicación del derecho a la intimidad en materia de identidad de género y su expresión. Como dato importante, ambos casos siguen la tendencia de la intimidad decisional puesta de manifiesto en *Dudgeon*, remitiéndose a las nociones de “partes íntimas de la vida privada” y utilizando un lenguaje que habla del desarrollo de la personalidad y la “identidad de género”. Sin embargo, los requisitos de que un solicitante deba manifestar su “identidad de género” como una inquietud médica para poder probar su autenticidad²⁷⁸, como así

275 Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *D. Van Oosterwijk c. Bélgica*, Aplicación Nº 7654/76, 1979

276 Véase, también, la Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Caso *Niemietz c. Alemania*, Aplicación Nº 13710/88, donde el Tribunal apuntó que el respeto de la intimidad personal incluye el derecho a “establecer y desarrollar relaciones”, tanto personales como profesionales, párrafo 29.

277 Sentencia de 11 de julio de 2002, Caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, Aplicación Nº 28957/95, párrafo 84

278 En esta cuestión, el Tribunal Europeo consideró que “no es aparente para el Tribunal que el elemento cromosómico, entre todos los demás, deba inevitablemente asumir una importancia decisiva a los efectos de la atribución jurídica de la identidad de género de los transexuales [...]. El Tribunal no está persuadido por tanto de que el estado del conocimiento científico o de la ciencia médica aporte algún argumento determinante respecto al reconocimiento jurídico de los transexuales”. (Sentencia de 11 de julio de 2002, Caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, doc. cit., párrafo 81)

también demostrar la capacidad de funcionamiento heterosexual para poder probar una transición de género exitosa, continúan siendo problemáticos²⁷⁹.

En el caso *Christine Goodwin contra el Reino Unido*, la solicitante era una ciudadana británica transexual que se había sometido a una intervención hombre-a-mujer²⁸⁰. En su día, había contraído matrimonio con una mujer y tenía cuatro hijos, pero seguía convencida de que su “sexo cerebral” no encajaba con su cuerpo. Se sometió a una cirugía de reasignación de género en un hospital del Servicio Nacional de Salud subvencionada por éste último. La solicitante se había divorciado de su esposa y había seguido manteniendo una buena relación con sus hijos.

Casi inmediatamente, comenzó a experimentar una variedad de desafíos personales y burocráticos como resultado de su reasignación de género. Denunció que entre 1990 y 1992, fue objeto de acoso sexual por sus compañeros de trabajo, siendo posteriormente despedida (como mujer) por razones de salud, aunque adujo que la verdadera razón fue su condición de transexual. Encontró un nuevo trabajo, pero, debido a que el *Department of Social Security* (DSS – Departamento de Seguridad Social) rehusó expedirle un nuevo número de Seguridad Social, su empleador pudo utilizar el número antiguo para rastrear su antigua identidad, y comenzó a tener problemas en el trabajo. Sus compañeros dejaron de hablarle y fue víctima de chismes malintencionados. Además, el organismo de contribuciones del DSS le informó de que no podría beneficiarse de una pensión de jubilación estatal a los 60 años, la edad a que tenían ese derecho las mujeres en el Reino Unido. Le comunicaron que tendría que proseguir con sus contribuciones al régimen de pensiones hasta la fecha en que cumplierse los 65 años, la edad de jubilación de los hombres. Marcaron su historial en el DSS con la palabra “sensitive” (sensible) para asegurarse de que solamente un empleado de una categoría específica tuviese acceso al mismo. La solicitante tenía que concertar las citas en persona para abordar incluso los asuntos más triviales, y en la correspondencia con el DSS se seguía utilizando su antiguo nombre. También tuvo que desaprovechar oportunidades sujetas a la presentación de su partida de nacimiento, incluidos un préstamo condicionado a un seguro de vida, una oferta de subrogación de una hipoteca y un subsidio del DSS para la compra de gasolina durante el invierno. Tuvo que seguir pagando las primas de seguro de su coche aplicables a los hombres. Tampoco denunció a la policía un robo por temor a que la investigación le exigiese revelar su identidad anterior.

Al describir la naturaleza de la injerencia en la vida privada, el Tribunal sostuvo:

“El stress y la alienación derivados de una discordancia entre la posición en la sociedad que asume un transexual que se ha sometido a una intervención de reasignación sexual y la condición que le impone la ley, que rehúsa reconocer el cambio de género, no puede, a criterio del Tribunal, considerarse como un inconveniente menor derivado de una formalidad. Surge un conflicto entre la re-

279 Véase el desarrollo de la idea de que la heterosexualidad va de la mano con el derecho al reconocimiento en [un] nuevo género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en *Susan Marks and Andrew Clapham*, *International Human Rights Lexicon*, *op. cit.*, p.343.

280 Sentencia de 11 de julio de 2002, Caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, Aplicación N° 28957/95.

alidad social y la ley que pone al transexual en una posición anómala, en la que él o ella puede experimentar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad”.

“Según el artículo 8 del Convenio, en particular, donde la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de sus garantías, se protege la esfera personal de cada individuo, incluido el derecho a establecer detalles de su identidad como ser humano individual [...]. En el Siglo XXI, el derecho de los transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral en todo el sentido de que disfrutaban los demás en la sociedad no se puede considerar una cuestión de controversia que requiera un período de tiempo para arrojar más luz sobre las cuestiones implicadas”²⁸¹.

En el caso de *Van Kück contra Alemania*²⁸², la solicitante era un transexual hombre-a-mujer cuya compañía de seguros le había negado la cobertura de los gastos médicos relacionados con su reasignación de sexo. Los tribunales alemanes consideraron el historial de la solicitante – incluido un período de servicio militar, su matrimonio con una mujer y una ausencia de identificación transgénero durante su juventud – llegando a la conclusión de que la propia solicitante había sido la responsable de su transexualidad y, que, por ello, la negativa de la cobertura era legítima²⁸³. La decisión del Tribunal expresaba asimismo dudas acerca de la validez médica y la necesidad de la reasignación de sexo²⁸⁴. Citando a *Goodwin*, entre otros casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que “residiendo la propia esencia del Convenio en el respeto de la dignidad y la libertad humanas, [obliga que] se proteja el derecho de los transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral”²⁸⁵. El Tribunal prosiguió considerando que esto conlleva una obligación positiva además de la obligación de abstenerse de injerir en la vida privada²⁸⁶. El Tribunal llegó a la conclusión de que “el impacto de las decisiones del Tribunal en el derecho de la solicitante al respeto de su autodeterminación sexual como uno de los aspectos de su derecho al respeto a su vida privada” equivalía a un “incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado, y que la carga impuesta a una persona de probar la necesidad médica de tratamiento, incluida una intervención quirúrgica irreversible, en una de las zonas más íntimas de la vida privada, parece desproporcionado”²⁸⁷. En consecuencia, dictaminó una violación del artículo 8 del Convenio Europeo.

El Tribunal ha reafirmado que la propia esencia del Convenio Europeo es el respeto de la dignidad y la libertad humanas, y que se protege el derecho de los transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral. En este campo, el Tribunal ha apuntado que el concepto de “vida privada” es un término amplio que no es susceptible de una

281 Sentencia de 11 de julio de 2002, Caso Christine Goodwin c. Reino Unido, *doc. cit.*, párrafos 77 y 90 (original en inglés, traducción libre).

282 Sentencia de 12 de junio de 2003, Caso Van Kück c. Alemania, Aplicación Nº 35968/97.

283 *Ibid.*, párrafo 45 (original en inglés, traducción libre).

284 *Ibid.*, párrafo 53 (original en inglés, traducción libre).

285 *Ibid.*, párrafo 69 (original en inglés, traducción libre).

286 *Ibid.*, párrafo 70 (original en inglés, traducción libre).

287 *Ibid.*, párrafos 75, 78 y 82 (original en inglés, traducción libre).

definición exhaustiva, y que cubre la integridad física y la integridad psicológica de una persona²⁸⁸. Esto también puede conllevar aspectos de la identidad física y social de un individuo²⁸⁹, como la identificación de género.

4.1. Derecho público comparado y el derecho a la vida privada

El Juez Blackmun, en su voto particular en el ahora anulado caso *Bowers contra Hardwick*²⁹⁰ ante la Corte Suprema de Estados Unidos, manifestaba que el “derecho a la vida privada” (“*right to be left alone*” o a “ser dejado solo”), no se debería considerar sencillamente como un derecho negativo a ocupar un espacio privado libre de la intromisión del gobierno (o privacidad zonal), sino como un derecho a seguir con nuestras vidas, a expresar la personalidad y a tomar decisiones fundamentales acerca de las relaciones íntimas de uno sin criminalización. Analizando esta noción de vida privada en el caso *National Coalition of Gay and Lesbian Equality contra el Ministerio de Justicia*²⁹¹, los Jueces del Tribunal Constitucional sudafricano explicaron que “no existe una buena razón para que el concepto de vida privada deba (como se sugería) ser restringido sencillamente para apartar del Estado el control de aquello que sucede en el dormitorio, con el triste subtexto de que puedes comportarte tan extraña o vergonzosamente como te apetezca, siempre que lo hagas en privado”²⁹². En cambio, el Tribunal explicó que el ámbito de la intimidad reconoce que todos tenemos un derecho a una esfera de intimidad privada y autonomía que nos permite establecer y cultivar relaciones humanas sin injerencia de la comunidad exterior. El modo como expresamos nuestra sexualidad, razonó el Tribunal, es el núcleo de esta zona de intimidad privada. Si, al expresar nuestra sexualidad, actuamos de mutuo acuerdo y sin perjudicar a otro, la invasión de esos límites será una violación del derecho a la intimidad.

El Juez Blackmun expresaba asimismo la opinión de que el concepto de vida privada no contemplaba un marco normativo exhaustivo que abordase la discriminación contra los gays tanto en el componente privado como en el público de la experiencia vivida. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sudafricano argumentó que estas inquietudes se basaban en un concurso innecesario construido artificialmente entre la intimidad y la norma de igualdad / no discriminación y una falta de apreciación del ámbito normativo de la intimidad.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional sudafricano abordó la cuestión apuntando que la legislación contra la sodomía estaba violando simultáneamente la igualdad y la vida privada. El derecho a la igualdad estaba siendo violado debido a la intrusión en la vida privada basada en la falta de respeto por la orientación homosexual de una persona, lo que redundaba en un tratamiento no igualitario. En segundo lugar, el Tribunal adoptó la interpretación extensiva de la intimidad, semejante al voto particular de dis-

288 Sentencia de 26 de marzo de 1985, Caso *X e Y c. Países Bajos*, Aplicación Nº 8978/80, párrafo 22.

289 Sentencia de 7 de febrero de 2002, Caso *Mikulic c. Croacia*, Aplicación Nº 53176/99, párrafo 53.

290 Corte Suprema de Estados Unidos, Sentencia de 30 de junio de 1986 [*Bowers c. Hardwick*, 478 US 186 (1986)]

291 Sentencia de 9 de octubre de 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*, Caso CCT11/98 (original en inglés, traducción libre).

292 *Ibid.*, párrafo 116 (original en inglés, traducción libre).

conformidad en *Bowers contra Hardwick*²⁹³, que no se limitaba a imaginar al individuo aisladamente, sino en la totalidad de su experiencia vivida, tanto pública como privada, y la protección de sus elecciones de vida frente al capricho de la mayoría.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional sudafricano expresó su opinión de que el principio de igualdad estaba siendo menoscabado por el agravio a su dignidad ocasionado por la legislación contra la sodomía de la clase de personas denominadas gays por razón de su orientación sexual. El Tribunal Constitucional dictaminó que los gays constituyen una parte “distinta aunque invisible” de la comunidad, y que la característica que los identifica combina “todas las ansiedades que produce la sexualidad con todos los efectos alienantes resultantes de la diferencia”. La vulneración de la dignidad que infringía la legislación contra la sodomía se traducía en la negación de la “plena ciudadanía moral”, evidenciada en la contaminación del deseo, la atribución de perversidad y de vergüenza a un afecto físico espontáneo entre personas de orientación homosexual.

Esta noción integrada de la igualdad afirma la variabilidad de los seres humanos y rechaza el argumento de que el sentimiento mayoritario es la medida de aquello que es jurídicamente normativo en la cuestión de las libertades individuales y el conflicto potencial con el control social. Las violaciones del derecho a la vida privada, junto con las denuncias de agravio a la dignidad de los hombres homosexuales, refuerzan las denuncias que alegan violaciones de la intimidad y también los argumentos de no discriminación e igualdad ante la ley.

Diversas cortes supremas han dictaminado que sanciones penales contra la homosexualidad violan las garantías jurídicas constitucionales e internacionales a la intimidad y el derecho al disfrute universal de los derechos humanos fundamentales. Incluimos a continuación un breve resumen de algunas de estas decisiones.

Ecuador: 1997 – Sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que el Artículo 516 del Código Penal (sobre el “homosexualismo”) violaba las garantías del derecho internacional a un igual disfrute de los derechos fundamentales por todas las personas.

Colombia: 1994 – Sentencia de la Corte Constitucional en el sentido de que la homosexualidad entre adultos está protegida por la legislación; los homosexuales están protegidos por la norma fundamental de igual protección de la ley, y tienen los mismos derechos fundamentales que los heterosexuales; nada autoriza la discriminación de los homosexuales por razón de su orientación sexual (Sentencia Nº T-539-94 de 30 de noviembre de 1994; véanse también las sentencias Nº T-42370 y T-42955).

Perú: 2004 – Sentencia del Tribunal Constitucional que concede a los gays que prestan el servicio militar la libertad de mantener relaciones sexuales, declarando que una norma que había declarado ilegales dichas relaciones era anticonstitucional (Sentencia de 9 de junio de 2004, Caso Nº 0023-2003-AI/TC).

China - Hong Kong: 2006 – El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia de un Tribunal Superior contra una ley que estipulaba que los hombres menores de 21 años que practicasen la sodomía serían encarcelados de por vida. El jurado compuesto por tres

293 Corte Suprema de Estados Unidos, Sentencia de 30 de junio de 1986 [*Bowers c. Hardwick*, 478 US 186 (1986)]

jueces del Tribunal del Apelación confirmó la decisión original adoptada por el tribunal inferior en agosto de 2005. Las leyes fueron impugnadas por primera vez por William Roy Leung, un hombre gay de 20 años que arguía que debería haber podido mantener una relación sexual sin miedo de ser puesto en prisión. En la sentencia de agosto, el Juez del Tribunal Superior Michael Hartmann tomó partido por el señor Leung, diciendo que las leyes contra la sodomía infringían los derechos a la intimidad y a la igualdad de los hombres gay. Si bien los hombres gay sorprendidos practicando la sodomía antes de cumplir los 21 años se enfrentaban a ir a prisión de por vida, las parejas heterosexuales podían tener legalmente sexo a la edad de 16 años. En esta decisión, de 20 de septiembre, el Tribunal de Apelación desestimó el recurso del gobierno.

Nepal: Diciembre de 2007 – El Tribunal Supremo ordenó al gobierno que derogase la legislación que discriminaba a los homosexuales. El Tribunal ordenó asimismo que a las minorías sexuales se les garantizaran los mismos derechos que a los demás ciudadanos. En su sentencia, dos jueces del Tribunal Supremo dijeron: "El gobierno de Nepal debería formular nuevas leyes y modificar las existentes, con el fin de proteger los derechos de estas personas. Las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales son personas físicas con independencia de su género masculino o femenino, y están legitimadas para ejercer sus derechos y vivir una vida independiente en sociedad".

Fiji: 2005 – Dhirendra Nadan, 23 años, y Thomas McCosker, 55 años, habían sido condenados a dos años de cárcel en abril de 2005 por "delitos contra natura" y "ultraje contra la moral pública". Esta pareja no tuvo quien les representase en su juicio original, en el que fueron considerados culpables, pero recurrió la sentencia. En su decisión sobre el recurso, el Juez del Tribunal Superior Gerard Winter dijo que sus condenas no eran válidas porque no eran coherentes con la protección de la intimidad y la igualdad consagrada en la Constitución de 1997. El Artículo 38 de la Constitución de Fiji prohíbe la discriminación basada en toda "característica o circunstancia personal real o supuesta, incluida [...] la orientación sexual", mientras que el Artículo 37 de la Constitución protege asimismo el "derecho al respeto a la vida privada".

Uganda: Diciembre de 2008 – El Tribunal Superior de Uganda en Kampala (Sala de lo Civil) dictaminó que los derechos constitucionales de Uganda son aplicables a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero, con independencia de su orientación sexual.

5. Injerencia y restricción del disfrute del derecho a la vida privada en materia de orientación sexual e identidad de género

El deber de proteger el derecho a la intimidad en relación con la orientación sexual plantea la cuestión de la ilegalidad y arbitrariedad de la injerencia. El Comité de Derechos Humanos, en el caso *Toonen contra Australia*, recordó que:

"Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias. [...] El requisito de ser razonable implica que

*cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso*²⁹⁴.

Aquí, el Comité de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que la criminalización de las prácticas homosexuales era a la vez arbitraria y desproporcionada. La criminalización constituye una injerencia arbitraria en el derecho a la intimidad, que incluye la actividad sexual consentida entre adultos en privado²⁹⁵. El Comité apuntó que “la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA”²⁹⁶, especialmente cuando “no se ha observado relación entre el mantenimiento de la penalización de las actividades homosexuales y el control eficaz de la difusión del VIH/SIDA”²⁹⁷.

La consideración actual de la injerencia y la restricción del derecho a la vida privada en la esfera de la orientación sexual y la identidad de género fue desarrollada fundamentalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha abordado varios casos durante las últimas décadas. Ya en 1976, el Tribunal Europeo declaraba en su sentencia en el caso *Handyside*²⁹⁸ que, al investigar si la protección de la moral exigía las diversas medidas adoptadas, tenía que realizar una “evaluación de la realidad de la premiante necesidad social que suponía la noción de “necesidad” en este contexto”, indicando que “cada ‘restricción’ impuesta en esta esfera debía guardar proporción con el propósito legítimo perseguido”. El Tribunal confirmó este enfoque en el caso *Dudgeon*²⁹⁹, en el que declaró que dado que este caso se refería al aspecto más íntimo de la vida privada, tenían que existir razones especialmente graves antes de que las injerencias por parte del público pudiesen ser legítimas a los efectos del párrafo 2 del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal citó que los principios de tolerancia y amplitud de criterio apuntaban la definición de un derecho del Convenio, y argumentó que la noción de aquello que era “necesario en una sociedad democrática” sería coherente con un derecho del Convenio solamente cuando guardase proporción con el propósito legítimo perseguido. El Tribunal citó asimismo que, no obstante el margen de apreciación dejado a las autoridades nacionales, incumbía al Tribunal determinar si la injerencia denunciada guardaba proporción con la necesidad social invocada.

El Tribunal citó asimismo una creciente tolerancia del comportamiento homosexual en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, apuntando que ya no se consideraba necesario o adecuado penalizar las prácticas homosexuales consentidas. En cuanto a la cuestión de la proporcionalidad, el Tribunal consideró que los efec-

294 Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso *Nicholas Toonen c. Australia*, Comunicación Nº 488/1992, párrafo 8.3

295 *Ibid.*, párrafo 8.2. En la misma línea, véanse, entre otros, las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre: Chile, CCPR/C/79/Add.104 de 30 de marzo de 1999, párrafo 20; Jamaica, CCPR/CO/83/KEN de 29 de abril de 2005, párrafo 27; Polonia, CCPR/C/79/Add.110 de 29 de julio de 1999, párrafo 23, y Rumanía, CCPR/C/79/Add.111 de 28 de julio de 1999 párrafo 16.

296 *Ibid.*, párrafo 8.5.

297 *Ibid.*

298 Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Caso *Handyside c. Reino Unido*, Aplicación Nº 5493/72, párrafos 46, 48 y 49.

299 Sentencia de 22 de octubre de 1981, Caso *Dudgeon c. The United Kingdom*, Aplicación Nº 7525/76, párrafos 48 y siguientes.

tos perjudiciales que la propia existencia de las disposiciones legislativas en cuestión podría tener en la vida de una persona con una orientación homosexual como la del solicitante pesaban más que las justificaciones para mantener la legislación en vigor sin modificarla. El Tribunal señaló que “no se puede negar que, hasta cierto punto, la regulación de la conducta homosexual masculina, como sucede de hecho con otras formas de conducta sexual, por medio del derecho penal, se puede justificar como ‘necesaria en una sociedad democrática’. La función global que el derecho penal cumple en esta esfera consiste en [...] ‘mantener el orden público y el decoro [y] proteger al ciudadano de lo ofensivo o nocivo’. Es más, esta necesidad de cierto grado de control se puede extender incluso a los actos consentidos realizados en privado, sobre todo cuando se hace necesario [...] que se ofrezcan suficientes garantías frente a la explotación y la corrupción de los demás”³⁰⁰. Sin embargo, el Tribunal ha subrayado que “a pesar de que los miembros del público que consideran la homosexualidad como inmoral puedan sentirse indignados, ofendidos o molestos porque otros realicen actos homosexuales en privado, esto no podrá en sí mismo justificar la aplicación de sanciones penales cuando en dichos actos participen solamente adultos de común acuerdo”³⁰¹.

En el caso *Christine Goodwin*, el Tribunal comentó en su evaluación que se había pronunciado en contra en casos similares³⁰², pero citó el hecho de que el Tribunal debe tener en consideración las condiciones cambiantes dentro del Estado demandado y dentro de los Estados parte en general. También reconoció la necesidad de responder a cualquier evolución de la convergencia en los niveles a alcanzar y reconoció la grave injerencia en la vida privada que puede surgir cuando el estado de la legislación interna está en pugna con un aspecto importante de la identidad personal³⁰³. El Tribunal consideró de la máxima importancia que la “transexualidad tenga un reconocimiento internacional como dolencia médica que requiere tratamiento terapéutico. Por ejemplo, la cuarta edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de Problemas Mentales (*Diagnostic and Statistical Manual* (DSM-IV) sustituyó el diagnóstico de la transexualidad (*transsexualism*) por el de “problema de identidad de género” (*gender identity disorder*); véase asimismo la décima edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (*International Classification of Diseases* (ICD-10))”³⁰⁴.

El caso *Müller y otros contra Suiza* demuestra que, en el contexto de la protección de la moralidad pública, el Tribunal sigue aplicando los mismos tests para determinar qué es “necesario en una sociedad democrática”³⁰⁵. En dicho caso, el Tribunal, al adoptar su de-

300 *Ibid.*, párrafo 49 (original en inglés, traducción libre).

301 *Ibid.*, párrafo 60 (original en inglés, traducción libre).

302 Sentencia de 17 de octubre de 1986, *Caso Rees c. Reino Unido*, Aplicación Nº 9532/81; Sentencia de 27 de septiembre de 1999, *Caso Cossey c. Reino Unido*, Aplicación Nº 10843/84; Sentencia de 22 de abril de 1997, *Caso X., Y. y Z. c. Reino Unido*, Aplicación Nº 75/1995/581/667; Sentencia de 30 de julio de 1998, *Caso Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, Aplicación Nº 31-32/1997/815-816/1018-1019, y Sentencia de 25 de marzo de 1992, *Caso B. c. Francia*, Aplicación Nº 13343/87.

303 Véase *Dudgeon c. Reino Unido*, *doc. cit.*, párrafo 4.1.

304 Sentencia de 11 de julio de 2002, *Caso Christine Goodwin c. Reino Unido*, Aplicación Nº 28957/95, párrafo 81 (original en inglés, traducción libre).

305 Sentencia de 24 de mayo de 1988, *Caso Müller y otros c. Suiza*, Aplicación Nº 10737/84, párrafos 31-37 y 40-44.

cisión, examinó si las medidas impugnadas, que perseguían el propósito legítimo de proteger la moralidad, respondían tanto a una necesidad social apremiante como cumplían el principio de la proporcionalidad³⁰⁶.

Se puede decir que la referencia a una norma predominante de tolerancia de la homosexualidad en Europa en el caso *Dudgeon*, por ejemplo, distancia la sentencia en su aplicabilidad a algunos otros foros. El uso de Europa como norma de conducta razonable en estas circunstancias es extremadamente problemático dados los intensos sentimientos nacionalistas que prevalecen en algunas partes del mundo y también en la propia Europa. Se podría plantear una falta correspondiente de tolerancia en el lugar en cuestión para argumentar la intención de mantener la legislación que prohíbe la sodomía. Pese a que esta sentencia tiene gran peso en el contexto de Europa, sigue siendo incuestionable que su fuerza emana de los argumentos sobre el menoscabo de la “parte más íntima de la vida privada” y de una interpretación favorable del test de proporcionalidad. Cabe asimismo apuntar que la fuerza del argumento de la vida privada en la despenalización de la sodomía resultó ser satisfactoria a esos efectos en Europa, puesto que superó la firme resistencia social (religiosa) en Irlanda del Norte en *Dudgeon*, en Irlanda en *Norris*, y en Chipre en *Modinos*

5.1. Derecho público comparado e injerencia y restricción del derecho a la vida privada

El razonamiento que ofreció la mayoría de la Corte Suprema de Estados Unidos en el ahora anulado caso *Bowers contra Hardwick* tipifica la retórica empleada en los numerosos países que mantienen la legislación contra la homosexualidad basándose en el sentimiento mayoritario. Al negarse a aceptar la impugnación constitucional de la legislación contra la sodomía del Estado de Georgia, el Juez Bryan, que votó con la mayoría, que la Constitución Federal no confería a los homosexuales un derecho fundamental para que practicasen la sodomía. Citó los orígenes históricos de la legislación contra la sodomía, y dictaminó que su prohibición estaba “profundamente arraigada en la historia y la tradición de esta Nación”. Estableció la base racional de la legislación contra la sodomía invocando las nociones de moralidad y la presunta convicción de la mayoría del electorado en Georgia de que la sodomía homosexual era inmoral e inaceptable. La Corte no rechazó la jurisprudencia previa que había interpretado la Constitución de manera que protegían las relaciones privadas en el matrimonio y la familia, sino que rehusó extender esta protección a las relaciones homosexuales consentidas entre adultos.

El Juez Blackmun, en su enérgico voto en disenso, consideró la cuestión como el “derecho constitucional a la vida privada” (*right to be left alone – a ser dejado solo*), aduciendo que:

“Solamente la más terca ceguera debiera ocultar el hecho de que la intimidad sexual es una delicada relación esencial de la existencia humana [...]. El hecho de que las personas se definan de manera significativa a través de sus relaciones sexuales íntimas con otras sugiere, en una Nación tan diversa como la nues-

306 *Ibid.*, párrafos 32, 40 y 43.

*tra, que debe de haber muchas maneras “correctas” de conducir esas relaciones, y que buena parte de la riqueza de una relación provendrá de la libertad que un individuo tenga para elegir la forma y la naturaleza de estos nexos intensamente personales”*³⁰⁷.

El Juez Blackmun echó por tierra el recurso a la antigüedad de las leyes utilizado por la mayoría, declarando que la edad de las leyes no las hacía inescrutables, sobre todo cuando los motivos por los que se habían establecido ya habían desaparecido. Su interpretación del derecho a la vida privada no fue meramente parcial, sino suficientemente extensivo para proteger el derecho a expresar la personalidad y desarrollar asociaciones íntimas sin injerencia del Estado.

El abismo entre las consideraciones de la mayoría y aquellas de una minoría en disconformidad en *Bowers contra Hardwick* fue un reflejo de los diferentes conceptos de “Nación” – o de obligación del Estado – entre los jueces. La opinión mayoritaria interpretaba el Estado en términos monolíticos que se pronuncia a partir del sentimiento mayoritario, mientras que la opinión minoritaria veía la Nación como una entidad plural que tiene el deber de proteger al individuo incluso cuando la mayoría está en contra. La vida privada se proyecta como el amortiguador entre el Estado y el individuo. El Profesor Sheldon Leader aduce que el objeto del Convenio y la Constitución reside en examinar si la legislación cumple las respectivas normas de ambos instrumentos³⁰⁸. Cuando se toman decisiones basándose exclusivamente en el hecho de que representan la visión mayoritaria de la comunidad, como sucedió en el voto mayoritario en *Bowers contra Hardwick*, es que el juez ha renunciado a ejercer su papel, y ha convertido a la comunidad en juez en su propia causa.

La Corte Suprema de Estados Unidos en *Lawrence contra Texas* – que anuló a *Bowers contra Hardwick* – indicó que a pesar de las potentes voces que habían condenado la homosexualidad como inmoral en el pasado, el papel de la Corte consistía en definir la libertad de todos y no en dictar su propio código moral³⁰⁹. El razonamiento de la mayoría apuntaba a que las leyes y tradiciones del pasado medio siglo demostraban “la emergencia de una conciencia de que la libertad confiere una protección significativa a las personas adultas a la hora de decidir cómo vivir sus vidas privadas en los asuntos relativos al sexo”³¹⁰. De forma crucial, la Corte declaró que en la medida en que la decisión en *Bowers contra Hardwick* se había basado en los valores compartidos con la civilización más amplia, el razonamiento de la causa había sido desde entonces rechazado por el Sistema Europeo de Derechos Humanos, y que otras naciones habían adoptado medidas coherentes con el reconocimiento del derecho protegido de los adultos homosexuales a llevar adelante una conducta íntima consentida. Adicionalmente, la Corte

307 Corte Suprema de Estados Unidos, Sentencia de 30 de junio de 1986 [*Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986)]. El Juez Brennan, el Juez Marshall y el Juez Stevens se unen al voto particular de disconformidad del Juez Blackmun. (Original en inglés, traducción libre).

308 Sheldon Leader, “*The Right to Privacy, the Enforcement of Morals, and the Judicial Function: An Argument*”, en *Current Legal Problems*, editores: Roger Rideout & Bob Hepple, Sweet & Maxwell/Stevens/Stevens, 1990

309 Tribunal Supremo de Estados Unidos, Sentencia de 26 de junio de 2003 [*Lawrence et al. v. Texas* (02-102) 539 U.S. 558 (2003)]

310 *Ibid.*

dictaminó que no existía un interés urgente o legítimo por parte del gobierno en circunscribir esta esfera de elección personal. La mayoría aceptó la opinión minoritaria en disconformidad en *Bowers contra Hardwick*, que adujo que: (1) el hecho de que una mayoría en el gobierno de un Estado haya considerado tradicionalmente que una práctica en particular sea inmoral no es razón suficiente para mantener una ley que prohíba dicha práctica, y (2) las decisiones individuales relativas a las intimidades de las relaciones físicas, incluso cuando no se tiene la intención de tener descendencia, son una forma de “libertad” protegida por el debido proceso. Dado que la causa implicaba el consentimiento entre adultos, y que no existía evidencia de perjuicio o coerción, el Tribunal decidió que no existía ningún interés legítimo por parte del gobierno en circunscribir la intimidad del individuo.

El ámbito normativo del “derecho a la vida privada” reconoce un interés gubernamental dirigido a la “protección”. Estas limitaciones son las consideraciones habituales de interés público, y el test de equilibrio o los intereses de orden público están bien indicados. Algunos han aducido que existen tres principios limitativos que se pueden discernir dentro de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que son de aplicación al sexo³¹¹. (a) el principio del daño o perjuicio³¹², (b) la restricción a actos entre adultos de mutuo acuerdo³¹³, y c) la denegación de la protección frente a una conducta sexual comercial, incluso si ocurre en el domicilio. En Sudáfrica, en el caso *National Coalition of Gay and Lesbian Equality contra el Ministerio de Justicia*, se adujo un interés gubernamental similar, que se expresó de esta manera:

“Este interés gubernamental existe debido a un perjuicio percibido. En las relaciones privadas, las personas pueden ser penalizadas por mantener sexo intergeneracional, intrafamiliar y entre especies en público o en privado. El sexo que implica violencia, engaño, voyerismo, intrusión o acoso es algunas veces punible o procesable, dondequiera que tenga lugar”³¹⁴.

Resumen

- La orientación sexual y la identidad de género son una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana y del derecho al respeto de la vida

311 Intervención como amicus curiae de Mary Robinson en *Lawrence c. Texas*, en la página web: (<http://hrw.org/press/2003/07/amicusbrief.pdf>) en la p.16

312 En su sentencia de 19 de febrero de 1997, en el caso Laskey, *Jaggard and Brown c. Reino Unido*, doc. cit., el Tribunal hace hincapié en el principio de perjuicio al rehusar ampliar el ámbito del caso *Dudgeon* para proteger la actividad sexual sadomasoquista consentida en el domicilio. El Tribunal puso de relieve que “no toda actividad sexual llevada a cabo a puerta cerrada cae necesariamente dentro del ámbito del artículo 8”, párrafo 36.

313 En el propio caso *Dudgeon*, el Tribunal admitió que “algún grado de regulación de la conducta homosexual masculina” por el derecho penal estaba justificada, incluso respecto a los actos consentidos cometidos en privado, “ofreciendo protecciones suficientes contra la explotación y la corrupción de los demás, especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, su falta de experiencia o su especial dependencia física, oficial o económica, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

314 Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Sentencia de 9 de octubre de 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, caso CCT11/98.

privada. Es indiscutible que la actividad sexual consentida entre adultos, realizada en privado, está comprendida dentro del concepto de “vida privada”, y que la identidad de género y la orientación y la actividad sexuales se refieren a un aspecto íntimo de la vida privada.

- El derecho al respeto de la vida privada es un amplio paraguas que abarca, entre otras cosas, la integridad del hogar, el cuerpo y la familia, junto con la determinación y el desarrollo de la propia personalidad, la identidad personal y las relaciones interpersonales. Este derecho se viola cuando se produce una injerencia en la vida privada de un individuo, ya sea ilegalmente o legal pero arbitrariamente.
- Los Estados tienen la obligación internacional de garantizar el derecho al respeto de la vida privada. Esta obligación incluye el deber de no injerencia en la vida privada y la obligación de impedir que terceros ataquen la vida privada. Esta obligación entraña deberes tanto positivos como negativos.
- El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto, y se puede suspender en períodos de emergencia. Esta derogación no supone una supresión de dicho derecho.
- En períodos de normalidad, el derecho a la vida privada puede estar sujeto a restricciones o injerencias, debiendo estas últimas estar sujetas a la ley y no ser arbitrarias. Las injerencias o restricciones son admisibles solamente si:
 - son esenciales para los intereses de la sociedad y necesarias en una sociedad democrática;
 - cumplen un propósito y un fin legítimos;
 - son razonables en las circunstancias particulares del caso;
 - están previstas en la ley, que especifica en detalle las circunstancias precisas en que dichas injerencias o restricciones pueden ocurrir, y
 - son compatibles y coherentes con el derecho internacional de los derechos humanos.
- Las limitaciones admisibles del derecho a la vida privada son las consideraciones habituales de interés público, los tests de equilibrio y las cuestiones de orden público. Algunas de estas limitaciones incluyen la protección del individuo frente a un perjuicio, la restricción de ciertos actos a adultos que consientan y la denegación de protección en el caso de una conducta sexual comercial, incluso si ocurre dentro del domicilio. Los principios de tolerancia y amplitud de criterio son importantes a la hora de encontrar un equilibrio entre consideraciones en conflicto relativas a la intimidad del individuo.

IV. Privación arbitraria de la libertad

“La detención de [...] personas procesadas por la razón de que, por su orientación sexual, incitaron a la “disensión social” constituye una privación de libertad arbitraria, pues infringe lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la detención arbitraria³¹⁵

1. Naturaleza y alcance jurídico

El derecho internacional reconoce y protege el derecho a la libertad y el derecho a no ser privado arbitrariamente de libertad³¹⁶. El concepto de privación de libertad adopta diferentes formas, que incluyen el arresto³¹⁷ y la detención³¹⁸. Incluye asimismo cualquier clase de privación de libertad: prisión preventiva, detención gubernativa, custodia policial, internamiento y arresto domiciliario, entre otras. El “derecho a la libertad” está estrechamente asociado al “derecho a la seguridad de la persona”³¹⁹, protegido en el

315 Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, Opinión N° 7/2002 (Egipto), de 21 de junio de 2002, párrafo 28, Doc. de las NU: E/CN.4/2003/8/Add.1

316 Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 3 y 9), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículo 9), Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 16), Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 17), Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (artículo 5.1), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 6), Principios y Directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África (Principio M), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículos I y XXV), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7), Carta Africana de Derechos Humanos (artículo 14), y Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 5)

317 El Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión ofrece la definición siguiente de “arresto”: “*el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad*”.

318 Por “detención” se entiende la condición de las personas privadas de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito”. (Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, “Uso de los términos”)

319 Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 25 de octubre de 2000, Caso *Rodger Chongwe c. Zambia*, Comunicación N° 821/1998, CCPR/C/70/D/821/1998; el Dictamen de 20 de marzo de 2000, Caso *Carlos Dias c. Angola*, Comunicación N° 711/1996, CCPR/C/68/D/711/1996, y el Dictamen de 12 de julio de 1990, Caso *William Eduardo Delgado Páez c. Colombia*, Comunicación N° 195/1985, CCPR/C/39/D/195/1985. Véanse también las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2003 y 5 de mayo de 2005 (Gran Sala), Caso *Öcalan c. Turquía*, Aplicación N° 46221/99. El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos hace referencia al derecho a la vida, al derecho a la libertad y al derecho a la seguridad de la persona.

artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto protege el derecho a la seguridad personal también fuera del contexto de la privación formal de libertad. Una interpretación del artículo 9 que admita que un Estado Parte haga caso omiso de amenazas contra la seguridad de personas no detenidas sujetas a su jurisdicción haría totalmente ineficaces las salvaguardias del Pacto”³²⁰. Los Estados tienen la obligación de adoptar y poner en práctica medidas legislativas o de otro tipo para garantizar el derecho a la libertad y prevenir la detención arbitraria. Para proteger el derecho a la libertad, el derecho internacional ha establecido numerosas garantías destinadas a proteger a las personas frente a una detención o un arresto ilegales o arbitrarios.

Según los tratados internacionales de derechos humanos aplicables³²¹, el derecho a la libertad puede estar sujeto a una suspensión en estados de emergencia. Sin embargo, dichas suspensiones deben ser coherentes con otras obligaciones bajo el derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario, en particular las normas imperativas de derecho internacional, que van más allá de la lista expresa de disposiciones no derogables establecidas en los tratados de derechos humanos³²², y que no pueden privar a los detenidos de las garantías destinadas a proteger los derechos no derogables. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que no se puede invocar un estado de emergencia o un estado de guerra como justificación para practicar una detención no reconocida, privar arbitrariamente a las personas de su libertad, o negar a alguien privado de su libertad el derecho a recibir un trato humano y el respecto de la dignidad inherente a la persona humana³²³.

2. Definición de la privación arbitraria de la libertad

El Artículo 9 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* establece que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. La Declaración no define el término “arbitrario”. Cabe apuntar que la jurisprudencia en materia de arresto y detención se solapa aunque constituye dos ramas separadas. Mientras que la jurisprudencia sobre el arresto trata las razones que se aducen para detener a un individuo, la relativa a la detención analiza cuestiones adicionales relacionadas con el hecho de mantener a una persona detenida por un cierto tiempo.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha subrayado que “para que una detención esté en conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 [del PIDCP] necesita no sólo ser lícita, sino también razonable y necesaria en todas las circunstancias”³²⁴. También ha indicado que “la detención preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible”³²⁵.

320 Dictamen 20 de marzo de 2000, Caso *Carlos Dias c. Angola*, *doc. cit.*, párrafo 8.3

321 PIDCP (Artículo 4), Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Artículo 27), y Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 15)

322 Comité de Derechos Humanos, *Observación General Nº 29, Estados de emergencia (Artículo 4)*, párrafo 11

323 *Ibid.*, párrafos 11 y 13

324 Dictamen de 5 de noviembre de 1999, Caso *Aage Spakmo c. Noruega*, Comunicación No 631/1995, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/67/D/631/1995 de 11 de noviembre de 1999, párrafo 6.3.

325 Comité de Derechos Humanos, *Observación General Nº 8, Derecho a la libertad y a la seguridad personales*

El Comité de Derechos Humanos ha considerado, en el marco de una detención temporal o preventiva de naturaleza judicial, que:

“La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 [del PIDCP] confirma que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad...Ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito”³²⁶.

Es posible identificar varios criterios generales de arbitrariedad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, a pesar de que cada tipo de privación de libertad puede exigir criterios adicionales o específicos. Estos criterios incluyen la legalidad, legitimidad, necesidad, proporcionalidad y protección de otros derechos humanos, incluidos, entre otros, el derecho a interponer recursos y a la seguridad de la persona.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos³²⁷, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³²⁸ y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos³²⁹ siguen esta lógica: para evitar la arbitrariedad, la detención debe estar prevista en la ley y esa legislación nacional debe ser conforme con el derecho regional e internacional.

A principios de 1962, un Comité de las NU realizó un “estudio sobre el derecho de toda persona a no ser sometida a detención arbitraria, detención o exilio”³³⁰, y llegó a la con-

(Artículo 9), párrafo 3. Véanse también las *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, Doc. de las NU: CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párrafo 10.

326 Dictamen de 23 de julio de 1990, Caso *Hugo van Alphen c. Países Bajos*, Comunicación N° 305/1988, Documento de la ONU CCPR/C/39/D/305/1988 de 15 de agosto de 1990, párrafo 5.8. Véanse también los Dictámenes de: 5 de noviembre de 1999, Caso *Aage c. Noruega*, Comunicación N° 631/1995, párrafo 6.3 (CCPR/C/67/D/631/1995); de 21 de julio de 1994, Caso *Albert Womah Mukong c. Camerún*, Comunicación N° 458/1991, párrafo 9(8) (CCPR/C/51/D/458/1991); y de 3 de abril de 1997, Asunto A (*se ha suprimido el nombre*) [representado por un abogado] c. *Australia*, Comunicación N° 560/1993, párrafo 9.2 (CCPR/C/59/D/560/1993).

327 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos especifica que la privación de libertad debe proteger a los individuos de la arbitrariedad de conformidad con el Artículo 5 del Convenio: Véanse la Sentencia de 15 de noviembre de 1996, Caso *Chahal c. Reino Unido*, párrafo 118; Sentencia de 12 de marzo de 2003, Caso *Öcalan c. Turquía*, párrafo 86; Sentencia de 18 de diciembre de 1986, Caso *Bozano c. Francia*, párrafo 54; y Sentencia de 27 de septiembre de 1990, Caso *Wassink c. Países Bajos*, párrafo 24. En la misma línea, véase también el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 121.

328 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que a pesar de que es posible practicar un arresto de acuerdo con el procedimiento – si no tiene un propósito razonable, entonces es arbitrario; véase el Informe N°43/96, Caso 11.430, *General José Francisco Gallardo Rodríguez (México)*, párrafos 65-70. También ha indicado que la ley interna debe ser conforme con los propósitos fundamentales subyacentes al Artículo XXV, que protege a los individuos de las privaciones arbitrarias de libertad; véase el Informe N° 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra et al* (Estados Unidos), párrafo 211.

329 La Comisión Africana ha subrayado que “por lo tanto, cualquier ley interna que pretenda violar este derecho debe ser conforme con las normas y reglas establecidas internacionalmente. [...] El Artículo 6 de la Carta Africana indica asimismo que nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente. La prohibición de la arbitrariedad exige, entre otras cosas, que la privación de libertad esté bajo la autoridad y supervisión de personas competentes para certificarla desde el punto de vista sustantivo y de procedimiento”, Comunicación N° 241/2001, Caso *Purohit y Moore / Gambia*, párrafos 64-65.

330 Este Comité fue creado por la Antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1956 con el ob-

clusión de que “un arresto o detención es arbitrario (a) en razón de o de acuerdo con procedimientos distintos a los establecidos por la ley, o (b) conforme a las disposiciones de una ley cuyo propósito sea incompatible con el respeto del derecho a la libertad y la seguridad de la persona”³³¹. Considerando esos criterios, el Grupo de Trabajo de las NU sobre la detención arbitraria ha desarrollado tres categorías de detención arbitraria:

- cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que [...] justifique [la privación de la libertad] (como el mantenimiento de una persona en detención tras haber cumplido la pena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable) (categoría I),
- cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y además, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (categoría II), y
- cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario (categoría III)³³².

3. Criterios básicos de la privación legal de libertad

Para evitar ser arbitraria, cualquier privación de libertad debe estar basada en los siguientes criterios: legalidad sustantiva y de procedimiento, legitimidad de propósito, necesidad, proporcionalidad y observancia de los derechos humanos³³³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que “el control judicial de las injerencias del ejecutivo en el derecho de los individuos a la libertad que prevé el Artículo 5 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] está implícito en uno de los prin-

jeto de realizar varios estudios. Su mandato, llevar a cabo el estudio sobre el derecho de toda persona a estar libre de la detención arbitraria, la detención y el exilio, se ratificó en la resolución 624 B (XXII) del Consejo Económico y Social.

- 331 Estudio sobre el derecho de toda persona a estar libre de la detención arbitraria, la detención y el exilio, Doc. de la ONU E/CN.4/826/Rev.1, p.7, párrafo 27 1964)
- 332 *Ibid.*, párrafo 48. Véase el Folleto Informativo Nº 26, Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, Anexo IV “Métodos de Trabajo del Grupo de Trabajo”, párrafo 8 (<http://www2.ohchr.org/english/about/publicaciones/docs/fs26.htm>).
- 333 Véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Gangaram Panday c. Surinam*, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párrafos 46-47; *Hermanos Gómez Paquiyaury c. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párrafo 83; *Maritza Urrutia c. Guatemala*, la Sentencia de 23 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 65; *Bulacio c. Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 125, y *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párrafo 78). Ver también la Sentencia de 26 de mayo de 1993 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, párrafo 48; la Sentencia de 29 de noviembre de 1988, *Brogan y otros c. Reino Unido*, párrafo 32; la Sentencia de 27 de septiembre de 2001, *Günay y otros c. Turquía*, párrafo 22; la Sentencia de 26 de noviembre de 1997, *Murat Sakik y otros c. Turquía*, párrafo 44, y la Sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, párrafo 118).

principios fundamentales de una sociedad democrática, a saber, el imperio de la ley”³³⁴. El Tribunal ha declarado también que “la lista de excepciones al derecho a la libertad garantizado en el Artículo 5.1 [del Convenio Europeo] es exhaustiva y solamente una interpretación restrictiva de esas excepciones es coherente con la finalidad de dicha provisión, a saber, garantizar que nadie sea privado arbitrariamente de su libertad”³³⁵.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos exige también que, además de ser razonablemente justificable de acuerdo con el Artículo 5.1, un arresto debe ser una medida proporcional a la situación que pretende rectificar. El Tribunal Europeo ha considerado que, a pesar de que el Artículo 5.1 del Convenio permite que “las personas susceptibles de propagar una enfermedad contagiosa puedan ser privadas de su libertad”, el arresto y detención de un hombre seropositivo con este mero propósito son arbitrarios porque “no se han considerado medidas menos severas, encontrándose que eran insuficientes para garantizar el interés público”³³⁶. El Tribunal adoptó esta decisión a pesar de apuntar que el sujeto de la orden de arresto no solía cooperar con el personal del hospital, y tenía una preferencia sexual por los adolescentes. El Tribunal aplicó aquí un test de proporcionalidad: ponderando los riesgos de la propagación del VIH frente a la gravedad de las circunstancias que el arresto y la detención pretenden rectificar³³⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha clarificado que, además de cumplir con los procedimientos prescritos por la ley y de garantizar esas leyes estén en conformidad con los principios establecidos en la Convención, para garantizar que una detención no sea arbitraria no debe ser “irrazonable, imprevisible o falta de proporcionalidad”³³⁸.

3.1. Legalidad

Todos los tratados de derechos humanos más relevantes exigen que los arrestos o detenciones se practiquen de conformidad con un procedimiento establecido por la ley. El PIDCP dice: “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”³³⁹. La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que nadie puede ser arrestado “salvo [...] por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas”³⁴⁰. La Carta Africana de Derechos Hu-

334 Sentencia de 26 de mayo de 1993, *Caso Brannigan y McBride c. Reino Unido*, párrafo 48. Véanse también la Sentencia de 29 de noviembre de 1988, *Caso Brogan y otros c. Reino Unido*, párrafo 32; la Sentencia de 27 de septiembre de 2001, *Caso Günay y otros c. Turquía*, párrafo 22, y la Sentencia de 26 de noviembre de 1997, *Murat Sakik y otros c. Turquía*, párrafo 44.

335 Sentencia de 6 de abril de 2000, *Caso Labita c. Italia*, párrafo 170. En la misma línea, véanse la Sentencia de 22 de marzo de 1995, *Caso Quinn c. Francia*, párrafo 42, y la Sentencia de 25 de mayo de 1998, *Caso Kurt c. Turquía*, párrafo 122.

336 Sentencia de 25 de enero de 2005, *Caso Enhorn c. Suecia*, Aplicación N° 56529/00, párrafo 55

337 *Ibid.*, párrafo 48

338 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gangaram Panday c. Surinam*, *doc. cit.*, párrafo 47. Véanse también las sentencias en los casos: *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, *doc. cit.*, párrafo 83; *Maritza Urrutia c. Guatemala*, *doc. cit.*, párrafo 65; *Bulacio c. Argentina*, *doc. cit.*, párrafo 125; y *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, *doc. cit.*, párrafo 78.

339 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 9.1.

340 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 7.2.

manos y de los Pueblos dice que “nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley”³⁴¹. El Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que “nadie puede ser privado de su libertad, salvo [...] con arreglo al procedimiento establecido por la ley”³⁴². La Carta Árabe de Derechos Humanos estipula que “nadie será arrestado, mantenido en custodia o detenido sin mandamiento legal y sin ser llevado, sin dilación, ante un juez”³⁴³. La privación de libertad que no cumpla estos requisitos de procedimiento es arbitraria.

Desde el punto de vista procedimental, las detenciones arbitrarias se agrupan en dos categorías amplias: aquellas donde no se aplica procedimiento alguno y aquellas donde el procedimiento se aplica incorrectamente. La primera, “cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad” y, en consecuencia, no es de aplicación procedimiento alguno, es la más fácil de reconocer. Por ejemplo, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó, en el caso *Denizci y Otros contra Chipre* – en el que la policía había arrestado a nueve personas y las había expulsado del país, que “no se había indicado una razón para su arresto, que no se había notificado una resolución judicial o sentencia, y que no existía una orden judicial autorizando el arresto”, pudo concluir con rapidez que el arresto había sido arbitrario³⁴⁴.

El otro tipo de arresto arbitrario desde el punto de vista del procedimiento ocurre cuando las autoridades que practican el arresto no aplican el procedimiento legal establecido conforme a la legislación nacional. En el caso *Gusinskiy contra Rusia*, el empresario Gusinskiy había sido arrestado y detenido para ser interrogado durante el transcurso de una investigación penal por un fraude que supuestamente había cometido³⁴⁵. Gusinskiy había recibido una condecoración del Estado y, unas semanas antes de su arresto, el Parlamento ruso había aprobado una ley que concedía a los galardonados con dicha condecoración una amnistía de privación de libertad de cualquier duración y de ser sometidos a investigaciones penales. El razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue que, debido a que “el incumplimiento de la legislación nacional conlleva una violación del Convenio [Europeo]”, la no aplicación por la policía de una ley de amnistía convertía en arbitrario el arresto de Gusinskiy. Otro tipo de invalidez debida al procedimiento puede ocurrir cuando la autoridad que ordena la privación de libertad no es competente para hacerlo³⁴⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró el caso de un ecuatoriano arrestado después de la emisión de una orden por la policía nacional³⁴⁷. Puesto que la legislación ecuatoriana prevé que solamente un tri-

341 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 6.

342 Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 5.1.

343 Carta Árabe de Derechos Humanos, Artículo 14.

344 Sentencia de 23 de mayo de 2001, Caso *Denizci y otros c. Chipre*, Aplicación Nº 25316-25321/94 y 27207/95, párrafos 389-393 (original en inglés, traducción libre).

345 Sentencia de 11 de octubre de 2004, Caso *Gusinskiy c. Rusia*, Aplicación Nº 70276/01

346 Véase, por ejemplo, el Informe Nº 73/00 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.784, *Marcelino Henríquez et al.* (Argentina).

347 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Suárez Rosero c. Ecuador*, Serie C No. 35, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 34

bunal puede emitir una orden de arresto válida, la orden de la policía era legalmente insuficiente para autorizar dicho arresto. En consecuencia, la Corte consideró que el arresto era ilegal y, por consiguiente, arbitrario³⁴⁸.

3.2. Propósito legítimo

Incluso cuando un arresto se practica siguiendo el debido procedimiento legal, es arbitrario si no cumple un propósito legítimo. Más allá del cumplimiento de la legislación nacional, los tribunales deben asimismo examinar el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional para determinar si el propósito indicado para un arresto es legítimo.

El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria considera arbitraria cualquier privación de libertad resultante del ejercicio de los derechos o libertades garantizados en los artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo ha considerado arbitraria la detención de las personas “por haber ejercido pacíficamente su derecho a la libertad de opinión y de expresión, garantizado según los Artículos 18, 19 y 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Artículos 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”³⁴⁹. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha determinado que, si bien el Artículo 19.3 del PIDCP permite “el legítimo objetivo de salvaguardar, e incluso fortalecer, la unidad nacional en condiciones políticas difíciles, [ésta] no puede alcanzarse tratando de silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos”³⁵⁰. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han considerado también que cuando la ley se utiliza con un propósito ilegítimo, como perseguir a la oposición política o silenciar a los defensores de los derechos humanos, cualquier privación de libertad conforme a dichas legislación sería arbitraria³⁴¹.

4. Privación de libertad por razones de orientación sexual e identidad de género

Con frecuencia, las personas LGTB son privadas de su libertad únicamente por razones de su orientación sexual o identidad de género. Esta clase de privación de libertad puede incluir la detención ordenada por una autoridad judicial y la puesta del detenido a disposición del juez, la detención administrativa, la privación de libertad por razones médicas y el arresto con fines de acoso, entre otros. Ya se ha demostrado que, puesto

348 *Ibid.*, párrafos 44-45.

349 Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria: Opinión N° 30/2001 (República Islámica de Irán), 4 de diciembre de 2001, párrafo 11, en el Doc. de la ONU: E/CN.4/2003/8/Add.1

350 Consideraciones de 21 de julio de 1994, Caso *Albert Womah Mukong v. Camerún*, *doc. cit.*, párrafo 9.7.

351 Véase, entre otros, Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicaciones N° 140/94, 141/94 y 145/95, Asunto de *Constitucional Rights Project, Civil Liberties Organization and Media Rights Agenda / Nigeria*; Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación N° 241/2001, Asunto de *Purohit and Moore / The Gambia*; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 43/96, Asunto 11.430, *General José Francisco Gallardo Rodríguez (México)*, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 33/82, Asunto 7824 (Bolivia)

que la orientación sexual y la identidad de género forman parte del derecho al respeto de la vida privada y los motivos de no discriminación, la privación de libertad por razones de orientación sexual o identidad de género puede equivaler a una privación de libertad arbitraria.

La existencia de leyes que penalicen determinadas manifestaciones de la orientación sexual o la identidad de género, incluso en circunstancias en que estas leyes no se apliquen activamente, reducirá el ámbito de libertad de las personas con una orientación homosexual o una identidad transgénero³⁵². En consecuencia, los Estados tienen la obligación de eliminar estas leyes, en razón de que conducen necesariamente a una privación de libertad arbitraria. Por ejemplo, las leyes contra la sodomía, a pesar de ser aplicables técnicamente a todos los adultos contemplados practican la penetración anal consentida, están asociadas principalmente a la homosexualidad masculina; su aplicación afecta pues de forma desproporcionada a los hombres gay. El blanco de estas leyes suelen ser los hombres de orientación homosexual, con independencia de que hayan realizado el acto físico de la sodomía propiamente dicha. La imposición impuesta con el beneplácito del Estado de un aura de criminalidad a los hombres homosexuales por medio de estas leyes marca al conjunto de esta comunidad con una etiqueta de perversidad³⁵³. De acuerdo con esta visión, el Juez Sachs, del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, apuntó lo siguiente en el caso *National Coalition of Gay and Lesbian Equality contra el Ministerio de Justicia*:

“Es importante comenzar el análisis preguntando qué están penalizando realmente las leyes contra la sodomía. ¿El acto, o a la persona? Fuera del control reglamentario, la conducta que se desvía de alguna norma establecida públicamente es habitualmente punible solamente cuando es violenta, deshonesta, traicionera, o que de alguna otra forma altere la paz pública o produzca perjuicio. En el asunto de la homosexualidad masculina, sin embargo, la supuesta desviación se castiga sencillamente porque se aparta de la norma. Se reprime por su simbolismo percibido y no por que se pruebe su perjuicio. Si la prueba es necesaria, se establece por el hecho de que la penetración anal consentida de una mujer no se penaliza. De esta manera, no es el acto de la sodomía lo que la ley denuncia, sino al denominado sodomita que lo realiza; no un perjuicio social demostrado, sino la amenaza de que la pasión por el mismo sexo en sí misma sea considerada representativa de la hegemonía heterosexual”³⁵⁴.

Las disposiciones jurídicas que conllevan la pérdida de libertad debido a la orientación sexual o la identidad de género pueden tener lugar de manera más indirecta. La detención o la acusación se pueden basar aparentemente en razones distintas a la propia identidad o condición, aunque estas razones pueden ser meramente un pretexto para emprender una acción contra la orientación sexual o la identidad de género de una per-

352 Ryan Goodman, “*Beyond the Enforcement Principle: Sodomy Laws, Social Norms and Social Panoptics*”, en *California Law Review*, Nº 89, 2001, p.643

353 Véase KThomas “*Beyond the Privacy Principio*” en *After Identity*, editores D Danielson and K Engle, Routledge, Nueva York, 1995.

354 Sentencia de 9 de octubre de 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Asunto CCT11/98, párrafo 108 (original en inglés, traducción libre).

sona. Las detenciones que se practican conforme a leyes que consideran que el sexo consentido entre homosexuales o las expresiones de la identidad de género son enfermedades mentales que requieren una hospitalización obligatoria son arbitrarias³⁵⁵. Los códigos de moralidad ambiguos y las leyes que regulan la salud pública, la moralidad y el decoro público se suelen utilizar asimismo para efectuar detenciones arbitrarias por razones de orientación sexual, o de identidad o expresión de género.

La cuestión de la privación de libertad arbitraria y la orientación sexual fue planteada por primera vez ante el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria (GTDA) en una opinión referente al arresto de 55 hombres en El Cairo, Egipto, durante una redada policial en una discoteca en 2001³⁵⁶. El GTDA consideró la información que acusaba a la policía de haberse dirigido particularmente contra hombres que les habían parecido homosexuales, o que no iban acompañados de mujeres. En su defensa, el gobierno egipcio adujo que la legislación del país no preveía la acusación de una persona en razón de su orientación sexual. Más bien, estas personas estaban acusadas de otros cargos penales, incluidos el “desprecio de la religión” y “la costumbre de realizar actos inmorales con hombres”. El gobierno alegó que la infracción penal de cada uno de los detenidos residía en su perpetración de actos y delitos inmorales contra el decoro público, y que el género o la orientación sexual no eran elementos de las infracciones.

A la luz de la información anterior, el GTDA consideró el asunto en dos fases. En primer lugar, consideró si la presunta acusación o condena de las personas acusadas por razones de orientación sexual estaba justificada y, en tal caso, si esas razones constituían una discriminación según el Artículo 2, párrafo 1, tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del PIDCP, lo cual conferiría un carácter arbitrario a su detención. Esta parte de la investigación tenía por objeto determinar si había tenido lugar una privación de libertad de categoría II.

El GTDA llegó a la conclusión de que los hombres habían sido de hecho acusados de los cargos de homosexualidad. El Grupo de Trabajo discurrió que las diligencias ordenadas por la Fiscalía, incluido un “reconocimiento anal”, eran de hecho una investigación de la orientación sexual destinada a determinar si los arrestados eran homosexuales y, por tanto, susceptibles de haber cometido el delito de “disensión social” según el Artículo 98, párrafo 1, del Código Penal egipcio.

El GTDA consideró entonces si la discriminación por razones de orientación sexual estaba cubierta en el PIDCP, del que Egipto es parte, estando así prohibida conforme al derecho internacional aplicable. De manera específica, el Grupo analizó si se podía considerar que la referencia al “sexo” en el PIDCP contemplaba la “orientación o afiliación sexual”. En tal caso, la detención se podría considerar arbitraria en razón de que había sido ordenada basándose en una disposición de la legislación nacional, a saber, el Artículo 98, párrafo 1, del Código Penal egipcio, y no de acuerdo con las normas in-

355 En su Observación General Nº 8, Derecho a la libertad y a la seguridad personales (Artículo 9), el Comité de Derechos Humanos subraya que “*el párrafo 1 es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc.*” (párrafo 1)

356 Opinión Nº 7/2002 (Egipto), de 21 de junio de 2002, en el Doc. de las NU: E/CN.4/2003/8/Add.1

ternacionales establecidas en el Artículo 2, párrafo 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Artículos 2, párrafo 1, y 26 del PIDCP. El GTDA decidió que el enfoque adoptado por los órganos de Naciones Unidas creados en virtud de un tratado de derechos humanos³⁵⁷ y por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados³⁵⁸ sobre esta cuestión estaría a favor de una respuesta afirmativa. El Grupo de Trabajo dictaminó que la detención de los hombres acusados de incitar la “disensión social” constituía una privación de libertad arbitraria. Se la consideró una acusación y una detención por razones de orientación sexual, que infringía las disposiciones del Artículo 2, párrafo 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los Artículos 2, párrafo 1, y 26 del PIDCP³⁵⁹.

En un caso posterior en el que estuvo implicado Camerún³⁶⁰, el Grupo de Trabajo aplicó una línea de razonamiento similar a aquella de su primera opinión relativa a Egipto. Una diferencia notable residió en que el derecho a la intimidad contemplado en el Artículo 17 del PIDCP fue presentado como detención arbitraria de categoría II utilizando la formulación del Grupo de Trabajo. Pese a que el GTDA también basó este asunto en una discriminación según el Artículo 26 del PIDCP, cabe mencionar la ampliación del ámbito de la categoría II para incluir el derecho a la intimidad.

En el caso de Camerún, 11 hombres habían sido arrestados en un bar considerado punto de reunión de homosexuales. Estos hombres fueron acusados de violar el Artículo 347 (Bis) del Código Penal, que prescribía un castigo de detención de 6 meses a 5 años y una multa a cualquier persona que mantenga relaciones sexuales con otra persona del mismo sexo.

El GTDA argumentó que la existencia de leyes que penalizaban las relaciones homosexuales privadas consentidas entre adultos, al igual que la aplicación de sanciones contra estas personas, violaba la protección de la vida privada y el derecho de no discriminación establecidos en el PIDCP. Como consecuencia, se consideró que la penalización de la homosexualidad establecida en la legislación penal de Camerún era incompatible con los Artículos 17 y 26 del PIDCP. El GTDA llegó a la conclusión de que privación de libertad aplicada en este asunto era arbitraria³⁶¹.

357 El GTDA se refiere al Dictamen de 31 de marzo de 1994 del Comité de Derechos Humanos en el caso *Nicholas Toonen c. Australia*, Comunicación Nº 488/1992, párrafo 8.7, Doc. de la ONU CCPR/C/50/D/488/1992, al igual que a las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Polonia, CCPR/C/79/Add.110, párrafo 23), la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Nº 14 (2000), párrafo 18, y a las Observaciones Finales del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Observaciones sobre Kirguistán) (A/5438), párrafos 127 y 128).

358 La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, considerando “la persecución en razón de la orientación sexual de la persona”, ha indicado que: “*En ciertas sociedades en donde la homosexualidad es ilegal, la penalización por conducta homosexual podría equivaler a persecución, del mismo modo que lo sería si una mujer se negara a usar un velo en ciertas sociedades. Incluso cuando las prácticas homosexuales no sean penalizadas, un solicitante bien podría establecer una solicitud válida en situaciones en las que el Estado condone o tolere las prácticas discriminatorias o los perjuicios perpetrados en su contra, o en las que el Estado no esté en capacidad de brindar protección eficaz contra tales perjuicios*”. (Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, Documento HCR/GIP/02/01, párrafo 17, de 7 de mayo de 2002).

359 Opinión Nº 7/2002, *doc. cit.*, párrafo 28

360 Opinión Nº 22/2006 (Camerún) de 31 de agosto de 2006, en el Doc. de las NU: A/HRC/4/40/Add.1

361 *Ibid.*, párrafo 22.

Según el Artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, “los enajenados” pueden ser privados de su libertad con arreglo al procedimiento establecido por la ley. Los gays y lesbianas han sido históricamente sometidos a un tratamiento “médico” forzoso destinado a modificar su orientación sexual con métodos de descargas eléctricas, otras formas de “terapia de aversión” o el uso de fármacos psicotrópicos³⁶². El tratamiento continuado de las identidades homosexual y transgénero como enfermedades mentales plantea serias cuestiones acerca de las privaciones de libertad que se justifican por razón de salud mental.

Según la jurisprudencia establecida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es necesario satisfacer tres condiciones mínimas para que una persona sea considerada “enajenada” y sea privada de libertad:

*“En primer lugar, debe demostrarse fehacientemente que la persona está enajenada; en segundo lugar, el trastorno mental debe ser de una clase o grado que justifique el internamiento obligatorio, y, en tercer lugar, la validez del internamiento continuado depende de la persistencia de dicho trastorno”*³⁶³.

La oportunidad de investigar si la orientación sexual o la identidad de género de una persona son la base real de la privación de libertad surge en una investigación probatoria acerca de si una persona está de hecho enajenada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha clarificado que “la propia naturaleza de aquello que hay que establecer ante una autoridad nacional competente – es decir, un verdadero trastorno mental – exige un dictamen médico pericial”³⁶⁴. La abrumadora dependencia del conocimiento médico a la hora de probar la existencia en estas cuestiones ha sido históricamente problemática. Sin embargo, se observan avances progresivos en el abandono del tratamiento de la orientación homosexual y las identidades transgénero como trastornos mentales.

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha expresado asimismo su inquietud por la situación de las personas vulnerables, como los discapacitados, los toxicómanos y los enfermos de SIDA, que son mantenidos detenidos por razones de salud³⁶⁵. El Grupo de Trabajo recomendó que “[e]n el caso de las personas privadas de libertad por motivos de salud, el Grupo de Trabajo considera que todas las personas afectadas por medidas de esta índole deben disponer de un recurso judicial para impugnar su privación de libertad”³⁶⁶. Esta facilidad estaría a disposición de las personas que estén detenidas en razón de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, aunque las razones formales invocadas sean su “salud” o “inestabilidad mental”. El GTDA no ha abordado este tipo de situación, y opina³⁶⁷ que cada escenario tendría que ser

362 Amnistía Internacional, *Breaking the Silence: Human Rights Violations based on sexual orientation*, Londres, 1995. Véase, en general, Goodman, Ryan, “*The Incorporation of International Human Rights Standards into sexual orientation asylum claims: cases of involuntary “medical” intervention*”, en *Yale Law Journal*, Vol. 105, 1995.

363 Sentencia de 5 de octubre de 2000, Caso *Varbanov c. Bulgaria*, Aplicación Nº 31365/96, párrafo 45.

364 Sentencia de 24 de octubre de 1979, Caso *Winterwerp c. Países Bajos*, Aplicación Nº 6301/73, párrafo 39.

365 Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, Doc. de la ONU E/CN.4/2004/3, de 15 de diciembre de 2003, párrafo 74.

366 *Ibid.*, párrafo 87.

367 Deliberación Nº 7 sobre cuestiones relacionadas con el internamiento psiquiátrico, en el Informe del Grupo

abordado “caso por caso” y no “de forma abstracta”. Ha indicado que en la consideración de las comunicaciones individuales en el marco de su mandato:

“En las decisiones sobre el internamiento psiquiátrico se debería evitar hacer caso automáticamente de la opinión de los expertos de la institución en la que se retiene al paciente, o del informe y de las recomendaciones de los psiquiatras que tratan a ese paciente. Se llevará a cabo un auténtico procedimiento contradictorio en los casos en que el paciente o su representante legal tenga la oportunidad de impugnar el informe del psiquiatra; [y] El internamiento psiquiátrico no se utilizará para poner en peligro la libertad de expresión de nadie ni para castigar, disuadir o desacreditar a nadie por sus opiniones, convicciones o actividades políticas, ideológicas o religiosas”³⁶⁸.

Estas notables directrices manifiestan una apreciación de los elementos de orden público que son inherentes al internamiento por razones de salud mental, permaneciendo simultáneamente vigilantes con vistas a la protección de esas personas detenidas frente a cualquier forma de discriminación.

A semejanza de lo que sucede cuando se dice que las leyes que penalizan la práctica del sexo entre adultos del mismo sexo dan lugar a una privación arbitraria de la libertad, también se puede argumentar que los internamientos basados en la premisa de que las identidades homosexual o transgénero son “trastornos mentales” son “arbitrarios” y una violación del derecho a la libertad. La base de esta afirmación reside en que dichas leyes o disposiciones están basadas en una injustificable discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género.

5. Inquietudes especiales en relación con las personas LGBT privadas legalmente de su libertad

Una detención basada exclusivamente en razones de orientación sexual o identidad de género puede equivaler a una detención arbitraria; sin embargo, las personas LGBT pueden ser privadas legalmente de su libertad, por ejemplo, cuando han cometido un delito. En cualquier caso, la privación de libertad debe cumplir los siguientes criterios para evitar ser arbitraria: legalidad sustantiva y de procedimiento, legitimidad de propósito, necesidad, proporcionalidad y observancia de los derechos humanos. Las personas LGBT privadas de su libertad deben disfrutar de los mismos derechos y garantías que los demás detenidos, a saber: el derecho a que se les informe de las razones del arresto y de las acusaciones contra ellas; el derecho a que se les informe sobre sus derechos y sobre cómo disponer de ellos; el derecho a interponer un recurso destinado a cuestionar la legalidad de su arresto y obtener su libertad si la detención no fue legal; el derecho a ser puestas a disposición de un juez u otro funcionario judicial de manera pronta; el derecho a la asistencia de un abogado inmediatamente después de su arresto y a los

de Trabajo sobre la detención arbitraria, Doc. de las NU: E/CN.4/2005/6, de 1 de diciembre de 2004.

368 *Ibid.*, párrafo 58, secciones f y g.

medios adecuados para ejercerlo; el derecho a tener contacto con el mundo exterior, y el derecho a recibir un trato humano durante su detención³⁶⁹.

La orientación sexual o la identidad de género no pueden ser invocadas para negar o restringir estos derechos y garantías. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado con claridad la prohibición de la discriminación en sus Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas: “Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de [...] orientación sexual [...]. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad”³⁷⁰. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha apuntado asimismo que los estados de emergencia no se pueden utilizar para justificar la derogación del principio de no discriminación³⁷¹.

Las personas LGBT detenidas, al igual que cualquier persona privada de su libertad, “será[n] tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”³⁷². Este derecho “es aplicable a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y autoridad del Estado mantenidas en prisiones, hospitales -en particular hospitales psiquiátricos-, campos de detención, instituciones correccionales o en otras partes”³⁷³. El deber de proteger y garantizar este derecho “impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad”³⁷⁴. Los Estados tienen la obligación de organizar sus sistemas de detención y penitenciarios con el fin de proteger a los detenidos contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, o, en general, méto-

369 Reglas Mínimas Uniformes para el tratamiento de los reclusos (Regla 93), Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Principios 17 y 18), Principios Básicos de Naciones Unidas sobre la función de los abogados (Principios 1, 5, 6, 7 y 8), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 17), Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias (Principio 6), y Principios y Directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África (Principio M.2). Véase también la Observación General del Comité de Derechos Humanos Nº 20, *doc. cit.* 24, párrafo 11.

370 Principio II de los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Estos principios fueron aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 131 período de sesiones, celebrado en marzo de 2008.

371 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 29, *doc. cit.*, párrafo 8

372 Artículo 10 (1) del PIDCP; Artículo 17 (1) de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Artículo 37 (c) del Convenio de los Derechos del Niño; Artículo 5 (5) de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y Artículo 20 del Carta Árabe de Derechos Humanos

373 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 21, Trato humano de las personas privadas de libertad (Artículo 10), *doc. cit.* párrafo 2

374 *Ibid.*, párrafo 3; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de junio de 2002, Caso *Paul and Audrey Edwards c. Reino Unido*, Aplicación Nº 46477/99, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Instituto de Reeduación del Menor*” c. *Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrafo 158

dos que anulen o menoscaben la personalidad de los reclusos o disminuyan sus capacidades físicas o mentales³⁷⁵.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que los estados de emergencia no se pueden utilizar para justificar la derogación del derecho a recibir un trato humano durante la privación de libertad³⁷⁶. En determinados países, los detenidos LGBT son sometidos a un régimen de aislamiento total prolongado. El Comité de Derechos Humanos ha dictaminado que el aislamiento total prolongado de un detenido de su familia “constituye un tratamiento inhumano en el sentido del artículo 7, y [es incompatible] con las reglas del tratamiento humano exigido bajo el párrafo 1 del artículo 10 Pacto”³⁷⁷. Dos Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre la tortura han observado que la detención incomunicada debería ser ilegalizada, siendo el factor determinante más importante de que una persona corra el riesgo de ser torturada³⁷⁸. El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han observado que el confinamiento en solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos como la tortura o malos tratos³⁷⁹.

El Principio 7 de los Principios Básicos de Naciones Unidas sobre la función de los abogados estipula que “los gobiernos garantizarán [...] que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o la detención”. El Comité de Derechos Humanos, por su parte, ha manifestado que “todas las personas detenidas han de tener acceso inmediato a asistencia letrada”³⁸⁰ y expresó su preocupación por “una detención prolongada sin acceso alguno a un abogado u otras personas del mundo exterior [puesto que] viola las disposiciones del Pacto (Artículos 7, 9, 10 y 14, párrafo 3.b)”³⁸¹. Asimismo, el Comité ha recomendado que “nadie se mantenga detenido más de 48 horas sin acceso a un abogado”³⁸², y que a todos los deteni-

375 Véanse, entre otros, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 21, *doc. cit.*; Principio I de los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas; Principio M (7) de los Principios y Directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” c. *Paraguay*, *doc. cit.*

376 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 29, *doc. cit.*, párrafo 13(a). En la misma línea, véase el Principio I de los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

377 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 6 de noviembre de 1997, Comunicación Nº 577/1994, Caso *Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*, CCPR/C/61/D/577/1994, 9 de enero de 1998, párrafo 8.6.

378 Informes del Relator Especial A/57/173, 2 de julio de 2002, párrafo 16, E/CN.4/2004/56, párrafo 37, y A/57/173, 2 de julio de 2002, párrafo 16

379 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 20, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Artículo 7, párrafo 6; Comité contra la Tortura (Informes A/54/44, párrafos 121 y 146; A/53/44, párrafo 135, y A/55/44, párrafo 182), y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 156, y Caso *Suárez Rosero c. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafos 90-91.

380 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Georgia, CCPR/C/79/Add.75, 5 de mayo de 1997, párrafo 27

381 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Israel, CCPR/CO/78/ISR, párrafo 13

382 *Ibid.*

dos, incluidos aquellos reclusos en centros de internamiento, se les garantice un acceso a un abogado inmediatamente³⁸³. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura ha señalado que “según el derecho internacional, confirmado por la práctica de los Estados, las siguientes salvaguardias jurídicas básicas deben seguir siendo válidas en toda legislación relativa al arresto y la detención, incluido todo tipo de legislación contra el terrorismo: [...] el derecho a tener acceso a un abogado dentro de las 24 horas del momento del arresto”³⁸⁴. Para facilitar el acceso a un abogado, al igual que para permitir la comunicación con los familiares y otras personas, los detenidos deben permanecer reclusos en centros oficiales de detención, y las autoridades deben llevar un registro de sus identidades³⁸⁵. Las desapariciones están absolutamente prohibidas, al igual que las detenciones comunicadas prolongadas y el confinamiento prolongado en solitario.

El derecho a tener acceso a personal médico y a asistencia médica de inmediato está reconocido universalmente³⁸⁶. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro que este derecho es tan fundamental para la protección de los detenidos que no se puede suspender ni siquiera en situaciones que permiten la derogación de emergencia³⁸⁷. El hecho de no prestar atención médica adecuada a un detenido puede constituir una violación de la obligación de un Estado de abstenerse de actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes³⁸⁸.

La experiencia demuestra que, si las personas LGBT se encuentran en una situación de vulnerabilidad en la sociedad, al ser detenidas, su vulnerabilidad aumenta de forma dramática. De hecho, los detenidos percibidos como gays, lesbianas, bisexuales o transgénero corren un mayor riesgo de sufrir violencia, violaciones y agresiones sexuales que la población detenida en general³⁸⁹. Esto se debe a una variedad de factores: odio o

383 *Ibid.* Ver también Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre: Suiza, CCPR/C/79/Add.70, párrafo 26, y Dictamen de 27 de julio de 1993, Comunicación Nº 326/1988, Caso *Henry Kalenga c. Zambia*, CCPR/C/48/D/326/1988, párrafo 6.3.

384 Informe del Relator Especial, A/57/173, 2 de julio de 2002, párrafo 18. Véase también: E/CN.4/2004/56, párrafo 32.

385 Artículo 10.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Artículo 17 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Regla 7 de las Reglas Mínimas Uniformes para el tratamiento de los reclusos, Principios 20 y 29 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 6 de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, Artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Reglas 7 y 8 de las Reglas Penitenciarias Europeas, y Principio M(6) de los Principios y Directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África

386 Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Principio 24), Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 10), y Reglas Mínimas Uniformes para el tratamiento de los reclusos (Reglas 37 y 92)

387 Informe sobre terrorismo y derechos humanos, *doc. cit.*, párrafos 127 y 139 y Recomendación Nº 7

388 Por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Tibi c. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párrafo 151; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso *International Pen c. Nigeria*, Comunicaciones Nº 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97 (1998), párrafo 80, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafos 77-78.

389 Por ejemplo, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Informe de la visita a Alemania en 2005, CPT/Inf (2007) 18, párrafo 109; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas cues-

perjuicios contra estas personas, estigma social que las hace menos capaces de entablar relaciones personales que las protejan de dichos actos, y la percepción – que a menudo se convierte en realidad debido a la discriminación oficial y extraoficial – de que los perpetradores de dicha violencia quedarán impunes³⁹⁰. Los funcionarios del sistema judicial están obligados a adoptar medidas tendientes a reducir el riesgo de esta violencia³⁹¹.

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT), después de visitar un penal alemán donde “los homosexuales parecían correr especialmente el riesgo de sufrir agresiones por parte de otros reclusos”, observó que “el deber de vigilancia de las autoridades del penal incluye la responsabilidad de proteger a los internos de otros internos que deseen perjudicarlos. Esto cobra todavía más importancia cuando un grupo es especialmente vulnerable”³⁹². La Corte Suprema de Estados Unidos, al considerar el asunto de un transexual hombre-a-mujer que fue violado dos semanas después de su traslado a un penal masculino de alta seguridad, dictaminó que el deber de los funcionarios del penal de ofrecer “condiciones humanas de confinamiento” incluye la adopción de medidas razonables para suprimir cualquier riesgo considerable de violación o agresión sexual al que los funcionarios sepan que se enfrentan los internos³⁹³. La no adopción de dichas medidas preventivas, de lo cual puede ser prueba la indiferencia ante un patrón de violaciones y agresiones sexuales repetidas en las instalaciones del penal, puede violar varias normas internacionales en materia de derechos humanos, incluidas las prohibiciones de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, y la esclavitud³⁹⁴.

Resumen

- El derecho a la libertad personal y el derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad están universalmente reconocidos y protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos.
- Las personas LGBT privadas de su libertad tienen los mismos derechos y garantías que los demás detenidos, a saber: el derecho a que se les informe de las ra-

les, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2002/76/Add.1, 14 de marzo de 2002, párrafo 829, e Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, informe provisional, A/56/156, 3 de julio de 2001.

390 Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Informe de la visita a Ucrania en 2000, CPT/Inf (2002) 23, párrafo 65; Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Brasil, A/56/44, 16 de mayo de 2001, párrafo 119, e Informe del Relator Especial sobre la cuestión de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, informe provisional, A/56/156, 3 de julio de 2001, párrafo 23.

391 Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Informe de la visita a Alemania en 2005, *doc. cit.*, párrafo 112; Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Informe de la visita a Ucrania en 2000, CPT/Inf (2002) 23, párrafo 65, y *Farmer v. Brennan*, 511 Tribunal Supremo de Estados Unidos, 825, 847 (1994)

392 Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Informe de la visita a Alemania en 2005, *doc. cit.*, párrafos 109, 12.

393 Corte Suprema de Estados Unidos *Farmer c. Brennan*, 511, 825, 847 (1994)

394 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” c. Paraguay, *doc. cit.* y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de junio de 2002, Caso *Paul and Audrey Edwards c. Reino Unido*, Aplicación Nº 46477/99

zonas de su arresto y de todos los cargos contra ellas; el derecho a que se les informe sobre sus derechos y sobre cómo disponer de ellos; el derecho a interponer un recurso contra la legalidad de la detención y a que se ordene su libertad si dicha detención fue ilegal; el derecho a ser puestas a disposición de un juez u otro funcionario judicial; el derecho a la asistencia de un abogado inmediatamente después de su arresto; el derecho a tener contacto con el mundo exterior; el derecho a recibir un trato humano, y el derecho a tener acceso a personal médico y a asistencia médica inmediatas durante su detención. La orientación sexual o la identidad de género no pueden ser invocadas para negar o restringir estos derechos y salvaguardias.

- La privación de libertad basada en la orientación sexual o la identidad de género equivale a una detención arbitraria. Los Estados tienen la obligación de eliminar las leyes y prácticas jurídicas que penalicen determinadas manifestaciones de la orientación sexual o la identidad de género, en razón de que conducen necesariamente a una privación de libertad arbitraria. Esto incluye el uso de disposiciones que den una descripción ambigua de la “moralidad”, o de prácticas administrativas con un propósito aparente, incluso en las definiciones de salud mental.
- El concepto de privación de libertad adopta diferentes formas, que incluyen arresto, detención, prisión preventiva, detención administrativa, custodia policial, internamiento y arresto domiciliario, entre otras.
- El derecho a la libertad puede ser objeto de suspensión en períodos de emergencia. Sin embargo, dichas suspensiones deben ser compatibles con otras obligaciones bajo el derecho internacional.
- La noción de “arbitrariedad” no debe equipararse con la de “contrario a la ley”, sino que se debe interpretar más ampliamente para incluir elementos de inadecuación, injusticia o impredecibilidad.
- Para evitar que una privación de libertad sea arbitraria, se deben cumplir los criterios siguientes: legalidad sustantiva y de procedimiento, legitimidad de propósito, necesidad, proporcionalidad y observancia de los derechos humanos, en particular el derecho a un recurso efectivo y a la seguridad de la persona.
- Las personas LGBT pueden ser privadas legalmente de su libertad, pero su privación de libertad debe cumplir los criterios anteriores para que no sea arbitraria.
- Una privación de libertad es arbitraria cuando:
 - Es evidentemente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad;
 - La privación de libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; o
 - La inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio justo es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario.

- Los Estados tienen la obligación jurídica de proteger a los detenidos frente a cualquier clase de amenazas y actos de tortura, malos tratos o castigos, violencia sexual, castigos físicos y otros actos inhumanos.

V. El derecho a la vida

“El derecho supremo del ser humano”.

Comité de Derechos Humanos³⁹⁵

1. Naturaleza y alcance jurídico

El derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida es un derecho universal protegido en varios instrumentos internacionales³⁹⁶, y su ejercicio es esencial para el resto de los derechos humanos. Si no se respeta, los demás derechos carecen de sentido³⁹⁷. Todos los instrumentos internacionales de derechos humanos hacen hincapié en la naturaleza fundamental del derecho a la vida. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que es el “derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”³⁹⁸. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho un hincapié aun mayor: “En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”³⁹⁹. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos considera que el derecho a la vida es “la piedra angular sobre la que se articulan todos los demás derechos [y] la fuente por la que fluyen los demás derechos”⁴⁰⁰.

El derecho a la vida se debe interpretar siempre de manera extensiva y cualquiera de sus limitaciones se debe enfocar con una interpretación restrictiva. La Corte Interamericana estipula que “en razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del

395 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 31 de marzo de 1982, Caso *Suárez de Guerrero c. Colombia*, Comunicación N° 45/1979, párrafo 13.1.

396 Artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 6 del PIDCP; Artículo 9 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Artículo 6 del Convenio de los Derechos del Niño; Artículo 10 del Convenio sobre las Personas con Discapacidad; Principio 1 de los Principios de la ONU relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias; Artículo 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; Artículo 5 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven; Artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Artículo 5 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño; Artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 5 de la Carta Árabe de Derechos Humanos; Artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y Artículo 2 de la Carta Fundamental de Derechos de la Unión Europea.

397 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagran-Morales y Otros*) c. *Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 144.

398 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6: El derecho a la vida (Artículo 6), párrafo 1, y Observación General N° 14: Armas nucleares y el derecho a la vida (Artículo 6), párrafo 1.

399 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagran-Morales y Otros*) c. *Guatemala*, *doc. cit.*, párrafo 144.

400 Caso *Forum of Conscience v. Sierra Leone*, Comunicación N° 223/98 (2000), párrafo 19 (original en inglés, traducción libre).

mismo”⁴⁰¹. Haciendo referencia a sus limitaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decidido que se debe “interpretar estrictamente”⁴⁰². Según el Comité de Derechos Humanos, la expresión “derecho inherente a la vida” no puede entenderse adecuadamente de manera restrictiva”⁴⁰³.

2. Obligaciones de los Estados de proteger el derecho a la vida

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de protección en relación con el derecho a la vida es absoluta y está incluida entre las obligaciones que un Estado no puede derogar en circunstancia alguna⁴⁰⁴. En consecuencia, un Estado no puede, ni siquiera en tiempo de guerra, peligro público u otras amenaza que afecte su independencia o seguridad⁴⁰⁵, adoptar medidas que suspendan la obligación de proteger el derecho a la vida. La protección absoluta del derecho a la vida es aplicable a cualquier persona que esté bajo la jurisdicción del Estado y, por consiguiente, “las actividades de la persona en cuestión, por indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser una consideración material”⁴⁰⁶.

El derecho a la vida no sólo supone que nadie sea privado de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen las medidas necesarias para proteger y garantizar el derecho a la vida (obligación positiva). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción [...]. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna”⁴⁰⁷.

401 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baldeón García c. Perú*, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 82. Véase también el Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagran-Morales y Otros*) c. *Guatemala*, *doc. cit.*, párrafo 144.

402 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, Caso *McCann y Otro c. Reino Unido*, Aplicación Nº 17/1994/464/545, párrafo 147 (original en inglés, traducción libre).

403 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida (Artículo 6), *doc. cit.*, párrafo 5.

404 Artículo 4 del PIDCP; Artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y Artículo 5 de la Carta Árabe de Derechos Humanos. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene provisión alguna que permita las derogaciones en períodos de emergencia. En ausencia de dicha cláusula, todos los derechos consagrados en la Carta Africana se consideran no derogables, y las limitaciones de esos derechos nunca se pueden justificar con referencia a emergencias o circunstancias especiales. Véase Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c. Nigeria*, Comunicaciones Nº 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96), 1998, párrafos 67-68.

405 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *McCann y Otro c. Reino Unido*, *doc. cit.*, párrafo 147, y Sentencia de 14 de diciembre de 2000, Caso *Gül c. Turquía*, Aplicación Nº 22676/93), párrafo 78. Véanse también las Directrices del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo internacional, marzo de 2005, Directriz XV.

406 Véase, por analogía, la Sentencia de 25 de octubre de 1996, Caso *Chahal c. Reino Unido*, Aplicación Nº 22414/93, párrafo 80.

407 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baldeon García c. Peru*, *doc. cit.*, párrafos 84-85

El deber de proteger el derecho a la vida supone la prohibición de devolver, deportar, expatriar, expulsar, trasladar o de otro modo enviar a una persona a un país donde se enfrente a un riesgo real de privación de la vida por motivos arbitrarios⁴⁰⁸. En particular, los Estados que ya hayan abolido la pena de muerte tienen la obligación tanto de no utilizarla como de no “exponer a una persona al riesgo real de su aplicación”⁴⁰⁹.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha indicado que “la protección contra la privación arbitraria de la vida que se requiere de forma explícita en la tercera frase del párrafo 1 del artículo 6 [del PIDCP] es de importancia capital. El Comité considera que los Estados Parte no sólo deben tomar medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen la privación de la vida, sino también evitar que sus fuerzas de seguridad maten de forma arbitraria. La privación de la vida por las autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. Por consiguiente, la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona”⁴¹⁰.

El derecho a la vida requiere además que los Estados tomen medidas razonables para proteger a sus ciudadanos de ser privados arbitrariamente de la vida. Estas medidas incluyen, en el ámbito del orden público, la obligación de combatir la violencia, y en el ámbito de la actuación de las fuerzas de seguridad, la obligación de actuar para impedir actos específicos de violencia previsible.

También se viola el derecho a la vida de una persona en aquellos casos en que “las autoridades tienen o deberían haber tenido conocimiento [...] de un riesgo real e inmediato para la vida de una persona identificada [...] derivado de los actos delictivos de una tercera persona, y [...] no adopten medidas [...] para evitar dicho riesgo”⁴¹¹. En un asunto donde un recluso con una enfermedad mental, Christopher Edwards, fue asesinado por su compañero de celda, Richard Linford, conocido por las autoridades del penal como un esquizofrénico violento y paranoico, el Tribunal dictó una violación de la obligación del Estado de proteger la vida de Edwards, puesto que “se disponía de información que identificaba [...] a Linford como [...] un riesgo grave y real para [...] Christopher Edwards, cuando lo asignaron a su celda”⁴¹². El caso *Edwards* puso asimismo de manifiesto la mayor obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de las personas que no pueden defender su derecho a la vida por sí mismas⁴¹³. Estas obligaciones incluyen la

408 Véanse, entre otros, los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias (Principio 5), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 22.8).

409 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 5 de agosto de 2003, Caso *Roger Judge c. Canadá*, Comunicación Nº 829/1998, párrafo 10.4, y Consideraciones de 28 de julio de 1997, Caso *A.R.J. c. Australia*, Comunicación Nº 692/1996, párrafo 6.11, Doc. de las NU: CCPR/C/760/D/692/1996.

410 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, *doc. cit.*, párrafo 3

411 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de octubre de 2002, Caso *Mastromatteo c. Italia*, Aplicación Nº 37703/97, párrafo 68. Véanse, también, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de octubre de 1998, Caso *Osman c. Reino Unido*, Aplicación Nº 23452/94, párrafo 116; Sentencia de 14 de junio de 2002, Caso *Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido*, Aplicación Nº 46477/99, párrafo 55, y Sentencia de 23 de noviembre de 1999, Caso *Bromiley c. Reino Unido*, Aplicación Nº 33747/96.

412 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de junio de 2002, Caso *Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido*, *doc. cit.*, párrafo 60.

413 *Ibid.*, párrafo 56

protección de la vida de los reclusos, los enfermos mentales y los niños. Puede sostenerse que es plausible incluir dentro de esta categoría a las minorías sexuales.

Las personas detenidas dependen exclusivamente del Estado para que garantice sus derechos; de esto se desprende que el Estado tiene una mayor obligación de protegerlos. La Corte Interamericana ha señalado una obligación de “mantener en un absoluto mínimo” las restricciones “colaterales” de los derechos humanos resultantes de la privación legal de libertad⁴¹⁴. Así, un Estado violó el derecho a la vida de reclusos juveniles que murieron en un incendio en un penal sin alarmas de incendio, extintores ni planes de evacuación⁴¹⁵.

3. Privación arbitraria de la vida y amenazas de muerte

Las violaciones del derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se pueden agrupar en tres categorías:

- las ejecuciones sumarias: la base de este concepto es la aplicación de la pena de muerte en condiciones prohibidas por el derecho internacional;
- las ejecuciones arbitrarias: las privaciones de la vida debido a un uso excesivo o ilegal de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en condiciones que son contrarias a aquellas que prescribe el derecho internacional, y
- las ejecuciones extrajudiciales: relacionadas con la categoría de asesinato u homicidio intencionado en el derecho penal. Por ejemplo, entran en esta definición los asesinatos políticos y las muertes causadas por ataques o muertes perpetrados por las fuerzas de seguridad del Estado, grupos paramilitares, escuadrones de la muerte u otras fuerzas privadas que cooperen con el gobierno o que éste tolere.

La prohibición de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias es una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*)⁴¹⁶.

3.1. Ejecución extrajudicial

Las ejecuciones extrajudiciales son una violación grave de los derechos humanos⁴¹⁷, y constituyen un delito conforme al derecho consuetudinario internacional⁴¹⁸. De esta ma-

414 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” c. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112,, párrafos 152 y 154

415 *Ibid.*, párrafo 178

416 Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención de la delincuencia y el tratamiento del delincuente (1980), Resolución Nº 5 sobre ejecuciones extrajudiciales, párrafos 2 y 5, Doc. de la ONU: A/CONF.87/14/Rev.1 (1981); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Barrios Altos c. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Recomendación sobre asilo y delincuencia internacional, 20 de octubre de 2000, y Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under international Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, Second Edition, p.192

417 Véase, entre otros, Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 29 de marzo de 1982, Comunicación No. 30/1978, Caso *Bleier Lewhoff and Valiño de Bleier v. Uruguay*; Dictamen de 31 de marzo de 1982, Comunicación Nº 45/1979, Caso *Pedro Pablo Carmargo v. Colombia*, y Observaciones Finales sobre Burundi, de 3 de agosto de 1994, CCPR/C/79/Add.41, párrafo 9.

418 Véase, entre otros, la definición “B. Delitos graves según el derecho internacional” del Conjunto actualizado

nera, una operación de “limpieza social” ocurrida en Guatemala, en cuyo marco se procedía al secuestro y asesinato de los niños de la calle por policías no uniformados, es un claro ejemplo de una violación de este derecho⁴¹⁹. La prohibición de las ejecuciones extrajudiciales por el Estado incluye también las matanzas que cometen actores ajenos al Estado actuando a instancia o con el beneplácito del Estado⁴²⁰. Por ejemplo, la Corte Interamericana dictaminó que cuando los paramilitares colombianos han perpetrado matanzas de civiles con el aquiescencia o la tolerancia del Estado, incluso en ausencia de órdenes directas o del conocimiento específico de que dichas matanzas iban a ocurrir, al gobierno colombiano ha violado el derecho a la vida⁴²¹.

3.2. Ejecución arbitraria

El derecho internacional de los derechos humanos permite implícita o explícitamente que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley usen la fuerza letal, aunque bajo restricciones imperativas. La mayoría de los tratados reconocen esta justificación de la prohibición de la privación “arbitraria” de vidas. Este es el razonamiento que utilizan el PIDCP, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Carta Árabe de Derechos Humanos. Una excepción es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que indica expresamente aquellos casos en que se puede recurrir a la fuerza cuando sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, y c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección⁴²².

Los *Principios Básicos de Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* ofrecen una indicación clara acerca del uso legítimo de la fuerza y los criterios para determinar cuando una privación de la vida puede ser arbitraria. Adicionalmente, la jurisprudencia aporta varios criterios que permiten evaluar la legitimidad del uso de la fuerza y la arbitrariedad de la privación de la vida. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos señala que el uso de la fuerza letal debe estar condicionado a que se dé previo aviso a las víctimas y a que éstas tengan la oportunidad de rendirse, debiendo este uso de la fuerza ser necesario para “su defensa propia o la de los demás, o [...] para practicar el arresto o impedir que las personas implicadas escapen”⁴²³. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado que las úni-

de principios de las NU para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (en el Doc. de las NU: E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005). Este Conjunto actualizado de principios fue recomendado por la antigua Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Resolución E/CN.4/RES/2005/81 de 21 de abril de 2005). Véanse también la Recomendación sobre asilo y delincuencia internacional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de octubre de 2000, y Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, op. cit., p.192.

419 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagran-Morales y Otros*) c. *Guatemala*, doc. cit., párrafos 137-147

420 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Myrna Mack Chang* c. *Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párrafo 139, y Caso de *Las Masacres de Ituango* c. *Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párrafo 132

421 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de *Las Masacres de Ituango* c. *Colombia*, doc. cit.

422 Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 2(2).

423 Consideraciones de 31 de marzo de 1982, Asunto de *Suárez de Guerrero* v. *Colombia*, Comunicación N°

cas razones admisibles del uso de la fuerza son aquellas que contempla el Convenio y que “se debe aplicar un test de necesidad más estricto y más imperioso del normalmente aplicable a la hora de determinar si la acción del Estado es ‘necesaria en una sociedad democrática’. [...] En particular, la fuerza usada debe ser estrictamente proporcional al logro de los objetivos” establecidos en el Convenio Europeo⁴²⁴.

3.3. Ejecución sumaria y la pena de muerte

A pesar de que el derecho internacional de los derechos humanos establece el carácter no derogable del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, admite el fenómeno de la pena capital en condiciones precisas y restrictivas. Tanto el PIDCP como la Convención Americana sobre Derechos Humanos restringen la pena de muerte a “los delitos más graves⁴²⁵”, y existe un consenso cada vez más amplio en el sentido de que esta norma hace parte del derecho internacional consuetudinario⁴²⁶. Las *Salvaguardias de las Naciones Unidas para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte* estipulan que: “la pena de muerte sólo podrá imponerse como sanción para los delitos más graves, entendiéndose que su alcance se limitará a los delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves”⁴²⁷. El Comité de Derechos Humanos ha apuntado que la pena de muerte no será de aplicación para castigar delitos que no se pueden calificar como de extrema gravedad, entre ellos los delitos de carácter económico, la corrupción, el adulterio, los delitos que no entrañan la pérdida de vidas humanas, la apostasía, la comisión de un tercer acto homosexual, las relaciones sexuales ilícitas, la malversación por obra de funcionarios públicos, entre otros, no pueden ser caracterizados como “los delitos más graves”⁴²⁸. La antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas exhortó en su día a los Estados para que velen porque “el uso de la pena capital se limite a los delitos intencionales con consecuencias fatales o extremadamente graves y porque no se imponga la pena de muerte por actos no violentos como los delitos financieros, la práctica religiosa o la expresión de convicciones y las relaciones sexuales entre adultos que consienten en el acto, o como pena preceptiva”⁴²⁹. La imposición y la ejecución de la pena de muerte por delitos que no sean “los más violentos” puede equivaler a una ejecución sumaria y viola el derecho a la vida.

45/1979, párrafos 13.1 y 13.2, en el Doc. de las NU: CCPR/C/15/D/45/1979.

- 424 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *McCann y Otros c. Reino Unido*, doc. cit., párrafos 148-149
- 425 Véanse el Artículo 6 del PIDCP y el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase también la Carta Árabe de Derechos Humanos, Artículos 5, 6 y 7.
- 426 Véanse, por ejemplo, UNOG, Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, *Human Rights Council Discusses the Death Penalty, Institution Building and Other Issues*, comunicado de prensa, 29 de marzo de 2007 (observaciones de Eslovenia, Estados Unidos y Singapur), y *Frank Gaffney, Right of Reply on the Death Penalty*, declaración de la misión estadounidense ante la OSCE (Organización de Seguridad y Cooperación Europea), 9 de octubre de 2003.
- 427 Artículo 1 de las Salvaguardias de las Naciones Unidas para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte
- 428 Véanse, entre otros, las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: República Islámica de Irán, Doc. de las NU: CCPR/C/79/Add.25, 3 de agosto de 1993, párrafo 8, y las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Sudán, en el Doc. de las NU: CCPR/C/79/Add.85, 19 de noviembre de 1997, párrafo 8.
- 429 Resolución Nº 2005/59, La cuestión de la pena de muerte, de 20 de abril de 2005, párrafo 7.f

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el Artículo 6 del PIDCP “se refiere ... en forma general a la abolición [de la pena de muerte] en términos que denotan claramente que ésta es de desear [y que] todas las medidas encaminadas a la abolición deben considerarse como un avance en cuanto al goce del derecho a la vida”⁴³⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “las normas convencionales sobre la pena de muerte deben interpretarse en el sentido de “limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final”⁴³¹. La Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 37 (a)) y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Artículo 5.3) prohíben la pena capital por delitos cometidos por personas menores de 18 años. Firmemente establecida en los sistemas existentes en virtud de un tratado en los ámbitos tanto universal⁴³² como regional⁴³³, la prohibición de la pena de muerte va gradualmente integrándose en el derecho internacional general.

Las normas y la jurisprudencia internacionales exigen que las penas se puedan cumplir solamente conforme a una sentencia definitiva dictada por un tribunal independiente, imparcial y competente después de un juicio justo en el que se observen todas las garantías judiciales, incluido el derecho de apelación. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que “deben observarse de procedimiento que se prescriben en él, incluido el derecho de la persona a ser oída públicamente por un tribunal independiente, a que se presuma su inocencia y a gozar de las garantías mínimas en cuanto a su defensa y al derecho de apelación ante un tribunal superior”⁴³⁴. Con referencia a las garantías que se deben conceder a las personas que se enfrentan a la pena de muerte, las *Salvaguardias de la ONU para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte* son un importante instrumento de carácter declarativo. Adicionalmente, determinadas categorías de personas están excluidas de la aplicación de la pena de muerte según el derecho internacional: las personas que en el momento de cometer el delito tengan menos de 18 años, las mujeres embarazadas y las madres con hijos a cargo, y las personas que sufran algún tipo de discapacidad mental o intelectual⁴³⁵.

430 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, doc. cit, párrafo 6

431 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. c. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párrafo 99. Véase también la Opinión Consultiva OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte (Artículos 4(2) y 4(4) Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 8 de septiembre de 1983, Serie A No. 3, párrafo 57.

432 Segundo Protocolo Adicional al PIDCP, y Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 37)

433 En el contexto del Consejo de Europa, véanse los Protocolos 6 y 13 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (esto es, la Sentencia de 12 de marzo de 2003, Caso *Ócalan c. Turquía*, Aplicación Nº 46221/99). En el contexto de la Unión Europea, véase el Artículo 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cuanto al sistema interamericano, véanse la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 4.1) y el Protocolo de la Convención Americana para la abolición de la pena de muerte. Ya en 1969, cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada, 14 de las 19 delegaciones presentes declararon su “*firme esperanza de ver la aplicación de la pena de muerte erradicada*” (documento de la OEA: OEA/Ser.K/XXI/1.2, p. 467 – El estado deseado de los asuntos del hemisferio).

434 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida (Artículo 6), párrafo 7.

435 Véanse, entre otros, PIDCP (Artículo 6.5); Convenio de los Derechos del Niño (Artículo 37.a); Salvaguardias de las NU para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte (Artículo 3); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 4.5); Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Artículo 5.3), y Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los De-

3.4. Amenazas de muerte

Las amenazas de muerte no solamente socavan el derecho a la vida sino también el derecho a la seguridad de las personas reconocido en el Artículo 9 del PIDCP y en el Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En relación con las amenazas de muerte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha declarado que:

“Si bien en el Pacto la única referencia al derecho a la seguridad personal se encuentra en el artículo 9, nada prueba que se quisiera restringir el concepto del derecho a la seguridad únicamente a las situaciones de privación de libertad. [...] En términos jurídicos, no es posible que los Estados descarten las amenazas conocidas contra la vida de las personas que están bajo su jurisdicción sólo porque estas personas no estén detenidas o presas. Los Estados Parte tienen la obligación de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger a las personas. Una interpretación del artículo 9 que permitiera a un Estado Parte ignorar una amenaza a la seguridad de personas no detenidas o presas dentro de su jurisdicción haría totalmente ineficaces las garantías del Pacto”⁴³⁶.

El Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han llegado a la conclusión de que la inacción del Estado frente a las amenazas de muerte constituye una violación del derecho a la vida⁴³⁷.

4. Orientación sexual e identidad de género y el derecho a la vida

Es axiomático que el Estado no debería privar a una persona de la vida por razones de orientación sexual o identidad de género. La imposición de la pena capital por la comisión de un tercer acto homosexual o mantener relaciones homosexuales consentidas entre adultos, así como las ejecuciones extrajudiciales o los asesinatos, por razón de la orientación sexual o la identidad de género de la víctima son una violación flagrante del derecho a la vida⁴³⁸. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reafirmado en re-

chos de las Mujeres en África (Artículo 4).

436 Comité de Derechos Humanos de la ONU, Dictamen de 12 de julio de 1990, Caso *William Eduardo Delgado Páez c. Colombia*, Comunicación No. 195/1985, párrafo 5.5 en el Doc. de las NU: CCPR/C/39/D/195/1985. Véanse también el Dictamen de 20 de marzo de 2000, Caso *Carlos Dias c. Angola*, Comunicación No. 711/1996, párrafo 8.3, en el Doc. de las NU: CCPR/C/68/D/711/1996, Dictamen de 25 de octubre de 2000, Caso *Rodger Chongwe c. Zambia*, Comunicación No. 821/1998, párrafo 5.3, en el Doc. de las NU: CCPR/C/70/D/821/1998, y IDictamen de 25 de marzo de 2002, Caso *Luis Asdrúbal Jiménez Vaca v. Colombia*, Comunicación No. 859/1999, párrafo 7.1.

437 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 25 de marzo de 2002, Caso *Luis Asdrúbal Jiménez Vaca c. Colombia*, *doc. cit.*, párrafo 7.3, y Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Informe Nº 32/90, Caso 10.222 (Perú).

438 Véanse, entre otros, las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Sudán, *doc. cit.*, párrafo 8; Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución Nº 2005/59, La cuestión de la pena de muerte, de 20 de abril de 2005, párrafo 7.f, y la Resolución 2003/67, La cuestión de la pena de muerte, de 24 de abril de 2003, párrafo 4.d; Asamblea General de Naciones Unidas, Resoluciones sobre las “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” Nº 61/173 de 19 de diciembre de 2006, Nº 59/197 de 20 de diciembre de 2004, y Nº 57/214 de 18 de diciembre de 2002; Informe del Relator Especial, señor Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Nigeria, en el Doc. de las NU: E/CN.4/2006/53/Add.4 de 7 de enero de 2006; Informe del Relator Especial, Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Guatemala, A/HRC/4/20/Add.2, 19 de fe-

petidas ocasiones la obligación de los Estados “de garantizar la protección del derecho a la vida de quienes estén bajo su jurisdicción”, e instó a todos los Estados afectados a “que investiguen rápidamente y a fondo los casos [...] de asesinatos [...] cometidos por cualquier razón discriminatoria, incluida [...] la orientación sexual [...], y para que los autores sean sometidos a un órgano judicial competente, independiente e imparcial, y para que velen por que dichos asesinatos, en particular los cometidos por fuerzas de seguridad, grupos paramilitares o fuerzas privadas, no sean tolerados ni sancionados por funcionarios o personal del gobierno”⁴³⁹.

Cabe insistir que según el Artículo 6 del PIDCP y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las sentencias de muerte se pueden imponer solamente por los delitos más graves, una estipulación que excluye las cuestiones de orientación sexual. El Comité de Derechos Humanos ha ratificado que los actos homosexuales no se pueden catalogar como los “delitos más graves”⁴⁴⁰, y la antigua Comisión de Derechos Humanos de la ONU indicó que la pena de muerte no se debería imponer por mantener relaciones sexuales consentidas entre adultos⁴⁴¹. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha indicado explícitamente que la imposición de la sentencia de muerte por una práctica sexual privada, como la sodomía, es una violación del derecho internacional⁴⁴².

El derecho a la vida impone al Estado una obligación jurídica negativa de impedir las acciones de sus agentes que priven a una persona de su vida por razón de su orientación sexual o identidad de género. La obligación jurídica es igualmente una obligación positiva y obliga a los Estados a adoptar todas las medidas adecuadas para desalentar, prevenir y castigar a los perpetradores, al igual que a abordar todas las actitudes o condiciones presentes en la sociedad que fomenten o faciliten dichos delitos, ya sea por los agentes del Estado o por terceros. Esto incluiría el establecimiento de disposiciones de derecho penal eficaces destinadas a desalentar que se cometan delitos contra la persona, con el respaldo del sistema de cumplimiento de la ley, a efectos de la prevención, supresión y castigo de las infracciones de dichas disposiciones⁴⁴³.

brero de 2007, e Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2000/3, 25 de enero de 2000, párrafo 116

439 Asamblea General, Resolución 57/214 sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de 18 de diciembre de 2002, párrafo 6. Véase también la Resolución 61/173 sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, 16 de diciembre de 2006, párrafo 5(b).

440 Véanse, entre otros, las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: República Islámica de Irán, *doc. cit.*, párrafo 8, y las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Sudán, *doc. cit.*, párrafo 8.

441 Resolución No. 2005/59, La cuestión de la pena de muerte, de 20 de abril de 2005, párrafo 6,f

442 Informe del Relator Especial, señor Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Nigeria, Doc, de las UN: E/CN.4/2006/53/Add.4, de 7 de enero de 2006, párrafo 37

443 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de julio de 2007, Caso *Angelova e Iliev c. Bulgaria*, Aplicación No. 55523/00, párrafo 93, y Sentencia de 28 de octubre de 1998, Caso *Osman c. Reino Unido*, Aplicación No. 87/1997/871/1083, párrafo 115. De esta manera, los comparecientes ante el Tribunal aceptan que el Artículo 2 del Convenio puede implicar, en determinadas circunstancias bien definidas, una obligación positiva por parte de las autoridades de adoptar medidas operativas preventivas tendentes a proteger a una persona cuya vida corra peligro debido a los actos delictivos de otra.

Esta obligación positiva no se debería ignorar en razón de que buena parte de las violaciones del derecho a la vida en relación con la orientación sexual y la identidad de género ocurren no solamente por acción de los agentes del Estado, sino también por su inacción o falta de adopción de medidas positivas que garanticen la vida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido adicionalmente que:

“Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones”⁴⁴⁴.

Es asimismo necesario que este tipo de acción se realice prontamente y dentro de un plazo razonable⁴⁴⁵. Al abordar cuestiones relativas al derecho a la vida en relación con la orientación sexual y la identidad de género, los Estados están obligados a adoptar las medidas legislativas, jurídicas y administrativas correspondientes. Esto hace necesario asimismo un compromiso político de garantizar tanto la existencia de estas medidas como su eficacia. Con el fin de garantizar el derecho a la vida, la entonces Relatora Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado que: “Se investigarán rápida y rigurosamente los asesinatos y las amenazas de muerte, con independencia de la orientación sexual de las víctimas. Se adoptarán políticas y programas encaminados a superar el odio y los prejuicios contra los homosexuales y a sensibilizar a las autoridades y al público en general hacia los delitos y actos de violencia contra quienes pertenecen a una minoría sexual”⁴⁴⁶.

Los prejuicios contra los miembros de las minorías sexuales y, en particular, la tipificación penal de las cuestiones de orientación sexual, contribuyen a agravar la estigmatización social de esas personas⁴⁴⁷. Las personas LGBT y las minorías sexuales son más vulnerables a la violencia y a los abusos de los derechos humanos, incluidas las amenazas de muerte y las violaciones del derecho a la vida, que con frecuencia se cometen en un clima de impunidad. La entonces Relatora Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha apuntado asimismo que las personas de orientación homosexual han sido clasificadas como pertenecientes a una categoría de víctimas que son especialmente vulnerables, en virtud de su orientación

444 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de *Las Masacres de Ituango c. Colombia*, doc. cit., , párrafo 131.

445 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La Cantuta c. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162.

446 Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2002/74, 9 de enero de 2002, párrafo 148. Véase también el Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2001/9, 11 de enero de 2001, párrafo 118.

447 Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2001/9, 11 de enero de 2001, párrafo 50

sexual, a ser el blanco preferente de ejecuciones extrajudiciales o a estar expuestas a ejecuciones extrajudiciales y a amenazas de muerte⁴⁴⁸. También ha expresado su preocupación por los informes tendenciosos de los medios de comunicación que han contribuido a crear un clima de impunidad e indiferencia sobre estos delitos cometidos contra los miembros de las minorías sexuales. La impunidad podría ser consecuencia de un sistema judicial débil e inadecuado, que no desea o no puede investigar y enjuiciar los casos de violaciones graves de los derechos humanos, en particular las violaciones del derecho a la vida⁴⁴⁹.

La entonces Relatora Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias estima que:

“La despenalización de las cuestiones de orientación sexual contribuirá en gran medida a superar la estigmatización social de los miembros de las minorías sexuales y, por consiguiente, a frenar la impunidad de las violaciones de los derechos humanos dirigidas contra estas personas. Las cuestiones de orientación sexual en ningún caso pueden ser castigadas con la muerte”⁴⁵⁰.

Resumen

- No se puede privar a una persona de la vida por razón de su orientación sexual o identidad de género.
- El derecho a la vida y a no ser privado de la vida arbitrariamente está reconocido universalmente y protegido por el derecho internacional de los derechos humanos. El ámbito de protección del derecho a la vida se debe interpretar de manera extensiva, y sus limitaciones se deben enfocar con una interpretación restrictiva.
- La imposición de la pena capital por la comisión de un acto homosexual o por mantener relaciones homosexuales consentidas entre adultos es una violación flagrante del derecho a la vida y puede equivaler a una ejecución sumaria.
- La obligación de los Estados de proteger el derecho de una persona a no ser privada arbitrariamente de la vida es absoluta, y está incluida entre las obligaciones que los Estados no pueden suspender en circunstancia alguna.
- El derecho a la vida no solamente supone que nadie sea privado de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino también que los Estados tomen todas las medidas necesarias para proteger y garantizar el derecho a la vida (obligación positiva), incluidos los actos de actores no estatales.

448 Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2002/74, 9 de enero de 2002

449 Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2000/3, 25 de enero de 2000, párrafos 57, 89 y 116

450 Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2000/3, 25 de enero de 2000, párrafo 116

- Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger a las personas frente a las amenazas de muerte.
- La obligación de proteger el derecho a la vida supone la prohibición de devolver, deportar, extraditar, expulsar o de otro modo enviar a alguien a un país donde se enfrente a un riesgo real de privación de libertad arbitraria, incluso cuando la privación de libertad se base en razones de orientación sexual o identidad de género.

VI. Tortura y malos tratos

“El Estado Parte debe reconocer la índole absoluta de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no puede conculcarse en ninguna circunstancia. Jamás pueden justificarse estas prácticas aduciendo el equilibrio que debe haber entre los intereses de la sociedad y los derechos de la persona”.

Comité de Derechos Humanos⁴⁵¹

1. Naturaleza y alcance de la prohibición de la tortura y los malos tratos

La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que “nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Todos los tratados de derechos humanos, tanto internacionales como regionales, prohíben absolutamente la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴⁵². Es más, varios estándares internacionales reiteran esta prohibición⁴⁵³.

La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (malos tratos) está expresada en términos absolutos y es un derecho que nunca puede

451 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 de abril de 2006, párrafo 15

452 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 7); Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convenio de los Derechos del Niño (Artículo 37a); Convención Internacional sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares (Artículo 10); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Artículo 15.1); Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 3); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 5); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Artículo 4,c); Carta Árabe de Derechos Humanos (Artículo 8); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Artículo 5); Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Artículo 16), y Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África (Artículo 4)

453 Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Principio 6); Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Artículo 5); Directrices sobre al función de los fiscales (Directriz 16); Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (Artículo 6); Principios Directrices de las Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno (Principio 11); Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 4); Principios y Directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África (Principio M.7); Directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Directriz IV); Principios y Buenas Prácticas sobre protección de las personas privadas de libertad en las Américas (Principio 1), y Directrices y Medidas para la prohibición y prevención de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en África (Directrices de Robben Island, 2002)

ser suspendido⁴⁵⁴. La naturaleza absoluta de la prohibición de la tortura y los malos tratos, conforme al derecho de los tratados y el derecho consuetudinario internacional, está fuera de toda duda⁴⁵⁵. El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha reiterado “las obligaciones que figuran en los artículos 2 [de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes] (“en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales ... como justificación de la tortura”), 15 (prohibición de que las confesiones extraídas como resultado de tortura puedan ser invocadas como prueba, salvo en contra del torturador) y 16 (prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) son tres de esas disposiciones, que deben observarse en toda circunstancia⁴⁵⁶. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha reconocido asimismo que “el derecho a no ser sometido a tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes no se puede derogar por razón alguna, en circunstancia alguna”⁴⁵⁷. La prohibición de la tortura es una norma *ius cogens*⁴⁵⁸, tal como ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵⁹.

454 Véanse, entre otros, PIDCP (Artículo 4.2); Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra; Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 15.2); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 27.2), y Carta Árabe de Derechos Humanos (Artículo 8).

455 Véanse, entre otros, PIDCP (Artículos 4 y 7); Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 2); Convenio de los Derechos del Niño (Artículo 37); Convención Internacional sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares (Artículo 10); Reglas Mínimas Uniformes para el tratamiento de los reclusos (Regla 31); Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Principio 6); Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Artículo 3); Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Artículo 5); Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (Artículo 6); Directrices sobre el función de los fiscales (Directriz 16); Observaciones Finales del el Comité de Derechos Humanos: Canadá, Doc. de las NU: CCPR/C/CAN/CO/5, 20 de abril de 2006, párrafo 15; Resolución de la Asamblea General de las UN: A/RES/59/183; Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de las UN: E/CN.4/RES/2005/39, y los informes del Relator Especial de las NU sobre la tortura (Doc. de las NU: E/CN.4/1986/15, párrafo 3, 19 de febrero de 1986, y E/CN.4/2002/137, 26 de febrero de 2002, párrafo 8). Véanse, también, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Artículo 5); Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, (Artículo 16); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 5 y 27); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Tortura (Artículos 1 y 5); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Artículo 4); Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 3), y Directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo del Comité de Ministros del Consejo de Europa (IV). Véanse, también, Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra; Convenio de Ginebra III (Artículos 49, 52, 87(3), 89, 97); Convenio de Ginebra IV (Artículos 40, 51, 95, 96, 100, 119); Protocolo I a los Convenios de Ginebra (Artículo 75) y Protocolo II a los Convenios de Ginebra (Artículo 4).

456 Declaración del Comité contra la Tortura, adoptada el 22 de noviembre de 2001, Doc. de las NU: CAT/C/XXVII/Misc.7. Véase, también, Comité contra la Tortura, Observación General Nº 2, Aplicación del Artículo 2 por los Estados Parte, párrafo 6.

457 Comunicación 275 / 2003, Caso *Article 19 c. Eritrea*, párrafo 99 (original en inglés, traducción libre).

458 Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, párrafo 1. Véase Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Caso *El Fiscal c. Anto Furundzija*, No. IT-95-17/1-T, párrafo 154; Sentencia de 16 de noviembre de 1998, Caso *El Fiscal c. Delalic y otros*, IT-96-21-T, párrafo 454, y Sentencia de 22 de febrero de 2000, Caso *El Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, IT-96-23-T y IT-96-23/1-T. Véanse, también, Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Tibi c. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párrafo 143; *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párrafo 112; *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 92; *Cantoral Benavides c. Perú* Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párrafos 102 y 103). Ver Informe del Relator Especial de las NU sobre la tortura (Doc. de las NU: E/CN.4/2006/6, párrafo 17), y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *doc. cit.*, párrafo 155.

459 Ver, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caesar c. Trinidad y Tobago*, Sentencia de

2. Tortura y malos tratos

2.1. Tortura: alcance de la definición y delitos con una motivación sexual

Según el derecho internacional, se han ofrecido diferentes definiciones de la tortura. De hecho, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*⁴⁶⁰, la *Convención de las NU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*⁴⁶¹, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*⁴⁶² y la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*⁴⁶³ aportan diferentes definiciones de la tortura. Al mismo tiempo, el derecho internacional humanitario prohíbe la tortura, pero no la define.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), en la descripción del alcance de su jurisdicción, ha examinado la tortura calificándola de delito cometido de manera sistemática o generalizada (crímenes de lesa humanidad), y de delito cometido en el marco de un conflicto armado (crímenes de guerra), dentro de la “definición de la tortura conforme al derecho consuetudinario internacional”⁴⁶⁴. En un primer momento, el TPIY consideró que la definición contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes “reflejaba un consenso que la Sala de Primera Instancia consideraba representativo del derecho internacional consuetudinario”⁴⁶⁵. Posteriormente, el TPIY clarificó su postura diciendo que, bajo el derecho internacional consuetudinario hay tres elementos que definen la tortura: i) la imposición, por acción u omisión, de dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales; ii) la intencionalidad de la acción u omisión, y iii) el acto debe ser instrumental para otros fines, en el sentido de que el causar dolor debe tener un objetivo determinado⁴⁶⁶. El TPIY concluyó adicionalmente que “conforme al derecho internacional consuetudinario, no es necesario que esta conducta deba ser perpetrada exclusivamente con uno de los propósitos prohibidos [conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura]. [...] El propósito prohibido debe sencillamente for-

11 de marzo de 2005, Serie C No. 123, párrafo 100.

460 Artículo 1 (1). Véase, también, el Comentario del Artículo 5 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

461 Artículo 1 (1)

462 Artículo 7 (2, e)

463 Artículo 2

464 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 22 de febrero de 2001, *El Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, Caso IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párrafo 468. Véanse, también, otras sentencias previas: *El Fiscal c. Furundzija*, 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1-T, y *El Fiscal c. Delalic y otros*, 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T.

465 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, *El Fiscal c. Delalic y otros*, Caso IT-96-21-T, párrafo 459. Véase también la Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *El Fiscal c. Furundzija*, Caso IT-95-17/1-T, párrafos 160-161.

466 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia de 22 de febrero de 2001, *El Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, Caso IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párrafo 483, y Sala de Apelaciones, Sentencia de 12 de junio de 2002, *El Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, Caso IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párrafo 148

mar parte de la motivación de la conducta, no siendo necesario que sea un propósito predominante o exclusivo”⁴⁶⁷.

En este contexto, el TPIY indicó que “la violencia sexual causa necesariamente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, justificando de esta manera su caracterización como acto de tortura”⁴⁶⁸. El Tribunal afirma que “incluso si la motivación del perpetrador es puramente sexual, de ello no se desprende que el perpetrador no tenga la intención de cometer un acto de tortura o que su conducta no cause dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, debido a que dichos dolores o sufrimientos son una consecuencia probable y lógica de su conducta. En vista de esta definición, es importante determinar si un perpetrador ha tenido la intención de actuar de manera que, normalmente, hubiese causado dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a sus víctimas”⁴⁶⁹. En respuesta al argumento de que el propósito de la gratificación sexual no aparece enumerado en la definición de la tortura, el TPIY ha llegado a la conclusión de que “no es necesario que los actos hayan sido perpetrados exclusivamente con uno de los propósitos que prohíbe el derecho internacional. Si la conducta satisface uno de los propósitos prohibidos, el hecho de que dicha conducta haya buscado alcanzar un propósito no enumerado (incluso uno de carácter sexual) no es determinante”⁴⁷⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos han llegado asimismo a la conclusión de que una violación puede equivaler a tortura⁴⁷¹. El Tribunal Europeo ha apuntado que “la violación de un detenido por un funcionario del Estado se debe considerar una forma especialmente grave y aborrecible de malos tratos, dada la facilidad con que el infractor puede explotar la vulnerabilidad y la resistencia debilitada de su víctima [en este caso, la violación de una chica de 17 años]”⁴⁷².

Estas consideraciones del TPIY, el Tribunal Europeo y la Comisión Interamericana son particularmente pertinentes en las cuestiones de la orientación sexual y la identidad de género, teniendo en cuenta que las personas LGBT son a menudo víctimas de violaciones y violencia sexual, sobre todo cuando son privadas de su libertad, ya sea por funcionarios del Estado o por terceros, debido muchas veces a la inacción del Estado.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura describe la “‘tortura’ como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, [...] por cualquier razón basada en cualquier tipo de dis-

467 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia de 22 de febrero de 2001, *El Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, Caso IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párrafo 486. Véase también la Sentencia de 16 de noviembre de 1998, *El Fiscal c. Delalic y otros*, IT-96-21-T, párrafo 470 (original en inglés, traducción libre)..

468 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Sentencia de 12 de junio de 2002, *El Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, Caso IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párrafo 150 (original en inglés, traducción libre).

469 *Ibid.*, párrafo 153 (original en inglés, traducción libre).

470 *Ibid.*, párrafo 155 (original en inglés, traducción libre).

471 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, *Caso Aydin c. Turquía*, Aplicación No. 57/1996/676/866, y Comisión de Derechos Humanos, Infome No. 5/96 de 1 de marzo de 1996, Caso No. 10.970, *Raquel Martín de Mejía c. Perú*.

472 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, *Caso Aydin c. Turquía*, *doc. cit.*, párrafo 81 (original en inglés, traducción libre).

criminación [...]”⁴⁷³. Este aspecto de la definición es pertinente a las cuestiones de la orientación sexual y la identidad de género, y el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura considera la posibilidad de incluirlo en un proyecto de razones de discriminación, incluida la orientación sexual⁴⁷⁴.

2.2. Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

A pesar de que no existe una definición absoluta, el *Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* aporta una interpretación importante, a saber: “deberá interpretarse que el término ‘tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’ [...] extiende la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental”⁴⁷⁵. De hecho, parece ser que los malos tratos se definen fundamentalmente por negación en relación con la tortura. Se manifiestan como actos que no reúnen las condiciones para ser incluidos en la definición de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, debido a la ausencia de elementos de intencionalidad, o a que no se llevan a cabo con los propósitos específicos descritos⁴⁷⁶. Los actos que la jurisprudencia y/o los organismos internacionales incluyen son los siguientes: detención incomunicada prolongada⁴⁷⁷; confinamiento repetido en solitario; exposición al frío; traslado persistente a una nueva celda⁴⁷⁸; prisioneras desnudas colgadas de esposas⁴⁷⁹ y determinadas “técnicas” de interrogación⁴⁸⁰. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura ha considerado que el ejercicio desproporcionado de las atribuciones policiales⁴⁸¹ y la impotencia de la víctima⁴⁸² son elementos inherentes de malos tratos.

473 Artículo 1.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cueles, Inhumanos o Degradantes

474 Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, *doc. cit.*, párrafo 22.

475 Comentario (párrafo c.) del Artículo 5 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

476 Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura, Doc. de las NU: E/CN.4/2006/6, párrafo 35. Véase en la misma línea: Nigel Rodley, *The treatment of prisoners under international Law*, Clarendon Press, Oxford, 2nd Edition, 1999, p. 98 y ft.123.

477 Véanse, entre otros, la Observación General No. 20 del Comité de Derechos Humanos, *doc. cit.*, párrafos 5 y 6; Observaciones Finales: Estados Unidos, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, de 18 de diciembre de 2006, párrafo 12; Dictamen 4 de julio de 2006, Caso *Ali Medjnoue c. Argelia*, Comunicación Nº 1297/2004; Dictamen de 25 de marzo de 1996, Caso *Celis Laureano c. Perú*, Comunicación Nº 540/1993; Dictamen de 24 de julio de 1994, Caso *Mukong c. Camerún*, Comunicación 458/1991; Dictamen de 23 de marzo de 1994, Caso *El-Megreisi c. Jamahiriya Árabe Libia*, Comunicación 440/1990. Véanse, también, las Resoluciones No. 1997/38 de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las NU (párrafo 10), y la Resolución No. 2005/39 (párrafo 9); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 156, y Caso *Suárez Rosero c. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafos 90 y 91.

478 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 17 de julio de 1985, Caso *Conteris v. Uruguay*, Comunicación No. 139/1983

479 Véanse los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de 27 de marzo de 1981, Caso *Isoriano de Bouton v. Uruguay*, Comunicación Nº 37/1978, y de 1 de noviembre de 1985, Caso *Arzuaga Gilbao v. Uruguay*, Comunicación Nº 147/1983.

480 Véanse, por ejemplo, las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Estados Unidos, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 de 18 de diciembre de 2006, párrafo 13, y el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Doc. de la OEA: OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, párrafos 211 y 213.

481 Doc de las NU: E/CN.4/2006/6, párrafo 38.

482 *Ibid.*, párrafo 39

La prohibición de los tratos crueles, inhumanos o degradantes se ha utilizado para limitar la aplicación de la pena de muerte en una variedad de circunstancias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado que exponer a un recluso al “fenómeno del corredor de la muerte”⁴⁸³ constituye un trato cruel, inhumano o degradante, prohibiendo en efecto las extradiciones cuando exista la posibilidad de que el resultado de una sentencia condenatoria sea una condena de muerte⁴⁸⁴. El Comité de Derechos Humanos ha dictaminado que la exposición repetida a períodos de espera de la ejecución constituyen un trato cruel e inhumano⁴⁸⁵.

3. Obligaciones de los Estados

Los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y castigar la tortura y los malos tratos según el derecho internacional. Tienen tres obligaciones positivas referentes tanto a la tortura como a los malos tratos: a) deben adoptar medidas, como impartir formación al personal encargado de hacer cumplir la ley, que permitan garantizar el cumplimiento de las prohibiciones contra la tortura y los malos tratos; b) deben investigar pronta y competentemente todas las acusaciones razonables de que hayan tenido lugar tortura o malos tratos en sus territorios, procesar a los presuntos perpetradores y, si son declarados culpables por un tribunal independiente, imparcial y competente, castigarlos con las penas adecuadas teniendo en cuenta su gravedad, y c) deben ofrecer una tutela judicial efectiva y una reparación a las víctimas de dichos actos⁴⁸⁶. El Comité contra la Tortura ha apuntado que esta obligación se extiende a la necesidad de adoptar medidas positivas que garanticen que personas o entidades privadas no inflinjan tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a otras en la medida de su competencia. Si bien todas las formas de trato prohibido requieren medidas positivas que permitan prevenir, castigar y remediar, la prohibición de la tortura exige que los Estados cumplan otras dos obligaciones: una obligación *erga omnes* de expatriar o procesar a presuntos torturadores, y una obligación de no devolución (*non-refoulement*).

La prohibición absoluta de la tortura y los malos tratos impone al Estado la obligación de no aplicar métodos de interrogación, condiciones de detención o castigos que puedan equivaler a estos actos prohibidos. El castigo corporal que suponga propinar golpes en el cuerpo o mutilarlo – como apaleamiento, azotes, palmetazos, latigazos, amputación o la aplicación de hierros al rojo vivo – impuesto por mandamiento judicial o como

483 En esencia, la degradación del bienestar mental, que es el resultado de una detención indefinida, que termina en la ejecución esperada

484 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de julio de 1989, Caso *Soering c. Reino Unido*, Aplicación No. 14038/88

485 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 7 de abril de 1989, Casos *Pratt y Morgan c. Jamaica*, Comunicaciones Nº 210/1986 y 225/1987, párrafo 13.7.

486 Véanse, entre otros, Observación General No. 2 del Comité contra la Tortura, Aplicación del Artículo 2 por los Estados Parte, párrafos 24 y 7; Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte del Convenio, párrafo 16, y Conjunto Actualizado de Principios de las NU para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005), recomendado en la resolución 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos de 21 de abril de 2005. Para una explicación más detallada de estas cuestiones, véase: Comisión Internacional de Juristas, *El derecho a interponer recursos y a obtener reparación por graves violaciones de derechos humanos*, Guía para Profesionales No. 2, Ginebra, 2006.

sanción administrativa está prohibido por las normas internacionales⁴⁸⁷. En varios países, las leyes castigan las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo y el comportamiento transgénero con el castigo corporal.

Por lo que se refiere al deber de perseguir judicialmente a los presuntos perpetradores de malos tratos, el Comité contra la Tortura pone de relieve que “sería una violación de la Convención enjuiciar como malos tratos conductas en las que también están presentes los elementos constitutivos de la tortura”⁴⁸⁸. El Comité contra la Tortura ha reiterado que en los casos de malos tratos, los Estados tienen un deber de llevar a cabo una investigación penal⁴⁸⁹. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que “los Estados Parte deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto”⁴⁹⁰.

Los Estados no deben exponer a los individuos al peligro de ser sometidos a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a su regreso a otro país al ser extraditados, expulsados o devueltos. El principio de no devolución (*non-refoulement*), que prohíbe que los Estados devuelvan, deporten, extraditen, expulsen o de otro modo envíen a alguien a un país donde se enfrente a un peligro real de violaciones graves de los derechos humanos, incluidos la tortura y los malos tratos, es uno de los principios más fundamentales del derecho internacional en general. Tiene sus orígenes en la legislación internacional sobre refugiados⁴⁹¹ y en las normas internacionales sobre extradición⁴⁹², y hace parte integral del derecho de los derechos humanos, aplicable a todas las personas. Está establecido firmemente en varios instrumentos jurídicos universales y regionales⁴⁹³, al igual que en el derecho internacional consuetudinario, que es vincu-

487 Véase, entre otros, la Resolución 2001/62 de 25 de abril de 2001, párrafo 5, de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las NU.

488 Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, Aplicación del Artículo 2 por los Estados Parte, Doc. de las NU: CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4; párrafo 10

489 Comité contra la Tortura., Dictamen de 14 de mayo de 1998, Caso *Encarnación Blanco Abad c. España*, Comunicación No. 59/1996, y Dictamen de 21 de noviembre de 2002, Caso *Hajrzi Dzemajl et al. c. Yugoslavia*, Comunicación No. 161/2000.

490 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte del Convenio, párrafo 18.

491 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Artículo 33), Convención sobre Asilo Territorial de la OEA (Artículo IV), y Convención de la Organización de la Unión Africana que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África (Artículo II (3)).

492 Véanse, entre otros, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (Artículo 9), Convenio Europeo de Extradición (Artículo 3), Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Artículo 5), Convención Interamericana sobre Extradición (Artículo 4), y Tratado Modelo de las Naciones Unidas sobre Extradición (Artículo 3).

493 Véanse, entre otros, Convención contra la Tortura y los Tratos o Penas Cuelles, Inhumanos o Degradantes (Artículo 3.1), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 16), Declaración sobre Asilo Territorial (Artículo 3.1), Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 8), Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias (Principio 5), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 22.8), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículo 13.4), Carta Árabe de Derechos humanos (Artículo 28), y Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Artículo 3).

lante para todos los Estados. Aunque el PIDCP no contiene disposiciones explícitas sobre este tema, el Comité de Derechos Humanos considera que el principio de no devolución es inherente en el Artículo 7⁴⁹⁴. Esto ha sido asimismo ratificado por varios órganos universales y regionales de derechos humanos⁴⁹⁵.

El Comité de Derechos Humanos ha recordado a los Estados que “el Estado Parte debe reconocer la índole absoluta de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no puede conculcarse en ninguna circunstancia. [...] Ninguna persona, sin excepción alguna, incluidas las personas de las que se sospeche que representan un peligro para la seguridad nacional o la seguridad de cualquier persona, ni siquiera durante un estado de emergencia, podrá ser deportada a un país en que corra el riesgo de ser sometida a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”⁴⁹⁶. La protección ofrecida por el principio de no devolución reviste carácter imperativo, y no puede estar sujeta a derogación o restricción en ninguna circunstancia⁴⁹⁷.

La diferencia entre las diversas formas de tratos prohibidos (tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes) no es pertinente aquí: puesto que la prohibición de todos ellos es absoluta y no derogable, el principio de no devolución es aplicable a todos ellos sin distinción⁴⁹⁸. El Comité contra la Tortura ha señalado también que el riesgo de tortura puede provenir de actores que ejercen “ciertas prerrogativas comparables a las que ejercen normalmente los gobiernos legítimos. En consecuencia, para los fines de la aplicación de la Convención, a los miembros de esas facciones se les puede aplicar la expresión “funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas”⁴⁹⁹.

El principio de no devolución es aplicable siempre que exista un riesgo de violación grave de los derechos humanos. Este riesgo es el centro de atención, y la naturaleza del traslado o las actividades de la persona implicada son irrelevantes. Este principio contempla cualquier traslado involuntario de una persona de un país a otro, con independencia de la forma que adquiera o del nombre que reciba (deportación, expulsión,

494 Véase la Observación General No. 20 del Comité de Derechos Humanos, *doc. cit.*, párrafo 9. Véanse, también, entre otros, las Dictámenes del Comité de Derechos Humanos en los casos: *Chitat Ng c. Canadá*, Comunicación 469/1991; *Mohammed Alzery c. Suecia*, Comunicación Nº 1416/2005; *Cox c. Canadá*, Comunicación 539/1993, y *G.T. c. Australia*, Comunicación 706/1996.

495 Comité contra la Tortura, Dictamen de 20 de mayo de 2005, *Caso Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suecia*, Comunicación No. 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003; *Caso Khan c. Canadá*, Comunicación Nº 15/1994, Doc. de las NU: A/50/44 en 46 (1994); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias en los casos *Soring v. Reino Unido*, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, *Alan c. Suiza*, *Aemei c. Suiza*, *Mutombo c. Suiza*, *Tala c. Suecia*, *Falakaflaki c. Suecia*, *A c. Países Bajos*, *Ayas c. Suecia*, *Haydin c. Suecia*, y *H.D. c. Suiza*, y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No.97/93, *Modisse c. Botswana*.

496 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: *Canadá*, CCRP/C/CAN/CO/5, 20 de abril de 2006, párrafo 15.

497 Véanse, entre otros, el Informe del Relator Especial sobre la tortura, Doc. de las NU: E/CN.4/2002/137 de 26 de febrero de 2002, párrafo 14, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1984-1985, Doc. de la OAE: OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1, 1 de octubre de 1985.

498 Véase la Observación General No. 20 del Comité de Derechos Humanos, *doc. cit.*, donde el Comité reconoce explícitamente la aplicación del principio en el caso de la “tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (párrafo 9).

499 Comité contra la Tortura, Decisión de 14 de mayo de 1999, caso *Sadiq Shek Elmîc c. Australia*, Comunicación No. 120/1998, CAT/C/22/D/120/1998, 25 de mayo de 1999, párrafo 6.5

devolución, extradición, traslado, etc.), y del hecho de que los procedimientos aplicados hayan sido legales (es decir, de facto o *de jure*). La distinción tradicional que se establece en el derecho internacional público entre extradición, expulsión, devolución, etc., no es pertinente aquí⁵⁰⁰. A diferencia de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, aquí nunca se puede aplicar un test de equilibrio que permita restringir la aplicación de este principio por razones como la seguridad nacional.

4. Tortura y malos tratos por razones de orientación sexual e identidad de género

4.1. Tortura y malos tratos derivados de prejuicios y discriminación

En su calidad de grupo minoritario, las personas LGBT están en una posición de vulnerabilidad en la sociedad, lo cual incrementa a su vez su susceptibilidad de ser sometidas a tortura. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura ha apuntado que las actitudes y creencias que se derivan de mitos y temores asociados al género, la sexualidad y el VIH / SIDA contribuyen al estigma y a la discriminación de este colectivo. Su informe cataloga manifestaciones gráficas de malos tratos derivados específicamente de la hostilidad hacia una orientación sexual o identidad de género específica. “[S]e golpeó intencionalmente a mujeres transexuales originalmente del sexo masculino en los pechos y los pómulos realizados con injertos de silicona y, al reventar éstos como consecuencia de los golpes, soltaron sustancias tóxicas dentro de sus cuerpos. Se cree que se ha sometido también a malos tratos a las minorías sexuales, entre otras cosas para obligar a los trabajadores del sexo a irse de determinadas zonas —en las denominadas campañas “de limpieza social”— o para disuadir a los miembros de las minorías sexuales de reunirse en determinados lugares, como clubes y bares”⁵⁰¹.

El Relator Especial ha llegado a la conclusión de que la discriminación sistémica contra los miembros de las minorías sexuales aumenta su vulnerabilidad a la tortura. El Relator Especial ha declarado que “recibe información desde hace unos años sobre algunos casos en los que las víctimas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes pertenecen a minorías sexuales”. Apunta que “en una parte considerable de los casos de tortura a miembros de minorías sexuales hay indicaciones de que a éstos se les somete a menudo a actos de violencia de índole sexual, como violaciones o agresiones sexuales, a fin de “castigarlos” por traspasar las barreras del género o por cuestionar ideas predominantes con respecto al papel de cada sexo”⁵⁰². El Relator Especial ha indicado lo siguiente:

500 Véanse, entre otros, las Consideraciones del Comité contra la Tortura de 5 de junio de 2000, caso *Josu Arkauz Arana c. Francia*, Comunicación No. 063/1997, y las Conclusiones y Recomendaciones de este mismo Comité: Reino Unido, Doc. de las NU: CAT/C/CR/33/3, 25 de noviembre de 2004, párrafo 5(e). Véase también el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de las NU: A/59/324, 1 de septiembre de 2004, párrafo 34.

501 Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de las NU: A/56/156, 3 de julio de 2001, párrafo 18.

502 *Ibid.*, párrafo 17. Véase también Informe del Relator Especial, Doc. de las NU: E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003.

“[L]os miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos. [...] [L]os miembros de las minorías sexuales son un grupo especialmente vulnerable en lo que respecta a la tortura en diversos contextos, y [...] su condición puede afectar también a las consecuencias de los malos tratos que reciban tanto en cuanto a sus posibilidades de presentar denuncias o recibir tratamiento médico en los hospitales públicos, en donde tal vez teman que se les siga victimizando, como en cuanto a las consecuencias jurídicas relativas a las sanciones legales derivadas de determinados abusos”⁵⁰³.

En cuanto a la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura ha señalado que “debido a la actitud discriminatoria que existe con respecto a los que pertenecen a minorías sexuales, los organismos encargados de hacer cumplir la ley pueden considerar que son menos de fiar o que no tienen pleno derecho a un nivel igual de protección, incluso contra la violencia perpetrada por agentes no estatales”⁵⁰⁴.

4.2. Tortura y malos tratos en forma de “tratamientos” impuestos a las minorías sexuales

La medicina o la aplicación de “tratamientos” ha constituido en ocasiones la base de actos de tortura o tratos degradantes de las personas LGBT. El Profesor Ryan Goodman ha descrito el “pretexto curativo” que se utiliza como precursor de la “limpieza social” o los malos tratos sistemáticos inflingidos a las personas LGBT. El Profesor Goodman ha citado la intervención médica “involuntaria” contra las personas LGBT, como las descargas eléctricas, las formas de “terapia de aversión” o el uso de fármacos psicotrópicos: “incluso si la práctica tendente a modificar la orientación sexual no fuese experimentación, el uso por un Estado extranjero de determinada tecnología médica puede constituir de por sí experimentación ante los tribunales estadounidenses. El carácter experimental del propio procedimiento puede llenar la supuesta brecha entre las leyes de Nuremberg específicas a la experimentación y los “tratamientos” de modificación de la orientación sexual. De esta manera, los jueces y los médicos deberían considerar la técnica específica y no sólo la tentativa médica global de alterar por la fuerza la orientación sexual. La administración de fármacos antipsicóticos, por ejemplo, puede clasificar esta práctica como experimentación, en razón del carácter “exploratorio” del uso de dichos fármacos como “terapia” de la orientación sexual [...]. En tercer lugar, la supuesta distinción entre tratamiento y experimentación es insostenible por lo que a la manipulación de la orientación sexual respecta”⁵⁰⁵.

503 *Ibid.*, párrafo 19.

504 Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas cueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2002/76, 27 de diciembre de 2001, Anexo III, párrafo 10.

505 Ryan Goodman, “The Incorporation of Internacional Human Rights Standards into sexual orientation asylum

El contexto del desarrollo de una cura ha sido establecido a través de la patologización de las expresiones homosexuales y las identidades transgénero. Este enfoque sigue existiendo en muchos países del mundo, y ha sido suprimido como “patología” hace poco tiempo en los círculos médicos.

Los sistemas internacionales y regionales de derechos humanos no han abordado todavía una solicitud o comunicación individual relacionada específicamente con la orientación sexual o la identidad de género y la prohibición de la tortura y los malos tratos, así como tampoco con las disposiciones que prohíben la tortura. Sin embargo, todas las reglas y normas internacionales de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos y de tortura y malos tratos, mencionadas en la sección anterior de este capítulo, son aplicables en relación con la orientación sexual y la identidad de género. De hecho, todas las personas tienen el derecho absoluto, sin ningún tipo de discriminación y con independencia de su orientación sexual o identidad de género, a no sufrir tortura o malos tratos. El Comité contra la Tortura ha recordado que “el principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. La no discriminación se incluye en la propia definición de la tortura en el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, que prohíbe expresamente los actos especificados cuando se cometen por ‘cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación’...”⁵⁰⁶. El Comité ha señalado lo siguiente:

“La protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos. Los Estados Parte deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas cualesquiera que sean [...], orientación sexual [o] identidad transexual. [...] Por lo tanto, los Estados Partes deben garantizar la protección de los miembros de los grupos que corren mayor peligro de ser torturados, enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección, entre otras, las anteriormente descritas”⁵⁰⁷.

En varias ocasiones, el Comité contra la Tortura ha expresado sus inquietudes por las acusaciones de tortura y malos tratos de otros grupos vulnerables, incluidas las minorías sexuales⁵⁰⁸. En lo que respecta a los detenidos LGBT, el Comité expresó su preocu-

claims: cases of involuntary ‘medical’ intervention”, en Yale Law Journal, Vol. 105, octubre de 1995, pp.274-275 (original en inglés, traducción libre).

506 Comité contra la Tortura, Observación General Nº 2, “Aplicación del Artículo 2 por los Estados Parte”, párrafo 20.

507 *Ibid.*, párrafo 21.

508 Véanse, entre otros, Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Argentina, CAT/C/CR/33/1, de 10 de diciembre de 2004, párrafo 6; Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Egipto, CAT/C/CR/29/4, de 23 de diciembre de 2002; Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Brasil, A/56/44, de 16 de mayo de 2001; Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Ecuador, CAT/C/EQU/CO/3, de 8 de febrero de 2006, y Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Estados Unidos, CAT/C/USA/CO/2, de 25 de julio de 2006.

pación “en especial las quejas por maltrato y trato discriminatorio, en lo que respecta al acceso a los servicios esenciales ya limitados, de ciertos grupos, en especial por razones de origen social y de orientación sexual”⁵⁰⁹. El Comité también recomendó a un Estado parte de la Convención que “elimine toda ambigüedad en la legislación que pueda dar lugar a la persecución de las personas debido a su orientación sexual. También debe tomar medidas para evitar todo trato degradante durante los cacheos”⁵¹⁰. El Comité ha reiterado el deber del Estado de “velar por que las denuncias de brutalidad y malos tratos a grupos vulnerables a manos de la fuerza del orden sean investigadas con imparcialidad y prontitud y de manera exhaustiva, y por que los autores sean encausados y castigados como corresponde”⁵¹¹. El Comité ha recomendado que el Estado “debe desarrollar y reforzar las defensorías públicas destinadas a la protección de dichos grupos [entre los que se encuentran las minorías sexuales]”⁵¹².

Finalmente, en relación con la cuestión de la no devolución (*non-refoulement*), el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura señaló “una serie de factores y circunstancias que tienen su origen en la situación imperante en un país y que también pueden influir en la vulnerabilidad de la persona cuyo traslado se contempla. Se trata del caso de las personas pertenecientes a un grupo o colectividad con una identidad propia basada en motivos [...] de género, o de otro tipo, por ejemplo de orientación sexual, y que por esa razón serían perseguidas por las autoridades o podrían ser sometidas, con la anuencia de éstas, a una persecución o una discriminación sistemática que podrían constituir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos factores y circunstancias también deben tenerse en cuenta a la hora de decidir sobre la no devolución”⁵¹³.

Resumen

- Todas las personas tienen derecho, sin ninguna clase de discriminación y con independencia de su orientación sexual o identidad de género, a no sufrir tortura o malos tratos.
- El derecho a no sufrir tortura o malos tratos está universalmente reconocido y protegido por el derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el derecho convencional como consuetudinario.
- El derecho a no sufrir tortura o malos tratos es un derecho absoluto que no admite excepción en momento o circunstancia alguna. La prohibición absoluta de

509 Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Brasil, A/56/44, de 16 de mayo de 2001, párrafo 119, sección b.

510 Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Egipto, CAT/C/CR/29/4, de 23 de diciembre de 2002, párrafo 6, sección k.

511 Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Estados Unidos, CAT/C/USA/CO/2, de 25 de julio de 2006, párrafo 37, y Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Ecuador, CAT/C/EQU/CO/3, de 8 de febrero de 2006, párrafo 17.

512 Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Ecuador, CAT/C/EQU/CO/3, de 8 de febrero de 2006, párrafo 17.

513 Informe Provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de las NU: A/59/324, de 1 de septiembre de 2004, párrafo 39.

la tortura y los malos tratos es una norma que pertenece al dominio del jus cogens. La tortura y los malos tratos son crímenes bajo el derecho internacional.

- Los tres elementos que caracterizan la tortura son: a) la imposición, por acción u omisión, de dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales; b) la intencionalidad de esta acción u omisión, y c) el acto debe ser instrumental para otros fines, en el sentido de que el causar dolor debe tener un objetivo determinado.
- Aunque el derecho internacional no ofrece una definición, se debería interpretar que los malos tratos se extienden a la mayor protección posible frente a los abusos, físicos o mentales. La jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos proporciona una lista de actos que constituyen malos tratos.
- Los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y castigar la tortura y los malos tratos, y de no recurrir a métodos de interrogación, condición de la detención o cumplimiento de la pena que puedan equivaler a estos actos prohibidos.
- Nadie será expulsado, devuelto, deportado, entregado, extraditado o de otro modo enviado a un Estado donde existan razones fundadas para creer que podría estar expuesto a graves violaciones de los derechos humanos, incluidos la tortura y los malos tratos, por motivo de su orientación sexual o identidad de género.

VII. Derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación

“El pluralismo se apoya en el reconocimiento y el respeto auténticos de la diversidad y la dinámica de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, de las creencias religiosas, y de las ideas y conceptos artísticos, literarios y socioeconómicos, y de que la integración armoniosa de las personas y grupos con identidades diferentes es esencial para la cohesión social”.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵¹⁴

1. Naturaleza y ámbito de los derechos

La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al igual que los principales tratados regionales de derechos humanos, garantizan el derecho a la libertad de reunión pacífica, a la libertad de asociación y a la libertad de expresión, lo cual incluye buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente⁵¹⁵. Otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, de ámbito tanto universal como regional, garantizan y protegen asimismo estos derechos y libertades⁵¹⁶.

514 Sentencia de 17 de febrero de 2004, Caso *Gorzelik and Others c. Polonia*, Aplicación No. 44158/98, párrafo 92.

515 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículos 19 y 20; PIDCP, Artículos 19, 21 y 22; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículos 9, 10 y 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 3, 15 y 16; Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículos 10 y 11, y Carta Árabe de Derechos Humanos, Artículos 24, 32.

516 Véanse, entre otros, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 8), Convenio de los Derechos del Niño (Artículos 13 y 15), Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Artículos 13 y 24), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 24 y 7), Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Artículo 15), Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (Artículo 5(2) y 8 (1.b)), Declaración sobre el derecho y la responsabilidad de las personas, los grupos y los órganos de la sociedad de fomentar y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente (Artículos 1, 5, 6, 7, 9 y 12), Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (Artículo 2), Principios Básicos de las NU sobre la función de los abogados (Principio 23), Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (Principios 8 y 9), Directrices sobre la función de los fiscales (Directrices 8 y 9), Declaración de Principios sobre la libertad de expresión en África, Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Artículos 7 y 8), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículos IV, XXI y XXII), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador (Artículo 8), Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Artículo 4), Declaración de la OEA sobre principios de libertad de expresión, Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículos 9, 10 y 11), Carta Social Europea (Parte 1, párrafo 5, Artículos 5 y 6), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (OIT), Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169) (Artículo 20,2), y Convenio de la OIT Nº 151 sobre la protección del derecho de sindicación y procedimientos de determinación de las condi-

1.1. Libertad de expresión

“La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y, en general, quieéenes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. [...] Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”⁵¹⁷. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que la libertad de expresión tiene también una dimensión social, e implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁵¹⁸.

La protección de la libertad de expresión debe abarcar no solamente el flujo de "información" o "ideas" que son recibidas favorablemente o son consideradas inofensivas, sino también aquellas que ofenden, indignan o molestan. Estas son las exigencias de ese pluralismo, tolerancia y apertura de miras, sin las cuales no es posible una “sociedad democrática”⁵¹⁹. No se puede considerar que la difusión de ideas políticas que no se ajusten a las opiniones de una elite gobernante, y que no sean incompatibles en sí

ciones de empleo en la función pública. Véanse también los Principios de Johannesburgo sobre la seguridad nacional, la libertad de expresión y el acceso a la información, que fueron ratificados por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión (Doc. de las NU: E/CN.4/1996/39, apéndice). También la antigua Comisión de Derechos Humanos de las NU ha hecho referencia a estos principios en varias resoluciones (véase la resolución 2000/38 de 20 de abril de 2000), al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- 517 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párrafo 70. Véanse, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera-Ulloa c. Costa Rica Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, y Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No. 242/2001, Caso *Interights, Institute for Human Rights and Development in Africa*, y Caso *Association Mauritanienne des Droits de l'Homme c. República Islámica de Mauritania*, Comunicación No. 212/98, Caso *Amnesty c/Zambia*.
- 518 Corte Interamericana de Derechos: Caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, doc. cit., párrafo 108; Caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párrafo 146; Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párrafo 64, y *La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* Opinión doc. cit., párrafo 30.
- 519 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Caso *Handyside c. Reino Unido*; Sentencia de 8 julio de 1999, Caso *Sürek y Özdemir c. Turquía*, Aplicaciones No. 23927/94 y 24277/94; Sentencia de 26 de septiembre de 1995, Caso *Vogt c. Alemania*; Sentencia de 30 de enero de 1998, Aplicación Nº 133/1996/752/951, Caso *United Communist Party of Turkey and Others c. Turquía*; Sentencia de 12 de julio de 2005, Caso *Güneri and Others c. Turquía*, Aplicaciones No. 42853/98, 43609/98 y 44291/98; Sentencia de 21 de junio de 2007, Caso *Zhechev c. Bulgaria*, Aplicación No. 57045/00; Sentencia de 3 de mayo de 2007, Caso *Backowski y otros c. Polonia*, Aplicación No. 1543/06; Sentencia de 3 de mayo de 2007, Caso *Demokratik Kitle Partisi and Elçi c. Turquía*, Aplicación No. 51290/99; Sentencia de 12 de diciembre de 2006, Caso *Linkov c. República Checa*, Aplicación No.10504/03; Sentencia de 2 de octubre de 2001, Caso *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria*, Aplicaciones No. 29221/95 y 29225/95, y Sentencia de 10 de julio de 1998, Caso *Sidiropoulos y otros c. Grecia*, Aplicación No. 57/1997/841/1047.

Véanse, también, Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile, doc. cit.; Caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, doc. cit.; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de Derechos Humanos 1994*, “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.88., Doc. 9 rev (1995).

mismas con los principios de la democracia, ponga en peligro la integridad de la seguridad nacional de un país. El Estado es el último garante del principio de pluralismo⁵²⁰.

1.2. Los derechos de reunión pacífica y asociación

Los derechos de reunión pacífica y asociación guardan una estrecha relación con el derecho a la libertad de expresión. La libertad de reunión se concentra en el proceso de formar, expresar y encarnar en la práctica las opiniones políticas en una sociedad democrática, mientras que la libertad de asociación conlleva el derecho a elegir, reunir y formar asociaciones que a menudo forman y expresan pensamientos y opiniones. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha ratificado esta interrelación al indicar que el derecho de asociación no se puede disociar del derecho de reunión libre y pacífica⁵²¹.

Como sucede con la libertad de expresión, los derechos de reunión pacífica y asociación son componentes clave de una sociedad democrática. El Comité de Derechos Humanos ha ratificado que “la existencia y el funcionamiento de las asociaciones, incluidas las que promueven pacíficamente ideas de las que ni el Gobierno ni la mayoría de la población son necesariamente partidarias, es uno de los fundamentos de una sociedad democrática”⁵²². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha añadido que “el derecho a la libertad de reunión es un derecho fundamental, que no se debe interpretar de manera restrictiva”⁵²³. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que los Estados deben no solamente garantizar los derechos a la libertad de reunión y asociación, sino también abstenerse de aplicar restricciones indirectas irrazonables a esos derechos⁵²⁴.

2. Derogaciones, limitaciones y restricciones

El derecho de libre expresión y las libertades de reunión y asociación no son derechos absolutos conforme al derecho internacional de los derechos humanos, y se pueden restringir tanto en periodos de normalidad como en periodos de emergencia⁵²⁵.

Los instrumentos Internacionales de derechos humanos que protegen el derecho de libre expresión y la libertad de reunión y asociación incorporan simultáneamente las

520 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, Caso *Informationssverein Lentia y otros c. Austria*, Aplicaciones No. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89, y 17207/90, párrafo 38.

521 Comunicación Nº 251/2002, *Lawyers for Human Rights v. Swaziland*

522 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 31 de octubre de 2006, Caso Viktor Korneenko y otros c. Belarús, Comunicación No. 1274/2004, documento de la ONU CCPR/C/88/D/1274/2004 párrafo 7.3. Véanse también: Dictamen de 20 de julio de 2005, Caso *Jeong-Eun Lee c. República de Corea*, Comunicación No. 1119/2002, párrafo 7.2 y Dictamen de 17 de octubre de 2006, Caso *Boris Zvozkov y otros c. Belarús*, Comunicación No. 1039/2001, párrafo 7.2.

523 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 20 de febrero de 2003, Caso *Djavit An c. Turquía*, Aplicación No. 20652/92, párrafo 56.

524 *Ibid.*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de abril de 1991, Caso *Ezelin c. Francia*, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *doc. cit.*, párrafo 359.

525 PIDCP (Artículo 4), Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 15), Carta Árabe de Derechos Humanos (Artículo 4), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 27)

restricciones de estos derechos, especialmente las actividades que hacen propaganda de la guerra o apología del odio⁵²⁶, que ponen en peligro la seguridad nacional o el orden público, la salud o la moral públicas⁵²⁷, o que menoscaban los derechos de los demás⁵²⁸. Las circunstancias en que un Estado puede limitar el ejercicio de cualquier derecho garantizado están estipuladas ya sea en una cláusula general que autoriza dichas restricciones o en disposiciones específicas relacionadas con cada derecho o libertad.

El derecho internacional de los derechos humanos especifica las condiciones estrictas en las que dichas restricciones de los derechos son posibles⁵²⁹. Se reconoce que todas las restricciones o limitaciones deben: estar previstas en la ley; ser necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de terceros; ser proporcionales al interés a ser protegido y no menoscabar la esencia del derecho en cuestión; y ser compatibles con otras obligaciones internacionales y el derecho a una tutela judicial efectiva. Cuando un Estado considera procedente imponer ciertas restricciones al ejercicio de las libertades o derechos, éstas no deberán poner en peligro esa libertad o derecho en sí mismo⁵³⁰.

Finalmente, para que cualquiera de dichas restricciones o limitaciones sea legítima, debe cumplir los requisitos tanto sustantivos como de procedimiento del derecho internacional.

2.1. Limitaciones y restricciones de la libertad de expresión

En cuanto a las limitaciones y restricciones del derecho a la libertad de expresión, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que el ejercicio de este derecho “entraña deberes y responsabilidades especiales y por esta razón se permiten ciertas restricciones del derecho en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto. No obstante, cuando un Estado Parte considera procedente imponer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo”⁵³¹. Las restricciones deberán cumplir acumulativamente las condiciones siguientes: estar “fijadas por la ley”; imponerse únicamente cuando constituyan medidas necesarias para la protección de la reputación o los derechos ajenos, los intereses de la comunidad o la protección de la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención del delito, y la protección de la salud pública o de la moral; y deben justificarse como “necesarias” a fin de que el Estado Parte alcance uno de estos propósitos legíti-

526 PIDCP (Artículo 20), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 13.5)

527 PIDCP, Artículos 19.3(b). 21; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 13.2(b), 13.3 y 15; Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículos 10.2 y 11.2, y Carta Árabe de Derechos Humanos, Artículos 24, 32.

528 PIDCP, Artículo 19.3(a); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 13.2(a) y 15; Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículos 10.2 y 11.2, y Carta Árabe de Derechos Humanos, Artículos 24 y 32

529 Véanse, entre otros, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 10, Libertad de expresión (Artículo 19), párrafo 4, y Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica impuesta a los Estados Parte en el Pacto, párrafo 6.

530 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 10, Libertad de expresión (Artículo 19), párrafo 4, y Observación General No. 27, Libertad de circulación (Artículo 12), párrafo 13.

531 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 10, Libertad de expresión, párrafo 4

mos⁵³². Es más, según el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de expresión puede ser sometida a ciertas restricciones “para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”⁵³³. El Comité de Derechos Humanos ha considerado asimismo que “el legítimo objetivo de salvaguardar, e incluso fortalecer, la unidad nacional en condiciones políticas difíciles no puede alcanzarse tratando de silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos”⁵³⁴. Sin embargo, resulta pertinente subrayar que el “derecho de una persona a no ser molestada a causa de sus opiniones”, según el Comité de Derechos Humanos, “es un derecho para el que el PIDCP no admite excepciones ni restricciones”⁵³⁵.

2.2. Limitaciones y restricciones de los derechos a la libertad de reunión y asociación

Según el PIDCP, las limitaciones y restricciones de la libertad de reunión pacífica y asociación deben cumplir con las siguientes condiciones: (a) deben estar previstas en la ley; (b) deben haber sido impuestas con uno de los propósitos establecidos en el párrafo 2 del Artículo 22 del PIDCP – en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás, y (c) deben ser “necesarias en una sociedad democrática” a fin de alcanzar uno de estos propósitos⁵³⁶.

El PIDCP y la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíben la propaganda de guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia⁵³⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado también que la incitación clara a la violencia, la hostilidad o el odio entre los ciudadanos es un criterio fundamental para distinguir entre libertad de expresión y la propaganda o apología prohibidas⁵³⁸. En este contexto, pueden estar permitidas las restricciones de esta libertad cuando se trate de expresiones de una naturaleza que pueda probablemente incitar o reforzar el antisemitismo, la xenofobia o sentimientos similares⁵³⁹.

532 *Ibid.*, párrafo 4. Véanse, también, Dictamen de 8 de noviembre de 1996, Caso *Robert Faurisson c. Francia*, Comunicación 550/1993, párrafos 9 (4) y (6), y Dictamen de 21 de julio de 1994, Caso *Albert Womah Mukong c. Camerún*, Comunicación 458/1991, párrafo 9.7.

533 Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

534 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 21 de julio de 1994, Caso *Albert Womah Mukong c. Camerún*, *doc. cit.*, párrafo 9.7.

535 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 10, *doc. cit.*, párrafo 1.

536 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 31 de octubre de 2006, Comunicación No. 1274/2004, *Viktor Korneenko y otros c. Belarús*, Doc. de la ONU: CCPR/C/88/D/1274/2004, párrafo 7.2. En la misma línea, véanse, también, Artículos 26 (2) y 40 (2) de la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y Artículo 8 (1,b) de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

537 Artículo 20 del PIDCP y Artículo 13 (5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

538 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de noviembre de 1997, Caso *Zana c. Turquía*, y Sentencia de 8 de junio de 1998, Caso *Incal c. Turquía*.

539 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 18 de octubre de 2000, Caso *Malcolm Ross c. Canadá*, Comuni-

Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas destinadas a proteger las expresiones de las opiniones políticas que sean tan impopulares como para predecir que puedan causar desórdenes públicos⁵⁴⁰. Además de prevenir la violencia y la agitación social, las restricciones razonables de la libertad de reunión y expresión, cuando su propósito sea proteger la seguridad y el orden públicos, son también legítimas. De esta manera, un proceso rutinario de autorización de las manifestaciones que permita a las autoridades planificar el control de las muchedumbres y la circulación del tráfico es admisible siempre y cuando no establezca una distinción basada en el mensaje político de la manifestación⁵⁴¹. Las restricciones de las manifestaciones por razones apremiantes de salud y seguridad son también legítimas⁵⁴². En consecuencia, la decisión de un gobierno de ordenar que la policía antidisturbios desaloje por la fuerza a un grupo que estaba en huelga de hambre y que había ocupado una iglesia no fue ilegítima, debido a que la salud de los huelguistas se había deteriorado y las condiciones sanitarias habían llegado a ser totalmente inadecuadas⁵⁴³.

El Tribunal Europeo ha dictaminado que los Estados pueden tener una “obligación de evitar en la medida de lo posible aquellas expresiones que sean innecesariamente ofensivas para los demás y, por tanto, una infracción de sus derechos, no contribuyendo así a forma alguna de debate público susceptible de favorecer un avance en materia de asuntos humanos”⁵⁴⁴. La libertad religiosa no es el único derecho que se puede proteger mediante una limitación de los derechos de expresión y reunión. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ratificó la decisión de un consejo escolar canadiense se reasignar a un profesor a un puesto en el que no tenía que dar clase, después de que éste se hiciera famoso por publicar libros que criticaban a los judíos, debido a que las “restricciones que se le impusieron tenían por objeto proteger los ‘derechos o la reputación’ de las personas de fe judía, incluido el derecho a disfrutar de la enseñanza en el sistema de enseñanza pública”⁵⁴⁵.

La regulación de los derechos de expresión, asociación o reunión sin un propósito específico no es una restricción legítima de estos derechos. El Estado debe demostrar que una restricción a la libertad de expresión, asociación o reunión es necesaria y cumple un propósito legítimo compatible con los Artículos 19, 21 y 22 del PIDCP⁵⁴⁶. El Comité de

cación No. 736/1997, y Dictamen de 8 de noviembre de 1996, Caso *Robert Faurisson c. Francia*, doc. cit..

540 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Caso *Toxo c. Grecia*, Aplicación No.74989/01, párrafo 43.

541 Por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso *Kivenmaa c. Finlandia*, Comunicación No. 412/1990, párrafo 9.2

542 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 9 de abril de 2002, Caso *Cisse c. Francia*, Aplicación No. 51346/99, párrafo 52.

543 *Ibid.*, párrafo 51.

544 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 20 de septiembre de 1994, Caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, Aplicación No. 13470/87, párrafo 49

545 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 18 de octubre de 2000, Caso *Malcolm Ross c. Canadá*, doc. cit., párrafo 11.5.

546 Véanse, entre otros, Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 10 de agosto de 2006, Caso *Patrick Coleman c. Australia*, Comunicación No. 1157/2003, párrafo 7.3; Dictamen de 20 de julio de 2005, Caso *Jeong-Eun Lee c. República de Corea*, Comunicación No. 1119/2002, párrafo 7.2, y Dictamen de 24 de julio de 2007, Caso *Aleksander Belyatsky et al. c. Belarús*, Comunicación No. 1296/2004, párrafo 7.3.

Derechos Humanos dictaminó una violación de los derechos de expresión y reunión de un activista al que el gobierno de Belarús prohibió distribuir copias de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la vía pública ya que éste no había “invocado motivo específico alguno para justificar la imposición de restricciones a la actividad del autor, [...] que indudablemente no representó amenaza alguna para el orden público”⁵⁴⁷.

El ámbito de las restricciones de los derechos de expresión, reunión y asociación es muy restringido en la esfera de los asuntos políticos. Las restricciones de las asociaciones políticas que no aboguen por un cambio violento o antidemocrático se suelen considerar restricciones ilegales de la libertad de expresión, con independencia del grado de impopularidad de las ideas que defiendan⁵⁴⁸. El recorte de los derechos a este respecto “se debe considerar un test estricto de justificación”⁵⁴⁹.

El alcance de las restricciones de los derechos de expresión, reunión y asociación por razones privadas, como la moralidad, la religión o la reputación, parece ser más amplio. El razonamiento del Tribunal Europeo ha sido que “si bien el ámbito [...] de las restricciones al discurso político o al debate de cuestiones de interés público es escaso, [...] suele haber un margen de apreciación más amplio [y] disponible [...] en relación con asuntos susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas”⁵⁵⁰. Esto se debe tanto al hecho de que dichas restricciones pueden servir para proteger “los derechos de los demás” como a que la gran diversidad de dichas convicciones entre los países hace más difícil que los órganos internacionales de derechos humanos, desde su situación de distanciamiento, determinen si dichas restricciones son adecuadas o excesivas⁵⁵¹. Sin embargo, al considerar los “derechos de los demás” cuando sea necesario limitar los derechos de reunión, expresión o asociación, “el principio de indivisibilidad de los derechos humanos” exige que los Estados deban equilibrar estos derechos por igual, y que no favorezcan sistemáticamente a uno a expensas de los demás⁵⁵². El principio de proporcionalidad, al igual que la práctica evolutiva en otros países, suele ser persuasivo a este respecto.

La limitación de los derechos de expresión, asociación y reunión es más amplia cuando se trata de la protección de los intereses y el bienestar de los niños. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aceptado un amplio margen de apreciación respecto a las medidas que restringen la expresión con vistas a prevenir los “efectos perniciosos en la moral de [...] los niños y adolescentes”⁵⁵³. Así, la decisión del gobierno británico de des-

547 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 20 de octubre de 2005, *Velichkin c. Belarús*, Comunicación No. 1022/2001, párrafo 73.

548 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de enero de 1998, Caso *United Communist Party of Turkey y otros c. Turquía*, Aplicación No. 133/1996/752/951, párrafos 40-45, y Sentencia de 2 de octubre de 2001, Caso *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria*, Aplicaciones No. 29221/95 y 29225/95, párrafos 88-107.

549 Comité de Derechos Humanos, Caso *Velichkin c. Belarús*, *doc. cit.*, párrafo 73.

550 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de octubre de 1996, Caso *Wingrove c. Reino Unido*, Aplicación No. 17419/90, párrafo 58.

551 *Ibid.*, véase también, Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 2 de abril de 1982, Caso *Hertzberg c. Finlandia*, Comunicación No. 61/1979.

552 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *c. Chile*, *doc. cit.*, párrafo 63k.

553 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Caso *Handyside c. Reino*

truir todas las copias de un libro de referencia infantil cuyos puntos de vista poco ortodoxos sobre la sexualidad determinó que tendrían “una tendencia a ‘depravar y romper’” a un buen número de niños que lo leyeron, no superó su margen de apreciación⁵⁵⁴.

3. Libertad de expresión, reunión pacífica y asociación aplicada a la orientación sexual y la identidad de género

Los derechos a la libertad de expresión, reunión pacífica y asociación son cruciales para el activismo LGBT y la defensa de las personas que padecen VIH / SIDA. Se considera que la sociedad civil funciona correctamente cuando incluye la posibilidad de que todos los ciudadanos participen en el proceso democrático. Esto se puede alcanzar mediante la reunión pacífica o perteneciendo a asociaciones donde los ciudadanos puedan integrarse entre sí y perseguir objetivos comunes colectivamente. En el caso *Baczkowski y otros contra Polonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos describió el alcance del derecho a la participación democrática por medio de la reunión y la asociación de la manera siguiente:

“Un respeto auténtico y efectivo de la libertad de asociación y reunión no se puede reducir a un mero deber de no injerencia por parte del Estado; una concepción puramente negativa no sería compatible con el propósito del Artículo 11, así como tampoco con aquel del Convenio en general. Es así como pueden existir obligaciones positivas que garanticen el disfrute efectivo de estas libertades [...]. Esta obligación reviste especial importancia para las personas que tienen opiniones impopulares o que pertenecen a minorías, puesto que están más expuestas a ser victimizadas”⁵⁵⁵.

En el caso *Baczkowski*, las autoridades prohibieron una marcha planificada y seis manifestaciones estacionarias. Se trataba de eventos destinados a fomentar la tolerancia y protestar contra la discriminación de las personas LGBT. Las autoridades de apelación revirtieron la decisión tomada por el tribunal de primera instancia y la criticaron por su estar escasa justificación e infringir la legislación aplicable. Sin embargo, el tribunal de apelación dictó esta decisión después de las fechas previstas para la celebración de la marcha. Al seguir adelante con la marcha y las manifestaciones, los solicitantes habían corrido un riesgo dada la prohibición oficial a la sazón vigente.

El Tribunal Europeo señaló que la negativa a autorizar la marcha y las manifestaciones podría haber tenido un efecto escalofriante en los manifestantes. También podría haber desalentado a otras personas de participar en razón de que no contaban con una autorización oficial y, en consecuencia, las autoridades no podían garantizar la protección oficial frente a posibles manifestaciones hostiles. El Tribunal consideró asimismo que cuando las manifestaciones tuvieron lugar, los solicitantes se vieron afectados negativamente por la reticencia a autorizarlas. Los recursos a su disposición no podrían haber

Unido, Aplicación No. 5493/72, párrafo 52.

554 *Ibid.*, párrafo 57.

555 Sentencia de 3 de mayo de 2007, Caso *Baczkowski y otros c. Polonia*, Aplicación 1543/06, párrafo 64.

mejorado su situación, puesto que en los procesos de apelación se dictaron las decisiones pertinentes después de la fecha de las manifestaciones. Se había producido pues una injerencia en los derechos de los solicitantes garantizados en el Artículo 11 del Convenio Europeo, y la injerencia en el derecho a la libertad de reunión pacífica de los solicitantes no estaba prescrito en la ley.

El Tribunal decidió que en la evaluación del caso no podía pasar por alto las contundentes opiniones personales expresadas públicamente por el alcalde en relación con cuestiones directamente pertinentes a las decisiones sobre el ejercicio de la libertad de reunión. Observó que las autoridades municipales habían adoptado las decisiones en cuestión actuando en nombre del alcalde después de que éste diera a conocer al público sus opiniones sobre el ejercicio de la libertad de reunión y la “propaganda de la homosexualidad”. De acuerdo con esto, se determinó la existencia de una violación de la disposición sobre discriminación del Artículo 14, junto con el Artículo 11, del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Un elemento importante de la libertad de expresión es la libertad de expresión del género, especialmente a través de la forma de vestir, las posturas y los gestos. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión ha apuntado lo siguiente en relación con los arrestos arbitrarios debidos a la expresión del género:

“El Relator Especial se reunió con representantes de organizaciones de minorías sexuales y travestis, quienes le informaron de casos de violaciones de los derechos humanos debido a su orientación sexual. El Relator Especial expresó preocupación por el número de casos de violaciones de ese tipo. Se informó al Relator Especial de que la legislación provincial permite a la policía proceder a la detención o imponer sanciones por infracciones que no constituyen delitos penales. También se le ha informado de que, en varias provincias, existe un “Código de Contravenciones”, que sanciona a quienes ‘se visten con ropas del sexo opuesto’ con detención de hasta 15 días”⁵⁵⁶.

Las violaciones del derecho a la libertad de expresión en ocasiones se manifiestan a través de amenazas de violencia. La Representante Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos hizo saber que los derechos de los gays y lesbianas en Jamaica, sobre todo aquellos pertenecientes a una asociación de derechos humanos denominada *Jamaica Forum for Lesbians, All-Sexuals and Gays*, corrían el riesgo de ser objeto de intentos por parte de las autoridades competentes de suprimir el ejercicio de su libertad de expresión como de ataques violentos por parte de personas homofóbicas. El contenido de la carta siguiente del encargado de relaciones públicas de la Federación de Policía, en relación con un estudio realizado por Human Rights Watch sobre el VIH / SIDA y la manera como la homofobia fomenta la propagación de esta enfermedad, ilustra esta situación:

556 Informe del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión: Misión en Argentina, E/CN.4/2002/75/Add.1, 17 de enero de 2002, párrafos 123-124

“El encargado de relaciones públicas de la Federación de Policía ‘condena el papel de estos denominados grupos de ‘derechos humanos’ en la difusión de mentiras y en la difamación y calumnias deliberadas de las fuerzas del orden y el gobierno’. Llama ‘al Ministro de Justicia a que examine estas acusaciones e impute los cargos de sedición, según proceda, a agentes de la provocación tanto nacionales como extranjeros’. Al afirmar que ‘no se le pueden exigir responsabilidades al Gobierno ni a la policía por [...] las respuestas culturales de la población hacia los gays’, esta carta también parece consentir la violencia contra los gays y lesbianas. No disipa suficientemente esta impresión la afirmación de que ‘como agentes de la autoridad, hacemos todo lo que está en nuestra mano servir, dar seguridad y proteger’”⁵⁵⁷.

Entre las obligaciones de los Estados está la de educar y garantizar la disponibilidad de la información, especialmente en relación con las cuestiones de la sexualidad y la salud. Al abordar la cuestión del SIDA en Colombia, el Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión apuntó lo siguiente:

“De acuerdo con el carácter y el espíritu de su mandato, el Relator Especial considera que todos los ciudadanos, cualquiera que sea su orientación sexual, tienen derecho a expresarse y a procurar, recibir y difundir información. El Relator Especial considera también que los gobiernos tienen la obligación de proporcionar a sus ciudadanos información confiable sobre cuestiones relacionadas con la salud, en general y, teniendo en cuenta la extrema gravedad de la epidemia, sobre el SIDA, en particular. [...] El derecho a la libertad de opinión y de expresión de los grupos de homosexuales y lesbianas a menudo se ve limitado por la resistencia que oponen los medios de difusión, en los que los temas sexuales, y especialmente la homosexualidad, se presentan de manera conservadora y tradicional y nunca en horarios de máxima audiencia”⁵⁵⁸.

El acceso a la información es pertinente al derecho a la salud. El Relator Especial destaca esta interdependencia en los términos siguientes:

“Por lo que hace al acceso a la información con fines de educación y prevención respecto del VIH / SIDA, el Relator Especial desea subrayar, en primer lugar, que el nivel de protección de los derechos humanos en un país determinado influye directamente en la propagación de la epidemia, y que la realización de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a grupos específicos como las mujeres, los jóvenes, los hombres y mujeres que ejercen la prostitución, los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, los emigrantes, los refugiados, los toxicómanos por vía intravenosa y otros grupos vulnerables, es esencial para reducir la vulnerabilidad ante el VIH / SIDA”⁵⁵⁹.

557 Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2005/101/Add.1, 16 de marzo de 2005, párrafo 342 (original en inglés, traducción libre).

558 Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión: Misión en Colombia, E/CN.4/2005/64/Add.3, 26 de noviembre de 2004, de párrafos 75 y 76.

559 Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, E/CN.4/2003/67, 30 de diciembre de 2002, párrafo 74.

En el caso *Hertzberg y otros contra Finlandia*, los editores de la cadena de radiodifusión pública finlandesa denunciaron al director de esta cadena por haber censurado sus programas sobre los homosexuales aduciendo que el Código Penal de ese país penalizaba que se “fomente el comportamiento indecente entre personas del mismo sexo”. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas declaró lo siguiente al respecto:

“Cabe apuntar, en primer lugar, que la moral pública difiere en gran medida según el país. No existe una norma común aplicable universalmente. En consecuencia, a este respecto, es necesario dejar cierto margen de discreción a las autoridades nacionales competentes. [...] El Comité llega a la conclusión de que no puede cuestionar la decisión de los órganos responsables de la cadena de radiodifusión en el sentido de que la radio y la TV no son los foros adecuados para discutir cuestiones relacionadas con la homosexualidad, en la medida en que podría considerarse que un programa fomenta el comportamiento homosexual. Según el artículo 19 (3), el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 19 (2) entraña deberes y responsabilidades especiales para esos órganos”⁵⁶⁰.

En un dictamen individual adjunto a modo de apéndice a las consideraciones del Comité, un miembro expresó la opinión siguiente:

“A pesar de coincidir con la conclusión del Comité, deseo clarificar algunos puntos. Esta conclusión no prejuzga ni el derecho a ser diferente y a vivir en consecuencia, protegido en el Artículo 17 del Pacto, así como tampoco el derecho a la libertad general de expresión a este respecto, protegido en el artículo 19. Según el artículo 19 (2) y con sujeción al Artículo 19 (3), todas las personas poseen el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas – positivas o negativas – sobre la homosexualidad y discutir libremente cualquier problema relacionado con este tema, por cualquier medio de su elección bajo su propia responsabilidad”⁵⁶¹.

Debido a que el Comité se pronunció sobre *Hertzberg* en 1979, es discutible si el repetiría esta decisión hoy en día suponiendo que los hechos fuesen similares. Diversos órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas han reconocido el derecho a la información en relación con la sexualidad y sus implicaciones en la salud. Esta inequívoca línea de razonamiento cuestionaría la inclinación a considerar que la “salud pública o la moral” pueden limitar un programa educativo sobre la homosexualidad. Esta idea fue rechazada directamente en el asunto de *Nicholas Toonen contra Australia*⁵⁶². Se ha consolidado la noción de que la libertad de expresión y el respeto de las opiniones minoritarias incluye también las opiniones que ofenden, indignan o molestan a la mayoría, considerándose una característica de un sociedad democrática y pluralista.

560 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 2 de abril de 1982, Caso *Hertzberg y otros c. Finlandia*, Comunicación No.61/1979, párrafos 10.3 y 10.4 (original en inglés, traducción libre).

561 *Ibid.*, Apéndice: Opinión individual del señor Torkel Opsahl, a la que se adhieren los señores Rajssoomer Lallah y Walter Surma Tarnopolsky (original en inglés, traducción libre).

562 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso *Nicholas Toonen c. Australia*, Comunicación No. 488/1992.

En *Bączkowski y otros contra Polonia*, el Tribunal Europeo tomó nota de las declaraciones del Alcalde de Varsovia en el sentido de que el desfile del orgullo gay constituía “propaganda de la homosexualidad”, indicando lo siguiente:

“El ejercicio de la libertad de expresión por parte de los políticos electos, que son al mismo tiempo titulares de una función pública del poder ejecutivo, conlleva una responsabilidad particular. En determinadas situaciones, forma parte normal de los deberes de dichos funcionarios públicos tomar personalmente decisiones administrativas que probablemente incidan en el ejercicio de derechos individuales, o que adopten dichas decisiones funcionarios públicos en su nombre. De allí que el ejercicio de la libertad de expresión por dichos funcionarios pueda perjudicar indebidamente el disfrute de otros derechos garantizados en el Convenio [...]. Al ejercer su libertad de expresión, se les podría exigir que mostrasen moderación, teniendo presente que los funcionarios, cuyo puesto de trabajo y carreras dependen de su aprobación, podrían considerar sus opiniones como instrucciones”⁵⁶³.

Resumen

- Los derechos de asociación, reunión pacífica y libertad de expresión son piedras angulares de una sociedad democrática. Estos derechos están universalmente reconocidos y protegidos en el derecho internacional de los derechos humanos.
- Todas las personas, con independencia, entre otras cosas, de su orientación sexual, tienen derecho a expresarse y a buscar, recibir y difundir informaciones.
- Los derechos de expresión y de libertad de reunión y asociación son cruciales para el activismo de las personas LGBT y la defensa de las personas que padecen y VIH / SIDA.
- El derecho a la libertad de expresión comprende el derecho a expresar ideas y pensamientos, y el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, de forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de elección.
- La protección de la libertad de expresión debe incorporar no sólo el flujo de "información" o "ideas" que son recibidas favorablemente, o consideradas inofensivas, sino también aquellas que ofenden, indignan o molestan, como las demandas de pluralismo, tolerancia y amplitud de criterio, sin las que no existe “una sociedad democrática”.
- El pluralismo necesario para el mantenimiento de una sociedad democrática requiere el libre flujo de informaciones y opiniones, incluidas aquellas que la mayoría pueda considerar escandalosas. La libertad de reunión y asociación es necesaria para la formación, desarrollo, expresión y difusión de las ideas políticas.

563 Asunto de *Bączkowski and Others v. Poland*, doc. cit., párrafo 98

- Un Estado no puede considerar que una opinión, o la asociación o reunión dentro de la que se exprese, pueda poner en peligro la integridad o la seguridad nacional de un país, a menos que dicha opinión, asociación o reunión sean incompatibles con una sociedad democrática.
- La libertad de reunión se concentra en el proceso de formar, expresar y encarnar en la práctica las opiniones políticas en una sociedad democrática, mientras que la libertad de asociación se refiere al derecho a elegir, reunir y formar asociaciones pertinentes a la formación y expresión de pensamientos y opiniones.
- El derecho a la libertad de asociación no solamente guarda relación con el derecho a formar una asociación, sino que también garantiza el derecho de dicha asociación a llevar a cabo sus actividades estatutarias libremente.
- El derecho de expresión y la libertad de reunión y asociación se pueden limitar si hacen propaganda a favor de la guerra o apología del odio, ponen en peligro la seguridad nacional, el orden público o la salud o morales públicas, o si menoscaban los derechos de los demás.
- El derecho de expresión y la libertad de reunión y asociación se pueden restringir en períodos de emergencia. Sin embargo, las limitaciones o derogaciones de los derechos en estos períodos de excepción deben basarse en los principios de declaración pública, legalidad, legitimidad, no discriminación, necesidad y proporcionalidad, y ser de duración limitada. Nunca se puede considerar que los derechos humanos que están sujetos a limitación legal en situaciones excepcionales han desaparecido: derogación no significa supresión.
- El derecho de expresión y la libertad de reunión y asociación también se pueden restringir en períodos de normalidad. Todas las limitaciones, restricciones y derogaciones deben: estar previstas en la ley; no superar el ámbito mínimo necesario para proteger los derechos o la reputación de los demás, redundar en interés de la comunidad, la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública; y estar justificadas como “necesarias”, a fin de que el Estado en cuestión alcance uno de esos propósitos legítimos.

VIII. Asilo y refugio

“La Convención y el Protocolo han demostrado ser capaces de adaptarse a la naturaleza cambiante de las persecuciones durante los últimos 50 años. Al mismo tiempo, con el aumento de la conciencia de las necesidades de protección de determinados grupos sociales (incluidas las mujeres, los grupos indígenas o las personas con una orientación sexual diferente, que corren peligros especiales), la Convención ha sido el mecanismo que ha hecho posible proteger a los grupos que se ven obligados a huir”.

Comité Ejecutivo del Programa del Alto
Comisionado de las Naciones Unidas
para los Refugiados⁵⁶⁴

1. Naturaleza y alcance jurídico

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”⁵⁶⁵. La Declaración sobre el Asilo Territorial de las Naciones Unidas también protege este derecho⁵⁶⁶. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, reafirmaba que “toda persona, sin distinción alguna, tiene derecho, en caso de persecución, a buscar asilo y a disfrutar de él en otros países, así como a regresar a su propio país”⁵⁶⁷. También protegen este derecho diversos instrumentos regionales de derechos humanos: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁵⁶⁸, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África⁵⁶⁹, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵⁷⁰, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁷¹, la Carta Árabe de Derechos Humanos⁵⁷² y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁷³. El

564 Nota sobre Protección Internacional, Documento de Naciones Unidas A/AC.96/951, de 13 de septiembre de 2001, párrafo 9.

565 Artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

566 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967.

567 Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993, Documento de Naciones Unidas A/CONF.157/23, párrafo 23.

568 Artículo 12 (3), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

569 Artículo 11, Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África.

570 Artículo XXVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

571 Artículo 22 (7), Convención Americana sobre Derechos Humanos.

572 Artículo 28, Carta Árabe de Derechos Humanos.

573 Artículo 18, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

derecho internacional sobre refugiados protege asimismo estos derechos y aporta el marco jurídico general del estatuto jurídico de los refugiados y sus derechos y deberes en su país de refugio, incluidos la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de 1951), el Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados (Protocolo de 1967), el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados⁵⁷⁴, la Convención de la OUA que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África, y otros instrumentos internacionales⁵⁷⁵.

Según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, un refugiado es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera, acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”⁵⁷⁶.

Esta definición y criterios, que determinan quién tiene derecho a la condición de refugiado, fueron ampliados en el Protocolo de 1967⁵⁷⁷ y en las directrices e instrumentos jurídicos adoptados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁵⁷⁸.

574 Adoptado en la Resolución 428 (V) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1950,

575 Véanse también, entre otros, Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 22 de noviembre de 1984, OAS/Ser.L./V/II.66, doc. 10, rev. 1; Convención sobre Asilo (Havana, 1928); Convención sobre el Asilo Político (Montevideo, 1933); Convención sobre el Asilo Diplomático (Caracas, 1954); Convención sobre el Asilo Territorial (Caracas, 1954); Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 773 (1976) sobre la situación de los refugiados de facto, 26 de enero de 1976; Directiva del Consejo 2004/83, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y contenido de la protección concedida, OJ L 304, 30 de septiembre 2004.

576 Convención de 1951, Artículo 1(A)(2).

577 El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Protocolo de 1967) y el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados eliminan ambos las dos limitaciones incluidas en la Convención de 1951: la limitación por la que se consideran refugiados solamente las personas que hayan adquirido esta condición “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 (Artículo 1.2) y sin ninguna limitación geográfica (Artículo 1.3)”.

578 Véanse, entre otros, ACNUR, Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado conforme a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/IP/4/Eng/REV.1 (2da ed. 1992); Directrices sobre Protección Internacional Nº 1: “La persecución por motivos de género” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/02/01 (2002); Directrices sobre Protección Internacional Nº 2: “Pertenencia a un grupo social determinado” en el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/02/02 (2002); Directrices sobre Protección Internacional Nº 6: “Solicitudes de asilo por motivos religiosos” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/04/06 (2004), y Directrices sobre Protección Internacional No. 7: “La aplicación del Artículo 1A(2)” de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata, HCR/GIP/06/07 (2006).

2. Obligaciones de los Estados hacia los refugiados

Una vez que un refugiado ha establecido un temor fundado de ser perseguido, el Estado que lo acoge tiene la obligación de concederle asilo o ayudarlo a reinstalarse en un tercer país donde vaya a estar seguro⁵⁷⁹. Al otorgar asilo, un Estado se obliga a conceder al refugiado un permiso de trabajo, al igual que las protecciones de su legislación, que incluyen específicamente aquellas de derecho laboral y las prestaciones de seguridad social⁵⁸⁰. Ningún Estado puede expulsar a un refugiado a un país donde corra un riesgo real de persecución u otras violaciones graves de sus derechos humanos. Esta práctica absolutamente prohibida se conoce con el nombre de devolución o “*refoulement*”. La prohibición de devolución está firmemente establecida en el derecho sobre refugiados y en varios instrumentos universales y regionales de derechos humanos⁵⁸¹, al igual que en el derecho internacional consuetudinario, que es vinculante para todos los Estados como norma que pertenece al dominio del *jus cogens*.

El derecho de los Estados a expulsar legalmente de su territorio por razones de seguridad nacional u orden público a un refugiado⁵⁸² deviene nulo si la cuestión de la devolución entra en juego. Además del principio de no devolución (*non-refoulement*), la legislación sobre refugiados impone al Estado determinadas garantías de procedimiento⁵⁸³. Según el principio de no devolución, ningún Estado “podrá, por expulsión o devolución (*refoulement*), poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”⁵⁸⁴. En su día, se dictaminó que una decisión de Gran Bretaña de expulsar a un asilado político indio basándose en que presentaba una amenaza para la seguridad nacional británica violaba la obligación de no devolución según el Artículo 3 del Convenio Europeo, debido a que esta persona corría un riesgo real de tortura en India⁵⁸⁵. El Tribunal tomó nota

579 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Nota sobre Protección Internacional, *doc. cit.*, párrafos 96-106

580 Convención de 1951, Artículos 12, 17-19, 24, 32, y PIDCP, Artículo 13. Véase también el Comentario Jurídico sobre la Declaración de Berlín, *op.cit.*

581 Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Artículo 33), Convención sobre Asilo Territorial de la OEA (Artículo IV), Convención de la OUA que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África (Artículo II (3)), Convención de las NU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 3.1), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 16), Declaración sobre asilo territorial (Artículo 3.1), Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 8), Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias (Principio 5), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 22.8), Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Artículo 13.4), la Carta Árabe de Derechos Humanos (Artículo 28), y Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Artículo 3). A pesar de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no lo prevé explícitamente, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el principio de no devolución es inherente a la obligación de los Estados conforme al Pacto de garantizar el derecho de no ser sometido a tortura o malos tratos (Observación General N° 20, párrafo 9). Véanse también las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 de abril de 2006, párrafo 15.

582 Artículo 32 (1) de la Convención de 1951.

583 *Ibid.*, y Artículo 32 (2) de la Convención de 1951.

584 Artículo 33 de la Convención de 1951.

585 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, Caso *Chahal c. Reino Unido*,

de que la obligación de no devolución era aplicable con independencia de que el asilado representase una amenaza para la seguridad nacional⁵⁸⁶.

Sin embargo, los refugiados pueden ser repatriados voluntariamente a sus propios países una vez que su temor de ser objeto de persecución haya amainado. La repatriación voluntaria es el resultado preferido del asilo⁵⁸⁷. La repatriación voluntaria pone fin a la validez de cualesquiera solicitudes de asilo pendientes, ya que se supone que el regreso a su país del refugiado implica que las condiciones han cambiado allí y que la persona que busca asilo ya se encuentra segura⁵⁸⁸.

3. Asilo y condición de refugiado por razones de orientación sexual e identidad de género

3.1. Grupo social determinado, incluidas las minorías sexuales

La “pertenencia a un grupo social determinado”, uno de los cinco motivos enumerados en el Artículo 1 de la Convención de 1951, ha sido invocada en solicitudes cada vez más diversas⁵⁸⁹. En esta categoría, en expansión, tienen cabida las mujeres, las familias, las tribus, los grupos profesionales y los homosexuales⁵⁹⁰. No hay duda de que este motivo favorece el avance de las solicitudes de los refugiados basadas en la orientación sexual y la identidad de género. Así lo indicó explícitamente el ACNUR en sus Directrices sobre Protección Internacional en el acápite sobre “persecución por motivos de género”:

“Las solicitudes de la condición de refugiado basadas en la orientación sexual contienen un componente de género. La sexualidad o las prácticas sexuales de un solicitante pueden ser relevantes en la solicitud de asilo cuando éste ha sido víctima de acciones persecutorias (incluyendo la discriminación) por razones de su sexualidad o prácticas sexuales. En muchos casos, el solicitante se niega a observar los roles y las expectativas sociales o culturales atribuidas a los miembros de su sexo. Las solicitudes más comunes incluyen a homosexuales, transexuales y travestidos, a los que se somete a hostilidad pública excesiva, violencia, abuso o discriminación severa o concurrente”⁵⁹¹.

Aplicación No. 22414/93, párrafo 107.

586 *Ibid.*, en los párrafos 79-80.

587 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nota sobre Protección Internacional, *doc. cit.*, párrafo 97. Véase, también, ACNUR, Manual y Directrices sobre Protección Internacional, determinación de la condición de refugiado.

588 Por ejemplo, *Immigration and Refugee Board of Canada*, Decisión de 18 de octubre de 2004, Caso *Applicant v. Minister*, Nº de dossier SPR VA3-01194.

589 Véase, por ejemplo, ACNUR, Handbook; Alexander Aleinikoff, “Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of ‘membership of a particular social group’”, en *Refugee Protection in international Law: The UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Erika Feller, editors, Volker Türk and Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003.

590 ACNUR, Directrices sobre la Protección Internacional (“Pertenece aun determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967), Documento de Naciones Unidas HRI/GIP/02/02, de 7 de mayo de 2002, párrafos 1, 6, 7, 20.

591 ACNUR, Directrices sobre la Protección Internacional (La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, Docu-

Haciendo referencia a los Principios de Yogyakarta, el ACNUR ha reconocido igualmente la obligación de los Estados de considerar los riesgos especiales que corren los refugiados de ser objeto de persecución por razones de orientación sexual e identidad de género:

*“Respecto a la orientación sexual, los Principios de Yogyakarta de 2007, sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, reafirman las normas jurídicas internacionales vinculantes sobre esta cuestión, que derivan de instrumentos clave de derechos humanos fundamentales”*⁵⁹².

Con el fin de aplicar la Convención de 1951, la Unión Europea (UE) ha adoptado una definición de “grupo social” que incluye la orientación sexual, exigiendo a los Estados miembros que reconozcan que “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de ‘grupo social determinado’ un grupo basado en una característica común de orientación sexual”⁵⁹³. Esta norma es aplicable y ha sido aplicada en todos los Estados miembros de la UE, salvo, en razón de una anomalía de la legislación comunitaria, en Dinamarca⁵⁹⁴. La legislación de la UE aborda también la identidad de género, aunque un tanto indirectamente, apuntando que “los aspectos relacionados con el género se podrían considerar, sin que creen por sí mismos una presunción a efectos de la aplicabilidad de este Artículo”⁵⁹⁵. Estas normas sustituyen a la antigua jurisprudencia europea relativa a si la orientación sexual podía definir un grupo social⁵⁹⁶.

En Estados Unidos, el Consejo de Recursos de Inmigración (*Board of Immigration Appeals*) ha reconocido a los “homosexuales” como grupo social determinado⁵⁹⁷, y uno de los tribunales de apelaciones ha aceptado una solicitud de asilo basada en la identidad de género, “decidiendo como cuestión de derecho que los hombres gay con identidades sexuales femeninas en México constituyen un ‘grupo social determinado’”⁵⁹⁸.

mento de Naciones Unidas HCR/GIP/02/01, de 7 de mayo de 2002, párrafo 16.

592 ACNUR, Manual de Protección de Mujeres y Niñas (2008), p. 72 (original en inglés, traducción libre).

593 Directiva del Consejo de Ministros de la Unión Europea 2004/83/CE.

594 Por ejemplo, *Guidelines for Investigation and Evaluation of Asylum Cases in which Persecution Based on Given Sexual Orientation* (Sweden) (2002), disponible en la página web www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3f8c1af4, y Refugee Act (Irlanda) párrafo 2 (1996).

595 *Ibid*; véase también ILGA Europe, “*Protecting LGBT People Seeking Asylum: Guidelines On The Refugee Status Directive*” (2005), p. 11 (donde se apunta que el “significado de esta declaración está lejos de estar claro. [...] Se podría demostrar la existencia de una comunidad / identidad transgénero, pero sería necesaria una determinación individualizada”). Disponible en la página web: http://www.ilgaeurope.org/europe/publications/non_periodical/guidelines_on_the_refugee_status_directive_october_2005__1

596 Véase, en general, Consejo Europeo sobre Refugiados y Asiliados (ECRE), “*Elena Research Paper on Sexual Orientation As a Ground For Recognition of Refugee Status*” (1997), disponible en la página web www.ecre.org/resources/Policy_papers/350.

597 Consejo de Recursos de Inmigración (Board of Immigration Appeals) de Estados Unidos, Decisión de 12 de marzo de 1990, *Matter of Toboso-Alfonso*, 20 I&N Dec. 819, 1990 WL 547189 (BIA 1990)

598 Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Noveno Circuito, Decisión de 24 de agosto de 2000, *Caso Hernandez-Montiel v. INS*.

El ACNUR ha desarrollado una norma de “grupo social determinado” que incluye dos enfoques separados aunque complementarios en la determinación de la existencia de dicho grupo:

“Un grupo social determinado es un grupo de personas que comparten una característica común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental para la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”⁵⁹⁹.

El primer enfoque en esta norma es el enfoque de “características protegidas” o “inmutabilidad”, que examina si un grupo está unido por una característica inmutable o por una característica que es tan fundamental para la dignidad humana que no debería obligarse a persona alguna a renunciar a ella⁶⁰⁰. Un legislador que adopte este enfoque examinaría si el grupo determinado se define por:

- una característica innata e inmutable;
- una condición pasada temporal o voluntaria que sea inmutable debido a su permanencia histórica; o
- una característica o asociación que sea tan fundamental para la dignidad humana que no se debería obligar a los miembros del grupo a renunciar a ella.

Al aplicar este enfoque, tribunales y órganos administrativos de un número de jurisdicciones han decidido que los homosexuales, entre otros, pueden constituir un grupo social determinado en el contexto del Artículo 1A(2). En el caso *Re Gfoi*, la autoridad encargada de las apelaciones en relación con la condición de refugiado de Nueva Zelanda se pronunció a favor de un hombre iraní que aducía que tenía un motivo justificado para tener ser objeto de persecución en razón de su homosexualidad. La autoridad llegó a la conclusión de que los homosexuales formaban “un grupo social determinado”, y que la orientación sexual es una característica innata o inmutable, o tan fundamental para la identidad y/o la dignidad humana que no se debería modificar. En este análisis, el tribunal aportó una base para la consideración de que la orientación sexual constituye “un grupo social determinado” que merece protección judicial. Un sentimiento profundo de la propia identidad de género impregna la esencia de la identidad de una persona como ser humano hasta tal punto que no se le debería obligar a renunciar a ella. Por consiguiente, la identidad de género puede constituir asimismo un grupo social determinado.

599 Directrices sobre Protección Internacional: “Pertenencia a un grupo social determinado” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 11, Doc. de la ACNUR: HCR/GIP/02/02 de 7 de mayo de 2002

600 Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo de Canadá, Asunto de *Attorney General of Canada v. Ward*, 1993, 2 SCR 689. El Tribunal indicó que “El significado de ‘grupo social determinado’ [...] [comprende] tres categorías posibles: (1) los grupos definidos por una característica innata o inmutable; (2) los grupos cuyos miembros se asocian voluntariamente por una característica tan fundamental para la dignidad humana que no se les puede obligar a renunciar a ella, y (3) los grupos asociados por un hecho del pasado, como la antigua afiliación a un sindicato o una profesión desempeñada, inmutable debido a su permanencia histórica. La primera categoría contemplaría a aquellos individuos que alegan un temor fundado de ser perseguidos por razones como el género, los antecedentes lingüísticos o la orientación sexual [...]” (original en inglés, traducción libre).

601 Disponible en la página web <http://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/1312-93.htm>

El segundo enfoque, la “percepción social”, examina si los miembros de un grupo comparten o no características comunes que los identifiquen como grupo reconocible diferenciado del conjunto de la sociedad. La Directriz de la ACNUR sobre “pertenencia a un grupo social determinado” alude a las mujeres, las familias y los homosexuales como ejemplos de grupos sociales determinados reconocidos en este análisis, en función de las circunstancias imperantes en la sociedad donde existan⁶⁰². Las expresiones de la identidad podrían posiblemente estar incluidas en este enfoque. La expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando, como resultado de características como la forma de vestir, los gestos y las modificaciones del cuerpo, transforma las expectativas tradicionales de la expresión de género. En el asunto de *Ourbih*, el Consejo de Estado (*Conseil d’Etat*) de Francia decidió que los transexuales pueden constituir un grupo social determinado. En su decisión, el Consejo rechazó la decisión del órgano de apelaciones (*Commission des recours des réfugiés*) de denegar la solicitud de Ourbih, un transexual argelino, por considerar que dicho órgano no había examinado adecuadamente las pruebas a la hora de determinar si los transexuales eran considerados un grupo social en Argelia “en razón de las características compartidas que los definen a los ojos de las autoridades y de la sociedad”⁶⁰³.

Según las Directrices de la ACNUR sobre “pertenencia a un grupo social determinado”, “un grupo social determinado no puede definirse por el hecho de que los miembros del grupo sufran persecución, o por un temor común de ser perseguidos”⁶⁰⁴. Sin embargo, no es necesario que un grupo social determinado esté “unido”, es decir, que sus miembros se conozcan o estén asociados entre sí⁶⁰⁵. No es necesario que todos los miembros del grupo corran un riesgo para que una solicitud individual prospere⁶⁰⁶. El tamaño del grupo social en cuestión no es un criterio pertinente para determinar si el grupo social determinado existe⁶⁰⁷.

3.2. Persecución

3.2.1. Alcance de la persecución

Para dar lugar a la condición de refugiado, la persecución debe ser más grave que el acoso o las amenazas, aunque no tiene que dar lugar a una amenaza para la vida⁶⁰⁸. Algunas veces, puede resultar difícil trazar una línea divisoria. La persecución pasada debe establecer una presunción de persecución futura, no siendo suficiente de por sí

602 Directrices sobre Protección Internacional (“Pertenencia a un grupo social determinado” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados), *doc. cit.*, párrafo 1.

603 *Conseil d’Etat*, SSR, Decisión No. 171858, 23 de junio de 1997 (original en francés, traducción libre).

604 Directrices sobre Protección Internacional (“Pertenencia a un grupo social determinado” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados), *doc. cit.*, párrafo 14.

605 *Ibid.*, párrafo 15.

606 *Ibid.*, párrafo 17.

607 *Ibid.*, párrafo 18.

608 Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Séptimo Circuito, Decisión de 15 de junio de 2005, Caso *Liu v. Ashcroft*.

para establecer un temor creíble de sufrir persecución⁶⁰⁹. La persecución debe consistir asimismo en actos cometidos por las autoridades o con su aquiescencia.

3.2.2. Persecución en relación con la orientación sexual y la identidad de género

Un solicitante de asilo no tiene que demostrar que en apariencia se ajusta a un estereotipo, o que vive con una identidad abiertamente “homosexual”, para demostrar el potencial de persecución. Los tribunales han reconocido las presiones excepcionales que personas LGBT solicitantes de asilo tienen que afrontar para ocultar su identidad y cómo esto incide en la evaluación de su solicitud. A una persona no se le puede denegar asilo en razón de que podría evitar la persecución modificando el comportamiento que es objeto de la persecución. En el caso británico *Danian contra SSHD*, Simon Brown, Lord de Apelación en lo Ordinario, emitió el dictamen siguiente:

“En los casos de asilo, hay que plantear una pregunta definitiva: ¿existe un riesgo grave de que un solicitante de asilo que regrese a su país sea perseguido por un motivo contemplado en la Convención? [...] Si regresa, ¿actuaría el solicitante de asilo de hecho cómo había dicho que lo haría, siendo, por ello, objeto de persecución? Si es así, entonces, por irrazonable que se le considere por negarse a aceptar la restricción necesaria de sus libertades, a mi juicio tendrá derecho de asilo”⁶¹⁰.

Un juez estadounidense de inmigración que se negó a aceptar la solicitud de asilo de un albanés porque “no vestía ni hablaba ni hacía los gestos de un homosexual”, fue censurado por el tribunal de apelaciones por basar su decisión en una opinión personal e inadecuada”, y fue retirado del caso⁶¹¹.

La Corte Suprema (*High Court*) de Australia esgrimió un razonamiento similar al afirmar que la capacidad que los solicitantes habían tenido para evitar la persecución manteniendo en secreto su orientación sexual no debía ser tenida en consideración a la hora de tomar una decisión sobre si un solicitante de asilo tenía un motivo fundado para temer una persecución futura basada en la orientación sexual. Este tribunal dictaminó lo siguiente:

“Existe una tendencia natural [...] a pensar que, debido a que el solicitante no había sido perseguido en el pasado, no lo sería en el futuro. El fallo de este enfoque reside en el supuesto de que en la conducta del solicitante no influye la conducta del fiscal” no era jazz sino “música contemporánea”, género que el denunciante tiene “contraindicado psicológicamente” por prescripción facultativa⁶¹².

609 *Ibid.*, párrafo 27.

610 Tribunal de Apelaciones (Sala de lo Civil), Sentencia de 28 de octubre de 1999, Caso *Danian v. Secretary of State for the Home Department*, [1999] INLR 535, pp. 7G, 8C, 8D (Reino Unido) (original en inglés, traducción libre). Véase también, en general, *Jamaica v. Secretary of State for the Home Department*, Tribunal de Asilo e Inmigración / Órgano de Apelaciones de Inmigración, CG [2005] UKAIT 00168.

611 Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Octavo Circuito, Decisión de 2 de abril de 2007, Caso *Shahinaj v. Gonzales*.

612 *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 2003 HCA 71, párrafo 43 (original en inglés, traducción libre).

En otras palabras, “si dicha persona se viese en la obligación de mantener en secreto su homosexualidad a fin de evitar la persecución, eso es en sí mismo una acción persecutoria”⁶¹³. El tribunal australiano dictaminó que, puesto que un tribunal de inmigración había decidido que dos solicitantes de asilo “eran discretos sobre sus relaciones solamente porque temían que, de lo contrario, serían sometidos a persecución, había entonces que considerar qué podría pasarles a estos solicitantes en Bangladesh si vivían sin tapujos como una pareja homosexual”⁶¹⁴.

El órgano de apelaciones en relación con la condición de refugiado de Nueva Zelanda (RSAA) adoptó también este razonamiento, llegando a la conclusión de que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados exige que “si el derecho cuyo ejercicio se propone al refugiado solicitante en el país de origen es un elemento esencial del derecho pertinente, y el solicitante corre un riesgo de perjuicio grave, sería contrario al contexto de referencia, objeto y propósito de la Convención, exigir al refugiado solicitante que pierda o renuncie a ese derecho, y que se le niegue la condición de refugiado en razón de que podría adoptar un comportamiento de abnegación o discreción al regresar al país de origen”⁶¹⁵. En el caso de un solicitante homosexual iraní, la RSAA dictaminó que, puesto que un ejercicio de discreción violaría los “derechos fundamentales” a la intimidad y no discriminación garantizados en el PIDCP, y vivir abiertamente como homosexual entrañaría “una pena judicial o extrajudicial severa”, había que concederle asilo⁶¹⁶.

La renuencia inicial a revelar la orientación sexual al comienzo del proceso de solicitud, o incluso durante sus fases iniciales, no debería ser un motivo para que un tribunal de inmigración abrigue sospechas. En un caso denominado *Moab*, un tribunal de apelaciones estadounidense consideró “razonable que el señor Moab no hubiese deseado mencionar su orientación sexual [en su entrevista inicial en el aeropuerto] por temor a que la divulgación de esta información le valiese una persecución mayor que en Liberia, su país de origen”⁶¹⁷.

Los casos de persecución por razones de orientación sexual e identidad de género suelen suponer riesgos de daño por parte de actores no-estatales. En este tipo de casos, la solicitud de asilo es válida cuando existe un temor real de persecución por un actor no-estatal, y cuando el Estado no esté dispuesto o sea sencillamente incapaz de proteger al solicitante. En sus Directrices sobre persecución por motivos de género, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha indicado que:

“En ciertas sociedades en donde la homosexualidad es ilegal, la penalización por conducta homosexual podría equivaler a persecución, del mismo modo que lo sería si una mujer se negara a usar un velo en ciertas sociedades. Incluso

613 Tribunal de Apelaciones (Sala de lo Civil), Asunto de *Z v. The Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 1578, (Reino Unido)

614 Corte Suprema de Australia, Sentencia de 9 de diciembre de 2003, Asunto de *Appellant of S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, párrafo 54 (original en inglés, traducción libre).

615 Órgano de Apelaciones sobre la condición de refugiado (Refugee Status Appeals Authority), Decisión de 4 de julio de 2004, *Refugee Appeal N° 74665/03*, párrafo 114 (original en inglés, traducción libre).

616 *Ibid.*, párrafos 127 y 129 (original en inglés, traducción libre).

617 Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Séptimo Circuito, Decisión de 13 de septiembre de 2007, Caso *Moab v. Gonzales*.

cuando las prácticas homosexuales no sean penalizadas, un solicitante bien podría establecer una solicitud válida en situaciones en las que el Estado condone o tolere las prácticas discriminatorias o los perjuicios perpetrados en su contra, o en las que el Estado no esté en capacidad de brindar protección eficaz contra tales perjuicios”⁶¹⁸.

En Estados Unidos, un solicitante de asilo que no desee ser deportado “no tiene [...] que probar que sería elegido individualmente como blanco de [...] persecución si (i) [...] existe un patrón o práctica de persecución de un grupo de personas que se encuentren en una situación similar a la del solicitante en razón de [...] su pertenencia a un grupo social determinado, y si [...] (ii) el solicitante establece que el resultado más probable de su propia inclusión en dicho grupo o su identificación con el mismo [...] es que su vida o libertad corran peligro a su regreso”⁶¹⁹. Aplicando esta regla, un tribunal de apelaciones estadounidense dictaminó que, si un solicitante de asilo ha “aportado pruebas de una pauta de persecución contra el grupo social de homosexuales”, y puede “demostrar su inclusión en el grupo social de ‘homosexuales’”, no es necesario que “demuestre que sería elegido individualmente como blanco de dicha persecución”⁶²⁰.

A pesar de que “los derechos inherentes al matrimonio serán respetados por todo Estado Contratante” de la Convención de 1951⁶²¹, la cuestión de si un refugiado puede proponer el asilo de su pareja del mismo sexo no ha sido aún clarificada. Las prácticas varían: en Estados Unidos, los refugiados a quienes se concede asilo no están autorizados a traer con ellos a sus parejas del mismo sexo, mientras que en Canadá, los refugiados tienen derecho a venir acompañados de su cónyuge del mismo sexo⁶²², pareja de hecho o compañero sentimental”⁶²³. Sin embargo, dado que la persecución de muchos refugiados incluye la separación física forzosa de sus parejas, quedan por dirimir cuántos de refugiados podrían demostrar los vínculos “conyugales” o de “pareja de hecho” que los unen⁶²⁴.

618 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Directrices sobre Protección Internacional (Persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados), *doc. cit.*, párrafo 17. Véase, también, Grupo de Trabajo de las NU sobre las Detenciones Arbitrarias, Opinión Nº 7/2002 (Egipto) de 21 de junio de 2002, Caso *Yasser Mohamed Salah et al. c. Egipto*, párrafo 27, en el Doc. de las NU: E/CN.4/2003/8/Add.1.

619 8 C.F.R. § 208.16 (b)(2) “*Withholding of removal under section 241(b)(3)(B) of the Act and withholding of removal under the Convention Against Torture*”, del Código de Reglamentación Federal (Code of Federal Regulation) de los Estados Unidos de América.

620 Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Séptimo Circuito, Decisión de 7 de enero de 2008, Caso *Eke v. Mukasey*.

621 Artículo 12, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 .

622 Ley de Defensa del Matrimonio (*Defense of Marriage Act*), 1 U.S.C. § 7; Cf. *Visas for Cohabiting Partners, Immigration Equality*, disponible en la página web www.immigrationequality.org/template.php?pageid=155 (2007) (donde se indica que los residentes de nacionalidad extranjera con visados de trabajo temporal son la única clase de personas a quienes la legislación estadounidense autoriza a obtener visados para sus compañeros del mismo sexo).

623 Reglamento de Protección de la Inmigración y los Refugiados (*Immigration and Refugee Protection Regulations*), S.O.R./2002-227, part 7, division 1.

624 LaViolette, Nicole, “*Coming Out to Canada: The Immigration of Same-Sex Couples Under the Immigration and Refugee Protection Act*”, *McGill Law Journal*, Vol. 49, Nº 4, 2004, McGill University, Canadá, páginas 988-991.

Resumen

- Todas las personas tienen derecho a solicitar y a disfrutar de asilo en otros países, salvo en el caso de acusaciones derivadas de delitos no políticos verdaderamente graves, actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, delitos contra la paz, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.
- Un refugiado es una persona que no puede volver a su país debido a un temor fundado de ser objeto de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, convicciones políticas o pertenencia a un grupo social determinado.
- La orientación sexual y la identidad de género pueden constituir un “grupo social determinado” en razón de características innatas o inmutables, o de características tan fundamentales para la identidad o la dignidad humana que no deberían cambiar. La orientación sexual y la identidad de género también pueden definir a un grupo social determinado debido a que así se definen sus miembros a los ojos de las autoridades o la sociedad.
- Las personas perseguidas por su orientación sexual o identidad de género tienen derecho a buscar y a disfrutar de asilo. La persecución por razones de orientación sexual o identidad de género es un motivo de asilo.
- Un solicitante de asilo no tiene que demostrar que en apariencia se ajusta a un estereotipo para obtener asilo. Tampoco se le puede negar asilo debido a que pueda evitar ser objeto de persecución manteniendo en secreto su orientación sexual o identidad de género.
- Según el principio de no devolución (*non-refoulement*), los Estados no pueden expulsar o devolver a un refugiado a un país donde corra un riesgo real de persecución u otras violaciones graves de los derechos humanos. Los Estados deben conceder asilo a un refugiado o reinstalarlo en un tercer país seguro.
- El principio de no devolución incluye una prohibición de expulsar a las lesbianas y a los gays a países donde se sepa van a ser perseguidos por su orientación sexual o identidad de género.
- Al otorgar asilo, un Estado se obliga a conceder al solicitante un permiso de trabajo, al igual que las protecciones de todas sus leyes, incluidas las laborales, de seguridad social y familiares.