

*La discriminación en razón de la
orientación sexual. Un antes y después del
caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*

*Discrimination Based on Sexual
Orientation. Before and After Atala Riffo
and Daughters vs. Chile*

María Sol Bucetto*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i19.1369>

Lex

* Abogada (UBA). Candidata a magíster en Derechos Humanos (Universidad Nacional de La Plata). Docente en “Los Derechos Humanos en la Constitución Nacional” (Universidad de Buenos Aires). Correo electrónico: solbucetto@yahoo.com.ar





Pescadera. Óscar Allain

RESUMEN

El principio de no discriminación no contaba con una definición estricta en el sistema interamericano, por lo cual establecer si la orientación sexual podía ser considerada un motivo prohibido de discriminación resultaba complejo. A partir del fallo *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte Interamericana entendió que esta categoría quedaba incluida dentro de la expresión “cualquier otra condición social”, por lo cual se encontraba protegida por la Convención Americana y quedaba vedado todo tipo de trato discriminatorio ilegítimo. Para así entender realizó un estudio de la normativa y jurisprudencia de los sistemas universal y europeo. Luego de esta sentencia, se produjeron novedades normativas, e incluso la creación de la Relatoría LGBTI.

Palabras clave: *discriminación, orientación sexual, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia de Naciones Unidas y del Sistema Europeo, Relatoría LGBTI.*

ABSTRACT

Non-discrimination principle did not have a strict definition in the inter-American system, so establishing whether sexual orientation could be considered a prohibited cause of discrimination was a complex issue. Since the verdict of the *Atala Riffo and daughters vs. Chile* case, the Inter-American Court understood this category was included within the term “any other social condition” and so it was protected by the Inter-American Convention and prohibited any type of illegitimate discriminatory treatment. In order to arrive to this conclusion the Court made a study of the laws and jurisprudence from the Universal and European systems. Regulatory changes and even the creation of the LGBTI Post of Court Reporter followed the referred verdict.

Key words: *discrimination, sexual orientation, judgments of the Inter-american Court, jurisprudence of United Nations and the European System, Rapporteurship on the rights of LGBTI persons.*

I. INTRODUCCIÓN

La orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. No obstante, hasta no hace muchos años, la discriminación en razón de estos factores no encontraba sustento legal explícito.

Cuando la Corte Interamericana fue llamada a resolver el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, se vio en la necesidad de realizar un estudio de la normativa y jurisprudencia existente a nivel internacional, a fin de poder establecer si la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre eran en verdad un artificio para ocultar un trato diferenciado ilegítimo.

En el presente artículo se pretende realizar un análisis del recorrido que la Corte debió efectuar para poder incluir la orientación sexual y la identidad de género como categorías prohibidas de discriminación, para luego determinar cómo este fallo influyó en el Sistema Interamericano.

Para ello, se plantea un esquema que divide el contexto previo al fallo y el posterior, estudiando el marco normativo existente y la actuación de los organismos de derechos humanos.

II. EL CONTEXTO PREVIO AL FALLO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE

Para comprender cómo llegó la Corte Interamericana a la sentencia del caso *Atala Riffo*, es necesario analizar cuáles eran las herramientas normativas y jurisprudenciales con las que contaba al momento de conocer el caso.

El concepto de no discriminación

En las Américas, los principios de igualdad y no discriminación forman el núcleo del sistema interamericano de derechos humanos y de los instrumentos que obligan a los Estados.¹

¹ CIDH, *El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 10 de marzo de 2009, párr. 81.

Así lo ha sostenido la Corte IDH, al expresar que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.²

La Corte interpreta que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad.³

Los instrumentos constitutivos del Sistema Interamericano instituyen esta premisa esencial como fundamento de los derechos que consagran para los individuos y las obligaciones que imponen a los Estados que los suscriben. No obstante, a pesar de su reiterada mención en los diversos tratados y declaraciones, ninguno de ellos proporcionaba una definición general de qué se entiende por “discriminación”, sino que hacen referencia a esta en relación a la temática concreta atendida por cada instrumento internacional. Es así como puede observarse que el Sistema Interamericano no contaba con un instrumento normativo específico sobre la discriminación del que pudiera obtenerse una exposición cabal de los alcances que debía otorgársele al término cuando se hace referencia a él en los múltiples documentos del sistema.

Debido a esta carencia de definición directa, tanto la Comisión Interamericana como la Corte se han valido de los instrumentos de materias específicas como pautas interpretativas para desarrollar el contenido del concepto “discriminación” en términos generales. Así, ha entendido que dado que ni la Convención Americana ni la Carta de la OEA —a lo que podría agregarse todo otro instrumento de carácter general— definen qué se entiende por discriminación, pueden tomarse como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para sostener que *discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen 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,*

² Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 184. También en Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 110.

³ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 55. Este aspecto se retomó en Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 110.

*goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*⁴

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Corte IDH ha establecido que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.⁵

La Corte IDH ha recogido el criterio instituido por la Corte Europea de Derechos Humanos, que, en casos de alegadas discriminaciones, procede analizando si el tratamiento diferenciado persigue un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido.⁶

Es decir, no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, 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. En este sentido, la Corte advirtió que solo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.⁷ Esta fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma que exige la Corte IDH para que el acto no sea tildado de discriminatorio implica que este no debe conducir a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas,⁸ vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.⁹

Ahora bien, debe realizarse una salvedad respecto a ciertas categorías mencionadas explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que algunos denominan “categorías sospechosas” de discriminación, tales como las contenidas en el art. 1.1 de la CADH. Cuando el tratamiento diferenciado tiene como destinatario algún grupo

⁴ CIDH, *Informe anual 2002. Cuarto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 marzo 2003, párr. 87, citando Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, No discriminación, Observación General No. 18, CCPR/C/37, 10 de noviembre de 1989, párr. 6.

⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 89.

⁶ TEDH, *Case Relating to certain aspects of the law on the use of languages in Education in Belgium* (fondo), Sentencia de 23 de julio de 1968, Vol. 6, Serie A, párr. 10.

⁷ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 47.

⁸ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 55.

⁹ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 57.

de personas vulnerable por alguna de las circunstancias recogidas explícitamente, existe una presunción del carácter discriminatorio de la medida restrictiva, que establece que aquella deberá ser sometida a un análisis especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad y, a su vez, requiere un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad, recayendo sobre el Estado la carga de probar la existencia de una limitación permisible. El juicio de proporcionalidad bajo el que debe examinarse la medida en cuestión exige que su fin no solo sea legítimo e importante, sino también imperioso y que el medio escogido sea adecuado, conducente y, además, necesario. Asimismo, los beneficios de adoptar la disposición deben exceder claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores.

Al respecto, la CIDH sostiene que cualquier distinción basada en uno de los supuestos mencionados en el artículo 1 de la CADH es fuertemente sospechosa de ilegalidad¹⁰ y conlleva una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado.¹¹ Ella está sujeta a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción.¹² Se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que este no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asienta exclusivamente en el prejuicio.¹³

La Corte Europea de Derechos Humanos también adopta este criterio según el cual se requiere que existan razones de gran importancia para justificar distinciones basadas en ciertas categorías,¹⁴ mientras que en los casos restantes solo requiere la existencia de un interés legítimo.

Para resumir, puede decirse que mientras en el criterio de “razonabilidad” se advierte una importante tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones, en el criterio más estricto existe una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado que se funda en una pauta considerada “sospechosa”. En consecuencia, el Estado debe presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”) para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”.

¹⁰ CIDH, Informe de fondo No. 4/01, *Caso “Morales de Sierra”*, Guatemala, 19 de enero de 2001, párr. 31 y 36.

¹¹ CIDH, *Informe anual 2002. Cuarto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, punto 89.

¹² CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, párr. 338.

¹³ CIDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007, párr. 80 y 83.

¹⁴ Por ej.: TEDH, *Caso Abdulaziz vs. Reino Unido*, Sentencia de 28 de mayo de 1985, Ser. A. N° 94, párr. 79. Este fallo se ocupa de las diferencias de tratamiento basadas en el sexo.

En conclusión, todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio, conforme los criterios citados anteriormente, respecto de los derechos consagrados en la Convención es, *per se*, incompatible con esta.¹⁵

El caso Atala Riffo e hijas vs. Chile

El caso que se presenta a conocimiento de la Corte IDH en esta ocasión tiene como hecho desencadenante de la controversia la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile que le revoca a la Sra. Karen Atala la tuición de sus tres hijas, fundándose —según alega la peticionante— exclusivamente en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual, ya que la Sra. Atala mantenía una relación amorosa y convivía con una pareja de su mismo sexo.

Dado que no existía un instrumento vigente que definiera qué se entiende por orientación sexual, resulta útil establecer el concepto con el que se utilizó el término en este caso. Esta 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, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Posibles marcos normativos aplicables al caso

Sin ánimo de ser repetitiva, es dable recordar que al momento de la sentencia no existía norma específica referente a la discriminación por razón de la orientación sexual, por lo que resulta válido esbozar los posibles encuadres teóricos que la Corte podría adoptar para arribar a su dictamen.

Por un lado, la CADH se refiere a la no discriminación, entre otras disposiciones, en el art 1.1, presentando un listado de categorías sospechosas. Este artículo dispone que los Estados Parte en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*.¹⁶

Puede notarse que la orientación sexual no se encuentra receptada dentro de la lista expuesta en el artículo. Sin embargo, debe recordarse que, como se explicó anteriormente, la mención de ciertas categorías sospechosas no impide que determinadas medidas puedan ser consideradas discriminatorias a la luz de otros criterios no citados explícitamente en la CADH. Además, la enumeración de estas razones no debe tomarse como taxativa ni inmuta-

¹⁵ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 53.

¹⁶ Art. 1.1 Convención Americana de Derechos Humanos.

ble, sino que la Corte IDH, a lo largo de su jurisprudencia, ha ampliado e incluso ha variado los términos mencionados en el art. primero. Así, por ejemplo, incluyó nuevas categorías prohibidas de discriminación al establecer la proscripción de actos discriminatorios por motivos de origen étnico, nacionalidad, edad, patrimonio o estado civil.¹⁷ Del mismo modo, ha utilizado “género” en lugar de “sexo” o “situación económica” en lugar de “posición económica”.

Puede sostenerse que la Corte para llevar a cabo esta nueva enumeración se basó en la interpretación dinámica, esto es, conforme evolucionan en el tiempo los conceptos de la CADH y que no solo deben tomarse en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ellos, sino también el sistema dentro del cual se inscriben.¹⁸

Retomando la cuestión de la orientación sexual, es de notar que ni la CIDH ni la Corte IDH, hasta el momento de la presentación del caso de Karen Atala, se habían expedido en un informe de fondo acerca del tema (tampoco existían opiniones consultivas al respecto).¹⁹ Sin embargo, sí se había advertido la desigualdad fáctica y jurídica que afectaba a grupos tradicionalmente discriminados, tales como los homosexuales.²⁰ Al respecto, existía en el ámbito de la OEA un anteproyecto de “Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia”, que definía la “discriminación” como cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, color, etnia, sexo, edad, *orientación sexual*, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social que tiene por objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en un mismo plano (en igualdad de condi-

¹⁷ Véase Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03.

¹⁸ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 114. Véase también Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 106. El Tribunal Europeo también se ha expedido sobre este punto en el Caso *Tyrer vs. Reino Unido* (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

¹⁹ La CIDH había recibido peticiones individuales relacionadas con violación a sus derechos en razón de su orientación sexual, pero limitó su examen a la admisibilidad de los casos, sin emitir —a la fecha— informes de fondo. Así, se ha expedido sobre la admisibilidad de un caso en el que se alegaba la imposibilidad de la víctima de recibir visita íntima en un centro penitenciario en Colombia, por tratarse de una visita entre homosexuales, conculcando su derecho a la vida privada (véase, CIDH, Informe No. 71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo, Colombia, 4 de mayo de 1999). Por otro lado, resolvió la inadmisibilidad de un caso que planteaba el no reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo (véase CIDH, Informe No. 96/01, Petición 19/99, José Alberto Pérez Meza, Paraguay, 10 de octubre de 2001). Por último, se arribó a un acuerdo de solución amistosa en un caso que denunciaba afectaciones en la honra y dignidad de la presunta víctima, a causa de una denuncia que la acusaba de sostener una relación lésbica, hecho que derivó en excesos en el ejercicio de sus funciones por parte de las autoridades policiales y denegación de protección judicial (véase CIDH, Informe No. 81/09, Petición 490-03, Solución Amistosa, X, Chile, 6 de agosto de 2009).

²⁰ CIDH, *Informe anual 2006*, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, párr. 5. También en CIDH, *Discursos durante el año 2006*, *Presentación del informe anual 2005*, 27 de abril de 2006.

ciones) de derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural o en cualquier otro ámbito de la vida pública y privada.²¹

Siendo que aquella Convención aún no había concretado su proceso de formación, para encuadrar el presente caso dentro de las categorías prohibidas de discriminación contenidas en la CADH, como pauta interpretativa, podía recurrirse al criterio de la jurisprudencia internacional de derechos humanos que, a través del análisis de textos normativos equivalentes, ha incluido la discriminación en razón de la orientación sexual bajo dos conceptos, dado que, en definitiva, los tratados de derechos humanos, deben interpretarse y aplicarse de manera tal que protejan los derechos básicos de los seres humanos sin discriminación de ninguna clase.²²

Por un lado, puede enmarcarse la discriminación por orientación sexual dentro de la discriminación en razón del “sexo”, expresamente mencionada. Acerca de esta interpretación, debe tenerse en cuenta que algunos de los principales mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas han afirmado la obligación estatal de garantizar la protección efectiva para todas las personas frente a la discriminación basada en la orientación sexual, considerándola dentro de aquella categoría sospechosa. Así, en 1994, el Comité de Derechos Humanos afirmó que las cláusulas en contra de la discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluían el derecho a no sufrir discriminación debido a la orientación sexual. El Comité aclaró que el término “sexo” que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 del Convenio incluye “orientación sexual”.²³

Por otro lado, puede acudirse a la frase “cualquier otra condición social”, que mantiene abierta la posibilidad de encontrar formas de discriminación no contempladas específicamente. La existencia de *cláusulas abiertas*, como la que se aplica, se relaciona directamente con la característica de dinamismo que rodea los tratados de derechos humanos. La interpretación debe acompañar el sentido que los conceptos hubieran adquirido a lo largo del tiempo y analizarse al momento de los hechos. La CADH recoge realidades de su época y también prevé que en el futuro surgirán otras circunstancias que deben ser alcanzadas por la prohibición de discriminación de la Convención.

²¹ Anteproyecto de “Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia”, art. 1, punto 2°.

²² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General No. 15, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 159, 11 de abril de 1986, párr. 4.

²³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7. Véase también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *X vs. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, párr. 7.2. y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Caso Young vs. Australia*, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4.

En relación a esto, el sistema europeo de protección de derechos humanos, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostuvo que la lista que encierra el art. 14 del Convenio Europeo tiene un carácter indicativo y no limitativo, como atestigua el adverbio “especialmente”. En el mismo caso, resolvió que la discriminación por orientación sexual se encuentra contemplada en la prohibición de la discriminación “por cualquier otra condición social” reconocida en el Convenio Europeo.²⁴ Sobre el punto, en otra ocasión, también concluyó que las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones particularmente serias que las justifiquen.²⁵

Del mismo modo, el Tribunal Europeo estableció que era discriminatorio que la Corte Suprema de Austria negara a un hombre homosexual continuar ocupando el domicilio de su compañero fallecido,²⁶ así como determinó que el trato diferenciado en las edades de consenso entre las relaciones heterosexuales y homosexuales también era discriminatorio.²⁷

Por otra parte, en el sistema universal encontramos que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha ocupado repetidas veces de la repercusión de la discriminación por motivo de orientación sexual sobre el disfrute de los derechos básicos, ratificando el principio de no discriminación por argumentos que incluyen la orientación sexual.²⁸ También lo han sostenido el Comité de los Derechos del Niño,²⁹ el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³⁰ y el Comité contra la Tortura.³¹

²⁴ TEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999, párr. 28. El TEDH reiteró esta idea en TEDH, *Caso Clift vs. Reino Unido*, No. 7205/07, Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 57.

²⁵ Véase TEDH, *Caso Burden and Burden vs. United Kingdom* (No 13378/05), Sentencia del 12 de diciembre de 2006.

²⁶ Véase TEDH, *Caso Karner vs. Austria*, Sentencia del 24 de julio de 2003.

²⁷ Otros casos del Tribunal Europeo: *Brown vs. United Kingdom* (No. 52770/99), Sentencia del 29 de julio de 2003; *Fretté vs. France* (No. 36515/97), Sentencia del 26 de febrero de 2002; *Christine Goodwin vs. United Kingdom* (No. 28957/95), Sentencia del 11 de julio de 2002; *Waite vs. United Kingdom* (No. 53236/99), Sentencia del 10 de diciembre de 2002; *Backowski and Others - Poland* (No. 1543/06), Sentencia del 5 de diciembre de 2006.

²⁸ Naciones Unidas, Comité DESC, *El derecho al nivel más alto asequible de salud* (Art. 12), Comentario General No. 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18. El Comité ha reiterado esta postura en comentarios generales posteriores, tales como: Observación No. 15: *El derecho al agua* (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13; Comité DESC, Observación General No. 18: *El derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12; Comité DESC, Observación General No. 20: *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

²⁹ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *El VIH/SIDA y los derechos del niño*, Observación General No. 3, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8. Luego, lo reafirmó en Observación General No. 4: *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6.

³⁰ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, *Sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos*, Recomendación General No. 27, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13.

³¹ Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, Observación General No. 2, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21.

En un comunicado en relación a la petición que hace un homosexual que perdió a su pareja para que la legislación de las pensiones reconozca por igual a parejas homosexuales y heterosexuales, el Comité de Derechos Humanos ratificó que la obligación de no discriminar del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se hace extensiva a la orientación sexual.³² El Comité, posteriormente, hizo un llamado a las Naciones no solo para que abolieran las leyes que criminalizan la homosexualidad, sino también para que en sus constituciones incluyeran la prohibición de cualquier discriminación por orientación sexual.³³

La preocupación por la discriminación en razón de la orientación sexual también fue objeto de estudio de la Comisión de Derechos Humanos (subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías), que, a través de un relator especial, investigó casos de limpieza social y escuadrones de la muerte contra homosexuales en Colombia.

Del mismo modo, en 2006, cincuenta y cuatro países pronunciaron una declaración ante el Consejo de Derechos Humanos, solicitando al presidente del Consejo que, en el marco de una próxima reunión pertinente del mismo, facilitara la discusión sobre esas violaciones.

Más adelante, ese mismo año, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos, pusieron en marcha un proyecto encaminado a desarrollar una serie de principios jurídicos internacionales. Así surgieron los “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”. Entre otras cosas, estos disponen que todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y que la ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase.³⁴

En el año 2008, la Asamblea General también elaboró una declaración sobre la temática, que condena todas las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual y en la identidad de género, reafirmando el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.³⁵

³² Véase, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Caso Young vs. Australia*, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, párr. 10.4.

³³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23.

³⁴ Reunión de especialistas realizada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006. Principio 2: los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

³⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaration on Sexual Orientation and Gender Identity*, 18 de diciembre de 2008, art. 3.

Por su parte, la Asamblea General de la OEA aprobó cuatro resoluciones consecutivas respecto a los “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”. La primera fue la Resolución 2435 —del año 2008—, en la que manifiesta su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y encarga a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su agenda el tema “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”.³⁶

En 2009 se dictó la resolución 2504, que reitera la condena a los actos discriminatorios que tengan como base la orientación sexual e insta a los Estados a asegurar una protección adecuada de los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.³⁷

Asimismo, la resolución 2600 —de 2010— condena los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, insta a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia, los alienta a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan estos actos, asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad y a que consideren medios para combatir la discriminación a causa del motivo expuesto.³⁸

Por último, a través de la resolución 2653 —de 2011—, la Asamblea General resolvió condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación.³⁹

La resolución del Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Habiendo establecido que la orientación sexual, según los criterios reinantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya era considerada una de las categorías sospechosas

³⁶ OEA, Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, puntos resolutivos 1 y 2.

³⁷ OEA, Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria el 4 de junio de 2009, puntos resolutivos 1 y 3.

³⁸ OEA, Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010, puntos resolutivos 1, 2 y 3.

³⁹ OEA, Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011, punto resolutivo 1.

sujetas a la presunción de ilegalidad, corresponde ahora determinar de qué modo fue aplicada esta teoría en el caso concreto.

La sentencia que la peticionante cuestiona encuentra fundamento normativo en el Código Civil chileno, que regula el régimen de tuición de los niños de padres separados. Los artículos que se aplican al caso no pueden ser debatidos, puesto que recogen un régimen acorde con las necesidades del niño y no denotan discriminación alguna por sí solos.

Sin embargo, la discriminación no se produce solo a través de normas legales con rasgos discriminatorios, sino también a través de distinciones arbitrarias o desproporcionadas y mediante la aplicación de acciones prácticas o políticas que son en su faz neutrales y que ocultan el impacto perjudicial que estas tienen sobre los grupos en situación de vulnerabilidad. La Corte IDH ya había hecho explícita su consideración respecto de leyes u otro tipo de actos que en apariencia no son discriminatorios, pero que sí lo son por sus efectos o por su impacto; esto es lo que se ha denominado “discriminación indirecta”.⁴⁰

Entonces, la norma del Código Civil no constituye el acto que debe tacharse de discriminatorio, sino la sentencia que la aplica, dado que esta es la que no logra superar el test de razonabilidad y proporcionalidad mencionado páginas arriba. La disposición legal prevé excepciones a la regla general que establece (que la madre obtenga la tuición), pero la fundamentación de la Corte Suprema no encuentra recepción en ellas.

Para llevar a cabo el estudio del caso, la Corte acoge la definición de “discriminación” proporcionada por el Comité de DDHH —que toma en consideración la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer—, a la que me referí en apartados anteriores. Asimismo, tiene en cuenta las resoluciones emanadas de la Asamblea General de la OEA para ilustrar la preocupación de los órganos del sistema por la situación de trato diferenciado que sufren las personas en base a su orientación sexual.

Entre los escenarios normativos posibles, el Tribunal optó por encuadrar la discriminación por orientación sexual dentro del enunciado “cualquier otra condición social”, contenido en el art. 1.1 de la CADH. Para así entender, tuvo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 y los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de la CADH (junto con lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) en relación a la interpretación dinámica y evolutiva. Además, se valió de la jurisprudencia del Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, mencionados en los párrafos anteriores.

⁴⁰ Véase Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión consultiva OC-17/02, párr. 47.

[...] Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo [...].⁴¹

A partir de ello, la Corte fundó su concepto de que la orientación sexual y la identidad de género son parte del entramado de derechos protegidos por la Convención Americana:

[...] La Corte Interamericana deja establecido que *la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención*. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual [...].⁴²

La Corte dejó en claro que la eventual falta de consenso en algunos países respecto de la inclusión de la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación no constituye un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos, ya que lo que debe tenerse en cuenta son únicamente las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.⁴³ En atención a ello, resulta inadmisibles todo tipo de acto que afecte de manera ilegítima los derechos de las personas producto de su orientación sexual.

[...] Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. *El instrumento interamericano proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención [...].*⁴⁴

Ahora bien, al margen de la determinación conceptual, en cada caso concreto debe demostrarse que el trato diferenciado está basado en la orientación sexual. Para esclarecer esta idea, la Corte recurrió nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

⁴¹ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, cons. 84 y 85.

⁴² Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 91.

⁴³ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 92.

⁴⁴ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 93.

Como principio, estableció que no es necesario que la totalidad de la decisión perjudicial esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.⁴⁵

Los hechos probados en el caso que ocupaba la atención de la Corte en esta oportunidad llevaron a corroborar que el proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso.⁴⁶

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana, nuevamente valiéndose de los estándares establecidos por su par europeo, invistió a la discriminación por orientación sexual de las características propias de las “categorías sospechosas”, exigiendo una justificación estricta de la restricción e imponiendo en cabeza del Estado la obligación de demostrar que el acto no constituía un hecho discriminatorio:

[...] Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho *exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso*, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias [...].⁴⁷

III. EVOLUCIÓN DESDE EL FALLO KAREN ATALA E HIJAS

La sentencia de la Corte Interamericana fue trascendental en el tratamiento que el Sistema Interamericano le ha dado a la discriminación por orientación sexual desde entonces.

En este apartado se analizarán los cambios normativos —también a nivel del sistema universal, ya que ha oficiado de precedente en el fallo— y la actuación de los órganos del Sistema Interamericano.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 94., citando TEDH, *Caso E. B. vs. Francia* (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párrs. 88 y 89.

⁴⁶ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 96. En el mismo sentido, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro hombre como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final (véase TEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, párrs. 28 y 31 y *Caso E. B. vs. Francia*, párr. 85).

⁴⁷ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 124.

Nueva normativa internacional

En el ámbito del sistema universal, el Consejo de Derechos Humanos adoptó, en junio de 2011, la resolución 17/19, la primera resolución de las Naciones Unidas relativa a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.⁴⁸ Su aprobación abrió el camino al primer informe oficial de las Naciones Unidas sobre ese tema, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Este informe, titulado “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, es un estudio a fin de documentar estas leyes y prácticas discriminatorias y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos podía aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género.⁴⁹

El Consejo de Derechos Humanos, en 2014, solicitó al Alto Comisionado que actualice este informe con miras a compartir buenas prácticas y formas para superar la violencia y la discriminación, en aplicación de las normas y el derecho internacional de los derechos humanos en vigor.⁵⁰ De este modo, en 2015, se presentó el Informe Anual de “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”. El informe se basa en las conclusiones recientes de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, organizaciones regionales y organizaciones no gubernamentales, y en la información presentada por los Gobiernos, en particular en las 28 respuestas a una nota verbal que se envió a los Estados miembros.⁵¹

Vale realizar dos últimas menciones de la normativa del sistema universal. En primer lugar, la publicación de la Oficina del Alto Comisionado, “Nacidos Libres e Iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos”, en el 2012. El propósito de la misma es señalar las obligaciones básicas que incumben a los Estados respecto de las personas LGBTI. En ella se describe la manera en que los mecanismos de las Naciones Unidas han aplicado el derecho internacional en ese contexto, proporcionando un resumen de las conclusiones de los órganos y consejos para ayudar a los Estados a que adopten

⁴⁸ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, A/HRC/17/L.9/Rev.1., 15 de junio de 2011.

⁴⁹ Naciones Unidas, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”*, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011.

⁵⁰ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/RES/27/32, 2 de octubre de 2014.

⁵¹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”*, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015.

las medidas necesarias para que satisfagan las obligaciones fundamentales que les incumben en materia de derechos humanos.⁵²

En segundo lugar, la resolución del Consejo de Derechos Humanos “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, de 2016, que decide nombrar, por un período de tres años, a un experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Su mandato incluye, entre otras cosas, evaluar la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos relacionados con los medios de superar la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, e identificar las mejores prácticas y las deficiencias. Asimismo, se le solicita que presente un informe anual al Consejo de Derechos Humanos.⁵³

En el escenario de la OEA, continuando con el recorrido iniciado con la Resolución 2435, la Asamblea General dictó resoluciones consecutivas desde los años 2012 a 2016⁵⁴ (Res. 2721, 2807, 2863 y 2887 respectivamente). En todas ellas se condenan la discriminación y los actos de violencia contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, y se insta a los Estados a eliminar, allí donde existan, las barreras que enfrentan los LGBTI en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada. Además, se los insta a asegurarles una protección adecuada ante la ley, que también incluya a los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género. Por último, solicita a la CIDH un estudio sobre las leyes y disposiciones vigentes en los Estados miembros de la OEA que limiten los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y que, con base en ese estudio, elabore una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad.⁵⁵

En 2013 se sancionó la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia”, que constituye una herramienta muy útil para la temática en estudio. Desa-

⁵² Naciones Unidas, *Nacidos Libres e Iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, 2012, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf

⁵³ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/32/L.2/Rev.1, 28 de junio de 2016.

⁵⁴ En el año 2015 no se dictó ninguna resolución sobre este tema por parte de la Asamblea General.

⁵⁵ OEA, Resolución AG/RES. 2721 (XLII-O/12) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012; OEA, Resolución AG/RES.2807 XLIII-0/13) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género y Expresión de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2013; OEA, AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género y Expresión de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2014; OEA, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) Promoción y Protección de Derechos Humanos, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

fortunadamente, esta Convención nunca llegó a entrar en vigor, dado que no se recibieron los instrumentos de depósito necesarios.⁵⁶

No obstante, es importante indicar que allí puede encontrarse una definición de “discriminación” que incluye expresamente la “orientación sexual” dentro de sus motivos. En el mismo sentido, delimita los conceptos de “discriminación indirecta”, “discriminación múltiple o agravada” e “intolerancia” (art. 1).

Entre los deberes del Estado se resalta la obligación de prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación (art. 4 pto. iii); la adopción de la legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia (art. 7); y asegurar a las víctimas de la discriminación e intolerancia un trato equitativo y no discriminatorio, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces, y una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda (art. 10).

Como mecanismos de protección, se prevé un sistema de peticiones individuales ante la CIDH y la posibilidad de reconocer la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención. También se establecerá un Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, conformado por un experto independiente y cuyo cometido será monitorear los compromisos asumidos en la Convención (art. 15).⁵⁷

Actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

A partir de la sentencia del caso de Karen Atala, la CIDH recibió cinco peticiones individuales en las que se alegaba la violación de los derechos con sustento en discriminación por la orientación sexual. De entre ellas, tres fueron declaradas admisibles y dos no superaron esta primera etapa.⁵⁸

⁵⁶ Esta Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Para seguir el estado de firmas y ratificaciones, véase http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp

⁵⁷ Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia A-69, adoptada el 6 de mayo de 2013.

⁵⁸ Además de la recepción de peticiones, la CIDH ha participado en la adopción de medidas cautelares en casos de discriminación por orientación sexual. Para acceder a esta información, véase <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/proteccion/cautelares.asp#inicio>

Admisibilidad

- Petición de Luis Alberto Rojas Marín: La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) y *Redress Trust: Seeking Reparations for Torture Survivors* presentaron la petición en representación de Luis Alberto Rojas Marín, en la cual se alega la responsabilidad de la República del Perú por su detención ilegal y arbitraria, el haber sido víctima de actos de violencia sexual mientras se encontraba bajo custodia policial, así como actos de tortura, todos ellos motivados por su orientación sexual, y el incumplimiento del deber de investigar y esclarecer judicialmente estos hechos, conforme a las normas del debido proceso y al principio de no discriminación.⁵⁹
- Petición de Sandra Cecilia Pavez Pavez: La petición fue presentada por Sandra Cecilia Pavez Pavez, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) y por Alfredo Morgado (peticionarios). Los hechos se basan en que se le revocó su certificado de idoneidad, inhabilitándola para ejercer como docente de la asignatura de religión católica, haciendo supuesta referencia a su condición de lesbiana. A raíz de ello, se alega la responsabilidad de la República de Chile por una presunta violación a su derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en su vida privada y a su derecho a la igualdad ante la ley.⁶⁰
- Petición de Luisa Melinho: El peticionario sostiene que el Estado de Brasil ha violado los derechos humanos de la presunta víctima al haberle negado la realización de una cirugía de afirmación sexual a través del sistema de salud público y negado pagarle la realización de la cirugía en un hospital privado, pues esto le había impedido tener una vida digna y había puesto en riesgo su vida e integridad física. Además, los peticionarios afirman que el Estado ha violado los derechos de la presunta víctima al haberle negado acceso a recursos efectivos para garantizar sus derechos.⁶¹

Inadmisibilidad

- Petición de Juan Fernando Vera Mejías: En la petición se alega la responsabilidad internacional de la República de Chile, por la presunta discriminación que habría sufrido en su lugar de trabajo en razón a que vivía con VIH y por su orientación sexual. Tras examinar las posiciones de las partes, la Comisión concluye que es competente para conocer la petición, pero que la misma es inadmisibile, ya que el peticionario no logró demostrar la existencia de una situación de discriminación sistémica o individualizada

⁵⁹ CIDH, Informe No. 99/14, Petición 446-09. Admisibilidad. Luis Alberto Rojas Marín. Perú. 6 de noviembre de 2014.

⁶⁰ CIDH, Informe No. 30/15, Petición 1263-08. Admisibilidad. Sandra Cecilia Pavez Pavez. Chile. 21 de julio de 2015.

⁶¹ CIDH, Informe No. 11/16. Petición 362-09. Admisibilidad. Luiza Melinho. Brasil. 14 de abril de 2016.

que le impidiera agotar los recursos internos. La Comisión decidió igualmente notificar esta decisión a las partes, publicarla e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General.⁶²

- Petición de Mayra Espinoza Figueroa: La Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada presentó la petición en la cual se alega la responsabilidad de la República de Chile por una presunta violación del derecho a la vida privada e intimidad y por discriminación en perjuicio de Mayra Espinoza Figueroa, estudiante de diecinueve (19) años, quien habría sido expulsada de un colegio privado por haber sido vista besándose con una mujer. Posteriormente se le habría negado el recurso de protección, alegando el Estado la extemporaneidad en su interposición. En el trámite de la petición, también han intervenido la Corporación Humana y el Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia.

La Comisión concluyó que es competente para conocer la petición y que era inadmisibile, a la luz de los artículos 46 y 47 de la CADH, debido a que los peticionarios no agotaron los recursos de la jurisdicción interna debidamente. La Comisión decidió igualmente notificar esta decisión a las partes, publicarla e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General.⁶³

Creación de la Relatoría LGTBI

En marzo de 2011, la CIDH adoptó la decisión de dar un énfasis temático especial a los derechos de las lesbianas, los gays, las personas trans, bisexuales e intersex (LGTBI), a raíz de información recibida durante audiencias públicas,⁶⁴ visitas *in loco*, peticiones y solicitudes de medidas cautelares. Ello los condujo a elaborar una hipótesis de trabajo que indica que los problemas sistémicos enfrentados por estas personas en la región incluyen la criminalización, los altos índices de violencia e impunidad relacionada, la discriminación en el acceso a los servicios de salud y justicia y para el acceso a la educación, el sector laboral y participación política, así como la exclusión y la invisibilidad de estas violaciones.

De este modo, en noviembre de 2011 creó una unidad especializada en esta materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva. Luego, el 1 de febrero de 2014 entró en funciones la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI), dando continuidad a las principales líneas de trabajo de la Unidad LGBTI ocupándose de temas de orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal.⁶⁵

⁶² CIDH, Informe No. 11/13, Petición 157-06. Inadmisibilidad, Juan Fernando Vera Mejías. Chile. 20 de marzo de 2013.

⁶³ CIDH, Informe No. 71/14, Petición 537-03. Inadmisibilidad. Mayra Espinoza Figueroa. Chile. 25 de julio de 2014.

⁶⁴ Para mayor información sobre las audiencias públicas, visítese <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=32>

⁶⁵ Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/default.asp>

Su mandato consiste en monitorear la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en la región.⁶⁶ Esto se realizará a través del ejercicio de las siguientes funciones:

- El tratamiento de casos y peticiones individuales, que incluye la asesoría a la CIDH en relación con las solicitudes de medidas cautelares y de elevación de medidas provisionales a la Corte Interamericana que guarden conexión con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.
- La asesoría a los Estados miembros de la OEA y a los órganos políticos de la OEA en esta materia.
- La preparación de informes con recomendaciones dirigidas a los Estados de la OEA en los campos de la política pública, la legislación y la interpretación judicial sobre los derechos humanos de estas personas.⁶⁷ En este marco, la CIDH celebra varias reuniones de expertos/as sobre la situación de los derechos de estas personas en distintos ámbitos, tales como salud, justicia y violencia, empleo, relaciones interpersonales, educación y cultura y participación política.⁶⁸
- Monitoreo general de las violaciones a derechos humanos de las personas LGBTI en las Américas y visibilización de dichas violaciones.⁶⁹

En el año 2015, la Relatoría lanzó su primer informe temático: “Violencia contra Personas LGBTI en América”.⁷⁰ Este Informe se refiere a la situación de la violencia que en distintos contextos es perpetrada contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, en América, y formula recomendaciones a los Estados de la OEA para cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía de derechos humanos. Los Estados miembros de la OEA deben adoptar medidas integrales para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia cometidos contra perso-

⁶⁶ Relatoría LGBTI, Sección Mandato y Funciones, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/mandato.asp>

⁶⁷ La Relatoría ha participado en la elaboración de varios informes anuales y de países. A pesar de que ella entró en funciones en 2014, en la compilación de su página web se encuentran incluidos informes anteriores en los que se trató la situación de las personas LGTBI. Véase <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/informes/anuales.asp> y <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/informes/pais.asp> respectivamente.

⁶⁸ Hasta el momento se han llevado a cabo 5 reuniones, habiéndose celebrado la última en septiembre de 2013. Más información disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/actividades/reuniones.asp>

⁶⁹ Dentro de este mandato, la Relatoría ha realizado visitas a Jamaica, Colombia (en dos oportunidades), Suriname y Honduras. Mayor información disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/actividades/visitas.asp>. Además, entre las muchas actividades de promoción puede mencionarse cursos de capacitación, seminarios, participación en conferencias y presentaciones de informes. Para mayor información, visítase <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/actividades/promocion.asp>

⁷⁰ Es posible acceder a la versión digital del informe, a través de <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgtbi/violencia-lgtbi.html>. Por otra parte, la Relatoría también participó en numerosos informes de la CIDH en otros temas en los que se da cuenta de la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI. Para mayor información, puede visitarse la página web, Sección “Informes temáticos”, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/informes/tematicos.asp>

nas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, bajo los estándares de debida diligencia. La CIDH parte del concepto de violencia por prejuicio para entender la violencia que es ejercida contra las personas que se perciben como trasgresoras de las normas tradicionales de género, del binomio hombre/mujer, y cuyos cuerpos difieren de los cuerpos “femeninos” y “masculinos” estándar.

En el marco de este informe (así como dentro de la página web de la Relatoría) puede encontrarse una sección dedicada a la definición de términos relacionados con la temática. Esto resulta de mucha utilidad, ya que es un tema muy actual y el Sistema Interamericano aún no contaba con un criterio establecido al respecto. Ese fue uno de los obstáculos que debió superar la Corte cuando fue llamada a resolver en el caso Atala Riffo.

Para definir los conceptos de “orientación sexual” e “identidad de género”, la Relatoría tomó como base lo dispuesto en los Principios de Yogyakarta. Sobre esta base, 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, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Por otro lado, la expresión de género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”; y la intersexualidad como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”. En la actualidad, tanto en el movimiento social LGBTI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término *intersex* es técnicamente el más adecuado.

Con estos conceptos en mente, la CIDH entiende por *discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado —ya sea de hecho o de derecho— anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.*⁷¹

⁷¹ Relatoría LGTBI, Algunas precisiones y términos relevantes, <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>

Actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH elevó a la Corte Interamericana dos de los casos en los que entendió. El primero de ellos fue el caso *Duque vs. Colombia*, que se estudiará a continuación; el segundo fue el caso *Homero Flor Freire vs. Ecuador*, que actualmente se encuentra pendiente de sentencia. Los hechos de este último constan en la alegada responsabilidad de la República de Ecuador por la baja de Homero Flor Freire, Oficial de Policía Militar de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, en virtud de la presunta comisión de una falta disciplinaria.⁷²

El caso *Duque vs. Colombia*

El 26 de febrero de 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Ángel Alberto Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja, con base en el hecho de que se trataba de una pareja del mismo sexo. En aquel momento, la normatividad interna colombiana disponía que únicamente el cónyuge o el compañero o compañera permanente sobreviviente de sexo diferente al del causante tuviera derecho a la pensión de sobrevivencia.⁷³

En cuanto al marco teórico, el Tribunal nuevamente toma la definición genérica de “discriminación” provista por el Comité de DDHH y se remite a los estándares establecidos en el caso *Atala* para recordar que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la CADH y que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.⁷⁴

Asimismo, reitera su doctrina de que los principios de igualdad y no discriminación forman parte del *ius cogens* internacional y que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*.⁷⁵

A diferencia del caso *Atala*, en esta oportunidad —además de las decisiones administrativas y judiciales que perjudicaron al Sr. Duque— la legislación interna también presentaba rasgos que podían ser tildados de discriminatorios. En este sentido, el caso debe enmarcarse no solo dentro de la obligación general del art. 1.1, sino también respecto del art. 24.⁷⁶

⁷² CIDH, Informe de fondo No. 81/13, Caso 12.743, “Homero Flor Freire”, Ecuador, 4 de noviembre de 2013.

⁷³ Resumen oficial de la Corte Interamericana del caso *Duque vs. Colombia*.

⁷⁴ Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, cons. 90 y 104.

⁷⁵ Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 92.

⁷⁶ Vale aclarar que en el caso de Karen Atala e hijas también se discutió la vulneración del art. 24, pero en cuanto a la aplicación que se hizo de la norma interna, no de su contenido en sí.

[...] Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención [...].⁷⁷

A raíz de los hechos probados, la Corte entendió que la ley colombiana no receptaba de manera igualitaria los derechos de las parejas homosexuales y heterosexuales. Al ser la orientación sexual una categoría protegida por el art. 1.1, como ha quedado establecido en su fallo precedente, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva,⁷⁸ no siendo suficiente la mera demostración de una justificación objetiva y razonable.⁷⁹

[...] La Corte constata que la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión [...].⁸⁰

[...] En el presente caso, el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad [...].⁸¹

⁷⁷ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 94.

⁷⁸ Véase Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, párr. 257. Asimismo, *Mutatis mutandi*, Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 124, y Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293, párr. 228.

⁷⁹ Véase Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 46, y Corte IDH, Caso Espinoza Gonzales vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 219.

⁸⁰ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 103.

⁸¹ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 107.

[...] Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional [...].⁸²

Para sustentar su fundamentación en los hechos concretos del caso, la Corte Interamericana recurrió a jurisprudencia y normativa tanto del sistema universal como de países de la región, referentes al derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo. De esta forma, utilizó como referencia lo establecido por el Comité DESC,⁸³ los principios de Yogyakarta,⁸⁴ el Comité de Derechos Humanos⁸⁵ y normas y fallos de Ciudad de México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile, EEUU y Colombia.

Un detalle que no debe pasar desapercibido es que durante el trámite del caso, el Estado planteó que reconocía la existencia de un hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del período de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo, pero la legislación controvertida fue posteriormente modificada. Sin embargo, esto no resultó suficiente para reparar los daños ya ocasionados por la ley vigente al momento de los hechos.

[...] [L]a Corte constata que [...] el hecho ilícito internacional habría sido totalmente reparado con la emisión de la sentencia T-051 de 2010, fecha en la cual se habrían modificado las reglas para acreditar la condición de uniones de hecho [...] Sin embargo, aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que este fue objeto del trato diferente en el año 2002. En ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria [...].⁸⁶

[...] Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en

⁸² Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 125.

⁸³ Naciones Unidas, Comité DESC, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, Observación General N° 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 29.

⁸⁴ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, marzo 2007, principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social.

⁸⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Caso Young vs. Australia*, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, párr. 10.4.

⁸⁶ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 137.

perjuicio del señor Ángel Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana [...].⁸⁷

IV. CONCLUSIONES

El principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de la OEA.⁸⁸ La Corte Interamericana ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma y le genera responsabilidad internacional.⁸⁹

En relación con la violación al derecho a la igualdad, corresponde recordar que las restricciones que pueden imponerse al ejercicio de los derechos humanos deben respetar límites formales que se refieren a los medios a través de los cuales se establecen y a límites sustantivos relativos a la legitimidad de los fines que pretenden alcanzarse.⁹⁰ De este modo, entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.⁹¹

Cuando el caso Atala e hijas fue elevado a la jurisdicción de la Corte Interamericana, esta no contaba con jurisprudencia previa⁹² sobre la discriminación por motivos de orientación sexual, por lo cual debió recurrir a los estándares fijados por los órganos del sistema universal y el Tribunal Europeo.

⁸⁷ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 138.

⁸⁸ CIDH, *Informe anual 1999*, “Cap. VI: Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, OEA/Ser.L/V/II.106Doc. 3, 13 abril 2000, apartado 2.

⁸⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 85, y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 214.

⁹⁰ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 CADH), Opinión Consultiva OC5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párr. 37.

⁹¹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 85, y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 214.

⁹² Para ese entonces, la Asamblea General había dictado algunas resoluciones sobre orientación sexual, pero no existía ninguna decisión de fondo de ningún caso relacionado por parte de la CIDH ni la Corte.

En primer lugar, debía establecer lo que se entiende por “discriminación”, toda vez que los instrumentos del Sistema Interamericano no proporcionan una descripción del término. De este modo, recurrió a la definición del Comité de Derechos Humanos, entendiendo que *discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen 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 personas.*⁹³

En particular referencia a la “discriminación por orientación sexual”, los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos la han enmarcado ya sea dentro de la categoría prohibida de discriminación por “sexo” o dentro del enunciado “cualquier otra condición social”. La Corte Interamericana optó por la segunda opción, ya que previamente había entendido que la expresión “cualquier otra condición social” debe ser interpretada “[...] en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y en la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo [...]”.⁹⁴

Entonces, a partir del fallo Atala, quedó demostrado que la orientación sexual configura una de las categorías sospechosas de discriminación protegidas por el artículo 1.1 de la CADH, y exige un examen más riguroso respecto a la necesidad y proporcionalidad de una medida que se dirija a un grupo vulnerable en razón de aquella categoría.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha expedido al respecto, razonando que las diferencias basadas en aquella categoría requieren de razones particularmente serias de justificación, no siendo suficiente que la medida sea proporcionada, sino que también debe ser necesaria para alcanzar el fin perseguido.⁹⁵ También ha considerado que recurrir al “estilo de vida” de una persona homosexual como motivo para denegar un derecho es inaceptable,⁹⁶ entendiendo que esta referencia es un pretexto para una restricción arbitraria que tiene en cuenta la orientación sexual como factor determinante.

La Corte Interamericana ya había establecido que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de

⁹³ CIDH, *Informe anual 2002. Cuarto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, párr. 87, citando Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, No discriminación, Observación General No. 18, CCPR/C/37, párr. 6.

⁹⁴ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 115.

⁹⁵ Véase TEDH, *Caso Karner vs. Austria*, Sentencia del 24 de julio de 2003.

⁹⁶ TEDH, *Caso E. B. vs. Francia*.

protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.⁹⁷

En este sentido, tienen la obligación no solo de garantizar la igualdad formal, sino también de cerciorarse de que la igualdad sea una realidad en la práctica.⁹⁸ Así, la obligación del Estado no se limita a combatir y sancionar la discriminación y la violencia, sino que también incluye el deber de prevenirlas.⁹⁹ El Estado y sus agentes tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para eliminar patrones socioculturales y estereotipos que promueven la discriminación, no convalidarlos, como sucedió en el caso de la sentencia de la Corte Suprema chilena.

La categórica decisión de la Corte Interamericana en este caso marca por primera vez una serie de pautas claras en cuanto a la obligación de contar con normas inclusivas sobre diversidad sexual como una exigencia derivada de la CADH. La efectiva igualdad dependerá de cambios en las pautas culturales, la instauración de procesos educativos sobre no discriminación y el establecimiento de marcos normativos que permitan la exigibilidad de los derechos a nivel local.

Este fallo puso de manifiesto la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido y se constituyó en un hito en la jurisprudencia en la materia. A partir de ello, el Sistema Interamericano¹⁰⁰ ha fortalecido el tratamiento que le da a la discriminación en razón de la orientación sexual.

En el ámbito normativo, la Asamblea General continuó con sus resoluciones anuales al respecto, y en 2013 fue adoptada la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia”, convirtiéndose en el primer instrumento en proporcionar una definición de “discriminación” y en incluir expresamente la “orientación sexual” dentro de la lista de motivos prohibidos. Infelizmente, aún no pudo conseguir la cantidad de depósitos necesarios para lograr su entrada en vigencia.

⁹⁷ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 104; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 271; Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, párr. 201, y Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 220. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, No discriminación, Observación General No. 18, CCPR/C/37, párr. 6.

⁹⁸ Véase CIDH, *Informe sobre la condición de la mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 octubre 1998.

⁹⁹ CIDH, Informe de fondo No. 54/01, *Caso Maria Da Penha Fernandes*, Brasil, 16 de abril de 2001, párr. 56.

¹⁰⁰ El sistema universal también realizó grandes contribuciones a partir de 2011, publicando el primer informe oficial de la ONU sobre el tema: “Leyes y prácticas discriminatorios y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. Este informe fue luego actualizado en el año 2015.

Un hecho que sí ha constituido un gran avance para la región fue la creación de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI). Su mandato consiste en monitorear y visibilizar la situación de los derechos humanos de este grupo a través del tratamiento de casos y peticiones individuales, la preparación de informes con recomendaciones dirigidas a los Estados de la OEA, reuniones de expertos, visitas a países, etc. Entre sus más recientes aportes, se destaca la publicación de su primer informe temático “Violencia contra Personas LGBTI en América”.

La Relatoría también proporciona definiciones de términos cuyo alcance hasta el momento se encontraba indeterminado. Así, tomando en consideración los Principios de Yogyakarta, entiende por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado —ya sea de hecho o de derecho— anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.*¹⁰¹

Por último, en cuanto a la actuación de los órganos del sistema, se observa que la Comisión ha admitido tres nuevos casos y ha elevado uno de ellos ante la Corte Interamericana, cuya sentencia está aún pendiente.

Por su parte, la Corte ha resuelto el caso Duque vs. Colombia. Si bien el caso se sustenta en su mayoría en los argumentos de su predecesor, el caso Atala Riffo, corresponde marcar una diferencia entre ambos. En ambas situaciones, los peticionarios fueron víctimas de un trato discriminatorio por parte de autoridades administrativas y judiciales; no obstante, en el caso de Ángel Duque la norma en la cual se fundamentaba la decisión era de por sí discriminatoria, al establecer un trato diferenciado en el acceso a las pensiones para parejas heterosexuales y homosexuales. En el caso Atala, a diferencia, el artículo del Código Civil no era materia de discusión, ya que su fundamento era legítimo, pero la actuación de los órganos judiciales se desvió de la proporcionalidad que deben guardar las restricciones.

En el caso Duque, la Corte reiteró que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la CADH, y concluyó que en atención a que Colombia no presentó justificaciones objetivas y razonables para limitar las pensiones de sobrevivencia a las parejas homosexuales, la normativa colombiana aplicada era discriminatoria y violaba el art. 24 de la CADH.

A la luz de lo analizado, se puede observar una gran evolución en la comprensión del fenómeno de la discriminación en razón de la orientación sexual. La CIDH ha enfatizado que

¹⁰¹ OEA, CIDH, Relatoría LGTBI, Algunas precisiones y términos relevantes, <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>

el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que ni el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien.

La Corte, a partir del fallo Atala Riffo, dejó establecido, sin margen de duda, que la orientación sexual y la identidad de género constituyen motivos prohibidos de discriminación y la justificación del trato diferenciado debe superar un estricto test de proporcionalidad.

Esta línea de pensamiento se condice con la tendencia evolutiva de la comunidad internacional y expone el rasgo dinámico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

REFERENCIAS

- CIDH, *Discursos durante el año 2006, Presentación del informe anual 2005*, 27 de abril de 2006.
- CIDH, *El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 64, 10 de marzo de 2009.
- CIDH, *Informe anual 1999*, “Cap. VI: Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3, 13 abril 2000.
- CIDH, *Informe anual 2002. Cuarto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 marzo 2003.
- CIDH, *Informe anual 2006*, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007.
- CIDH, Informe de fondo No. 4/01, *Caso “Morales de Sierra”*, Guatemala, 19 de enero de 2001.
- CIDH, Informe de fondo No. 54/01, *Caso Maria Da Penha Fernandes*, Brasil, 16 de abril de 2001.
- CIDH, Informe de fondo No. 81/13, Caso 12.743, “Homero Flor Freire”, Ecuador. 4 de noviembre de 2013.
- CIDH, Informe No. 11/13, Petición 157-06, Inadmisibilidad, Juan Fernando Vera Mejías, Chile, 20 de marzo de 2013.

- CIDH, Informe No. 11/16, Petición 362-09, Admisibilidad, Luiza Melinho. Brasil, 14 de abril de 2016.
- CIDH, Informe No. 30/15, Petición 1263-08, Admisibilidad, Sandra Cecilia Pavez Pavez, Chile, 21 de julio de 2015.
- CIDH, Informe No. 71/14, Petición 537-03, Inadmisibilidad, Mayra Espinoza Figueroa, Chile, 25 de julio de 2014.
- CIDH, Informe No. 71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo, Colombia, 4 de mayo de 1999.
- CIDH, Informe No. 81/09, Petición 490-03, Solución Amistosa, X, Chile, 6 de agosto de 2009.
- CIDH, Informe No. 96/01, Petición 19/99, José Alberto Pérez Meza, Paraguay, 10 de octubre de 2001.
- CIDH, Informe No. 99/14, Petición 446-09, Admisibilidad, Luis Alberto Rojas Marín, Perú, 6 de noviembre de 2014.
- CIDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007.
- CIDH, *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 octubre 1998.
- CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002.
- Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310.
- Corte IDH, Caso Espinoza Gonzales vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289.
- Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298.

- Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293.
- Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.
- Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17.
- Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16.
- Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 CADH), Opinión Consultiva OC5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5.
- Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.
- Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127.
- Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaration on sexual orientation and gender identity*, 18 de diciembre de 2008.
- Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte*, Observación General No. 2, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Caso Young vs. Australia*, Comunicado No 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 29 de junio de 1999.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General No. 15, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 159, 11 de abril de 1986.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *No discriminación*, Observación General No. 18, CCPR/C/37, 10 de noviembre de 1989.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992.

- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *X vs. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007.
- Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *El VIH/SIDA y los derechos del niño*, Observación General No. 3, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003.
- Naciones Unidas, Comité de los derechos del niño, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Observación General No. 4, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003.
- Naciones Unidas, Comité DESC, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, Observación General N° 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.
- Naciones Unidas, Comité DESC, *El derecho al agua* (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Observación No. 15, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.
- Naciones Unidas, Comité DESC, *El derecho al nivel más alto asequible de salud* (Art. 12), Comentario General No. 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- Naciones Unidas, Comité DESC, *El derecho al trabajo*, Observación General No. 18, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.
- Naciones Unidas, Comité DESC, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Observación General No. 20, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.
- Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, *Sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos*, Recomendación General No. 27, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, A/HRC/17/L.9/Rev.1., 15 de junio de 2011.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/RES/27/32, 2 de octubre de 2014.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/32/L.2/Rev.1, 28 de junio de 2016.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisio-*

nado y del Secretario General, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015.

- Naciones Unidas, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”*, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011.
- Naciones Unidas, *Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, 2012, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf
- OEA, CIDH, Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI), “Violencia contra Personas LGBTI en América”, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/violencia-lgbti.html>
- OEA, Resolución AG/RES. 2807 XLIII-O/13) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género y Expresión de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2013.
- OEA, Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.
- OEA, Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria el 4 de junio de 2009, 3.
- OEA, Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010.
- OEA, Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011.
- OEA, Resolución AG/RES. 2721 (XLII-O/12) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012.
- OEA, Resolución AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género y Expresión de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2014.

- OEA, Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) Promoción y Protección de Derechos Humanos, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.
- Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, marzo 2007.
- TEDH, *Case Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium* (fondo), Sentencia de 23 de julio de 1968, vol. 6, Serie A.
- TEDH, *Caso Abdulaziz vs. Reino Unido*, Sentencia de 28 de mayo de 1985, Ser. A. N° 94.
- TEDH, *Caso Backowski and Others - Poland*, No 1543/06, Sentencia del 5 de diciembre de 2006.
- TEDH, *Caso Brown vs. United Kingdom*, N° 52770/99, Sentencia del 29 de julio de 2003.
- TEDH, *Caso Burden and Burden vs. United Kingdom* (No 13378/05), Sentencia del 12 de diciembre de 2006.
- TEDH, *Caso Christine Goodwin vs. United Kingdom*, N° 28957/95, Sentencia del 11 de Julio de 2002.
- TEDH, *Caso Clift vs. Reino Unido*, No. 7205/07, Sentencia de 13 de julio de 2010.
- TEDH, *Caso E. B. vs. Francia*, No. 43546/02, Sentencia de 22 de enero de 2008.
- TEDH, *Caso Fretté vs. France*, N° 36515/97, Sentencia del 26 de febrero de 2002.
- TEDH, *Caso Karner vs. Austria*, Sentencia del 24 de julio de 2003.
- TEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999.
- TEDH, *Caso Tyrer vs. Reino Unido*, No. 5856/72, Sentencia de 25 de abril de 1978.
- TEDH, *Caso Waite vs. United Kingdom*, N° 53236/99, Sentencia del 10 de diciembre de 2002.

Recibido: 11/3/2017
Aprobado: 22/5/2017