

### Antecedentes

En 2009, la Comisión Internacional de Juristas empezó a recopilar decisiones de tribunales nacionales que abordaban temas relativos a la orientación sexual e identidad de género. La razón para ello es que se ha puesto en evidencia que las batallas sobre los asuntos más polémicos de nuestros tiempos tienen como escenario los tribunales nacionales. Un número muy reducido de casos pueden presentarse ante órganos internacionales de derechos humanos – tales como las comisiones y tribunales regionales y los órganos de tratados de las Naciones Unidas – pero cada vez más los argumentos internacionales de derechos humanos son escuchados en el ámbito interno. Lo que tiene frente a usted es el resultado de esta investigación.

Los catorce capítulos están organizados por tema. Cada capítulo empieza con una introducción general sobre ese campo específico de la ley, seguido por resúmenes de casos. Éstos últimos presentan la cuestión jurídica y el derecho pertinente – tanto a nivel nacional como comparado e internacional-, y luego resume los argumentos, razonamiento y resultados. Los casos resumidos en el Libro de Casos (Casebook) constan en negrillas a través del texto.

Conjuntamente, el Libro de Casos contiene casos de una variedad de países y regiones, que cubren un periodo de más de cuarenta años. La gran mayoría de decisiones, no obstante, son de la última década. El ritmo del cambio se está acelerando claramente.

### Propósito

El Libro de Casos tiene dos propósitos. En primer lugar, debe servir de ayuda para abogados, jueces y activistas de derechos humanos para una mejor comprensión de cómo utilizar la ley para proteger los derechos individuales. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) espera que los lectores del Libro de Casos se animen a plantear argumentos fundamentados en el Derecho internacional y comparado ante sus tribunales nacionales y que éstos consideren pertinentes las experiencias de otros tribunales. La CIJ además espera que el Libro de Casos promueva el litigio de interés público en la defensa de derechos, ayude a aquellos individuos cuyos derechos han sido violados a pedir reparación ante los tribunales, y permita a los abogados desarrollar un razonamiento efectivo y persuasivo.

En segundo lugar, la CIJ espera que el Libro de Casos sea utilizado como evidencia de que el derecho sobre orientación sexual e identidad de género es de carácter global. Un tribunal de Nueva Delhi se refiere no solamente a las decisiones de los tribunales en Estrasburgo o en Washington, sino también a precedentes establecidos en Sudáfrica, Hong Kong y en otros lugares. Los activistas en Tailandia y en Guyana afirman el derecho al travestismo. Los individuos en Kampala y Katmandú exigen la protección judicial de sus derechos de conformidad con el Derecho internacional. La gente en todos lados quiere que sus relaciones – con sus parejas, con sus hijos – sean legalmente reconocidas y protegidas.

## Límites

El Libro de Casos tiene ciertos límites. Durante el proceso de recopilación de estos casos, se tuvo que tomar ciertas decisiones difíciles. El Libro de Casos no es exhaustivo. No contiene todas las decisiones relacionadas con orientación sexual o identidad de género. Simplemente habían demasiados casos para hacerlo. Esencialmente, el Libro de Casos intenta presentar los tipos de escenarios fácticos más relevantes y las líneas de razonamiento que las partes y los jueces han utilizado. Con este propósito, hemos incluido decisiones negativas y positivas.

Algunas áreas del derecho, como los crímenes de odio, han sido omitidas puesto que consideramos que los enjuiciamientos por crímenes de odio dependían más de evidencia específica sobre el móvil que la interpretación de derechos humanos y derechos constitucionales. Algunos temas urgentes de derechos humanos, como las condiciones de detención de las personas LGBT en custodia, tampoco han sido representados en el Libro de Casos, pues no son áreas que se han litigado extensamente.

Puesto que esta área del derecho está cambiando rápidamente, el Libro de Casos no puede reflejar plenamente el estado actual del derecho. En la medida de lo posible, hemos incluido en las notas finales los desarrollos legales posteriores, ya sean judiciales o legislativos.

El Libro de Casos se enfoca en la protección judicial de los derechos humanos. No obstante, sería un error el concluir que el litigio es el único medio disponible para hacer cumplir los derechos humanos. Muchos de los cambios legales ocurren en los parlamentos. En Europa, por ejemplo, los derechos de individuos y de comunidades LGBT han progresado significativamente después de reformas legislativas, a veces en reacción a o en previsión de decisiones judiciales. Los cambios legales también pueden lograrse a través de procesos que ocurren en la sociedad en lugar de una sala de tribunal— en lugares de trabajo, en las ondas de radio, y en los bares del vecindario.

Muchos de los casos son relevantes para más de un capítulo. Un caso de custodia que involucraba a un padre/madre transexual, por ejemplo, se encuentra en el capítulo de paternidad pero puede haber sido incluido también en el capítulo de transexualidad. Los casos sobre beneficios de inmigración extensivos a parejas del mismo sexo serán categorizados bajo Parejas, en vez de bajo Asilo e Inmigración. De igual manera, muchos de los argumentos legales son relevantes para varios temas de capítulos. En lo posible, se han presentado referencias cruzadas sobre casos en distintos capítulos.

Finalmente, debemos hacer una aclaración sobre lenguaje. En lo posible hemos procurado de preservar la redacción original empleada por los tribunales. Por ejemplo, utilizamos los términos “homosexual”, “transexual” o “diversidad sexual” cuando el tribunal así lo ha hecho, y adoptamos los pronombres personales empleados por los tribunales en algunos de los casos de transgénero, aún si estos no reflejan la preferencia de género de los individuos. Esto pudiese parecer discordante. Sin embargo, hemos considerado importante resaltar algo de la tensión judicial e incomodidad respecto de la elección de género. También hemos adoptado el lenguaje

original al nombrar a las partes, como es el caso de “apelante”, “demandado”, y “demandante”.

## Observaciones

La CIJ esperaba que muchos de los casos demuestren que los tribunales nacionales han interpretado y aplicado principios del Derecho internacional de derechos humanos. Es verdad que se han hecho referencias frecuentes a [Toonen v. Australia](#) (decidido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1994) y [Dudgeon vs. Reino Unido](#) (decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1981). No obstante, es igualmente evidente que los tribunales nacionales están recurriendo cada vez más al derecho constitucional comparado. Están participando en una discusión global sobre el significado de derechos constitucionales y humanos. Aun cuando llegan a conclusiones distintas, los tribunales deben responder a los argumentos de derecho comparado.

Además, el uso del Derecho internacional y del Derecho comparado (nacional) que hacen los tribunales es algo similar. Frecuentemente, el Derecho internacional a es abordado a la par con el Derecho Comparado. Cada uno es una fuente de orientación y experiencia judicial relevante para la interpretación más que una obligación vinculante. Esto tiene sentido cuando tomamos en cuenta que las normas básicas se encuentran normalmente en textos internacionales y constitucionales. En algunos casos, de hecho, el desarrollo de leyes nacionales tiene influencia en las decisiones de las entidades supranacionales, como en el caso *Goodwin vs. Reino Unido*, en el cual en la decisión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basó significativamente en casos sobre reconocimiento de género de Nueva Zelanda y Australia.

Adicionalmente, hay una convergencia transcultural sobre el significado de las normas. Así, por ejemplo, la idea de que la privacidad implica autonomía en la toma de decisiones personales e íntimas ha sido reconocido por tribunales de varios países. Un gran número de estos casos hacen referencia a una opinión disidente en un caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Juez Blackmun en *Bowers vs. Hardwick*) y a Toonen y Dudgeon. La fuerte concepción de privacidad desarrollada en estas opiniones marca la influencia menguante de la “moral pública”, utilizada anteriormente por muchos para justificar la criminalización de relaciones sexuales consentidas y privadas entre adultos. Esta visión de la privacidad afirma que no es la función de la ley penal el implementar la desaprobación social o política de ciertas formas de relación sexual, independientemente de si esa desaprobación es generalizada.

Los casos también demuestran un importante acuerdo sobre el significado de la igualdad y la no discriminación. Una vez que la ley es oficialmente neutral en relación a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, la naturaleza discriminatoria del tratamiento diferenciado en base a la orientación sexual se vuelve evidente. La orientación sexual y la identidad de género se tratan como un aspecto de la diversidad, comparable con la raza o la religión, una de numerosas características que definen la identidad individual. Aún en las jurisdicciones en las que la sexualidad entre personas del mismo sexo está sujeta a sanción penal, los tribunales han

reconocido y reafirmado la universalidad de todos los derechos humanos. Al hacer esto, reafirman la [\*Declaración Universal de Derechos Humanos\*](#).

Este Libro de Casos revela una tremenda evolución de la jurisprudencia en el área de orientación sexual e identidad de género. Los argumentos basados en las emociones, desaprobación social y actitudes culturales están cediendo el paso a los argumentos basados en los derechos a la privacidad, a la igualdad y a la no discriminación.

Finalmente, el derecho no se limita a estándares legales. También se refiere a personas. En ningún escenario ello es tan claro como en los litigios, en los que las decisiones de un tribunal pueden cambiar vidas individuales, para bien o para mal. En cada uno de estos casos, un tribunal ha examinado una ley, evaluándola, sopesado su constitucionalidad, y aplicándola. Al mismo tiempo, los casos nos permiten vislumbrar las vidas de las personas involucradas en ellos y ver cómo la ley ha afectado sus experiencias diarias. El Libro de Casos es un testimonio del valor de la gente común que han buscado hacer uso de la ley para reivindicar sus derechos.