

# Concurso Interamericano de Derechos Humanos

## Memorándum para jueces

---

Estimados Jueces,

Nos complace presentarles el memorándum para jueces del caso *Serafina Conejo Gallo y Adriana Timor v. Elizabetia*.

Cuando el *Washington College of Law* y su Concurso de Derechos Humanos se comunicaron con nosotros para solicitarnos concebir un caso con enfoque en los derechos de las lesbianas, gays y personas trans, bisexuales e intersex, recibimos el reto con gran entusiasmo. Aun cuando los desastrosos efectos de la discriminación contra personas de sexualidad diversa se extienden a través de continentes, culturas y tradiciones legales, ellos también se han visto marcados por la invisibilidad, el estigma e incluso la negación directa.

Las lesbianas, gays y personas trans, bisexuales e intersex han sido en el pasado, y siguen siendo en la actualidad, víctimas de abuso, discriminación y persecución. Sin embargo, en años recientes se ha avanzado a nivel global y local para sacar a la luz pública dicha problemática.

Siguiendo las justas aspiraciones de una resuelta sociedad civil y sus aliados, los Estados Miembros de la OEA han comenzado a descargar sus obligaciones mediante las resoluciones de la Asamblea General 2435, 2504, 2600 y 2653; y las acciones recomendadas a través de ellas. El Caso Atala es un hito en la Comisión y la Corte interamericanas y, con respecto a la primera, la adopción del Plan de Acción de la Comisión 4.6.i (de los derechos de las lesbianas, gays y personas trans, bisexuales e intersex) y la formación de la Unidad especializada en la materia han firmemente inscrito en su agenda esta problemática.

Todavía falta mucho camino por correr para erradicar la discriminación y violencia, y en aras de lo anterior, es imprescindible aumentar la conciencia respecto a la discriminación y violencia en contra de estas personas y comunidades. Creamos este caso con una doble intención. Buscamos promover visibilidad académica de la situación desastrosa de exclusión y violencia que enfrentan las mujeres trans; igualmente buscamos propiciar el diálogo en cuanto al reconocimiento o falta de reconocimiento de parejas del mismo género como familias o matrimonios, y todos los efectos legales derivados de una u otra concepción. Este es un tema muy pertinente en Las Américas que seguirá dominando la agenda de derechos humanos en los años venideros.

Serafina Conejo Gallo nunca existió. Sin embargo la semejanza con las historias de un gran número de valientes mujeres, esperamos que esta historia sea un llamado a realizar el vasto trabajo pendiente para que las historias como las de Serafina se releguen al mundo de la ficción.

Atentamente,

Victor Madrigal-Borloz

Silvia Serrano

## Introducción

El presente memorándum se divide en tres partes tocantes a las principales controversias legales del caso. Al inicio se menciona el precedente Interamericano y luego los posibles alegatos de las partes.

La parte A señala los temas sustanciales del caso. La parte B contiene temas preliminares y de procedimiento. La parte C los temas relacionados con las medidas provisionales. Por último los autores han incluido, como anexo, el estudio de orientación sexual, identidad de género y expresión de género (algunos términos y estándares relevantes), emitido por la unidad de los derechos de las lesbianas, gais, y personas trans, bisexuales e intersex con el objetivo de brindar un referente de terminología y contexto, constituyéndose como un documento interesante para los jueces.

### A. Temas sustanciales

*A.1 La identidad de género y orientación sexual dentro del marco del principio de equidad y derecho a la no discriminación, la vida privada y la autonomía; A.2 Derecho a la familia; A.3 Derecho a contraer matrimonio; A.4 Efectos legales de las uniones del mismo género, en comparación con las de uniones heterosexuales; A.5 Posibles alegatos de las víctimas; y A.6 Posibles alegatos del Estado.*

#### **A.1. La identidad de género y orientación sexual dentro del marco del principio de equidad y derecho a la no-discriminación, la vida privada y la autonomía.**

1. De acuerdo con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos [...] a su vida privada y familiar”. El derecho a la vida privada tiene componentes objetivos y espaciales, tales como el hogar o la correspondencia, íntimamente enlazados con los Artículos IX y X de la Declaración. Igualmente contiene componentes espirituales, estrechamente vinculados con el Artículo III de la misma.
2. El derecho a la privacidad tiene un componente relacionado con las elecciones personales y la dignidad humana que es inherente a hacer dichas elecciones<sup>1</sup>. Componente que ha sido descrito, entre otros, por la Corte Suprema de Estados Unidos de América<sup>2</sup>, la Corte Constitucional de Colombia<sup>3</sup>, la Corte

<sup>1</sup> Es revelador que la Convención Europea de Derechos Humanos incluya todos los aspectos en el Artículo 8.

<sup>2</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 851(1992). La Corte se pronunció: “Estos asuntos que incluyen las elecciones más íntimas que pueda tomar una persona en el transcurso de su vida, elecciones céntricas a la autonomía y dignidad humana son esenciales a las libertades protegidas por la Cuarta Enmienda. El pilar de la libertad es el derecho de auto definir su concepto de la existencia, significado, el universo, y el misterio de la vida humana. Las creencias sobre estos asuntos no pueden definir los atributos de la personalidad formada a coacción del Estado.”

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 098 del 96, disponible al vínculo <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-098-96.htm>, párr. 4.2 La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado

Constitucional de Sudáfrica<sup>4</sup>, el Tribunal Superior de Delhi en Nueva Delhi<sup>5</sup> y el Tribunal Superior de Fiji<sup>6</sup> y que está conectado con la intimidad, la autonomía sexual y la auto realización y también ha sido reconocido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>7</sup>, la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>8</sup> y la Comisión Interamericana. En particular, la Comisión Interamericana ha dicho que “existe un enlace claro entre la orientación sexual y el libre desarrollo de la personalidad y como vivir su vida, incluyendo su personalidad y sus relaciones con otros seres humanos”<sup>9</sup>.

3. La autonomía sexual es parte integral de la vida privada. Es, en términos generales, la manera “en que los seres humanos luchan por auto-realizarse mediante acciones que no interfieran con la libertad de otros”<sup>10</sup>. Además, cuando ocurre en privado entre adultos y con mutuo consentimiento, la actividad sexual por definición no puede violar los derechos de terceros.<sup>11</sup> Por lo tanto se debe restringir cualquier acción por parte del Estado y se debe satisfacer las pruebas más estrictas en cuanto a su necesidad y legitimidad<sup>12</sup>
4. La naturaleza legítima de las acciones del Estado se encuentra sencillamente plasmada en la Declaración Americana, la cual reza que las “instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. Se interfiere en la privacidad solo para proteger los derechos de otros cuando estos se encuentren en riesgo.

---

y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social.

<sup>4</sup> Corte Constitucional de África del Sur. Sentencia en el caso CCT 11/98, disponible en inglés al vínculo <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1998/15.pdf>. La Corte falló que la expresión sexual “es un aspecto fundamental” de “la esfera de la autonomía e intimidad privada”.

<sup>5</sup> *Naz Foundation v. Government of Delhi* WP(C) No. 7455/2001. Falló “la base de la dignidad es la autonomía de la voluntad humana y la libertad de acción y expresión de la persona”.

<sup>6</sup> *McCoskar v The State* [2005] FJHC 500; HAA0085 & 86.2005 (26 August 2005), disponible en inglés al vínculo [http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Case\\_Law/Nadan\\_\\_McCoskar\\_v\\_State.pdf](http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Case_Law/Nadan__McCoskar_v_State.pdf). La Corte dispuso que “los actos carnales en contra del orden de la naturaleza entre dos mujeres u hombres adultos por consentimiento mutuo en privado es una restricción severa al derecho que tiene el ciudadano para formar relaciones con dignidad y libres de intervención del Estado y no se puede justificar como necesaria”.

<sup>7</sup> Toonen. Comunicación No. 488/1992: Australia. 04/04/1994. CCPR/C/50/D/488/1992. (Jurisprudencia); CCPR/C/50/D/488/1992. Original en inglés. Ver también, CCPR/C/79/Add 50; CCPR/C/79/Add 104.

<sup>8</sup> European Ct HR.; *Dudgeon v. United Kingdom*, application 7525/76; disponible en inglés al vínculo <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473>.

<sup>9</sup> CIDH, Karen Atala e hijas, Caso 12.502 (Chile), Presentación de 17 de septiembre de 2010, disponible bajo la clasificación de 2010 al vínculo <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp>, párr. 111.

<sup>10</sup> CIDH, Informe 4/01, Maria Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 47; CIDH Informe No. 38/96, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párr. 91.

<sup>11</sup> Nowak, Manfred; CCPR Commentary (2nd revised edition) N.P. Engel, Publisher; pág. 297.

<sup>12</sup> Vide also, CEDH, European Ct HR.; *Dudgeon v. United Kingdom*, application 7525/76; disponible en inglés al vínculo <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473>, par. 43

5. Adicionalmente, cualquier medida que interfiera con la privacidad en una sociedad democrática debe responderle a una “necesidad social absoluta”.<sup>13</sup> En ese sentido, es insuficiente que la medida responda tan solo a las costumbres o preferencias de algunos: debe probarse que responde a una necesidad que se satisface con la protección de los derechos de la mayoría y a la vez se ha sopesado para respetar los derechos de las minorías.
6. Se examinará con base en esos requisitos cualquier acción que se denuncie como interferencia excesiva en cuanto a la privacidad y actos sexuales de mutuo consentimiento entre adultos.
7. De conformidad con la Declaración Americana, los hombres “nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y “son iguales ante la Ley [...] sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”. Esta definición expresa “el derecho a la igualdad ante la Ley sin discriminación.”<sup>14</sup> Este derecho a la igualdad ante la Ley significa que la Ley se aplica de manera ecuánime a toda persona.<sup>15</sup> La disposición asegura la igualdad, no la equidad en tratamiento, y no excluye diferenciación razonable entre personas o grupos.<sup>16</sup>
8. En su informe anual para el año 2000, la Comisión Interamericana se refiere al principio de no discriminación como “uno de los pilares básicos del sistema”, y dice que su observancia se mantiene como uno de los desafíos centrales de los Estados miembros, que deben crear o fortalecer los mecanismos legales e institucionales destinados a combatir la discriminación a la luz de los parámetros establecidos en el sistema. En esa oportunidad la Comisión comentó que, de una vez por todas, los Estados miembros deben asumir seriamente el compromiso de brindar especial protección a ciertas personas o grupos de personas. Tres años después la Comisión agregó que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Vide T.E.D.H., Lustig-Prean and Beckett, vide <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/07/3european.cfm>, parr. 80. y, CEDH, Caso Dudgeon, disponible en inglés <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473>, párr. 43.

<sup>14</sup> Bjorn Stormorken y Leo Zwaak, *Human Rights Terminology in International Law: A Thesaurus*, (Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1988).

<sup>15</sup> El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." Véase *Travaux préparatoires of the ICPR*, Annotation on the Text of the Draft International Covenant on Human Rights, 10. U.N. GOAR, Anexos (Agenda punto 28, pt.II) 1, 61, U.N. Doc. A/2929 (1955).

<sup>16</sup> Id. Véase *Case Relating to Aspects of Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, 1EHRR 252.

<sup>17</sup> CIDH; Informe Anual 2003; OEA/Ser.L/V/II.118; Doc. 70 rev. 2; 29 diciembre 2003; Original: Español; par. 5.

9. A menos que tenga un objetivo legítimo, imparcial, y razonable, la diferencia de trato a personas en situaciones similares ante la Ley se tildará como discriminatoria. La Declaración Americana hace referencia a las clasificaciones bajo las cuales no puede haber diferencia en el trato. Son raza, sexo, idioma, credo y “cualquier otro factor”. La Comisión, al igual que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,<sup>18</sup> y la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>19</sup>, tiene motivos para creer que la palabra “sexo” se refiere a identidad sexual. En todo caso, la orientación sexual se incluiría dentro de la categoría “otra condición” de la cláusula de la Convención Americana de Derechos Humanos, una conclusión aplicable a “cualquier factor adicional” para el propósito del artículo II de la Declaración.
10. Por lo tanto, no pueden ser legítimas las diferencias en trato legal basándose tan solo en la identidad sexual de una persona. Las lesbianas, gays, personas trans, bisexuales e intersex tienen el derecho a la igualdad de protección ante la Ley; y dicha protección se debe extender a su comportamiento y opción sexual. Cualquier medida que afecte el goce de sus derechos será examinada para determinar si es razonable y objetiva, es decir, si tiene un propósito legítimo, propicia el mismo y sus efectos en el goce de los derechos limitados no son desproporcionados.
11. Adicionalmente, las lesbianas, gays, personas trans, bisexuales e intersex han sido, objetivos de violencia, odio y discriminación. En el 2012 la Asamblea General de la OEA, respaldando las resoluciones emitidas en el 2008, 2009, 2010 y 2011 al respecto, resolvió, *inter alia*,

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 sus sistemas a eliminar, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada.

Alentar a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad de género.

Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados Miembros a que fortalezcan sus instituciones nacionales con el fin de prevenirlos, investigarlos y

<sup>18</sup> Toonen. Comunicación No. 488/1992 : Australia. 04/04/1994. CCPR/C/50/D/488/1992. (Jurisprudencia); CCPR/C/50/D/488/1992. Original en inglés. Ver también, CCPR/C/79/Add 50; CCPR/C/79/Add 104.<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm>, párr. 8.7.

<sup>19</sup> Comisión Europea DH; Demanda No. 25186/94 (Sutherland c. Reino Unido). Informe de la Comisión adoptado el 1 de julio de 1997, par. 50.

asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

Instar a los Estados Miembros a que aseguren una protección adecuada de las y 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 de género.<sup>20</sup>

12. La discriminación histórica contra las personas LGTBI obliga a que los Estados vigilen en particular la adopción de medidas que aseguren la interrupción de los círculos de violencia, exclusión, estigmatización y que a su vez las lesbianas, gais, personas trans, bisexuales e intersex, deben declararse como protegidas como individuos y por pertenecer a un grupo que históricamente ha sufrido discriminación.

## **A.2. El derecho a la familia**

13. La vasta mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el derecho a la familia.
14. La Convención Americana lo hace en el artículo 17 que se denomina “protección a la familia” y establece, en lo pertinente: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (...)”. Asimismo, la Corte Interamericana ha venido indicando que el derecho a vivir libre de injerencias en la vida familiar establecido en el artículo 11 de la Convención, es precisamente un corolario de la obligación de protección a la familia derivada del artículo 17<sup>21</sup>. En palabras de la Corte:

a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención<sup>22</sup>.

15. Desde hace más de una década, en tanto en el ámbito europeo como universal se ha empezado a interpretar el alcance de la noción de familia en los instrumentos internacionales de derechos humanos y existe amplio consenso en la importancia del concepto de diversidad.

<sup>20</sup> OEA AG/RES. 2721 (XLII-O/12), disponible en <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp> bajo Cuadragésimo Segundo Periodo Ordinario de Sesiones”, Cochabamba, Bolivia, Junio 2012

<sup>21</sup> Corte IDH. Atala Riffo e hijas vs. Chile, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=4](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4), Párr. 156 y ss.

<sup>22</sup> Corte IDH. Atala Riffo e hijas vs. Chile, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=4](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4), Párr. 175.

16. Es de destacar la Observación General 19 del Comité de Derechos Humanos, relativa al derecho a la familia establecido en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en la cual se analizaron las obligaciones de los Estados en el marco de la diversidad del concepto de familia señalando textualmente:

[e]l Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros<sup>23</sup>.

17. En el mismo sentido, mediante la Observación General 28 relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres consagrada en el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos reiteró que los Estados, al dar efecto al reconocimiento de la familia, deben aceptar el concepto de las diversas formas de familia. El referido Comité citó, a manera de ejemplo y sin pretensión de ser taxativo, a las parejas no casadas y sus hijos, y a las familias monoparentales<sup>24</sup>.

18. En la misma línea se encuentra la Recomendación General No. 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que indica:

[l]a forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención<sup>25</sup>.

19. Por su parte, los pronunciamientos de la Corte Europea sobre la materia se pueden dividir en dos y de cada grupo se pueden extraer argumentos que pueden ser usados por ambas partes en el concurso.

<sup>23</sup> Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). Párr. 2.

<sup>24</sup> Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000). Párr. 27.

<sup>25</sup> Comentario General No. 19, Comentarios Generales Adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39 Sesión, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990), para. 2.

20. El primer grupo de pronunciamientos tiene que ver con la respuesta que ha dado la Corte Europea cuando los Estados pretenden justificar diferencias de trato o restricciones en el ejercicio de los derechos, bajo el argumento de que las mismas fueron necesarias para proteger el “modelo de familia tradicional”. La Corte Europea ha rechazado la aceptabilidad de argumentos basados en un concepto de “familia tradicional”. Como ejemplo de este grupo de casos están *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*<sup>26</sup> y *Karner Vs. Austria*<sup>27</sup>.
21. El segundo grupo de pronunciamientos de la Corte Europea tiene que ver lo el alcance de lo que dicho Tribunal entiende como “familia” o “vida familiar” protegida por el artículo 8 del Convenio Europeo. Respecto a parejas de diferente sexo, en anteriores casos la Corte Europea había hecho un análisis caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que le llevaban a determinar si en el asunto sometido bajo su conocimiento era posible hablar de “familia” o “vida familiar”. Ejemplo de esta tendencia es el caso *X, Y y Z Vs. Reino Unido*, la Corte Europea indicó que “al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios”<sup>28</sup>.
22. En el *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, la Corte Europea indicó expresamente que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”<sup>29</sup>. La Corte Europea agregó que sería “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8”<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999, para. 34 to 36.

<sup>27</sup> T.E.D.H., *Caso Karner v. Austria* (No. 40016/98), Sentencia de 24 de octubre de 2003, par. 41 (“The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people”).

<sup>28</sup> T.E.D.H., *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, (No. 21830/93), Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36. Citando. *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Marckx Vs. Bélgica*, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31; *Caso Keegan*, , párr. 44, y *Caso Kroon y otros*, párr. 30.

<sup>29</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf v. Austria* (30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010., párr. 94 (“a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of ‘family life’, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would”) y *Caso P.B. y J.S. Vs. Austria*, (No. 18984/02), Sentencia de 22 de julio de 2010. Final. 22 de octubre de 2010, párr. 30.

<sup>30</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, párr. 94 (“the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8”).

23. Esta tendencia en el ámbito universal y en el sistema europeo ha sido acogida también en el ámbito interamericano. En el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Corte Interamericana tomó nota del desarrollo en otros sistemas e indicó que:

en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio<sup>31</sup>.

24. La Corte concluyó que una percepción del concepto de familia limitada o basada en estereotipos “no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia”<sup>32</sup>.

### A.3. El derecho a contraer matrimonio

25. El artículo 17.2 de la Convención Americana indica que “[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.
26. En el Sistema Interamericano, ni la Comisión ni la Corte se han pronunciado sobre esta norma. Sin embargo, tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte Europea se han pronunciado sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo como se describe a continuación.
27. En cuanto al Comité de Derechos Humanos, éste se pronunció en el caso *Joslin vs. Nueva Zelanda*, relacionado sobre el caso de una pareja de lesbianas que solicitó una licencia para contraer matrimonio en Nueva Zelanda, y su solicitud fue negada por las autoridades competentes con fundamento en que la legislación interna consagraba el matrimonio únicamente para las parejas conformadas por personas del sexo opuesto. Se trataba de una pareja que había mantenido una relación estable por más de 10 años, vivían bajo el mismo techo, mantenían relaciones sexuales, compartían sus finanzas y habían asumido conjuntamente la responsabilidad sobre sus hijos nacidos en sus anteriores

<sup>31</sup> Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda*, (No. 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos*, (No. 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

<sup>32</sup> En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 333.

matrimonios heterosexuales<sup>33</sup>. El Comité efectuó su análisis a partir del texto literal del artículo 23 del PIDCP<sup>34</sup> que consagra el derecho al matrimonio, en el sentido de la obligación de los Estados de garantizar dicha institución para “los hombres y las mujeres”.

28. Así, el Comité de Derechos Humanos observó que el artículo 23.2 del PIDCP es el único que incluye en su texto literal la fórmula “hombre y mujer” y no “todo ser humano” o “toda persona”, lo cual implica que la obligación convencional de los Estados partes es reconocer como matrimonio únicamente a la unión entre un “hombre y una mujer” entre sí<sup>35</sup>, y en consecuencia concluyó que no se habían violado ninguna de las disposiciones del PIDCP<sup>36</sup>.
29. El Comité en este caso no hace un análisis ni subsidiario a la luz del principio de igualdad y no discriminación (artículo 26 del PIDCP) ni a la luz del derecho a la vida privada y autonomía (artículo 17 del PIDCP). El Comité se basa en la existencia de una norma específica del Pacto que regula la institución del matrimonio, pero se abstiene de analizar la coherencia de esa misma norma con otros derechos o principios del mismo tratado y evade toda posibilidad de efectuar una interpretación evolutiva.
30. Por su parte, la Corte Europea se ha pronunciado sobre la institución del indicando que la prohibición para las parejas del mismo sexo no es violatoria de la Convención Europea. En el año 2010, la Corte Europea emitió su decisión más reciente en esta materia en el caso *Schalk and Kopf vs. Austria*, que se relaciona con una pareja del mismo sexo con una convivencia estable que solicitaron a las autoridades su autorización para contraer matrimonio. Su solicitud fue denegada sobre la base de que el matrimonio sólo podía ser contraído por personas de

<sup>33</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Joslin contra Nueva Zelanda. Comunicación 902 / 1999. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002). Párr. 2.1.

<sup>34</sup> PIDCP. Artículo 23. “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello; 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

<sup>35</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Joslin contra Nueva Zelanda. Comunicación 902 / 1999. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002). Párr. 8.2.

<sup>36</sup> *Ibidem*. Párr. 8.3. Dos miembros del Comité presentaron su opinión individual señalando que la decisión de no encontrar violación del Pacto se refería exclusivamente al reconocimiento de las parejas homosexuales bajo la forma específica del matrimonio. Sin embargo, en su opinión esta decisión no implica que las distinciones entre parejas casadas y parejas homosexuales en cuanto a la posibilidad de ejercer otros derechos, no puedan constituir en ciertos casos violación del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación del PIDCP, cuando tales distinciones no se encuentren justificadas sobre criterios razonables y objetivos. Señalaron finalmente que no tienen ningún problema con la decisión del Comité, pues el Estado en sus escritos expresó que, aunque no se encuentren casadas, las reclamantes son reconocidas como familia, incluso en el caso en que no hubieran asumido la responsabilidad de sus hijos. Ver. Comité de Derechos Humanos. Caso Joslin contra Nueva Zelanda. Comunicación 902 / 1999. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002). Opinión Individual. Mr. Rajsoomer Lallah y Mr. Martin Scheinin.

sexos opuestos. Este argumento fue validado por el poder judicial.

31. Como se indicó en la sección anterior sobre el derecho a la familia, mediante este caso la Corte Europea modificó su criterio anterior y amplió la noción de vida familiar al vínculo entre parejas el mismo sexo. Sin embargo, la Corte Europea indicó que el Convenio Europeo no obligaba a los Estados a permitir el matrimonio a las parejas del mismo sexo<sup>37</sup>. En opinión de la Corte Europea, las autoridades nacionales están mejor posicionadas para enfrentar y responder a las necesidades de la sociedad en este campo, dado que el matrimonio tiene profundas raíces y connotaciones sociales que difieren significativamente de una sociedad a otra<sup>38</sup>. En este punto la Corte Europea otorgó importancia a la inexistencia de un consenso regional en la materia.
32. Se destaca que a diferencia del Comité de Derechos Humanos, la Corte Europea se aproximó al tema, por una parte, tomando como base el texto del artículo 12 del Convenio Europeo que indica que los Estados deberán permitir el acceso al matrimonio a todo hombre y mujer, y además, tomando como base los artículos 8 y 14 del Convenio, correspondientes a los derechos a la vida privada y familiar, y al principio de no discriminación. Es en el marco del análisis de estas dos últimas normas que la Corte Europea acepta que existe una diferencia de trato y una injerencia en la vida privada y familiar, pero indica que la misma está justificada.

#### **A.4. Los efectos legales de las uniones entre parejas del mismo sexo en comparación con las parejas heterosexuales**

33. Más allá del reconocimiento como matrimonio y, consecuentemente, familia protegida constitucionalmente, de la unión entre Serafina Conejo Gallo y Adriana Timor, uno de los debates que está detrás de ambas instituciones (familia y matrimonio) en muchas legislaciones, es que diversos derechos, protecciones especiales y obligaciones, se encuentran previstos o bien para las parejas casadas, o bien para aquellas que se consideran familia – que en muchos casos deben estar casadas para constituir familia a excepción de los reconocimientos especiales a uniones de hecho heterosexuales que en muchos casos no incorporan en idénticos términos a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. De esta manera, es importante también en el análisis del caso tomar en cuenta que existe una amplia jurisprudencia en el ámbito internacional relacionada con las diferencias en el ejercicio de derechos, protecciones u obligaciones derivadas de las relaciones de pareja, con base en tratarse de parejas del mismo sexo.

---

<sup>37</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf v. Austria* (30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010.

<sup>38</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf v. Austria* (30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010.

34. Tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte Europea han analizado estas distinciones legales entre las parejas homosexuales y heterosexuales indicando que para que no sea incompatible con los instrumentos internacionales respectivos, especialmente los principios de igualdad y no discriminación, debe estar justificada sobre la base de criterios razonables y objetivos.
35. A título de ejemplo, en el caso *Young vs. Australia*, el Comité de Derechos Humanos consideró que la regulación efectivamente establecía una diferenciación legal entre las parejas homosexuales y las heterosexuales en la obtención de una pensión de supervivencia. Ante la omisión del Estado parte respectivo de alegar la “razonabilidad” y “objetividad” de la distinción, o de señalar factores específicos que la justificaran, el CDH concluyó que la diferenciación era violatoria del derecho a la igualdad<sup>39</sup>. Este caso indica un punto importante sobre la carga de la prueba sobre la “razonabilidad” de una diferencia de trato, la cual recae necesariamente en el Estado.
36. En esta decisión, el Comité parece sugerir un estándar implícito de la mayor relevancia para el caso hipotético. El Comité sugiere que el “test” de igualdad se aplicaría de manera más estricta en los casos de distinción en perjuicio de las parejas homosexuales, que en los casos de distinción en perjuicio de las parejas heterosexuales no casadas dado que éstas últimas tendrían, en todo caso, la opción legal de contraer matrimonio, extremo que no cumplirían las primeras<sup>40</sup>.
37. Por su parte, la Corte Europea ha considerado este tipo de distinciones o exclusiones legales indicando que es aplicable la cláusula de no discriminación junto con la norma sustantiva, pues la orientación sexual fue el elemento determinante para acceder a un beneficio reconocido legalmente a las personas heterosexuales<sup>41</sup>. Específicamente, en el caso *Karner vs. Austria*, la Corte Europea se pronunció sobre la distinción legal en cuanto a la posibilidad de suceder la tenencia de la vivienda en la cual, una pareja del mismo sexo tuvo vida en común con su pareja. La Corte Europea encontró esta distinción violatoria del derecho a la vida privada en relación con la cláusula de no discriminación. En la misma línea del Comité sobre la carga de la prueba, la Corte

<sup>39</sup> Comité de Derechos Humanos. *Caso Young v. Australia* (Comunicación No. 941/2000), CCPR/C/78/D/941/2000, Decisión of 18 de septiembre de 2000, par. 10.4.

<sup>40</sup> Comité de Derechos Humanos. *Caso Young v. Australia* (Comunicación No. 941/2000), CCPR/C/78/D/941/2000, Decisión of 18 de septiembre de 2000, par. 10.4. En cuanto a la “razonabilidad y objetividad” de la distinción entre parejas heterosexuales que han contraído matrimonio y las que no, ver: Comité de Derechos Humanos. *Caso Broeks contra Holanda*. Comunicación 172 de 1984; Comité de Derechos Humanos. *Caso Danning contra Holanda* Comunicación 182 de 1984; Comité de Derechos Humanos. *Caso Zwaan de Vries contra Holanda* Comunicación 180 de 1984.

<sup>41</sup> T.E.D.H. *Caso Karner c. Austria* (40016/98), Sentencia de 24 de octubre de 2003; Párr. 33.

Europea indica que los Estados deben demostrar que dicha diferencia no sólo es adecuada para lograr el fin propuesto, sino que es estrictamente necesaria<sup>42</sup>.

38. Ni el análisis del Comité de Derechos Humanos ni el de la Corte Europea distinguen entre normas que tengan la intención o el efecto de excluir a las parejas del mismo sexo del derecho, protección u obligación en cuestión. La relevancia de este punto radica en que es poco probable que existan normas que expresamente excluyan a las parejas del mismo sexo. Más bien, las normas que guardan silencio sobre las parejas, más allá de la intención del legislador, tienen el efecto de excluir. Además, no es inusual encontrar decisiones de tribunales nacionales que al analizar si una norma es discriminatoria por excluir a parejas del mismo sexo, analizar la intención del legislador y no van más allá respecto del efecto de la norma.

#### **A.5. Posibles argumentos de la parte lesionada**

39. Los representantes de la parte lesionada pueden argumentar como cuestión general que el caso se ubica en una diferencia de trato y una interferencia en la vida privada que tiene como eje transversal la orientación sexual. Este hecho implica que el análisis de la Corte Interamericana sobre, por una parte, si la interferencia es arbitraria o no, y si las diferencias de trato son razonable y objetivas o no, debe hacerse de manera especialmente estricta con base en el consenso internacional existente.
40. De esta manera, el análisis de los requisitos de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que ha servido como metodología de interpretación de la Corte tanto frente a diferencias de trato como frente a injerencias en la vida privada, debe partir de que la orientación sexual es una categoría prohibida que se encuentra contemplada en la cláusula de no discriminación establecida en el artículo 1.1 de la Convención, y que en lo relativo a la vida privada, la orientación sexual y su expresión hace parte de uno de los aspectos más protegidos tanto de la vida privada como de la autonomía de una persona.
41. Sería importante que los representantes hagan un análisis, primero, de i) si existe un derecho a contraer matrimonio a la luz del artículo 17.2 de la Convención en cabeza de las parejas del mismo sexo; ii) si, independientemente de si este artículo concreto no se interpreta así, cómo se podría analizar la prohibición a la luz de otras normas convencionales, como el principio de igualdad y no discriminación, la prohibición de interferencias arbitrarias en la vida privada y en la autonomía, y el derecho a la familia.

---

<sup>42</sup>

T.E.D.H. Caso Karner c. Austria (40016/98), Sentencia de 24 de octubre de 2003; Párr. 33.

### **En cuanto a la interpretación del artículo 17.2 de la Convención**

42. En cuanto a la interpretación del artículo 17.2 de la Convención, los representantes pueden invocar el principio de interpretación *pro persona* así como la interpretación evolutiva del tenor literal de los tratados.
43. Podría alegarse que, precisamente en virtud del principio *pro persona*, el tenor “entre un hombre y una mujer” tratándose de una norma restrictiva, debe ser interpretada restrictivamente, y en consecuencia, al no señalarse “entre un hombre y una mujer entre sí”, podría concluirse que no necesariamente tiene que ser entre personas del sexo opuesto.
44. Este argumento progresivo podría fortalecerse mediante ejemplos de prácticas similares de otros organismos internacionales que han interpretado extensivamente las normas de derechos humanos, incluso en forma diferente a su tenor literal con la finalidad de proteger a una minoría no representada en dicho tenor.
45. Así, podrían argumentar que el hecho de que una norma convencional incluya en su literalidad una noción mayoritaria, no implica que por vía interpretativa no pueda ampliarse esa noción a minorías, especialmente cuando de esa interpretación depende la posibilidad real de ser sujeto del derecho en cuestión. En esta línea podría alegarse que no se trata de incluir un elemento accesorio a un derecho ya reconocido, se trata de reconocer la titularidad y permitir el ejercicio del derecho.

### **En cuanto al principio de igualdad y no discriminación, la prohibición de interferencias arbitrarias en la vida privada y en la autonomía, y el derecho a la familia**

46. Los representantes deberían distinguir que el caso puede ser argumentado en dos sentidos, en primer lugar, como se indicó en la sección inmediatamente anterior sobre una propuesta interpretativa del artículo 17.2 de la Convención, y en segundo lugar, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, vida privada, autonomía y familia y en este punto sería importante que los representantes identifiquen al artículo 396 del Código Civil de Elizabetia como una norma que al excluir a las parejas del mismo sexo, constituye una diferencia de trato, una interferencia en la vida privada y una afectación a su derecho a la familia.
47. En cuanto a la afectación del derecho a la igualdad, los representantes podrían presentar al menos dos argumentos.

48. Uno se relaciona con la posibilidad de decidir, en pie de igualdad respecto de las parejas heterosexuales, el modelo de unión en el que desean ubicar su relación afectiva y emocional. Este argumento es independiente de si los efectos legales de una unión o de otra son iguales o diferentes. El punto de este argumento tiene que ver con que mientras las parejas heterosexuales pueden escoger si optar por la unión de hecho o el matrimonio, las parejas del mismo sexo tienen una única opción, y eso es, en sí mismo una diferencia de trato y una injerencia en la vida privada y la autonomía.
49. Dos, es importante que los representantes aborden el artículo 396 del Código Civil a la luz de las demás normas de la legislación elizabetina que se citan en el caso hipotético, a fin de que puedan identificar las violaciones al derecho a la igualdad ya no sólo respecto de la decisión como tal de contraer matrimonio y escoger su modelo de unión, sino respecto de los efectos legales de una u otra unión, ya concretamente en el Estado de Elizabetia.
50. En esta línea, es importante que los representantes identifiquen al menos tres diferencias.
51. Primero, que como está redactada la propia Constitución, leída conjuntamente con el Código Civil, resulta que las personas del mismo sexo, para poder constituirse en familia constitucionalmente protegida, deben pasar por los requisitos propios de la unión de hecho, es decir, contar un 5 años de convivencia y con una declaratoria judicial, mientras que las parejas heterosexuales pueden optar por casarse y constituir familia inmediatamente, o esperar a cumplir con los mencionados requisitos. De esta manera, existe una diferencia de trato respecto del derecho a la familia en términos de los artículos 17 y 24 de la Convención.
52. Segundo, que es evidente que Elizabetia no entiende que las parejas del mismo sexo están en total pie de igualdad con las parejas heterosexuales, pues al momento de modificar el Código Civil tras la decisión de inconstitucionalidad de la normativa que regulaba las uniones de hecho sólo respecto de las parejas heterosexuales, no pudo simplemente modificar el lenguaje para que quedaran incorporadas las parejas del mismo sexo, sino que se vio en la necesidad de hacer una distinción sobre uno de los efectos legales, esto es, el de la adopción conjunta.
53. Tercero, que existen una serie de derechos, obligaciones y protecciones en los ámbitos internos de los Estados que se relacionan con los conceptos de “familia” o “parientes”, de los cuales estarían excluidas las parejas del mismo sexo que no hayan cumplido con los requisitos para constituir una unión de hecho, mientras que si se tratara de una pareja heterosexual casada, no tendría que esperar ese

tiempo para ser titular de los efectos legales de la noción de familia. Uno de los ejemplos de esta situación que presenta el caso es precisamente el relativo a las medidas provisionales y la posibilidad de dar el consentimiento para una intervención médica de la mayor importancia.

54. Ahora bien, todos los anteriores argumentos permiten a los representantes demostrar que existe una diferencia de trato, una injerencia en la vida privada y una afectación al derecho a la familia.
55. Establecido esto, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada del sistema interamericano, corresponde que argumenten si esas afectaciones están justificadas bajo los requisitos de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La forma en que se analicen estos requisitos por parte de los representantes, dependerá del fin legítimo que indique el Estado respectivo en su memorial, en caso de que lo haga. Si no lo hace, los representantes deberían estar preparados para argumentar de acuerdo a las reglas de carga de la prueba en estas materias, que el Estado no logró justificar la afectación a los derechos mencionados según los parámetros del sistema interamericano.

#### **A.6. Posibles argumentos del Estado**

56. En la misma estructura de posible argumentación que se describió respecto de la parte lesionada se indican los posibles argumentos del Estado de Elizabetia.

#### **En cuanto a la interpretación del artículo 17.2 de la Convención**

57. Este es el punto más fuerte que tiene el Estado. El texto literal del artículo 17.2 de la Convención Americana que habla del matrimonio respecto de “un hombre” y “una mujer”, a diferencia de las demás normas de la Convención que indican “toda persona” o “todo ser humano”. De esta manera, el argumento principal de los representantes del Estado podría centrarse en el tenor literal del tratado y en que cuando el Estado de Elizabetia firmó y ratificó la Convención Americana lo hizo respecto de los derechos y obligaciones establecidos en su texto.
58. El Estado puede argumentar que si bien vía jurisprudencial es posible determinar el alcance y contenido de un derecho establecido en la Convención Americana, esta posibilidad debe guardar un adecuado equilibrio con la voluntad expresada por los Estados al momento de ratificar un instrumento internacional y, por lo tanto, no puede llegar al punto de modificar totalmente el texto de un tratado que reviste tanta claridad en su redacción como el artículo 17.2 de la Convención Americana.

59. Elizabetia puede sustentar su argumento en que tanto el Comité de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos apoyan su posición y que, hasta el momento, no existe ningún organismo o tribunal internacional que haya reconocido el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. El Estado debería enfatizar sobre este extremo en el caso *Joslin vs. Australia* del Comité de Derechos Humanos, y en el caso *Schalk and Kopf vs. Austria* de la Corte Europea, que interpretan los artículos 23 y 12 de los tratados respectivos.
60. Además, el Estado puede argumentar que las reglas de interpretación deben aplicarse de manera escalonada, y que sólo cuando el texto de una norma no da la suficiente claridad sobre el alcance y contenido del derecho, es válido acudir a mecanismos supletorios de interpretación, lo que no ocurre con el artículo 17.2 de la Convención.

**En cuanto al principio de igualdad y no discriminación, la prohibición de interferencias arbitrarias en la vida privada y en la autonomía, y el derecho a la familia**

61. Aunque el anterior argumento del Estado tiene fortaleza, debido a que el informe de fondo de la CIDH incluyó los artículos 11, 24 y 17, los equipos que tengan el rol del Estado deben estar preparados para responder a los argumentos de los representantes en cuanto a estas normas.
62. Como se indicó anteriormente y como resulta de la aproximación de la Corte Interamericana, en estos casos un primer paso de análisis es determinar si la norma o acto estatal que se alega violatorio afecta el contenido de estos derechos, y un segundo paso de análisis es determinar si esa afectación está o no justificada o es razonable u objetiva cuando se trata del derecho a la igualdad.
63. En opinión de los autores, en el primer paso de análisis resulta difícil para el Estado de Elizabetia argumentar que la prohibición legal de contraer matrimonio, en el contexto del resto de las normas del Estado de Elizabetia, no constituyen una afectación a los derechos a la igualdad, a la vida privada, a la autonomía y al derecho a la familia. Esto, pues las parejas del mismo sexo no tienen el mismo abanico de posibilidades que las parejas heterosexuales para decidir el modelo de su unión. Además, como se dijo, la posibilidad de ser reconocidas como familia y ser titular de los efectos que de ello se derivan, es distinta en el caso de las parejas del mismo sexo que de las parejas heterosexuales.
64. En ese sentido, los Estados deberían estar preparados par argumentar que si bien existe esta afectación, la misma se encuentra justificada a la los de los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a saber fin

legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Se espera que los Estados conozcan el contenido de cada uno de estos criterios, y adelanten argumentos sólidos y creativos sobre cada uno de ellos.

65. Los Estados podrían argumentar que si bien la categoría de la orientación sexual hace que el escrutinio sea estricto como se deriva de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, ese tipo de escrutinio debe ponderarse con otros elementos que determinan la intensidad del escrutinio y que están presentes en la jurisprudencia de la Corte Europea bajo la doctrina del margen de apreciación. Así, el Estado podría argumentar que el escrutinio no puede ser tan estricto en materias en las cuales aún no existe un consenso regional como es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por el contrario, el Estado podría proponer que la Corte Interamericana use la doctrina del margen de apreciación y concluya que en estos casos de ausencia de consenso, es un margen amplio.
66. El Estado puede indicar aquí nuevamente que la jurisprudencia internacional está en su favor, especialmente la de la Corte Europea que en el caso *Schalk y Kopf vs. Austria*, no sólo no encontró violación del derecho a contraer matrimonio, sino que tampoco encontró violación de los derechos a la vida privada y la prohibición de discriminación, precisamente aplicando un margen amplio de apreciación y haciendo referencia al consenso regional.
67. Un punto que los Estados deben utilizar en su favor en el análisis de si la afectación está o no justificada, se relaciona con el verdadero impacto que tiene la diferencia de trato y la interferencia en la vida privada y la posibilidad de constituir una familia.
68. El Estado podría alegar que se encuentra dentro de uno de los Estados que ha avanzado mayormente en la región en el reconocimiento progresivo de los derechos de las parejas del mismo sexo. Podría indicar que son pocos los Estados que reconocen que estas parejas pueden constituir familia constitucionalmente protegida y que esperar cinco años de convivencia para obtener dicho reconocimiento y todos los efectos legales derivados del mismo, no resulta desproporcionado.

### **Debates sobre las garantías judiciales y protección judicial**

69. Los debates sobre estas normas son al menos tres: i) la respuesta que dieron las autoridades judiciales internas frente a los recursos interpuestos, especialmente el recurso contencioso administrativo de nulidad; ii) La imposibilidad de interponer recurso de amparo contra fallo judicial a la luz del artículo 25 de la

Convención; y iii) El proceso contencioso administrativo de única instancia a la luz del artículo 8.2 h) de la Convención.

**La respuesta que dieron las autoridades judiciales internas frente a los recursos interpuestos, especialmente el recurso contencioso administrativo de nulidad**

70. De la jurisprudencia reiterada de los órganos del sistema interamericano, se resumen los siguientes puntos sobre el artículo 25 de la Convención. La Corte Interamericana ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión<sup>43</sup>. Asimismo, la Corte ha señalado reiteradamente que la garantía contemplada en dichas normas no se limita a aquellos derechos consagrados en la Convención Americana, sino que abarca también los reclamos judiciales internos relacionados con otros derechos reconocidos a las personas tanto en la Constitución como en la legislación interna. La Corte ha sostenido dicho alcance en los siguientes términos:

[L]os términos del artículo 25.1 de dicho instrumento implican la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales y la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley<sup>44</sup>.

71. El mismo Tribunal también ha señalado que los recursos internos deben estar disponibles para el interesado, resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada<sup>45</sup>.
72. Serafina Conejo Gallo y Adriana Timor acudieron a la vía administrativa para obtener la licencia de matrimonio y ante la negativa en la vía administrativa, acudieron a la vía judicial mediante el recurso contencioso administrativo de nulidad de conformidad con el marco normativo elizabetino. Posteriormente acudieron al recurso de amparo contra el fallo judicial del contencioso administrativo, aspecto que se analiza en el siguiente punto.
73. Los representantes podrían argumentar que el Juzgado 7 Contencioso Administrativo al rechazar el recurso de nulidad incurrió en una situación de

<sup>43</sup> Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 129; Corte I.D.H., *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Párr. 113; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Párr. 183.

<sup>44</sup> Corte I.D.H., *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Párr. 122; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 128; Corte I.D.H., *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Párr. 167.

<sup>45</sup> Corte I.D.H., *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Párr. 126.

denegación de justicia y evidenció la falta de efectividad del recurso para impugnar violaciones de derechos humanos. Los representantes podrían hacer referencia a que dicho Juzgado no tomó en cuenta la cláusula de no discriminación de la Constitución Política del Estado de Elizabetia y el hecho de que el artículo 396 del Código Civil, en el cual basa su rechazo al recurso, es inconstitucional a la luz de dicha cláusula. Los representantes podrían indicar además que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* hasta la fecha, todas las autoridades judiciales, independientemente de su jerarquía, deben ejercer un control de convencionalidad del marco normativo interno, es decir, que podrían haber explorado la posibilidad de no aplicar el artículo 396 del Código Civil con base en los derechos a la igualdad, no discriminación y vida privada, establecidos en la Convención Americana.

74. Por su parte, el Estado de Elizabetia podría argumentar la jurisprudencia reiterada de la Corte en virtud de la cual el simple hecho de que un recurso no le sea favorable a una parte, no implica que el mismo constituye una violación del artículo 25 de la Convención (ver por ejemplo caso *Raxcacó y otros vs. Guatemala*). Además, podría argumentar que el concepto de control de convencionalidad no puede ser invocado en este caso, pues sería una irresponsabilidad de las autoridades judiciales que inaplicaran una norma de derecho interno relacionada con un tema que: i) ha sido desestimado por los tribunales internacionales; y ii) no ha sido analizado por la Corte Interamericana.

**La imposibilidad de interponer recurso de amparo contra fallo judicial a la luz del artículo 25 de la Convención**

75. El otro debate que plantea el caso a la luz del artículo 25 de la Convención Americana es si la limitación en la normativa Elizabetina en el sentido de que sólo procede el amparo contra fallos judiciales en supuestos en que dichos fallos judiciales constituyan “arbitrariedades manifiestas”, viola o no el derecho a la protección judicial.
76. Los representantes podrían argumentar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cualquier autoridad estatal puede violar por acción u omisión los derechos establecidos en la Convención Americana y, por lo tanto, a la luz del artículo 25 de la Convención Americana, los Estados tienen la obligación de permitir que los recursos relacionados con los derechos fundamentales no excluyan las violaciones que puedan cometer las autoridades judiciales que, en el ejercicio de sus funciones, como se dijo, pueden violar derechos humanos.
77. Los representantes podrían agregar que en este caso resultó aún más patente la

situación de indefensión judicial en que quedaron Serafina Conejo Gallo y Adriana Timor, pues el Juzgado No. 7 Contencioso Administrativo se negó a ejercer un análisis a la luz de la Constitución y la Convención Americana, y la autoridad de amparo que estaría llamada a ejercer dicho análisis, se negó por indicar que no se trató de un supuesto de “arbitrariedad manifiesta”. De esta manera, ninguna autoridad judicial a nivel interno se pronunció sobre los alegatos de fondo en materia de vida privada y discriminación.

78. Por su parte, el Estado podría argumentar que no se trata de una restricción absoluta de los recursos de amparo contra fallo judicial, sino que para que dichos recursos procedan, es necesario que se alegue un supuesto de “arbitrariedad manifiesta”, lo que no fue argumentado suficientemente por parte de las presuntas víctimas. Esta falta de argumentación según los parámetros que establece el derecho interno para la procedencia de un recurso no es imputable al Estado. El Estado podría indicar que la razón de ser de esta restricción es que evidentemente los actos del poder judicial están revestidos de mayor protección y que ello obedece a los principios de seguridad jurídica e independencia judicial.

**Los procesos contencioso administrativos de única instancia a la luz del artículo 8. 2 h) de la Convención – Violación no encontrada por la CIDH en su informe de fondo**

79. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de los órganos del sistema interamericano, la finalidad del artículo 8.2 h) de la Convención es “evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”<sup>46</sup>. Se ha hablado ampliamente en la jurisprudencia de la Corte y de la CIDH sobre el alcance de la revisión y otros aspectos que no tienen relevancia para el análisis del caso hipotético.
80. Es importante recordar que en el caso hipotético la Comisión Interamericana no encontró violación de esta norma, debido a que la naturaleza del proceso no revestía naturaleza sancionatoria. Efectivamente, los casos en los que se ha analizado en el sistema interamericano el artículo 8.2 h) de la Convención, son casos relacionados con procesos penales o, al menos, sancionatorios administrativos o disciplinarios. En todos los casos ha estado presente el poder punitivo del Estado.
81. De esta manera, en cuanto a este tema, la jurisprudencia del sistema interamericano va a favor del Estado de Elizabetia.

---

<sup>46</sup>

Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158.

82. Sin perjuicio de lo anterior, hay dos puntos que podrían ser levantados por los representantes de las víctimas para insistir en la aplicación del artículo 8.2 h) en ejercicio de su autonomía para presentar ante la Corte alegatos de derecho distintos de los de la CIDH. Un punto se relaciona con la jurisprudencia genérica de la Corte que indica, sin mayor precisión o distinción, que “si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula Garantías Judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”<sup>47</sup>. El segundo punto se relaciona con los intereses en juego y la naturaleza del procedimiento que exige de una revisión, especialmente cuando la posibilidad de interponer recursos de amparo contra el fallo judicial de única instancia, es tan limitada.
83. Precisamente, en el caso *Barbani y otros vs. Uruguay*, la Corte Interamericana analizó su jurisprudencia anterior sobre las diferentes garantías que aplican a los diferentes tipos de procedimientos, y propuso una suerte de análisis caso por caso de las garantías que son necesarias para que el recurso o procedimiento en cuestión produzca el resultado para el cual fue concebido<sup>48</sup>. Este planteamiento genérico, caso por caso, podría ser utilizado por los representantes en su favor.

## B. Temas de carácter preliminar

*B.1. El requisito de agotamiento de los recursos internos; B.2. El análisis de admisibilidad a la luz de la situación vigente al momento del informe de admisibilidad. B.3. La inclusión en el informe de fondo de disposiciones de la Convención que no fueron incluidas en el informe de admisibilidad.*

### B.1. El requisito de agotamiento de los recursos internos y la acción de inconstitucionalidad

84. En términos generales, se recapitula que la Comisión Interamericana en sus informes de admisibilidad incorpora la siguiente referencia al agotamiento de los recursos internos:

[e]l artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que, para que sea admisible una denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de conformidad con el artículo 44 de la Convención, es necesario que se hayan intentado y agotado los recursos internos conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. Este requisito tiene como objeto permitir que las autoridades nacionales conozcan sobre la supuesta violación de

<sup>47</sup> Corte I.D.H., Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Párr. 69. Citando. Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

<sup>48</sup> Corte IDH; Caso Barbani Duarte y otros c. Uruguay, Sentencia de 13 de octubre de 2011; Serie C No. 234.

un derecho protegido y, de ser apropiado, tengan la oportunidad de solucionarla antes de que sea conocida por una instancia internacional.

El requisito de agotamiento previo se aplica cuando en el sistema nacional están efectivamente disponibles recursos que son adecuados y eficaces para remediar la presunta violación a derechos humanos. En este sentido, el artículo 46.2 especifica que el requisito no se aplica cuando no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho en cuestión; o si la presunta víctima no tuvo acceso a los recursos de la jurisdicción interna; o si hay retardo injustificado en la decisión sobre dichos recursos.

85. Por su parte, la Corte Interamericana al pronunciarse sobre la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos por parte de los Estados, ha indicado reiteradamente que constituye una defensa disponible para el Estado y que el momento procesal oportuno para plantearla es durante la etapa de admisibilidad ante la CIDH<sup>49</sup>. De especial relevancia para el caso, la Corte ha indicado lo siguiente el contenido de dicha defensa que incluye, no solamente la carga en cabeza de los Estados de nombrar los recursos que aún no se han agotado, sino aportar el fundamento de su efectividad frente a la situación denunciada:

Asimismo, el Tribunal reitera que conforme a su jurisprudencia<sup>50</sup> y a la jurisprudencia internacional<sup>51</sup> no es tarea de la Corte ni de la Comisión identificar ex officio cuáles son los recursos internos a agotar, sino que corresponde al Estado el señalamiento oportuno de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad. En el presente caso, el Estado debía precisar claramente ante la Comisión, durante la etapa de admisibilidad del presente caso, sus alegatos respecto a los recursos que, en su criterio, aún no se habían agotado. Al respecto, el Tribunal reitera que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Corte IDH; Caso Chocrón c. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011; Serie C No. 227, citando. *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 88; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 14, y *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 16.

<sup>50</sup> Corte IDH; Caso Chocrón c. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011; Serie C No. 227,. *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. supra* nota 14, párr. 88; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 37, y *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, supra* nota 13, párr. 42.

<sup>51</sup> Corte IDH; Caso Chocrón c. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011; Serie C No. 227,. *Cfr. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, supra* nota 12, en el que se citan los siguientes casos: ECHR, *Case of Deweer v. Belgium*, Judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, para. 26; ECHR, *Case of Foti and others v. Italy*, Judgment of 10 December 1982, Series A no. 56, para. 48, y ECHR, *Case of De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, Series A no. 77, para. 36.

<sup>52</sup> Corte IDH; Caso Chocrón c. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011; Serie C No. 227,. *Cfr. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, supra* nota 12, en el que se cita el siguiente caso: ECHR, *Case of Bozano v. France*, Judgment of 18 December 1986, Series A no. 111, para. 46.

86. El caso hipotético plantea tres problemas jurídicos centrales en materia de agotamiento de los recursos internos. El primero se relaciona con la idoneidad y efectividad en sí misma de la acción abstracta de constitucionalidad; el segundo se relaciona con la accesibilidad y discrecionalidad de la acción de constitucionalidad en Elizabetia al depender de la Procuraduría de Derechos Humanos; y el tercero se relaciona con la razonabilidad de la exigencia de su agotamiento en las circunstancias del caso concreto. A continuación se indica la manera en que las partes podrían argumentar sus posiciones en materia de agotamiento de los recursos internos con base en estos problemas jurídicos.

### **Posibles argumentos de los representantes**

87. En términos generales, los representantes podrían plantear que la acción de inconstitucionalidad constituye un mecanismo de alcance general y abstracto que no está diseñado para resolver violaciones de derechos humanos de carácter particular. Además, podrían indicar que el recurso no es idóneo pues el presente caso no se limita a la vigencia de una norma que se alega discriminatoria, sino además, a una serie de actos administrativos y judiciales que van más allá de dicha vigencia.
88. Sin embargo, los dos argumentos más fuertes que podrían presentar los representantes de las presuntas víctimas se relacionan con la accesibilidad y cierta noción de discrecionalidad de la acción de constitucionalidad y la razonabilidad de la exigencia de su interposición en las circunstancias del caso concreto.
89. Sobre el punto de la accesibilidad, los representantes pueden argumentar que el requisito de contar con el visto bueno de la Procuraduría de Derechos Humanos de la República como requisito para presentar la acción de constitucionalidad, limita seriamente su accesibilidad.
90. Como sustento, los representantes pueden citar el reiterado criterio de la Corte, en virtud del cual los recursos que es necesario agotar son aquellos que están efectivamente disponibles para las presuntas víctimas<sup>53</sup>. En términos de accesibilidad, la Comisión Interamericana ha indicado que: “Si el recurso interno está concebido de una manera tal que su ejercicio resulta prácticamente inaccesible para la presunta víctima, ciertamente no hay obligación de agotarlo para remediar la situación jurídica”<sup>54</sup>. Más específicamente, frente a acciones constitucionales que exigen requisitos como reunión firmas o el “dictamen

<sup>53</sup> Corte I.D.H., *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párrafo 17.

<sup>54</sup> CIDH. Informe No. 8/07. Petición 1425/04. Admisibilidad. Hugo Quintana Coello y otros. Magistrados de la Corte Suprema. Ecuador. 27 de febrero de 2007. Párr. 28.

favorable del Defensor del Pueblo”, la Comisión se ha manifestado indicando que considera que tales requisitos son “excesivos”<sup>55</sup>.

91. Sobre el punto de discrecionalidad, los representantes podrían indicar que incluir como requisito para la presentación del recurso un “visto bueno” de una autoridad estatal, lo convierte en un recurso que depende de la opinión particular de la Procuraduría de Derechos Humanos.
92. Existen varias decisiones de la Comisión que *mutatis mutandis* apoyan este posible argumento de los peticionarios. En casos en los cuales los recursos que el Estado alega que se deben agotar tienen cierto nivel de discrecionalidad en su admisión, la CIDH ha indicado que no es necesario agotarlos<sup>56</sup>.
93. En cuanto a la razonabilidad de la exigencia de interposición de la acción de inconstitucionalidad, representantes pueden argumentar que aún de considerarse que la esta acción es idónea y que los requisitos no resultan excesivos, en todo caso, no resulta razonable exigir su agotamiento tras haber accedido a la vía administrativa, la vía judicial contencioso administrativa, y la vía de amparo, donde se pretendió obtener una tutela constitucional.
94. Reiteradamente la CIDH ha indicado que el requisito de agotamiento de los recursos internos no implica que “las presuntas víctimas tengan la obligación de agotar todos los recursos que tengan disponibles (...) si la presunta víctima planteó la cuestión por alguna de las alternativas válidas y adecuadas según el ordenamiento jurídico interno y el Estado tuvo la oportunidad de remediar la cuestión en su jurisdicción, la finalidad de la norma internacional está cumplida”<sup>57</sup>.

### ***Posibles argumentos del Estado***

95. En cuanto a los presupuestos formales para que proceda la excepción, el Estado puede argumentar que desde la etapa de admisibilidad ante la Comisión Interamericana planteó de manera oportuna la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos.
96. En términos más sustantivos sobre la procedencia de la excepción, el Estado podría alegar que la determinación de los recursos que es exigible agotar debe hacerse caso por caso, partiendo de la base de la idoneidad del recurso para

<sup>55</sup> CIDH. Informe No. 8/07. Petición 1425/04. Admisibilidad. Hugo Quintana Coello y otros. Magistrados de la Corte Suprema. Ecuador. 27 de febrero de 2007. Párr. 29.

<sup>56</sup> CIDH. Informe No. 68/08. Petición 681/00. Admisibilidad. Guillermo Patricio Lynn. Argentina. 16 de octubre de 2008. Párr. 41.

<sup>57</sup> Ver por ejemplo. CIDH Informe N° 57/03, petición 12.337, Marcela Andrea Valdés Díaz (Chile) 10 de octubre de 2003, párr. 40.

potencialmente solucionar la alegada situación jurídica infringida<sup>58</sup>.

97. Con base en este planteamiento general, el Estado podría alegar que existen ciertas circunstancias en las cuales la acción de inconstitucional puede considerarse idónea y son precisamente los casos en los cuales la alegada violación a la Convención Americana deriva de la vigencia de una norma que se alega incompatible con el instrumento. El Estado podría argumentar que el tema central del debate es la norma del Código Civil que impide que las autoridades administrativas y judiciales permitan el matrimonio entre parejas del mismo sexo. De esta manera, el Estado podría señalar que en el caso concreto el recurso a agotar era la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 396 del referido Código.
98. El Estado podría citar antecedentes de la CIDH que apoyan esta posición. A título de ejemplo, en un caso en el cual el objeto de la denuncia era la vigencia de una norma que permitía el procesamiento por calumnias e injurias, la Comisión señaló lo siguiente:
  - a. Los peticionarios han afirmado que agotaron el recurso de inconstitucionalidad en contra de las normas previstas en los artículos 172 al 175 del Código Penal y el Estado se limita a señalar que fue rechazado por la Corte Suprema. En este caso el recurso adecuado es el recurso de inconstitucionalidad y, por tanto, los peticionarios han cumplido con el requisito de agotamiento de los recursos internos<sup>59</sup>.
99. En consecuencia, el Estado podría indicar que hubo un “agotamiento indebido” por parte de los representantes, pues contando con vías idóneas para impugnar el acto generador de la alegada violación – la vigencia de la norma - acudieron a las vías administrativas y judiciales que no tenían perspectivas de efectividad pues las autoridades respectivas estaban sometidas “al imperio de la ley”.
100. Por otra parte, el Estado podría indicar que la exigencia de un visto bueno por parte de la Procuraduría General de Derechos Humanos no resulta en sí mismo excesivo. El Estado podría indicar que, por una parte, no existe una práctica de rechazo por parte de la Procuraduría ni la misma ha sido acreditada por los representantes y, por otra parte, que en el caso arriba citado en el cual la CIDH consideró que era un requisito excesivo, lo hizo de manera conjunta con el de obtener un alto número de firmas, requisito que no es exigible en la normativa de Elizabethia.

<sup>58</sup> CIDH. Informe No. 23/07, petición 435/06, Eduardo Landaeta Mejías (Venezuela). 9 de marzo de 2007. Párr. 43.

<sup>59</sup> CIDH. Informe No. 71/02, caso 12.360, Admisibilidad, Santander Tristán Donoso, Panamá. 24 de octubre de 2002. Párr. 22.

## **B.2. El análisis de admisibilidad a la luz de la situación vigente al momento del informe de admisibilidad**

101. Como se desprende de los hechos del caso, la petición numerada por la Comisión 600-12 contra el Estado de Elizabetia, fue presentada el 1 de febrero de 2012, cuando aún estaba pendiente de resolución el recurso de amparo contra la decisión del Juzgado Administrativo No. 7 de 5 de agosto de 2011. Este recurso de amparo fue decidido días después, el 18 de febrero de 2011, dentro del plazo de los tres meses que contemplaba la normativa interna para casos de “especial complejidad”. El informe de admisibilidad 179-12 fue emitido el 22 de septiembre de 2012.
102. Esta situación procesal que se ha incorporado al caso plantea un debate que se ha dado recientemente ante la Corte Interamericana y que se relaciona con el pronunciamiento de admisibilidad de la Comisión Interamericana en aquellos casos en los cuales la situación procesal sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, incluido el de agotamiento de los recursos internos, se va modificando desde el momento en que la petición inicial es presentada hasta el momento en que la Comisión emite un informe de admisibilidad. Para enfrentar esta situación, históricamente la Comisión ha usado una formulación reiterada en un amplio número de casos. Como ejemplo de esta formulación, cabe destacar la siguiente:

[e]n situaciones en las cuales la evolución de los hechos inicialmente presentados a nivel interno, implica un cambio en el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de admisibilidad, la Comisión ha señalado que su análisis debe hacerse a partir de la situación vigente al momento del pronunciamiento de admisibilidad<sup>60</sup>.

### ***Posibles argumentos de los representantes***

103. El caso hipotético indica que los representantes se acogieron en su totalidad a la posición que presentó la Comisión ante la Corte Interamericana y la “hicieron suya”. De esta manera, es importante que los argumentos que formulen los representantes tengan en cuenta este punto y estén vinculados con los que podría haber formulado la Comisión en términos institucionales.
104. Los representantes podrían hacer énfasis en la autonomía e independencia de la Comisión en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Convención. Así, los

<sup>60</sup>

CIDH. Informe 2/08. Petición 506-05. José Rodríguez Dañín. Bolivia. 6 de marzo de 2008. Párr. 57. Citando. CIDH, Informe Nº 20/05, Petición 714/00 (“Rafael Correa Díaz”), 25 de febrero de 2005, Perú, párr. 32; CIDH., Informe Nº 25/04, Caso 12.361 (“Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros”), 11 de marzo de 2004, Costa Rica, párr. 45; CIDH, Informe Nº 52/00. Casos 11.830 y 12.038. (Trabajadores cesados del Congreso de la República), 15 de junio de 2001, Perú. Párr. 21.

representantes podrían indicar que es la Comisión la que primariamente está llamada a pronunciarse sobre las cuestiones de admisibilidad y que una revisión de la manera en que la CIDH conduce sus procedimientos debería ser excepcional y estar vinculada a una seria afectación al derecho de defensa del Estado. Los representantes podrían enfatizar en que la carga de argumentar concretamente la forma en que un trámite o práctica específica de la Comisión le afecta en su derecho de defensa, recae necesariamente en el Estado.

105. Los representantes podrían sustentar esta posición en una serie de casos en los que la Corte ha indicado que:

(...) la Comisión Interamericana tiene autonomía e independencia en el ejercicio de su mandato conforme a lo establecido por la Convención Americana y, particularmente, en el ejercicio de las funciones que le competen en el procedimiento relativo al trámite de peticiones individuales dispuesto por los artículos 44 a 51 de la Convención. No obstante, en asuntos que estén bajo su conocimiento, la Corte tiene la atribución de efectuar un control de legalidad de las actuaciones de la Comisión<sup>61</sup>. Ello no supone necesariamente revisar el procedimiento que se llevó a cabo ante ésta, salvo en caso de que alguna de las partes alegue fundadamente que exista un error grave que vulnere su derecho de defensa<sup>62</sup>.

106. Así, los representantes podrían alegar que el Estado de Elizabethia no ha indicado concretamente de qué manera la práctica de la Comisión y su pronunciamiento en el informe de admisibilidad 179/12 le afectó su derecho de defensa, máxime cuando, como se deriva del Reglamento de la CIDH, el proceso de admisibilidad y toda la información presentada por los peticionarios pudo ser controvertida por el Estado.
107. Los representantes podrían indicar además que la práctica de la Comisión de pronunciarse sobre la situación vigente al momento del informe de admisibilidad y no al momento de la interposición de la presentación inicial, se encuentra plenamente justificada y es consistente con el propio diseño del sistema de peticiones y casos. Al respecto podrían indicar que una de las razones de esta práctica de la CIDH es que como la Convención tiene eximentes al requisito de agotamiento, en particular, la demora injustificada, un alto número de peticiones llegan a la CIDH mientras continúa abierto un proceso interno y se

<sup>61</sup> Cfr. *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, puntos resolutive primeros y tercero; y *Caso Grande Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 231, párr. 45, y *Caso Gonzalez Medina y familiares Vs. República Dominicana*, párr. 28.

<sup>62</sup> Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 42, y *Caso Gonzalez Medina y familiares Vs. República Dominicana*, párr. 28.

alega una demora excesiva. En ese escenario, es perfectamente posible que durante el trámite ante la Comisión, se tomen decisiones internamente y que los peticionarios informen sobre actualizaciones en sus procesos.

108. Los peticionarios podrían agregar que mientras el Estado cuente con la posibilidad de defenderse sobre tales actualizaciones, no existe ninguna razón para restringir o intervenir en la autonomía de la CIDH para emitir su pronunciamiento de admisibilidad.

***Posibles argumentos del Estado***

109. En el caso hipotético, el Estado de Elizabetia ha planteado que esta aproximación de la Comisión un análisis erróneo por parte de la Comisión Interamericana y sugiere que el mismo sea corregido por la Corte Interamericana.
110. El Estado podría sustentar lo anterior en que el artículo 46 de la Convención Americana establece claramente que para la presentación de una petición es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos internos. El Estado podría proponer una interpretación exegética de esta norma e indicar que el agotamiento es el presupuesto de la “presentación de la petición” y no del “pronunciamiento de admisibilidad”. En este sentido se ha pronunciado uno de los jueces de la Corte en un voto separado<sup>63</sup>. Esto podría ser argumentado no como fuente jurisprudencial, pero sí doctrinaria.
111. Así, el Estado podría señalar que la Convención Americana da a la Comisión un mandato de pronunciarse sobre si se han agotado o no los recursos internos, o sobre si son aplicables las excepciones a este requisito según el artículo 46.2 de la Convención, a partir de la situación vigente al momento de la presentación de la petición.
112. El Estado podría utilizar los pronunciamientos de la Corte Interamericana en los casos *Grande vs Argentina* y *Díaz Peña vs. Venezuela*, en los cuales el Tribunal se ha visto más anuente a efectuar una suerte de revisión de los procedimientos ante la Comisión Interamericana.
113. Específicamente, el Estado podría destacar lo indicado en el siguiente párrafo del caso *Díaz Peña*:

La Comisión consideró que se habían agotado los recursos internos teniendo en cuenta que se habrían presentado diversos recursos en el período comprendido entre el 24 de marzo de 2006 y el 11 de mayo de 2007 (*supra* párr. 119.c). Se

<sup>63</sup>

CorteIDH, Caso Díaz Peña v. Venezuela, Sentencia de 26 de junio de 2012; Serie C No. 244, Voto Separado del Juez Vio Grossi.

refiere, pues, a recursos presentados en un período iniciado más de 5 meses después de la presentación de la petición inicial ante la Comisión y culminado 1 año y 7 meses después de dicha presentación. La Corte considera que, en tales condiciones, no se puede entender cumplido el requisito de previo agotamiento de los recursos internos establecido en el artículo 46.1.a) de la Convención Americana. Aún más, la Corte observa que, cuando se dio traslado de la petición inicial al Estado el 23 de febrero de 2007, aún no se había emitido la decisión de 11 de mayo de 2007, que supuestamente habría agotado los recursos internos<sup>64</sup>. (resaltado fuera del original)

114. Aunque este pronunciamiento ha sido objeto de crítica existiría de cierta ambigüedad sobre si la fecha a considerar es la de la petición inicial o la fecha del “traslado” de la petición al Estado, ciertamente es un fallo que el Estado de Elizabetia podría utilizar en su defensa.
115. Finalmente, el Estado podría indicar que si bien cuenta con oportunidades para pronunciarse sobre la información que aporten los peticionarios, es con base en el contenido de la petición inicial que los Estados diseñan su defensa en cuanto a los requisitos de admisibilidad, por lo que no es aceptable que cada vez que los peticionarios modifican su planteamiento durante la etapa de admisibilidad los Estados deban modificar a su vez su estrategia de defensa.

**B.3. La inclusión en el informe de fondo de disposiciones de la Convención que no fueron incluidas en el informe de admisibilidad**

116. En el caso hipotético se indica que en su informe de admisibilidad 179/12, la Comisión declaró que “los hechos podrían caracterizar posibles violaciones a los artículos 11, 17, 24 8 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención”. En su informe de fondo, la Comisión encontró una violación del artículo 2 de la Convención Americana que consagra el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. El Estado consideró que esta situación constituyó una violación a su derecho de defensa. Este argumento del Estado de Elizabetia, pone de manifiesto un debate sobre el alcance del análisis de “caracterización” que realiza la Comisión en la etapa de admisibilidad, su facultad de agregar o no otras normas en el informe de fondo, la aplicación del *principio iura novit curia* y transversalmente el derecho de defensa del Estado. Este tema fue analizado recientemente en detalle por la Corte Interamericana en el caso *Furlan y familia vs. Argentina*, en un sentido que, en principio, favorece la improcedencia de esta excepción preliminar. Sin embargo, como se indica más adelante, el Estado de Elizabetia podría tener argumentos razonables en su favor. A continuación los puntos principales del fallo de la Corte:

---

<sup>64</sup>

CorteIDH, Caso Díaz Peña v. Venezuela, Sentencia de 26 de junio de 2012; Serie C No. 244, par. 123.

117. En cuanto al derecho de defensa del Estado, la Corte recordó las garantías mínimas que deben informar el sistema de peticiones individuales: “a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención<sup>65</sup>), y b) las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención)<sup>66</sup> y equidad procesal. Igualmente, es preciso tener en cuenta el principio de seguridad jurídica (artículo 38 del Reglamento de la Comisión)<sup>67</sup>”. Sin embargo, si un Estado alega que ocurrió un error grave que afectó estos supuestos, “debe demostrar efectivamente tal perjuicio”. En palabras de la Corte “no resulta suficiente una queja o discrepancia de criterios en relación a lo actuado por la Comisión Interamericana”<sup>68</sup>.
118. En cuanto al tema concreto de debate, es decir, “la inclusión de nuevos derechos en el informe de fondo que no fueron indicados previamente en el informe de admisibilidad de la Comisión”, la Corte destacó que constata que ni en la Convención Americana, ni en el Reglamento de la Comisión Interamericana existe normatividad alguna que disponga que en el informe de admisibilidad se deben establecer todos los derechos presuntamente vulnerados”. La Corte precisión que
- los derechos indicados en el informe de admisibilidad son el resultado de un examen preliminar de la petición que se encuentra en curso, por lo que no limitan la posibilidad de que en etapas posteriores del proceso puedan incluirse otros derechos o artículos que presuntamente hayan sido vulnerados, siempre y cuando se respete el derecho de defensa del Estado en el marco de la base fáctica del caso bajo análisis.
119. Además, la Corte puso énfasis en que el principio *iura novit curia*, permite estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados por las partes, siempre y cuando éstas hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan<sup>69</sup>.
120. Este último punto puede ser utilizado a favor del Estado de Elizabetia, que podría indicar que en el caso concreto, la Comisión tuvo conocimiento de la existencia de las normas supuestamente incompatibles con la Convención, desde el inicio del trámite. En ese sentido, el Estado podría argumentar que si la CIDH no

<sup>65</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, párr. 85, y *Caso Grande Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 231, párr. 56.

<sup>66</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva Oc-19/05, Opinión de 28 de noviembre de 2005; Serie A No. 19.

<sup>67</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva Oc-19/05, Opinión de 28 de noviembre de 2005; Serie A No. 19, par. 27.

<sup>68</sup> Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 32, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 27.

<sup>69</sup> I/A Court H.R. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*; Sentencia de 29 de julio de 1988; Serie C No. 4,

incorporó el artículo 2 de la Convención Americana, a pesar de que era evidente la existencia de las normas, se envió un claro mensaje al Estado de que esa disposición convencional no sería analizada en el fondo. El Estado puede indicar que la exclusión de la Comisión de la norma le llevó a diseñar su estrategia de defensa sin tener conocimiento de que la CIDH efectuaría en el fondo un análisis de naturaleza totalmente distinta al que se delimitó en la admisibilidad, como lo sería un análisis de compatibilidad de una norma con la Convención.

## C. Controversias relacionadas con las medidas provisionales

*C.1. Marco y definiciones. C.2. Argumentos en relación con la petición de medidas provisionales.*

### C.1. Marco y definiciones

121. El mecanismo de las medidas provisionales se consagra en el artículo 63.2 de la Convención Americana, y está diseñado para asegurar una pronta respuesta en casos de extrema gravedad y urgencia y de ser necesario para evitar daños irreparables a las personas.
122. En el artículo 27 del Reglamento; la Corte se ha pronunciado en cuanto a la obligatoriedad de las medidas provisionales para los Estados que, en virtud del principio básico de la ley internacional de responsabilidad del Estado, se comprometen de buena fe (*pacta sunt servanda*).<sup>70</sup>
123. La Corte dispone que para adoptar medidas provisionales las tres condiciones de “extrema gravedad”, “urgencia” y “daño irreparable” deben estar presentes en el asunto que esté conociendo<sup>71</sup>. El Tribunal considera que las tres condiciones descritas deben estar presentes para que la Corte mantenga la protección ordenada”.<sup>72</sup>
124. La Comisión Interamericana tiene una facultad semejante (aún si no es idéntica en todos sus elementos), en virtud del artículo 106 de la Carta y el artículo 25 de sus Reglamentos de Procedimiento. Más recientemente mediante una reforma al Reglamento de Procedimiento la Comisión define los elementos de gravedad, urgencia e inminencia de la siguiente manera:

“gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una

<sup>70</sup> Asunto *Millacura Llaipen*, Medidas Provisionales, Perú. Resolución del presidente de la CtIDH del 6 de diciembre, 2012, tercera consideración.

<sup>71</sup> Asunto *James et al*, Medidas provisionales Trinidad and Tobago. Sentencia de 14 de junio de 1988, segundo considerando.

<sup>72</sup> *Caso Carpio Nicolle et al*. Medidas Provisionales Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de julio, 2009, cuarto considerando.

decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;

“urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y

“daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

125. Estas definiciones podrían leerse conjuntamente con la declaración de la Corte tocante a la gravedad que establece que, para el propósito de dictaminar medidas provisionales, la Convención exige que la misma sea extrema, es decir que se encuentre en su grado más intenso o elevado.<sup>73</sup>
126. La Corte puede valorar el conjunto de factores o circunstancias políticas, históricas, culturales o de cualquier otra índole en el entorno de la situación para así determinar si afectan a una posible beneficiaria o crean una situación de vulnerabilidad en un momento dado.<sup>74</sup>
127. La Corte también ha manifestado que las medidas provisionales pueden tener uno de dos objetivos, precaución o protección.
128. La medida cautelar tiene como objetivo el preservar los derechos en cuestión hasta que los órganos del Sistema logren pronunciarse y de ser necesario emitir resoluciones para la reparación.
129. La medida de protección tiene como objetivo proteger a los derechos humanos de un daño irreparable.
130. La declaración de la Corte en relación a que no puede considerar el fondo de ningún argumento que no esté relacionado exclusivamente a la gravedad extrema, urgencia y riesgo de daño irreparable, es notable. En asuntos en los cuales la Corte concluye que no puede conocer de la apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*) sin emitir un pronunciamiento sobre el fondo del

---

<sup>73</sup> Asunto *Martinez Martínez et al.* Medidas Provisionales, Estados Unidos de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1 de marzo de 2012, sexto considerando.

<sup>74</sup> Asunto *Castro Rodríguez*. Medidas Provisionales, Estados Unidos de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de febrero de 2013, décimo considerando.

asunto, no adopta las medidas provisionales ya que implicarían un juzgamiento anticipado por vía incidental<sup>75</sup>.

## **C.2. Argumentos relacionados con la petición de medidas provisionales**

131. Desde una perspectiva moral, la situación reflejada en la petición de medidas provisionales es, a propósito, ambigua.
132. El Estado posiblemente alegará que si a Serafina se le permite brindar su consentimiento informado, se estaría estudiando un argumento del fondo del caso ya que se basaría en la admisión de que es “conyugue o pariente” conforme a la normativa elizabetina. Dicho argumento se fundamenta en el hecho de que la legislación le brinda ciertos atributos a las personas dentro de un matrimonio o familia para proteger su unión. Si se carece de dicha protección no existe base legal para que Serafina brinde consentimiento informado y la Corte debería inhibirse de ordenar que Elizabetia acepte su declaración a luz del precedente *Castañeda Gutman* (vide párr. 130, *supra*).
133. De igual forma el Estado puede argüir que la Corte debe evaluar el hecho, en actas, de que Serafina brindaría consentimiento informado a una operación de alto riesgo en la cual solo sobreviven un 15% de los pacientes. Basándose en el artículo 63.2 de la Convención el Estado podría señalar que la muerte es un daño “irreparable”.
134. A la inversa Serafina puede manifestar que ella es la persona más allegada a Adriana y que conoce su voluntad en esta situación. La ambigüedad política en la presente situación se desglosa del hecho de que aceptar el consentimiento informado de Serafina implica de inmediato una protección legal reservada en la normativa elizabetina para conyugues y parientes.
135. Asimismo, Serafina puede alegar el riesgo de daño irreparable conexo al hecho de que el sobrevivir con Amnesia Anterógrada sería irreversible y por lo consiguiente sería irreparable e indemnizable.

Washington DC  
17 de marzo de 2013

---

<sup>75</sup> Asunto *Castañeda Gutman*. Petición para medidas cautelares, Estados Unidos de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2005, quinto y séptimo considerando.

**Anexo 1**  
**ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y EXPRESIÓN DE GÉNERO:**  
**ALGUNOS TÉRMINOS Y ESTÁNDARES RELEVANTES**

**I. INTRODUCCIÓN**

1. En ejercicio de sus funciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”, “Comisión” o “Comisión Interamericana”) ha recibido amplios elementos de información sobre la situación de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (en adelante “LGTBI”) en los países del continente americano y, en particular, la grave situación de discriminación en su contra<sup>i</sup>.

2. En este contexto la CIDH incluyó en su Plan Estratégico el Plan de Acción 4.6.i para los derechos de las personas LGTBI y, en noviembre de 2011<sup>ii</sup>, creó una unidad especializada en esta materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva. Entre sus funciones, la Unidad proveerá asesoría técnica a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

3. Por medio de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA” u “Organización”) solicitó a la Comisión la realización de un estudio “sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a orientación sexual, identidad de género y expresión de género”<sup>iii</sup>.

**II. ALCANCES Y LÍMITES DEL ESTUDIO**

4. Al articular los conceptos “orientación sexual”, “identidad de género” y “expresión de género”, o hacer referencia a una persona bajo la sigla LGTBI se evocan, por lo menos, perspectivas sociales, legales y médicas. Por ejemplo, las siglas B (por *bisexual*), G (por *gay* o *gai*), I (por *intersex*), L (por *lesbiana*), T (por *trans*), y algunas o todas de ellas han sido utilizadas para describir corrientes, movimientos o eventos de reivindicación, solidaridad, movilización comunitaria o protesta, así como comunidades, grupos o identidades<sup>iv</sup>.

5. En el ámbito jurídico y en particular en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “ONU”) estas discusiones sociales se han subsumido comúnmente en la expresión “minorías sexuales”<sup>v</sup>, para englobar las cuestiones relacionadas con los derechos de las personas gays, lesbianas, transgénero, bisexuales e intersex.

6. Con mayor precisión teórica desde la sociología-jurídica, las acepciones orientación sexual, identidad de género y expresión de género han sido utilizadas como referentes para el reconocimiento y la exigibilidad de derechos, entre otros, por la legislatura y la judicatura. La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad –los cuales han estado tradicionalmente invisibilizados-; reconoce la discriminación histórica a que han estado sometidas las personas que se identifican de esta manera; y las dota de protección.

7. En los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición: desde esta perspectiva se ha señalado que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas<sup>vi</sup>. Al mismo tiempo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la orientación sexual –interpretación que puede extenderse a la identidad de género y expresión de género- dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona<sup>vii</sup> (tales como la raza o la etnia) e inmutables, “entendiendo por inmutabilidad una

característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad<sup>viii</sup>.

8. Esta aparente contradicción, refiere jurídicamente a dos aristas de las categorías orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada orientación sexual, identidad de género y expresión de género. No obstante, estas categorías y esta posible fluctuación y movilidad de una o todas estas categorías inherentes a la persona no supone que puedan ser modificadas por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse una vulneración de su dignidad<sup>ix</sup>.

9. En el ámbito de las ciencias de la salud, una categorización puede tener el objetivo científico de describir el tratamiento que debe ofrecerse a una persona; por ejemplo, en sus trabajos sobre la provisión de cuidado comprensivo a personas transgénero y transexuales en Latinoamérica y el Caribe, la Organización Panamericana de la Salud (en adelante, “la OPS”) recomienda que al atender a una persona en un centro de salud, se le pregunte su sexo asignado al nacer (“masculino, femenino, u otro”) y cómo se identifica en términos de su identidad de género (“femenina, masculina, mujer trans, hombre trans, persona trans, travesti u otro”), y señala que esta determinación es fundamental para asignar al tratamiento adecuado. También es esencial para generar estadísticas que pongan en evidencia problemáticas de otra manera invisibles: como señala la OPS, por ejemplo, las personas trans están 40 veces más afectadas que la población general por las infecciones de transmisión sexual, pero esta desproporción no puede apreciarse a menos que la data se desagregue con base a su identidad de género<sup>x</sup>. Esto incide en forma necesaria en la manera en que se trazan políticas públicas de prevención, tratamiento y localización de recursos.

10. Los efectos legales de referencias a estas categorías de discriminación se evidencian en el lenguaje de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de la Asamblea General de la Organización, a través de la cual los Estados Miembros

1. Condena[n] la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género [...]
2. Condena[n] los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género [...]
3. Al[ientan] a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad de género [e]
4. [instan] a los Estados para que aseguren una protección adecuada de las y 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 de género.

11. En el presente compendio se hace referencia a estas categorías con el propósito de presentar un lenguaje común que puede servir de punto de referencia. La CIDH no procura a través de este documento acuñar definiciones propias, establecer categorías cerradas ni fijar límites entre distintas personas con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género<sup>xi</sup>, o pretender que alguna definición o categorización tiene aceptación o uso universales.

12. En este contexto, en el presente documento se presentan algunas nociones aceptadas para las categorías sexo, género, orientación sexual, identidad de género, y expresión de género. Para concluir se hace una referencia a los estándares relacionados con la definición de la discriminación específicamente en función de la orientación sexual, la identidad de género, y la expresión de género, así como los estándares relacionados con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de

género como aspectos del derecho a la vida privada de las personas y las correspondientes obligaciones estatales.

### III. TÉRMINOS Y ESTÁNDARES RELEVANTES

#### A. Sexo

13. En un sentido estricto, el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”<sup>xii</sup>, a sus características fisiológicas<sup>xiii</sup>, a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres”<sup>xiv</sup> o a “la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”<sup>xv</sup>.

#### Personas intersex

Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex. En la doctrina se ha definido 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”<sup>xvi</sup>. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace “con ‘ambos’ sexos, es decir, literalmente, con pene y vagina”<sup>xvii</sup>. Estas expresiones, también se han reflejado en el lenguaje jurídico<sup>xviii</sup> y en el lenguaje médico<sup>xix</sup>. En la actualidad, tanto en el movimiento social LGBTBI, como en la literatura médica y jurídica<sup>xx</sup> se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado.

#### B. Género

14. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el “Comité CEDAW”) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas<sup>xxi</sup>.

15. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable<sup>xxii</sup>. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría “género”, se interpreta que la categoría “sexo” comprende también la categoría “género”, con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integral<sup>xxiii</sup>.

#### C. La orientación sexual

16. La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como “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”<sup>xxiv</sup>. En el derecho comparado se ha entendido que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual se han utilizado distintos criterios, que incluye la

inmutabilidad de ésta “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”<sup>xxv</sup>.

17. En esta perspectiva se ubican los términos heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad, los cuales pueden describirse de la siguiente manera:

### **Heterosexualidad**

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

### **Homosexualidad**

Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar<sup>xxvi</sup> el uso y referencia a los términos *lesbiana*<sup>xxvii</sup> (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y *gay* o *ga*<sup>xxviii</sup> (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina).

### **Bisexualidad**

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

## **D. La identidad de género**

18. De conformidad con los Principios de Yogyakarta<sup>xxix</sup>, 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<sup>xxx</sup>.

19. Dentro de la categoría identidad de género se incluye generalmente la categoría transgénero o trans. A continuación se presentan las definiciones mayormente aceptadas en relación con esta perspectiva.

### **Transgénero o trans**

Este término paraguas –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones– es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste<sup>xxxi</sup>. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos<sup>xxxii</sup>.

### **Transexualismo**

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

### **Otras subcategorías que no necesariamente implican modificaciones corporales**

Entre estas categorías se encontrarían las personas travestis. En términos generales<sup>xxxiii</sup>, se podría decir que las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

Dentro de la categoría transgénero también se han ubicado otras terminologías tales como: *cross-dressers* (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto); *drag queens* (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos); *drag kings* (mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos); y transformistas (hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos)<sup>xxxiv</sup>.

20. En relación a estas categorías existen discusiones legales<sup>xxxv</sup>, médico-científicas<sup>xxxvi</sup> y sociales<sup>xxxvii</sup>, que desde diferentes perspectivas se aproximan a ellas. Sin embargo, existe un cierto consenso<sup>xxxviii</sup> para referirse o autoreferirse las personas transgénero, como *mujeres trans* cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; *hombres trans* cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o *persona trans* o *trans*, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización masculino-femenino.

### **E. La expresión de género**

21. 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”<sup>xxxix</sup>.

22. Como lo afirma la Comisión Internacional de Juristas,

[l]a noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género<sup>xl</sup>.

23. En una parte de la doctrina se ha considerado que la expresión de género se encuentra subsumida dentro de la categoría identidad de género. Recientemente, sin embargo, se ha comenzado a establecer la diferencia entre identidad de género y expresión de género, incluyéndose específicamente ésta última en distintas leyes<sup>xli</sup>. De esta manera se reconoce que la expresión de género supone aspectos específicos de la manifestación externa y de la percepción social de la identidad de género, aspectos que habían estado tradicionalmente invisibles.

24. En particular, es de gran importancia tener presente que la expresión de género constituye una expresión externa y, aun cuando no se corresponda con la auto-definición de la identidad, puede ser asociada por terceros con una determinada orientación sexual o identidad de género<sup>xlii</sup>.

25. En el ámbito jurídico esta distinción tiene relevancia pues permite la protección de una persona con independencia de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género, o es únicamente percibida como tal<sup>xliii</sup>.

#### **F. Discriminación con base en la identidad de género, orientación sexual y expresión de género**

26. De conformidad con los distintos tratados internacionales, la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en atributos de la persona que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades<sup>xliiv</sup>.

27. 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 jure* o *de facto*-<sup>xliv</sup> 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.

28. No obstante -en particular dada la ausencia actual de una regulación específica y taxativa de estas categorías dentro de las causales tradicionales de no discriminación- jurídicamente las categorías de no discriminación por orientación sexual y la identidad de género se han subsumido en dos causales de discriminación en el ámbito del derecho internacional, a saber: discriminación por "sexo"<sup>xlvi</sup> y en las cláusulas abiertas de discriminación, como aquellas que se manifiestan por "cualquier otra condición social"<sup>xlvii</sup>.

29. En relación con la interpretación de estas disposiciones y la aplicación de estos estándares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte" o "Corte Interamericana") han sostenido que la orientación sexual y la identidad de género<sup>xlviii</sup> se encuentran comprendidas dentro de la frase "otra condición social" establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "Convención" o "Convención Americana"), y en consecuencia toda diferencia de trato basada en la orientación sexual (y la identidad de género) es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen especialmente estricto que se utiliza para medir la razonabilidad de una diferencia de trato<sup>xlix</sup>. En este sentido, la Comisión Interamericana -en un pronunciamiento al que hizo eco la Corte Interamericana en sentencia- indicó que al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención Americana, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano<sup>l</sup>.

#### **G. La orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como aspectos del derecho a la vida privada de las personas**

30. En cuanto al contenido específico del derecho a la vida privada, la Comisión ha sostenido que éste "abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares"<sup>li</sup>. En relación con la orientación sexual y su vinculación con el derecho a la vida privada, la Comisión ha sostenido:

La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso y convincentes<sup>lii</sup>. Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo su personalidad y sus relaciones con otros seres humanos. (...) La Comisión reitera que el derecho a la privacidad protege el derecho a determinar la propia identidad y a formar relaciones personales y familiares en base a esa identidad, aunque la misma no sea aceptada o tolerada por la mayoría<sup>liii</sup>.

31. Así, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar<sup>liv</sup>. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”<sup>lv</sup>. En cuanto a interferencias por las autoridades en base a la orientación sexual de una persona, la CIDH, haciendo eco de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que las mismas afectan una parte íntima de la vida privada de una persona, requiriendo que los Estados presenten razones particularmente convincentes y de mucho peso para ser justificadas<sup>lvi</sup>.

---

<sup>i</sup> En relación con la discriminación en contra de estas personas, la Corte Interamericana ha indicado “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”. Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92.

<sup>ii</sup> CIDH, Comunicado de Prensa No. 115/11, “CIDH crea Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo”, 3 de noviembre de 2011. Atendiendo a las diferentes y múltiples categorizaciones que existen, así como a los debates que se dan en diferentes ámbitos, la Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays, las Personas Trans, Bisexuales e Intersex (LGTBI) de la CIDH, se ha designado con este nombre con el fin de dar una nominación fácilmente reconocible y unificar en forma práctica algunos de los principales debates que persisten en relación a las categorías de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. La CIDH toma nota de esta terminología y al mismo tiempo reconoce la auto-identificación de cada persona como una línea de guía fundamental; en consecuencia, es posible que personas objeto de la atención de la Unidad no se auto-identifiquen dentro éstas u otras categorías.

<sup>iii</sup> OEA, Asamblea General, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), aprobada en la Cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011.

<sup>iv</sup> Al respecto, la organización Global Rights ha indicado: “[a]unque las identidades políticas, sociales, sexuales y de género que abarca la sigla LGBTI no tienen la misma relevancia en todas las comunidades y/o para todas las personas, la categoría LGBTI existe como concepto colectivo que ha sido reivindicado por algunas personas y grupos activistas en muchos países para afirmar sus demandas de reconocimiento, espacio y personería legal. En otras palabras: ha sido utilizada con éxito para organizarse política, social y económicamente. Sin embargo, la categorización LGBTI tiene algunos puntos débiles. En primer lugar, coloca bajo la misma etiqueta a mujeres, hombres, personas transgénero e intersex, aun cuando los abusos a los derechos humanos a los que ellas/os se enfrentan con mayor frecuencia pueden resultar significativamente diferentes. También puede operar borrando las diferencias históricas, geográficas y políticas, así como las otras características por las que se sufre estigma y discriminación como raza, etnia, estatus (in)migratorio, estado de salud, idioma, etc. Por último, puede invisibilizar identidades sexuales y de género que resultan específicas para diferentes culturas, comunicando la impresión errónea de que esas identidades se originaron en Occidente y sólo en fecha reciente.” Global Rights: Partners for Justice, *Cómo Lograr Credibilidad y Fortalecer el Activismo: Una Guía para la Incidencia en Temas de Sexualidad*, 2010, pág. 10. Esta guía fue escrita y editada, entre otros, por Stefano Fabeni quien fue un experto consultado para la elaboración de los Principios de Yogyakarta.

<sup>v</sup> La profesora y académica Alice Miller opina que “a pesar de que [los/as expertos/as] y los mecanismos de la ONU han utilizado este término global para abordar las cuestiones de la discriminación, la exclusión y la estigmatización, no está claro qué grupos han sido incluidos como minorías sexuales y de qué manera se determina esta condición. Apunta que aunque esta categorización es útil para dar realce a estas cuestiones, podría ser una “abreviatura” problemática en términos de delineación de las categorías de abusos de los derechos humanos relativas a la sexualidad y el género”. Véase Comisión Internacional de Juristas, *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Guía para Profesional No. 4, 2009, p. 25.

<sup>vi</sup> En este sentido la doctrina ha establecido: “en lugar de pensar en la identidad como un hecho ya consumado, al que las nuevas prácticas culturales representan, deberíamos pensar en la identidad como una ‘producción’ que nunca está completa,

sino que siempre está en proceso y se constituye dentro de la representación, y no fuera de ella”. Stuart Hall, *Identidad Cultural y Diáspora*, en *Identidad*, J.Rutherford (ed.), Lawrence y Wishart, pp. 222–237, 1990.

<sup>vii</sup> Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 87 *Citando T.E.D.H., Caso Cliff Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57.

<sup>viii</sup> CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 94.

<sup>ix</sup> En el 2009 la Asociación Psiquiátrica Americana descartó la efectividad de las terapias que buscaban cambiar la orientación sexual de las personas. Al respecto se puede consultar el Informe del Grupo de Trabajo en Respuestas Terapéuticas Apropiadas a la Orientación Sexual de la Asociación Psicológica Americana. Disponible en línea en el siguiente enlace: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/sexual-orientation.aspx> (en inglés).

<sup>x</sup> Véase OPS; *Blueprint for the provision of comprehensive care to transgender and transsexual persons and their communities in Latin America and the Caribbean (LAC); in association with IAPAC; mimeograph, limited distribution*, p. 7.

<sup>xi</sup> Hall, Stuart. (1990) “Identidad Cultural y Diáspora”. En *Pensar (en) los Intersticios. Teoría y práctica de la crítica poscolonial*. Santiago Castro, Oscar Guardiola y Carme Millán (eds.): 131 – 145. Pensar – Universidad Javeriana. Bogotá. Al respecto también se puede consultar “Cuerpos Construidos para el Espectáculo: Transformistas, strippers y drag queens”. En *Cuerpo: Diferencias y desigualdades*. Mara Viveros y Gloria Garay (Comp.). Universidad Nacional – CES. Bogotá. 1999.

<sup>xii</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

<sup>xiii</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Recomendación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20. 2009, párr. 20.

<sup>xiv</sup> Organización Panamericana de la Salud y *American University Washington College of Law*, *El Derecho a la Salud de los Jóvenes y las Identidades de Género: Hallazgos, Tendencias y Medidas Estratégicas para la Acción en Salud Pública*. Washington DC, 2011, pág. 7.

<sup>xv</sup> *Institute of Medicine (Instituto de Medicina de las Academias Nacionales de Ciencias de los Estados Unidos de América); The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding; The National Academies Press*, 2011; p. 25 (traducción libre de la CIDH). Documento disponible en el siguiente enlace: [http://books.nap.edu/openbook.php?record\\_id=13128&page=32](http://books.nap.edu/openbook.php?record_id=13128&page=32) al 21.mar.12 (en inglés).

<sup>xvi</sup> Cabral Mauro y Benzur Gabriel. Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad, Cad. Pagu no.24 Campinas Jan./June 2005.

<sup>xvii</sup> Cabral Mauro y Benzur Gabriel. Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad, Cad. Pagu no.24 Campinas Jan./June 2005.

<sup>xviii</sup> En 1999, la Corte Constitucional Colombiana estudió el caso de “castración” de un niño pseudo-hermafrodita. Sentencia de Unificación SU-337 de 1999.

<sup>xix</sup> En medicina se consideran tres tipos de hermafroditismo: pseudo-hermafroditismo femenino, pseudo-hermafroditismo masculino y hermafroditismo verdadero. Estas diversas categorías médicas fueron estudiadas en 1999 por la Corte Constitucional de Colombia, basándose en diversos libros y revistas médicas especializadas sobre el tema. Véase, entre otros: Bruce Wilson, William Reiner, “Management of intersex: a shifting paradigm” en *The Journal of Clinical Ethics*, Vol 9, No 4, 1998, p 360 y *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

<sup>xx</sup> En la literatura médica, se ha dado paso al uso del término intersexualidad con preferencia al de hermafroditismo o pseudo-hermafroditismo para designar los *Desordenes del Desarrollo Sexual* (en inglés DSD), refiriéndose ahora a la Intersexualidad 46, XX; Intersexualidad 46, XY; Intersexualidad gonadal verdadera; y a la Intersexualidad compleja/indeterminada. Por su parte, jurisprudencia nacional como en el caso de Colombia ha utilizado la expresión “estados de intersexualidad” cuando trata este tema, en particular en sus sentencias T-1021 de 2003 y T-912 de 2008. Organizaciones internacionales pioneras en la materia como *Intersex Society of North America* han reivindicado también este término, aunque distanciándose del concepto de desorden del desarrollo sexual.

<sup>xxi</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

<sup>xxii</sup> En un sentido amplio, la acepción se extiende más allá de características estrictamente biológicas y, como lo ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, “el concepto de ‘sexo’ [...] ha evolucionado considerablemente para abarcar no sólo las características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; *Comentario General número 20; E/C.12/GC/20*, 2 de julio de 2009; párr. 20.

<sup>xxiii</sup> Por ejemplo, en interpretación de la CEDAW, su Comité ha indicado que “[s]i bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género.” Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.

<sup>xxiv</sup> Principios de Yogyakarta., p. 6, nota al pie 1. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

<sup>xxv</sup> CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 94.

<sup>xxvi</sup> Desde el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) excluyó la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud. El término homosexualidad tiende a asociarse con la patología homosexualismo que por mucho tiempo existió en las clasificaciones de enfermedades psiquiátricas. En este sentido, desde el movimiento social se rechaza este término, prefiriéndose el término “gay”.

<sup>xxvii</sup> En los países angloparlantes se tiende a utilizar gay, en forma indistinta para referirse a hombres y mujeres; sin embargo, en países hispanoparlantes se tiende a utilizar el adjetivo “gay”, para referirse a hombres y el adjetivo “lesbiana” para referirse a las mujeres. La persistencia de la asociación de la expresión lesbiana con el lesbianismo-homosexualismo (como enfermedades o trastornos) resulta problemático y en este sentido, existen posiciones encontradas en el uso de esta categoría.

<sup>xxviii</sup> La Real Academia Española en su diccionario panhispánico de dudas da preferencia a la grafía *gai* sobre *gay*. Al respecto indica: “Aunque entre los hispanohablantes está extendida la pronunciación inglesa [gé], en español se recomienda adecuar la pronunciación a la grafía y decir [gái]”.

<sup>xxix</sup> Los Principios de Yogyakarta constituyen en la actualidad, una referencia relevante en relación a la comprensión jurídica de la población LGTBI, debido a que para su elaboración intervinieron expertos y expertas en la materia. En este sentido, algunas de las definiciones recogidas parten de dicho documento, a modo de referencia, que se nutre a su vez de otros pronunciamientos jurídicos relevantes en la materia. Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

<sup>xxx</sup> Principios de Yogyakarta, p. 6, nota al pie 2. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

<sup>xxxi</sup> Ph. D. Martine Aliana Rothblatt desarrolló en su manifiesto “Apartheid of Sex” esta categoría genérica, que a su vez ha sido utilizada por el movimiento social LGBT y la academia para englobar las distintas expresiones de la identidad de género transgénero. En oposición a la categoría transgénero, se podría hablar de la categoría cisgénero, que refleja por el contrario la conformidad entre el sexo biológico y lo que cultural y socialmente se espera en relación a la concordancia con su género. Las subcategorías cis-masculino haría referencia al hombre biológico que asume una identidad de género masculina y la cis-femenina, haría referencia a la mujer biológica que asume una identidad de género femenina. Al respecto se puede consultar la obra de Serano, Julia, Whipping Girl: A Transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity. Seal Press (Emeryville, CA), June 2007.

<sup>xxxii</sup> Véase por ejemplo, la Ley de Identidad de Género, Uruguay, 12 de octubre de 2009, que en su artículo 3 (requisitos) establece que “[e]n ningún caso se exigirá cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral de la mención del nombre o del sexo que fuere disonante de la identidad de género de la persona a que se hace referencia en dicho documento”.

<sup>xxxiii</sup> En general existe una diversidad de posicionamientos políticos en relación al término travesti. Por una parte, algunos grupos de activistas trans han señalado que es usado en forma peyorativa, mientras que otros reconocen el término travesti como una categoría política con gran fuerza significativa (véase, por ejemplo, la Declaración Travestis Feministas, XI Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe. México D.F. Marzo de 2009). Organizaciones como Global Rights han indicado que la definición de persona travesti según como se ha utilizado en algunas partes de América Latina se ha utilizado para referirse a “varones que, con frecuencia a muy temprana edad, adoptan nombres, estilos de vestimenta, peinado y pronombres lingüísticos femeninos. Pueden o no tomar hormonas femeninas, modificar sus cuerpos mediante siliconas y/o someterse a cirugía de reasignación de sexo. Por lo general, las travestis no se definen ni como hombres ni como mujeres sino que reivindican su identidad propia. El término ‘travesti’ es menos general que ‘transgender’ en inglés (o su equivalente castellano, ‘transgénero’) y ellas no necesariamente se identifican con la acepción que en inglés tiene la palabra equivalente ‘transvestite’.” (pág. 110). Asimismo esta organización observa que en el contexto de los Estados Unidos, el término “transvestite” “es una forma anticuada de describir principalmente a los hombres que visten ropas que, según las convenciones sociales, corresponden a otro género.” (pág. 15) Véase Global Rights: Partners for Justice, Cómo Lograr Credibilidad y Fortalecer el Activismo: Una Guía para la Incidencia en Temas de Sexualidad, 2010. Por su parte, el Manual de Diagnóstico Psiquiátrico Americano (302.3 “fetichismo travesti”) define el travestismo como hombres heterosexuales que en forma recurrente, con intensidad sexual elaboran fantasías o acciones que involucran el uso de prendas femeninas.

<sup>xxxiv</sup> Información recibida por la CIDH en las audiencias temáticas sobre la situación de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex.

<sup>xxxv</sup> A nivel internacional, los casos conocidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tales como B vs. Francia y Christine Goodwin vs. Reino Unido, analizan las implicaciones legales de la discriminación contra las personas transexuales que han realizado intervenciones corporales en su cuerpo para construirse como mujeres-trans.

<sup>xxxvi</sup> El Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* o "DSM", por sus siglas en inglés) de la Asociación Psiquiátrica Americana "APA", plantea las denominaciones "Gender Identity Disorder in Adolescents or Adults" y "Transvestic Fetishism" [302.xx] para referirse a la transexualidad y el travestismo, respectivamente.

<sup>xxxvii</sup> El movimiento LGBTI y en particular el movimiento trans se han movido en rechazo a las categorías médicas-psiquiátricas en las que se les ha clasificado. Ejemplo de ello es el movimiento "Stop Trans pathologization 2012" que busca eliminar del DSM de la APA las categorías "disforia de género" y "desórdenes de la identidad de género".

<sup>xxxviii</sup> En la información que ha recibido la CIDH, tanto en el marco de audiencias como información allegada por informes remitidos y denuncias a alegadas violaciones a derechos humanos, se han conocido una serie de denominaciones y auto denominaciones que varían debido a una serie de factores, como son el sector social LGTBI, el país de origen, la posición social o económica o el nivel de educación. No obstante existe un cierto consenso en algunas referencias y autorreferencias que permiten armonizar dichos criterios por razones prácticas.

<sup>xxxix</sup> Rodolfo y Abril Alcaraz, El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género, Textos del caracol, núm. 4. Dante núm. 14, CONAPRED 2008, p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesional No. 4, 2009, p. 23.

<sup>xl</sup> Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesionales No. 4, 2009, pág. 23.

<sup>xli</sup> Por ejemplo, países como Suecia prohíben la discriminación por razón de "la identidad o expresión de género trans" de la persona desde 2009 (véase Ley de Discriminación (*Discrimination Act*) que entró en vigor el 1 de enero de 2009). Véase también *The Gender Expression Non-Discrimination Act (GENDA)*, Estado de Nueva York, Estados Unidos. Al respecto, la Comisión Internacional de Juristas ha dispuesto: "La "percepción social", examina si los miembros de un grupo comparten o no características comunes que los identifiquen como grupo reconocible diferenciado del conjunto de la sociedad. La Directriz de la ACNUR sobre "pertenencia a un grupo social determinado" alude a las mujeres, las familias y los homosexuales como ejemplos de grupos sociales determinados reconocidos en este análisis, en función de las circunstancias imperantes en la sociedad donde existan (...). Las expresiones de la identidad podrían posiblemente estar incluidas en este enfoque. La expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando, como resultado de características como la forma de vestir, los gestos y las modificaciones del cuerpo, transforma las expectativas tradicionales de la expresión de género." Ver Directrices sobre Protección Internacional ("Pertenencia a un grupo social determinado" en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados), párr. 1. Guía para Profesionales Nro. 4. Sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la Comisión Internacional de Juristas, p. 135.

<sup>xlii</sup> Tal puede ser el caso de aquellas personas que podrían denominarse como *queer*, quienes a pesar de no reivindicarse en ninguna categoría, por su expresión de género, pueden ser socialmente designadas con una nominación por la forma en que son percibidos y percibidas, aunque no la deseen. La teórica Judith Butler, hace referencia a la "performatividad del género" para referirse a que la designación social de la identidad de género o incluso la orientación sexual, está mediada por las expresiones de las personas y cómo son ellas percibidas socialmente. Véase, *inter alia*, Judith Butler, *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*, 15 de noviembre de 1989.

<sup>xliii</sup> La Corte Interamericana en el Caso Perozo y otros vs. Venezuela señaló: "[e]s posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima." Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 380. En igual sentido, otros tribunales nacionales como el Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido dispuso en un caso "[c]onsideramos que las razones de la persecución deben ser halladas en la mente de quien persigue, no hay necesidad de diferenciar entre estas categorías. La única pregunta que necesitamos hacernos es si un individuo es miembro de un grupo social particular. Puede resultar de gran relevancia para un individuo si es homosexual o no pero, seguramente en el contexto de Jamaica, si un individuo es o no es homosexual, bisexual o asexual no es tan importante como la pregunta de si es percibido como homosexual. Hay cierta fuerza en el argumento que 'la percepción lo es todo'". *DW (Homosexual Men - Persecution - Sufficiency of Protection) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2005] UKAIT 00168, United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority, 28 November 2005, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46836aa80.html> [revisado el 21 de marzo de 2012], párr. 71 (traducción libre de la CIDH). En igual sentido, se observa la postura del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) al sostener: "[e]s la opinión del ACNUR que los homosexuales pueden estar en el ámbito de una categoría de grupo social, bien sea como parte de un grupo que tiene ciertas características en común o porque son percibidos como un grupo reconocible en la sociedad (...). Esto es ampliamente aceptado en varias jurisdicciones." UN High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation*, 3 September 2004, párr. 8, [traducción libre de la CIDH], disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html> [revisada el 21 de marzo 2012].

<sup>xliv</sup> Véanse, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1); y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

<sup>xlv</sup> La CIDH entiende que esta discriminación puede manifestarse de manera directa (intencional o “por objeto”) e indirecta (involuntaria o “por resultado”), y que ésta puede ser de facto —cuando ésta se manifiesta de hecho o en la práctica- o de jure —cuando se origina en la ley o norma.

<sup>xlvi</sup> La discriminación por sexo ha sido entendida dentro el sistema universal de protección de derechos humanos como aquella que además de incluir los rasgos biológicos-fisiológicos, incluye situaciones de discriminación por razones de género, orientación sexual, identidad de género y expresión de género. En el caso *Toonen vs. Australia* de abril de 1994, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas afirma: “el Estado parte ha solicitado la guía del Comité para aclarar si la orientación sexual puede ser considerada como “otro estatus” para los propósitos del artículo 26. El mismo aspecto puede surgir bajo el artículo 2.1 del Pacto. El Comité se limitará a señalar, sin embargo, que desde su punto de vista la referencia que se hace del “sexo” en los artículos 2.1, y 26 debe entenderse que incluye a la orientación sexual”. *Toonen v. Australia*, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) (traducción libre de la CIDH). Véase también los casos del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas: *Edward Young c. Australia* (Communication No. 941/2000), CCPR/C/78/D/941/2000, 6 August 2000) y el Señor X c. Colombia (Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005).

<sup>xlvii</sup> En este sentido se han pronunciado la Comisión y la Corte Interamericana al interpretar el artículo 1.1 de la Convención Americana. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece: “[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Véase CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de *Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile*, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párrs. 95, 105; Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 84, 85, 91, 93. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha indicado “[e]n “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual (...). Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Recomendación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20. 2009, párr. 32 (véase también párrs. 15 y 27). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la orientación sexual de una persona es un concepto que se encuentra cubierto por el Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Véase, al respecto, T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28. Véase también T.E.D.H., *Caso Cliff Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57; T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Rusia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108 (citados en Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 87). Véase en igual sentido Declaración la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos LGBT, Montreal, 26 de julio de 2006, disponible en [www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/B91AE52651D33F0DC12571BE002F172C](http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/B91AE52651D33F0DC12571BE002F172C).

<sup>xlviii</sup> Al respecto, la Corte Interamericana indicó: “Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, (...), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención”. Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

<sup>xlix</sup> Este caso versa sobre la remoción de custodia de las hijas por la orientación sexual de su madre, en violación de los derechos al debido proceso y a la no discriminación, entre otros, protegidos por la Convención Americana. Con base en su análisis, la CIDH concluyó que al haber quitado la custodia de las hijas a una madre basándose en su orientación sexual el Estado violó su derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en conjunción con el artículo 1.1, siendo que no existió nexo de causalidad lógica entre el medio de retirar la custodia y el fin de proteger el interés superior de las niñas. CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de *Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile*, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párrs. 95, 105.

<sup>i</sup> Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 84. Para un análisis de la categoría orientación sexual a partir de la jurisprudencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos véase en general, los párrafos 83-93.

<sup>ii</sup> CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de *Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile*, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 111.

---

<sup>iii</sup> La CIDH ha establecido anteriormente que el derecho a la privacidad puede estar implicado en denegar visitas íntimas a reclusas en base a la orientación sexual. En el caso de *Marta Lucía Álvarez Giraldo*, la peticionaria alegó que su integridad personal, honra e igualdad, habían sido afectados por la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima debido a su orientación sexual. Alegaba que las autoridades hicieron una distinción entre el derecho a la visita íntima de un recluso heterosexual y el de un homosexual. El Estado alegó por su parte que el permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios dado que, en su opinión, "la cultura latinoamericana es poco tolerante de las prácticas homosexuales en general". La Comisión admitió la denuncia considerando que estos hechos podrían caracterizar una violación del artículo 11(2) de la Convención Americana. Véase, CIDH, Informe N° 71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo, Colombia, 4 de mayo de 1999.

<sup>iii</sup> CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e H jas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párrs. 111 y 116.

<sup>iv</sup> CIDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 47 y CIDH, Informe No. 38/96, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párr. 91 *citados en* CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e H jas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 110. Al respecto, véase también la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Toonen v. Australia*, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), al sostener "la prohibición del comportamiento homosexual en privado está prevista en la ley, secciones 122 y 123 el Código Penal de Tasmania. En cuanto a si puede considerarse arbitraria, el Comité recuerda que de conformidad con su Observación general N° 16 [32] sobre el artículo 17, la "introducción del concepto de arbitrariedad busca garantizar que incluso las injerencias previstas por la ley deben ser acorde a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto y deben ser, en todo caso, razonables en las circunstancias". (4) El Comité interpreta que el requisito de razonabilidad implica que cualquier interferencia en la vida privada debe ser proporcional al fin perseguido y necesaria en las circunstancias de cada caso concreto. (traducción libre de la CIDH)

<sup>iv</sup> Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 161, citando la jurisprudencia de dicho Tribunal en los casos *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194 y *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C. No. 238, párr. 48.

<sup>vi</sup> CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 111 *citando a* Corte Europea de Derechos Humanos, *E.B. v. Francia*, Aplicación No. 43546/02, 22 de enero de 2008, párr. 91; Corte Europea de Derechos Humanos, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, Aplicaciones Nos. 33985/96 y 33986/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 89; Corte Europea de Derechos Humanos, *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, Aplicaciones Nos. 31417/96 y 32377/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 82; Corte Europea de Derechos Humanos, *Karner v. Austria*, Aplicación No. 40016/98, 24 de julio 2003, párr. 37.

