



FACULTADE DE DEREITO

# **EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL CONTEXTO EUROPEO**

**TFG presentado por  
Carlos Navarro Otero**

Curso académico 2016/2017

Tutor: Julio Jorge Urbina

## **PALABRAS CLAVE**

Principio de igualdad; igualdad; no discriminación; derechos humanos; derecho internacional; orientación sexual; homosexualidad; derechos LGTBI; Europa; Unión Europea.

## **RESUMEN**

La función principal del Derecho internacional de los derechos humanos es la de otorgar protección a los individuos frente al ejercicio del poder por los Estados. Por ello, las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial marcan un punto de inflexión en este ámbito, dirigiendo el interés de la comunidad internacional en la promulgación de instrumentos y declaraciones. Si bien estos primeros instrumentos recogen el principio de igualdad y la no discriminación, en sus listas de motivos no incluyen la orientación sexual como categoría protegida. También es cierto que hasta los Disturbios de Stonewall en 1969 no surge realmente el movimiento gay y este colectivo comienza a tener visibilidad.

Sin embargo, habrá que esperar hasta finales del siglo XX para que se presenten los primeros casos de discriminación por orientación sexual ante los órganos judiciales internacionales y regionales, los cuales comienzan su reconocimiento identificando orientación sexual con el derecho a la intimidad y relacionado con la discriminación por razón de sexo. Ahora bien, hoy en día parece claro que la orientación sexual es un motivo digno de protección frente a la discriminación. Así, con este trabajo, lo que se pretende es dar a conocer el desarrollo del principio de igualdad y no discriminación, especialmente por razón de la orientación sexual, en el contexto internacional y europeo.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>I.INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>II.IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>6</b>
A.INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.....	7
B.IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONTEXTO EUROPEO.....	12
A)LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA EN LA SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	13
B)LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	16
<b>III.LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CRITERIO PARA VALORAR LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....</b>	<b>21</b>
A.PROBLEMÁTICA SOCIAL QUE INFLUYE EN LA APARICIÓN DE ESTE CRITERIO.....	23
B.APARICIÓN DEL PRINCIPIO.....	26
A)DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.....	27
B)FORMULACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO POR EL TEDH.....	28
C)LA REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA.....	29
C.ALCANCE Y LÍMITES DEL PRINCIPIO EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA: LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DEL TJUE Y LA SITUACIÓN ACTUAL EN EL CONTEXTO EUROPEO.....	31
<b>IV.LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN OTROS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>35</b>
A.LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CRITERIO DIGNO DE PROTECCIÓN POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	36
B.PROTECCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	40
<b>V.CONCLUSIONES.....</b>	<b>43</b>

## I. INTRODUCCIÓN

Los seres humanos no somos ni iguales ni desiguales, lo que somos es diferentes. Esto es lo que realmente proclama el principio de igualdad, el derecho que todos tenemos por igual a ser diferentes. La diferencia es un elemento esencial de la convivencia humana pero lo es al mismo tiempo de la animal. Si bien, mientras que los animales no intentan racionalizar como viven, lo que ocurre con la convivencia humana es que descansa sobre el establecimiento de ficciones explicativas que justifican nuestras relaciones sociales, que nos dicen por qué convivimos.<sup>1</sup> Igualdad y desigualdad son ficciones explicativas que no existen en la naturaleza, lo que existe es la diferencia. No obstante, la desigualdad es una ficción más natural, goza de mayor credibilidad porque es una traducción más directa de la diferencia. La desigualdad es algo casi evidente porque es, en cierto modo, visible. Con la igualdad, sin embargo, ocurre algo distinto porque es totalmente artificial.

Igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, hay que partir de la consideración de que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos<sup>2</sup> y estos son universales y comunes a todos por el mero hecho de existir. El principio de igualdad y no discriminación constituye un principio básico relativo a la protección de los derechos humanos, hasta tal punto que, el derecho de no padecer discriminación y de gozar de igualdad en el ejercicio de los derechos supone el derecho humano más fundamental y punto de partida de los demás derechos y libertades.<sup>3</sup>

Los textos internacionales de derechos humanos, especialmente aquellos promulgados tras la Segunda Guerra Mundial, vinieron afirmando la igualdad de todos ante la Ley y la protección frente a la discriminación, recogiendo una serie de motivos prohibidos. Sin embargo, el tratamiento del principio no fue uniforme. Estos instrumentos contienen cláusulas autónomas o subordinadas, en función de si se establecía una prohibición general o solo en lo relativo a los derechos recogidos, y abiertas o restringidas, dependiendo de si los motivos discriminatorios eran o no taxativos.

Así y todo, en ninguno de los primeros tratados de derechos humanos se recogía la orientación sexual como criterio prohibido frente a la discriminación; ello a pesar de ser las

1 PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, 25.ª ed., Marcial Pons, 2016, pp. 214-219.

2 Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948, art. 1.

3 SHELTON, D., «Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, núm. 4, p. 15.

minorías sexuales uno de los colectivos más oprimidos y castigados en la historia reciente de la humanidad.

A esta categoría de minorías sexuales hacen relación principalmente dos grupos: los homosexuales y los transexuales. Si bien ambos son asimilados a esta caracterización, las diferencias entre uno y otro son claras. Así, responden respectivamente cada uno de ellos a dos motivos discriminatorios que son, por un lado, la orientación sexual y, por el otro, la identidad sexual. Por ello, por tratarse de conceptos diferentes y cuyo tratamiento ha sido diferenciado, este trabajo se va a centrar en la orientación sexual como criterio digno de protección, la cual sufre en mayor medida, como minoría que son, los homosexuales.<sup>4</sup>

La orientación sexual “se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género”.<sup>5</sup> La identidad sexual hace referencia al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo anatómico. Nada tienen que ver uno con otro y, por ello, su tratamiento jurídico y doctrinal ha sido diverso y mayormente diferenciado. Identificar la discriminación por orientación sexual con el sexo es totalmente erróneo. A pesar de ello, así comenzó su reconocimiento – incluyéndolo dentro de la categoría de discriminación por sexo – por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.<sup>6</sup> Parece más acertado, sin embargo, hacer esta asimilación con la identidad sexual del individuo y, de todas formas, una y otra siguen sin ser lo mismo.

Si bien en este trabajo nos vamos a centrar en el principio de igualdad por razón de la orientación sexual desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, especialmente, su tratamiento en Europa, es preciso apuntar ya que la situación es dispersa y variada a lo largo del globo. Así, parece pretencioso tratar la situación en Europa donde está jurídicamente bastante normalizado y la discusión se centra

---

4 Aunque se hable durante el trabajo de homosexualidad hay que tener en cuenta que la discriminación por orientación sexual abarca cualquier inclinación sexual del ser humano por uno u otro sexo, o por ninguno. Afirmar que aquellos que no presentan la “orientación sexual tradicional” son el único grupo discriminado por esta razón sería lo mismo que decir que en cuanto al sexo solo se discrimina a mujeres, lo cual es totalmente falso.

5 Preámbulo de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, marzo de 2007. Se pueden consultar en <http://www.yogyakartaprinciples.org/> (consultado a 23 de junio de 2017).

6 *Nicholas Toonen c. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

en el mayor o menor reconocimiento de derechos mientras que en múltiples países, especialmente de Asia y África, las relaciones entre personas del mismo sexo están criminalizadas, con penas que van hasta la muerte. Es por ello que se va a examinar la regulación de este principio en otros sistemas regionales de protección de derechos humanos distintos del europeo.

## II. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El principio de igualdad – ya sea la igualdad ante la ley o la igual protección de la ley sin ninguna discriminación y, obviamente, la no discriminación – constituye en sí un principio básico y fundamental para la protección de los derechos humanos. Así, la igualdad tiene que ser definida como un “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones”.<sup>7</sup> Ahora bien, la igualdad no es un derecho pues, en palabras de Pérez Royo, “el derecho a la igualdad supondría la negación de la individualidad del ser humano. Por eso ni existe ni puede existir.”<sup>8</sup> Los derechos son proyecciones de nuestra individualidad y afirmada la igualdad como tal supondría la cancelación de la individualidad del ser humano y la negación de todos sus demás derechos. El principio de igualdad establece el derecho que todos tenemos por igual a ser diferentes, es decir, está permitiendo la diferencia pero lo que no permite es la discriminación. Por ello, el contenido de la igualdad no es otro más que la prohibición de discriminación.<sup>9</sup>

Por su parte, discriminar implica seleccionar excluyendo.<sup>10</sup> El término “discriminación” viene del término latino “discriminatio” y originalmente no tenía connotación negativa, siendo sinónimo de diferenciación. Sin embargo, no todo trato diferente es discriminación. Discriminar es tratar de forma diferente a la gente en situaciones similares o igual en situaciones diferentes, sin “justificación objetiva y razonable”<sup>11</sup> para ello. Discriminar no es tratar mal.

---

7 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., 2014. Consultado en <http://dle.rae.es/>

8 PÉREZ ROYO, *Op. Cit.*, p. 214.

9 *Ibid.*, pp. 214-227.

10 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., 2014. Consultado en <http://dle.rae.es/>

11 *Burden c. Reino Unido*, núm. 13378/05, 29 de abril de 2008, párr. 60.

Igualdad y no discriminación representan un mismo principio en su vertiente positiva y negativa.<sup>12</sup> Por un lado, ser tratados de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo y, por el otro, discriminar es tratar diferente (en razón a ciertas características o por la pertenencia a determinados grupos), de forma arbitraria o injustificada, a personas que en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos. Así, es consistente con este principio que los seres humanos sean tratados de forma diferencial en tanto en cuanto existan razones para ello. Es decir, lo que recoge el principio no es que todos tengamos que ser tratados exactamente de la misma manera sino que atendiendo a nuestras diferencias debemos ser tratados de forma diferencial siempre que tal trato sea justificado.

Un tercer principio que se deriva de los anteriores es el de protección y está orientado a imponer y lograr una igualdad positiva a través de la “discriminación inversa” y “acción positiva”.<sup>13</sup> Esto es, la posibilidad de adoptar medidas que favorezcan a ciertos grupos en una situación más vulnerable o discriminatoria con la finalidad de eliminar las desigualdades existentes y la prevención de futuros desequilibrios.<sup>14</sup>

#### A. INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El derecho supone una transposición de los valores de cada sociedad. La diferencia es algo que se puede observar desde el inicio de los tiempos y, por ello, está presente ya de antiguo en los sistemas jurídicos.<sup>15</sup> Ya en el Derecho romano uno nacía libre o esclavo, ciudadano o extranjero, hombre o mujer. En este sentido se puede afirmar que se ha dado un progreso moral,<sup>16</sup> de modo que, situaciones que otras sociedades consideraban normales ya no lo son.

Como ya se ha apuntado, discriminar no es tratar diferente sino hacerlo de manera injustificada. Así, la dificultad que presenta este principio es determinar cuáles son aquellos caracteres o atributos que son pertinentes y qué razones son suficientes para hacer

---

12 BAYEFSKY, A., «El Principio de Igualdad o no Discriminación en el Derecho Internacional», *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, 1990, núm. 1-2, p. 2.

13 RABOSI, E., «Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1999, núm. 7, p. 177.

14 Comisión Internacional de Juristas, *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Guía para profesionales núm. 4, 2009, pp. 38-39.

15 RABOSI, *Op. Cit.*, pp. 177-178.

16 *Ibid.*, p. 178.

distinciones basadas en tales criterios. De este modo, la protección frente a la discriminación y la igualdad se ha abordado de manera diferenciada en los distintos textos o instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ello, es preciso hacer un repaso de la aproximación que algunos de ellos dan de estos conceptos.

Ya en 1776 en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, redactada por Thomas Jefferson, se proclamaba la igualdad como verdad evidente.<sup>17</sup> Paralelamente, en Europa, las teorías de Montesquieu y Rousseau fueron fundamentales en el contexto revolucionario francés. Si bien nos interesan más las ideas del segundo quien proclamó la necesidad de una sociedad basada en la igualdad absoluta ante la ley en la cual los ciudadanos someten su voluntad individual a la colectiva en aras de alcanzar un bienestar común.

La igualdad era una de las tres máximas revolucionarias francesas y así se plasmó en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. En primer lugar, hay que destacar el art. 1 que dispone que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos y que las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. En segundo orden, el art. 6 de la Declaración proclama la igualdad formal.<sup>18</sup> Así, establece que la Ley “debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes.”

Thomas Paine sostuvo que la desigualdad de los derechos ha sido la causa de todos los disturbios, insurrecciones y guerras civiles que han acaecido.<sup>19</sup> La experiencia de la Segunda Guerra Mundial y las secuelas de esta, la muerte de millones de personas y el

---

17 Preámbulo de la Declaración de Independencia de Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776: Sostenemos como evidentes estas verdades: que los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

18 La dicotomía entre igualdad formal e igualdad material representan, respectivamente, el punto partida y el de llegada. Igualdad formal es igualdad ante la ley y aparece como oposición a la sociedad dividida en clases con personas con diferente estatus legal. Es el igual trato ante las situaciones iguales, es decir, la aplicación de las mismas consecuencias jurídicas a situaciones que sean iguales; mientras que igualdad material implica la aplicación de diferentes consecuencias jurídicas a situaciones que no son iguales. A su vez, la primera aparece en la práctica a través de la prohibición de discriminación, con medidas negativas, y, la segunda, con medidas u acciones positivas. (CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, 2004, núm. 8, pp. 1-4).

19 RABOSSO, *Op. Cit.*, p. 178.

intento de exterminio de grupos minoritarios hizo que la comunidad internacional dirigiera su interés hacia el establecimiento de los derechos humanos en declaraciones y pactos internacionales. Ya no bastaba con la incorporación de derechos en los textos constitucionales sino que era preciso el reconocimiento y supervisión de ellos, más allá del ámbito interno de cada Estado.<sup>20</sup>

En este contexto se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, la cual, entre cuyos propósitos figura fomentar relaciones de amistad entre las naciones basadas en el respeto a los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos y realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.<sup>21</sup> Es más, casi sistemáticamente, cada vez que en la Carta aparece la expresión “derechos humanos y libertades” se sigue de la frase “sin discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión”; si bien se ha ampliado considerablemente esta lista de motivos.<sup>22</sup>

El primer gran hito en la labor de la ONU a favor de la protección de los derechos humanos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) en París el 10 de diciembre de 1948. Esta comienza en su preámbulo con la afirmación de que la dignidad intrínseca y los “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” son la base de la libertad, justicia y paz en el mundo. Además, ya en su artículo primero proclama la libertad e igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos por el mero hecho de su nacimiento y, añade en su artículo segundo, que toda persona tiene los derechos y libertades recogidos en la Declaración “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” Es una cláusula subordinada pues se aplica en tanto lo dispuesto a lo largo del texto pero abierta al mismo tiempo pues parece claro que se trata de una lista ilustrativa, tal y como se extrae de la utilización de los términos “sin distinción alguna”<sup>23</sup> y “cualquier otra condición”.

---

20 TORRES, J.L., «Naturaleza e historia de los Derechos Humanos», *Espiga*, Vol. 3, 2002, núm. 5, p. 6.

21 Carta de las Naciones Unidas, de 26 de Junio de 1945, art. 1.

22 SHELTON, *Op. Cit.*, p. 17.

23 Adviértase que en la versión en inglés se emplean las palabras “without discrimination of any kind, *such as*”, que se traduciría como “tales como”, y no simplemente “sin distinción alguna de” como en la española; lo cual nos muestra aun más el carácter ejemplificador del precepto.

Otras manifestaciones del principio en la Declaración son el artículo 7 que establece la igualdad ante la ley y el derecho igual a la protección de la ley sin distinción, así como, el derecho igual a la protección contra toda discriminación y contra la provocación a la discriminación. Se complementa con el art. 10 que proclama el derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial “en condiciones de plena igualdad”. Por último, el art. 16 trata la igualdad de los hombres y mujeres en cuanto al matrimonio y, el art. 23 garantiza a todos el derecho a igual salario por trabajo igual.<sup>24</sup>

Hay otros dos instrumentos proclamados por las Naciones Unidas que es menester tratar aquí y son los Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York y que conforman, junto con sus protocolos facultativos y la DUDH, lo que se ha llamado Carta Internacional de los Derechos Humanos. Dichos textos son, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos aprobados el 19 de diciembre de 1966. Estos Pactos sí son instrumentos jurídicamente obligatorios, que imponen a los Estados que los suscriben y ratifican la aceptación de los procedimientos de aplicación en ellos previstos y la obligación de presentar informes sobre el cumplimiento de lo dispuesto en ellos.

Del PIDCP vamos a destacar dos preceptos. En primer lugar, el art. 2.1 establece una cláusula subordinada de igualdad de modo que únicamente prohíbe la discriminación en relación con los derechos y libertades contemplados en el Pacto. Sin embargo, el art. 26 establece una norma de igualdad autónoma y así lo ha dicho el Comité de Derecho Humanos en su Observación General núm. 18 relativa a la no discriminación. A tal efecto, dispone el Comité que este precepto no se limita a repetir la garantía del artículo segundo sino que impone una obligación a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de las mismas y prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera de la actuación de las autoridades públicas<sup>25</sup>. En definitiva, que no se limita a los derechos enunciados en el Pacto.

Asimismo, este artículo 26 ha sido objeto de comentario por el Comité de Derechos Humanos en lo relativo a los motivos de discriminación citados o, dicho de otra

---

24 SHELTON, *Op. Cit.*, pp. 17 – 18.

25 Observación General núm. 18. del Comité de Derechos Humanos, no discriminación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 37º período de sesiones, 10 de noviembre de 1989.

manera, en cuanto a si se trata o no de una disposición de igualdad o no discriminación abierta o, en su caso, restringida. A tal efecto, en *Gueye contra Francia*<sup>26</sup> el Comité estableció la existencia de violación del art. 26, declarando que la discriminación en razón de la nacionalidad adquirida por independencia está incluida dentro de la expresión “otra condición social”.<sup>27</sup> Por lo tanto, se deduce de las palabras del Comité que sí existe una limitación en cuanto a los motivos cubiertos por el art. 26. Así, la protección de este precepto solo se extiende a los motivos enumerados en el mismo o a los que entran dentro de la consideración de “otra condición social”.<sup>28</sup>

Por su parte, el art. 2.2 del PIDESC repite lo dispuesto en otros instrumentos internacionales con respecto al principio de igualdad y no discriminación. Sobre este precepto se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su Observación General núm. 20, de la cual destacamos lo dispuesto con respecto a la discriminación basada en “cualquier otra condición social”, pues esta como observa el Comité, “exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2”<sup>29</sup>. Así, recoge el Comité una lista que, como bien apunta, no es exhaustiva, de motivos adicionales como son la discapacidad, edad, nacionalidad, orientación sexual e identidad de género, entre otros.

Además, dentro del sistema de las Naciones Unidas hay cuatro tratados internacionales de gran importancia que afirman la no discriminación con respecto a los grupos que son objeto de especial protección en cada una de ellas. Estas son: el Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (CERD); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (CEDAW); la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y; por último, la Convención sobre los derechos de las personas con

---

26 *Ibrahima Gueye y otros c. France*, Comunicación N.º 196/1985. U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989).

27 SHELTON, *Op. Cit.*, p. 30.

28 BAYEFISKY, *Op. Cit.*, p. 14.

29 Observación General núm. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. 42ª periodo de sesiones, 4 de mayo de 2009.

discapacidad,<sup>30</sup> hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

En definitiva, uno de los objetivos principales del Derecho internacional de los derechos humanos es otorgar protección a la personas, especialmente a través de la adopción de tratados en los que se recogen catálogos de derechos humanos. Los cuales, presentan como elemento común la afirmación de la igualdad y la prohibición de discriminación.

Sin embargo, todas las leyes hacen distinciones, incluso aquellas que son aparentemente neutrales. La no discriminación como principio de justicia distributiva implica tratar equitativamente a aquellos que se encuentran en una situación igual y dar un trato no igualitario a aquellos que se encuentran en una situación diferente. Ahora bien, el problema es determinar qué atributos son pertinentes para establecer diferenciaciones.<sup>31</sup> A tal efecto, los tratados de derechos humanos establecen listas con motivos prohibidos de discriminación, dando así una idea de qué características son tendentes a generar en mayor medida situaciones discriminatorias y que, por ello – para su protección –, van a precisar un tratamiento diferenciado.

Así, en los primeros tratados se incluyen, principalmente, como características protegidas la raza, el sexo, la religión, opinión política, la posición económica o social y la nacionalidad, principalmente. No obstante, la jurisprudencia y la legislación han venido desarrollando otras causas, especialmente, por razón de edad, discapacidad y orientación sexual.

## **B. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONTEXTO EUROPEO**

En el ámbito europeo no se puede hablar de un sistema normativo paneuropeo en materia de no discriminación sino que este es resultado de la combinación de diversos marcos.<sup>32</sup> Por tanto, en este contexto, hay que diferenciar el papel del Consejo de Europa por un lado y, por otro, el de la Unión Europea. Mientras que el primero recoge en el Convenio Europeo de Derechos Humanos el principio de igualdad y la no discriminación,

---

30 De esta Convención es especialmente relevante la expresión “personas con discapacidad” pues se pone énfasis en la condición de persona. Es decir, que no se es discapacitado sin más sino que en primer lugar se es persona.

31 BAYEFKY, *Op. Cit.*, pp. 15-16.

32 *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Consejo de Europa, 2010, p. 12.

de modo semejante a otras declaraciones internacionales, en los Tratados Constitutivos no se pretendía formular el clásico principio sino impedir que la discriminación por nacionalidad dificultase el funcionamiento del mercado común y por ello no se recoge.

Si bien, actualmente los dos sistemas están estrechamente vinculados y se refuerzan mutuamente,<sup>33</sup> en lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos, las características protegidas frente a la discriminación son abiertas y pueden ir desarrollándose caso por caso. Sin embargo, en cuanto a la Unión Europea, conforme a sus directivas sobre discriminación, las características se limitan únicamente al género, el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la religión y las creencias, y la orientación sexual.<sup>34</sup>

**a) La labor del Consejo de Europa en la salvaguardia del principio de igualdad y no discriminación**

El Consejo de Europa (CdE) es una organización intergubernamental constituida tras la Segunda Guerra Mundial, en mayo de 1949, con la finalidad, entre otras, de promover la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social. Para la consecución de sus fines, el 4 de noviembre de 1950 se adoptó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este instrumento, pionero en cuanto a los tratados de derechos humanos derivados de la DUDH, impone a sus miembros la obligación de garantizar los derechos por él proclamados no solo a sus ciudadanos sino a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Para encargarse de su cumplimiento, se creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>35</sup>

De la CEDH, en relación con la prohibición de discriminación, interesan el art. 14 y el Protocolo núm. 12. El art. 14 de la Convención garantiza la igualdad en el goce de los derechos y libertades reconocidos por la misma. Del tenor literal del precepto se extrae, en primer lugar, que no se trata de un derecho autónomo. En esta línea se ha pronunciado repetidamente el Tribunal sosteniendo que el art. 14 complementa a las otras provisiones

---

33 *Ibid.*, pp. 17-18.

34 *Ibid.*, p. 124.

35 CASTILLO DAUDÍ, M., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Valencia, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2006, pp. 111-119.

de la Convención y los Protocolos y que, por tanto, no tiene existencia independiente pues es solo aplicable en relación al “goce de los derechos y libertades” salvaguardados por estas. Aunque la aplicación del art. 14 no presupone la violación de estas provisiones – y en este sentido es autónoma –, no puede haber lugar para su aplicación a menos que los hechos en cuestión entren dentro del ámbito de uno o varios de estos últimos.<sup>36</sup>

Por tanto, la prohibición de discriminación de este artículo solo se aplica en relación con otro derecho reconocido por el Convenio o los Protocolos pero, para que se infrinja esta prohibición, no es preciso que, a su vez, se esté dando una violación de otro derecho individualmente considerado sino que es suficiente que se discrimine dentro del ámbito de uno de los derechos garantizados por el Convenio. Así, en el caso *Schmidt contra Alemania*, el Tribunal afirmó que la obligación impuesta solo a los hombres de servir en el cuerpo de bomberos (o pagar un impuesto por el servicio) no suponía de una violación del art. 4.3.d) que prohíbe el trabajo forzoso pero sí una discriminación de sexo y, por ello, una violación del art. 14 en relación con este artículo.<sup>37</sup> Es decir, no se estaba violando uno de los derechos reconocidos por la Convención pero sí se estaba discriminando con respecto a uno de ellos.

Además, conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una cláusula subordinada de no discriminación tiene que ser interpretada de forma sistemática con el conjunto de cada uno de los derechos y libertades reconocidos, completándolos como parte integral de todos ellos.<sup>38</sup> En segundo término, la lista de razones de discriminación que provee el art. 14 (sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento) no es exhaustiva, es más de las expresiones “such as” (como) y “or other status” (u otra situación) se extrae que es meramente ilustrativa.<sup>39</sup>

El art. 14 en su versión en castellano dispone que el goce de los derechos y libertades tiene que ser asegurado “sin distinción alguna”, en el mismo sentido que la

---

36 *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, núm. 13580/88, 18 de julio de 1994, párr. 22.

37 *Ibid.*, párr. 29.

38 *Asunto relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, núm. 1677/1962, 1691/1962 y 1474/1962, 23 de julio de 1968, párr. 8.

39 En la versión en castellano se establece la no discriminación “especialmente por razones de” que, si bien no es tan ejemplificador como el “such as” de la versión en inglés, hay que poner énfasis en el adverbio “especialmente”. Es decir, no dispone que sea solo por las razones que aparecen a continuación, sino que *especialmente* por esas “o cualquier otra situación”, expresión con la que finaliza el precepto.

versión francesa “sans distinction aucune”. Sin embargo, desde el caso lingüístico belga,<sup>40</sup> el Tribunal prefiere la expresión en inglés “without discrimination” (sin discriminación), entendiendo igualdad como no discriminación y, por tanto, que el artículo 14 no está prohibiendo cualquier diferencia o distinción de trato, pues no todo tratamiento diferente implica una violación de la Convención sino que lo que es incompatible es tratar diferente cuando implique trato discriminatorio.

En relación a lo anteriormente expuesto sobre el art. 26 PIDCP, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos lo han interpretado en el mismo sentido que el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, es decir, como un listado abierto.<sup>41</sup>

Así y todo, como ya se matizaba al inicio de este trabajo cuando se definía la discriminación, tratar diferente a personas en situaciones similares sin una “justificación objetiva y razonable” es discriminatorio siempre que no se persiga un fin legítimo o no sean razonablemente proporcionados los medios utilizados con el fin perseguido.<sup>42</sup>

En definitiva, desde el asunto lingüístico belga, se establecen tres criterios para valorar si hay discriminación en conjunto con otro derecho de la Convención, a saber: tiene que darse una diferencia de trato entre personas en una situación similar, que esa diferenciación en el trato no tenga una justificación objetiva y razonable y que no haya una razonable relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados.<sup>43</sup>

En cuanto al Protocolo núm. 12 de la Convención, este repite la prohibición de discriminación en un lenguaje casi idéntico al del art. 14 pero con la gran diferencia de que establece un derecho autónomo. Esto es, no está únicamente sujeto a los derechos garantizados por la Convención pues asegura el goce de los derechos reconocidos “por la ley”.<sup>44</sup> Además, el art. 1.2 del Protocolo establece la prohibición de discriminación por parte de las autoridades públicas. A este respecto, el Tribunal ha afirmado que el Protocolo “introduce una prohibición general de discriminación”,<sup>45</sup> garantizando la igualdad de trato

---

40 *Asunto relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, núm. 1677/1962, 1691/1962 y 1474/1962, 23 de julio de 1968, párr. 10.

41 BAYEFISKY, *Op. Cit.*, pp- 4-6.

42 *Burden c. Reino Unido*, núm. 13378/05, 29 de abril de 2008, párr. 60.

43 SHELTON, *Op. Cit.*, p. 23.

44 Art. 1.1 del Protocolo núm. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre del 2000.

45 *Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina*, núm. 27996/06 y 34836/06, 2009, 29 de diciembre de 2009,

en el disfrute de cualquier derecho, incluso en la aplicación del derecho nacional. A pesar de esto, el Protocolo no ha sido ratificado por todos los Estados que forman parte del Consejo.<sup>46</sup>

Por último, es preciso señalar que la no discriminación también constituye un principio rector de numerosos documentos del Consejo de Europa. A tal efecto, la versión de 1996 de la Carta Social Europea incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, así como la protección de la discriminación por razón de sexo. Hay que tener también en cuenta otros textos que protegen frente a la discriminación como el Convenio Marco para la Protección de Minorías Nacionales, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Oficiales o el Protocolo al Convenio sobre la Ciberdelincuencia.<sup>47</sup>

## **b) La no discriminación en el marco del Derecho de la Unión Europea**

En los inicios del proceso de integración europea la preocupación de los Estados no era formular el clásico principio de igualdad y no discriminación, tal como se plasmó en el art. 14 de la CEDH, sino impedir que la discriminación por nacionalidad dificultase el libre funcionamiento del mercado común. Por ello no aparece en los Tratados constitutivos.<sup>48</sup>

El primer germen de la política comunitaria en materia de igualdad fue en lo referente a la discriminación por razón de sexo y se circunscribe al ámbito laboral, concretamente, a la igualdad en la retribución que garantizaba el art. 119 TCE (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea). Sin embargo, con el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, podemos hablar de un salto cualitativo en materia de igualdad y no discriminación en la Unión Europea, al establecer las causas clásicas del constitucionalismo moderno como son el sexo, el origen racial o étnico, religión o

---

párr. 53.

46 Este tan solo ha sido ratificado por 20 Estados y otros 18 lo han firmado. La lista de Estados puede consultarse en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures> (consultado a 17 de abril de 2017).

47 *Manual de legislación europea contra la discriminación, Op. Cit.*, p. 13.

48 PRECIADO DOMENECH, C.H., *Igualdad y no discriminación en el Derecho de la Unión Europea*, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 11.

convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 6 A).

Con el Tratado de Lisboa, de 13 de febrero de 2007, se modifica el Tratado de la Unión Europea (TUE) y se crea uno nuevo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que sustituye al TCE. En primer lugar, en relación al TUE, la igualdad aparece como uno de los valores que fundamentan la actual Unión Europea, los cuales son comunes en una sociedad caracterizada, entre otras cosas, por la no discriminación, la tolerancia, y la igualdad entre mujeres y hombres (art. 2 TUE); y se fija entre los objetivos de la Unión combatir la discriminación y fomentar la igualdad entre mujeres y hombres (art. 3 TUE). A ello se añade que en el art. 9 se establece el principio de igualdad de trato ante la ley y el art. 21 dispone que la igualdad es un principio informador de la acción internacional de la UE.

En segundo lugar, con respecto al TFUE, en su art. 8 se fija como objetivo para todas las actuaciones de la UE eliminar las desigualdades y promover la igualdad del hombre y la mujer. Además, en cuanto a la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión, dice que esta tratará de luchar contra toda discriminación por razón de “sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (art. 10 TFUE). Asimismo, la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento, bajo la rúbrica “no discriminación y ciudadanía de la Unión” se dedica justamente a eso, a la discriminación por razón de nacionalidad de la ciudadanía de la UE.

Aunque los Tratados constitutivos no incluían inicialmente ninguna referencia a los derechos humanos, se comenzaron a plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) asuntos relativos al incumplimiento estos derechos humanos. Así, se pone de manifiesto la necesidad de una regulación en este sentido que tendrá que esperar hasta la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).<sup>49</sup> Esta Carta contiene una lista de derechos humanos similar a los derechos de las constituciones de los Estados miembros, el CEDH y los tratados universales de derechos humanos.<sup>50</sup> Así, del Título III relativo a la Igualdad (arts. 20-26) CDFUE destaca el art. 21 estableciendo una lista abierta de motivos al establecer la prohibición de toda discriminación. También se regula en estos preceptos la igualdad ante la ley, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del

---

49 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

50 *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Op. Cit., pp. 15-16.

menor y los de las personas mayores, así como la integración de las personas discapacitadas.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE adquirió carácter vinculante, es decir, es de obligado cumplimiento por las Instituciones y los Estados miembros, aunque estos últimos solo cuando apliquen Derecho de la UE y, de todas formas, algún Estado no acepta su obligatoriedad (Gran Bretaña, Polonia y la República Checa).<sup>51</sup>

En lo que atañe al Derecho derivado, existen numerosas Directivas en materia de igualdad y no discriminación. Por no hacer este análisis demasiado prolijo, se va a proceder a mencionar cuatro de ellas que quizás sean las más relevantes; sin perjuicio del ulterior apunte de las notas más características del Derecho de la Unión que se extrae de este marco normativo.

Así, cabe destacar dos directivas del año 2000 que son la de igualdad racial<sup>52</sup> y la de empleo y ocupación,<sup>53</sup> que prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual, creencias religiosas, edad y discapacidad en el acceso al empleo y la ocupación; además, la Directiva de 2006<sup>54</sup> que regula este tema en relación a la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres y; finalmente, la Directiva de 2004, también referente a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, pero en cuanto al acceso a bienes y servicios.<sup>55</sup>

En cuanto a los caracteres de la igualdad de trato y no discriminación, en primer lugar, la igualdad constituye un valor de la UE que, si bien parece más amplio que la prohibición de discriminación, uno y otro parecen identificarse.<sup>56</sup> La igualdad de trato, además, exige que no se traten de manera diferente situaciones similares, ni manera idéntica situaciones diferentes. No obstante, hay que distinguir entre la igualdad formal que

---

51 *Ibid.*, p. 16.

52 Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L180, 19.7.2000).

53 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L303, 2.12.2000).

54 Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L204, 26.7.2006).

55 Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L373, 21.12.2004).

56 *E.g.*, art. 2 de la Directiva 2000/78/CE cuando dispone que se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta.

es el punto de partida y se agota en la igualdad de trato, de la igualdad material como objetivo, es decir, la no discriminación.<sup>57</sup>

Por otra parte, el Derecho de la Unión no da un tratamiento uniforme a los conceptos de igualdad de trato y no discriminación, lo que se deriva en un régimen jurídico disperso y diferenciado en cuanto a las causas de discriminación. Por ello, la tutela antidiscriminatoria es fragmentaria en cuanto a sus causas y ámbitos y los motivos taxativos y jerarquizados. Se protege especialmente en cuanto al género y la raza. Estas categorías cuentan con una tutela general e incondicionada (y con efecto directo en cuanto al sexo), mientras que la única excepción para discriminar es el requisito profesional esencial y determinante. En cuanto a la orientación sexual, por ejemplo, solo se tutela en el ámbito del empleo y la ocupación y a la excepción de las anteriores se le suma la de la seguridad pública.

Además, la tutela contra la discriminación es en cierto modo potestativa pues, con arreglo al art. 19 TFUE, el Consejo “podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.<sup>58</sup> En relación con este precepto hay que señalar que, al contrario que el art. 21 de la Carta que establece una lista abierta de motivos, el TJUE ha manifestado, en el asunto *Chacón Navas*,<sup>59</sup> el carácter limitado de los motivos expresados.<sup>60</sup>

En general, la jurisprudencia del TJUE en materia de igualdad de trato se caracteriza por su tendencia expansiva. Destaca el pronunciamiento del Tribunal en la sentencia *Mangold*<sup>61</sup> en la cual afirma que el principio de no discriminación por razón de edad tiene que ser considerado como un principio general del Derecho de la Unión.<sup>62</sup> Así, el Tribunal compensó la ausencia de efecto directo horizontal de la Directiva 2000/78 reconociéndole efecto directo al principio general del Derecho. De este modo, el TJUE ampara una nueva categoría de normas de la UE que son las “directivas que concretan

---

57 PRECIADO DOMENECH, *Op. Cit.*, p. 26-27.

58 *Ibid.*, p. 27.

59 As. C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, párr. 56.

60 REQUENA CASANOVA, M., «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, núm. 40, p. 771.

61 As. C- 144/04, ECLI:EU:C:2005:709, párr. 75.

62 REQUENA CASANOVA, *Op. Cit.*, p. 773.

principios generales, pero también fortalece el alcance y contenido del principio de igualdad de trato del art. 19 TFUE, aun cuando esta disposición carezca de contenido directo”.<sup>63</sup> Si bien, este pronunciamiento no estuvo desprovisto de críticas y en el siguiente asunto (*Chacón Navas*) el TJUE realizó una interpretación más restrictiva, mientras que en el asunto *Coleman/Attridge Law*<sup>64</sup> hizo una interpretación finalista de la discriminación por discapacidad.<sup>65</sup>

Resumiendo, la labor del tribunal se ha centrado principalmente en manifestaciones específicas (como la edad o la raza) del principio general de igualdad de trato, haciendo una amplia interpretación de este y reforzando su alcance y contenido. Con todo, en razón de la legislación de la Unión, esta tutela judicial se funda en unos motivos jerarquizados, estableciendo el alcance material de las prohibiciones y los diferentes niveles de justificación de las diferencias de trato admisibles.<sup>66</sup>

Recapitulando, el Convenio Europeo de Derechos Humanos presenta una lista abierta de motivos protegidos, no obstante, no se puede reclamar exclusivamente al amparo del art. 14 CEDH sino que tiene que ponerse en relación con alguno de los derechos del Convenio, en contraposición con el Protocolo núm. 12 del CEDH que sí establece un derecho independiente. Sin embargo, la protección al amparo de las directivas de la UE es dispar. La discriminación por sexo, raza y origen étnico está prohibida en el acceso al empleo, el sistema de bienestar social (aunque por razón del sexo solo a la seguridad social) y los bienes y servicios; mientras que por discapacidad, edad, orientación sexual y religión o creencias se limita en el acceso al empleo.<sup>67</sup>

En conclusión, cabe afirmar que el ámbito de aplicación del CEDH, en comparación con las directivas de la UE, es considerablemente más amplio, tanto en los derechos contenidos como en la interpretación de los mismos.

---

63 *Ibid.*, p. 791.

64 As. C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

65 Este asunto trata acerca del despido discriminatorio a una trabajadora por tener que cuidar de su hijo discapacitado. En el caso se aborda lo que se conoce como discriminación por asociación que se da cuando una persona es tratada de manera menos favorable por su relación o la asociación con otra, la cual presenta una característica o motivo prohibido frente a la discriminación. El tribunal, por tanto, amplía la prohibición de discriminación por discapacidad de modo tal que no se limita a aquellas personas discapacitadas exclusivamente.

66 REQUENA CASANOVA, *Op. Cit.*, p. 792.

67 *Manual de legislación europea contra la discriminación*, pp. 88-89.

### III. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CRITERIO PARA VALORAR LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Llegados aquí, es necesario retomar las ideas en relación a cuando hablábamos de la igualdad, la desigualdad y la diferencia y decíamos que la desigualdad era más creíble como ficción explicadora de la convivencia humana porque era algo más visible. Pues bien, algo similar ocurre con la discriminación por orientación sexual. Y esto es así porque, frente a otras causas de discriminación como pueden ser la raza, el sexo o la edad, la orientación sexual no es algo que sea visible y, por ello, resulta más difícil de comprender, como pasaba con la igualdad. Es decir, se trata de un factor oculto en la medida en que supone una preferencia de la persona y no algo externamente visible. No obstante, otros criterios tradicionales de protección frente a la discriminación como son la religión o la ideología política también lo son. Ahora bien, lo que sucede es que la orientación sexual afecta a algo tan íntimo como es la vida afectiva.

La homosexualidad es algo que ha existido siempre<sup>68</sup> y que ni siquiera supone una peculiaridad propia de las relaciones humanas pues está más que demostrado que estas prácticas tienen lugar en todo el conjunto del reino animal. Obviamente, el tratamiento a los homosexuales no ha sido uniforme en todo el mundo pero se puede afirmar que históricamente ha venido marcado por dos notas características: la ignorancia y la persecución. De este modo, las prácticas homosexuales han sido penalmente castigadas durante siglos en la mayoría de países, y lo siguen siendo en muchos lugares; son las víctimas más olvidadas del Holocausto nazi<sup>69</sup> y; perseguidos por los regímenes comunistas.<sup>70</sup>

La lucha de los colectivos homosexuales en busca de protección se ha enfrentado principalmente a dos factores, por un lado, científico y, por el otro, social. En cuanto a la ciencia, la homosexualidad fue considerada muchos años como un vicio, una perversión sexual y, posteriormente, como una enfermedad. Especial relevancia tuvieron informes

---

68 Se tiene conocimiento de que en Mesopotamia, la antigua Grecia y Roma o Asia oriental, como China o la India, se daban prácticas sexuales, incluso de manera frecuente, entre personas del mismo sexo, especialmente hombres.

69 Por aplicación de la ley 1935 sobre “la protección de la sangre y el honor alemanes” fueron internados cerca de doscientos mil homosexuales en los campos de concentración nazis donde eran identificados con un triángulo rosa que tenían que llevar obligatoriamente (KIPER, C. M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Buenos Aires., Hammurabi, 1998, p. 389).

70 RIVAS VAÑÓ, A., Y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., «Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 1999, núm. 52, p. 5.

científicos como el de Alfred Kinsey, quien realizó una escala que establecía siete grados de tendencia sexual desde la más estricta heterosexualidad a la homosexualidad, teniendo como resultado que la mayor parte de la población manifestaba tendencias bisexuales. Sin embargo, no fue hasta 1990 que la Organización Mundial de la Salud la excluyó del catálogo de enfermedades mentales. Actualmente, la ciencia se inclina más por la teoría de que se trata de un fenómeno determinado por factores genéticos, sociales y culturales.

En segundo lugar, por lo que respecta a los factores sociales, ha jugado un papel determinante la religión en el reconocimiento del derecho a la orientación sexual. De este modo, en el mundo occidental, las grandes religiones monoteístas condenan como inmoral cualquier práctica sexual que no esté dirigida a la procreación. De todas formas, la sociedad heteropatriarcal<sup>71</sup> ha venido estigmatizando en mayor medida al homosexual varón ligándolo a una serie de tópicos y prácticas como la pederastia, el sadomasoquismo o las orgías; mientras que la homosexualidad femenina ha sido la gran ignorada.

En definitiva, aquí no nos interesa el por qué de la homosexualidad sino la discriminación por orientación sexual como algo existente en la sociedad y digno de protección por el ordenamiento jurídico. Repitiendo la definición que se daba al inicio de este trabajo, el concepto de orientación sexual “se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género”.<sup>72</sup> La orientación sexual es, por tanto, un concepto diferente a otros relacionados con la sexualidad como es el sexo biológico o la identidad de género (transexualidad y/o hermafroditismo) y los roles sociales de género,<sup>73</sup> es decir, las normas de comportamiento o actitudes que las distintas culturas asocian a la pertenencia a uno u otro sexo.

---

71 El término heteropatriarcado hace referencia al sistema que se premia a los hombres heterosexuales con respecto a los demás sexos y orientaciones. La palabra patriarcado, además, acentúa la visión del pater familias como aquel bajo quien están sometidos los demás. Por tanto, el heteropatriarcado supone el sistema tradicional de dominación masculina en el que los hombres heterosexuales reciben privilegios sociales por su heteronormatividad.

72 Preámbulo Principios de Yogyakarta.

73 El término “sexo” se refiere a diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” a las identidades y atributos construidos socialmente y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas (Recomendación General núm. 28, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 16 de diciembre de 2010, párr. 5).

A mi entender, se debería hablar simplemente de sexo en vez de género masculino o femenino pues el sustantivo género está más asociado, y debería estar excluido, a las cosas, mientras que el sexo a la condición biológica del ser humano.

Transexual es aquel que no está conforme con su sexo biológico o endocrino y siente la pertenencia al sexo opuesto.<sup>74</sup> En este caso no se trata de orientación sexual sino de identidad sexual<sup>75</sup>. Por su parte, hay que diferenciar estos dos de otra categoría, que es la intersexual o hermafrodita – palabra que viene del hijo entre Hermes y Afrodita que tenía dos sexos por igual<sup>76</sup> –, que supone la discrepancia entre su sexo y sus genitales, con variantes entre uno y otro. A su vez, tampoco debe confundirse homosexualidad, y aun menos transexualidad, con travestismo que es la tendencia a vestirse con ropas propias del sexo opuesto pero sin presentar dudas acerca del propio.

#### A. PROBLEMÁTICA SOCIAL QUE INFLUYE EN LA APARICIÓN DE ESTE CRITERIO

La orientación sexual como criterio de protección por el principio de igualdad y no discriminación viene de la mano de la aparición de los movimientos activistas en pro del reconocimiento de derechos a los homosexuales, especialmente en aras a la despenalización, el reconocimiento del matrimonio y la adopción en condiciones de igualdad.

Las leyes contra la homosexualidad han sido muy variadas en función del tiempo y lugar. En ocasiones se reprimía toda relación sexual entre personas del mismo sexo, otras tan solo la homosexualidad masculina y, en algunos supuestos la sodomía y otras únicamente la pederastia. También varía la legislación en cuanto al medio, es decir, en función de si se da en privado o en una esfera más pública de la sociedad. En Inglaterra se mantuvo la pena de muerte hasta 1861, en algunos Estados de EE.UU. se castigaba con castración – aunque solo para casos de pederastia –, encarcelamiento prolongado y eventualmente cadena perpetua en hasta cinco Estados y, en ciertos países socialistas, con internamiento en centros psiquiátricos. Sin embargo, a finales del siglo XIX surgen movimientos en favor de la libre orientación sexual y algunas voces que claman que la homosexualidad no debe ser penada y así, en América del Norte y Europa, se fue dando durante el siglo XX una tendencia a la despenalización y dejó de considerarse delito la

74 KIPER, *Op. Cit.*, p. 387.

75 Adviértase, que justamente el hecho de identificarse con uno u otro sexo no implica que la orientación sexual sea la “socialmente propia” de este. Es decir, que un transexual puede ser a su vez homosexual. Es homosexual, por ejemplo, un transexual hombre – aquel cuyo sexo biológico era femenino pero siente como propio el masculino – el que se siente sexual y afectivamente atraído por los de su mismo sexo, esto es, por hombres.

76 KIPER, *Op. Cit.*, p. 388.

homosexualidad entre adultos en 1930 en Suecia, en 1967 en Gran Bretaña, 1969 en la República Federal Alemana, al año siguiente en Finlandia y en el 71 en Austria, Francia y Noruega.<sup>77</sup>

Al finalizar el siglo XIX surgen en Alemania asociaciones contra la despenalización de la homosexualidad. Entre la Primera Guerra Mundial y el ascenso de los nazis en el poder, durante el periodo de la República de Weimar, se dio una gran libertad a hombres y mujeres, originando “el movimiento de reivindicación de los derechos de los homosexuales más enérgico del mundo”.<sup>78</sup> En muchas ciudades alemanas la vida gay nocturna era tolerada y el número de publicaciones de este tipo fue en aumento, como podemos observar a través de las novelas de Christopher Isherwood. Hasta el punto de que hay historiadores que afirman que en el Berlín de 1920 había muchas más publicaciones y bares de ambiente que en el Nueva York de seis décadas después.<sup>79</sup> Sin embargo, con el ascenso de los nazis al poder esta situación desaparece por completo.

Después de la Segunda Guerra Mundial, y hasta la década de los 60, tiene lugar el movimiento homófilo.<sup>80</sup> Destacan dos organizaciones en Estados Unidos: Mattachine Society que empezó a actuar en 1950 y, cinco años más tarde, Daughters of Bilitis (DOB). Ahora bien, las actuaciones de estos grupos resultaron demasiado tímidas, sobre todo en relación a lo que vino después.

Así, el movimiento gay (homosexual, LGTB, etc.) propiamente dicho surge tardíamente en la segunda mitad del siglo XX en Occidente y suele fecharse a 28 de junio de 1969, día de los disturbios de Stonewall<sup>81</sup> en la ciudad de Nueva York, los cuales

---

77 KIPER, *Op. Cit.*, pp. 388-389.

78 NOIR, R. A., «Sobre el movimiento LGHBT (Lésbico-Gay Homosexual-Bisexual Transgénero)», *Revista Electrónica de Psicología Política*, 2010, núm. 22, p. 132.

79 Encyclopaedia Britannica, *Gay rights movement*, <https://global.britannica.com/topic/gay-rights-movement>, consultado a 18 de abril de 2017.

80 La palabra “homófilo” viene de los términos griegos “homo” igual y “filo” amor. Se empleó en contraposición con el concepto de “homosexual”, para enfatizar justamente el amor y no el sexo (NOIR, *Op. Cit.*, p. 133).

81 En la madrugada del Sábado 28 de junio, nueve policías entraron en el Stonewall Inn, arrestando a los empleados por vender bebidas alcohólicas sin licencia, agrediendo a clientes, desalojando el bar y – de acuerdo con la ley de Nueva York que permitía el arresto de cualquier persona que no llevase al menos tres prendas apropiadas a su género – se llevaron a unas cuantas en custodia. Esta se convertía en la tercera redada en un bar gay del barrio de Greenwich en un periodo muy corto de tiempo.

Esta vez la gente no se asustó ni dispersó como había hecho en el pasado, sino que comenzaron a burlarse y empujar a la policía, lanzándoles basura y botellas. Acostumbrados a un comportamiento más pasivo, incluso de grupos más numerosos de gays, la policía tuvo que pedir refuerzos mientras unas 400 personas se amotinaban.

Los disturbios fuera del Stonewall Inn se prolongaron los cinco días sucesivos. Muchos historiadores

conmocionaron a la comunidad y fueron aglutinante de las incipientes organizaciones homosexuales.<sup>82</sup> Por aquel entonces, el único territorio de Estados Unidos que había despenalizado la sodomía era Illinois, en 1962. Esto, en conjunto con el clima turbulento estadounidense con los movimientos sociales y pro derechos civiles de los afroamericanos, las manifestaciones en contra de la guerra de Vietnam, el movimiento hippie, la revolución sexual y la ola feminista fue el caldo de cultivo perfecto para la explosión del movimiento.

A raíz de los disturbios surge el Gay Liberation Front (Frente de Liberación Gay) en junio de 1969, siendo la primera organización dispuesta a una verdadera confrontación para luchar por los derechos. Esta se disuelve por discrepancias internas a los 4 meses y se crea la Gay Activists Alliance (Alianza de Activistas Gais). El movimiento cogió fuerza y se fue expandiendo, desarrollándose organizaciones en países como Canadá, Francia, Reino Unido, Bélgica, Países Bajos, México, Argentina, Australia y Nueva Zelanda.<sup>83</sup>

A los activistas de las anteriores generaciones les bastaba con la lucha por una mayor aceptación y la despenalización pero después de Stonewall se exigiría el pleno reconocimiento social y la integración y equiparación en derechos de los homosexuales<sup>84</sup>. Al año siguiente a los disturbios, en junio de 1970, se organizaron marchas conmemorativas. De aquí surge “el orgullo de ser gay” y las manifestaciones que, a tal efecto, tienen lugar todos los años, no por estar orgullosos de su condición sexual, sino que conmemorando la lucha por el reconocimiento de derechos de aquellas personas que no tienen la orientación sexual “tradicional”.

Ahora bien, a pesar de la labor de estos movimientos, lo cierto es que aun hoy en día hay países en los que puede hablarse de una auténtica persecución con normas que consideran ilegales las relaciones homosexuales y llevan aparejadas penas de cárcel e incluso pueden suponer la pena de muerte. Las sanciones impuestas son muy variadas; en torno a 80 países tipifican como ilegales las relaciones consentidas entre personas homosexuales, y la gran mayoría las castigan con penas de cárcel; mientras que en una

---

caracterizaron el levantamiento como una protesta espontánea fruto de los constantes acosos y discriminación social sufrida durante la época de los 60 por minorías sexuales. Además, aunque hubo otras protestas por grupos gay, el incidente ocurrido en Stonewall fue quizás la primera vez en la que los gays, lesbianas y transexuales vieron la fuerza de ponerse de acuerdo en una causa común. (Encyclopaedia Britannica, *Stonewall Riots*, <https://global.britannica.com/event/Stonewall-riots>, consultado a 18 de abril de 2017).

82 NOIR, *Op. Cit.*, p. 136.

83 *Ibidem*.

84 *Ibid.*, pp. 136-137.

decena de países se castiga la homosexualidad con pena de muerte, aunque no en todos se aplica.<sup>85</sup>

Sin duda, la protección frente a la discriminación debe comenzar con la destipificación de la homosexualidad pero, aun así, aunque hay países en los que no está penada, el colectivo LGBTI sufre igualmente discriminación, crímenes y discurso de odio alentado por voces políticas, religiosas y los medios. Las actitudes homófobas arraigadas, tomadas en conjunto con la falta de la necesaria protección jurídica contra la discriminación basada en la orientación sexual, exponen a muchas personas homosexuales a violaciones flagrantes de sus derechos humanos.<sup>86</sup>

## **B. APARICIÓN DEL PRINCIPIO**

Desde un primer momento, los textos e instrumentos internacionales declarativos de derechos que proclamaban la igualdad de todos los seres humanos, para hacer más esclarecedora la prohibición de discriminación, solían incluir un listado de circunstancias o causas que parecían más proclives a provocar discriminación. Así, la discriminación por razón de sexo aparece desde los primeros documentos mientras que por orientación sexual se hace comprensiva del sexo o dentro de cláusulas finales como la de “cualquier otra condición” del art. 1 DUCH o “cualquier otra situación” del 14 CEDH.

Esto llama la atención en cuanto a que, a pesar de haber sido los homosexuales uno de los colectivos específicos frente a los que se dirigió el exterminio nazi, los instrumentos internacionales de derechos humanos que se promulgaron en esa época no recogían la orientación sexual como criterio prohibido. Ni la DUDH, ni los Pactos de Nueva York o los tratados regionales, como el CEDH, la Convención americana de 1969 o la Carta africana de 1981, hacen referencia a la orientación sexual.<sup>87</sup>

---

85 Conforme a datos de Amnistía Internacional (<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/diversidad-afectivo-sexual/>), consultado a 21 de abril de 2017).

86 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Nacidos libres e iguales*, Nueva York, Naciones Unidas, 2012, p. 5.

87 BORRILLO, D., «De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual», *Revista de Estudios Jurídicos*, 2011, núm. 11, pp. 70-71.

**a) Discriminación por orientación sexual en el contexto internacional**

No fue hasta 1994, en el caso *Nicholas Toonen contra Australia*,<sup>88</sup> que el Comité de Derechos Humanos de la ONU declaró que la legislación que penaliza la homosexualidad supone una violación del derecho a la intimidad (art. 17 PIDCP) y al disfrute de ese derecho conforme al art. 2.1. A pesar de lo favorable del pronunciamiento, el Comité estimó que la inclinación sexual venía incluida dentro de la referencia al sexo que figura en el párrafo primero del artículo 2, lo cual resulta criticable pues hubiese sido preferible su inclusión en la cláusula “otra condición” a los fines del art. 26.<sup>89</sup>

No obstante, la jurisprudencia posterior ha ido evolucionando. Así, en el caso *Young contra Australia*<sup>90</sup> el Comité reconoce que se da una discriminación por razón de la orientación sexual al negar la pensión de jubilación a una pareja por ser del mismo sexo. Además, apunta el Comité que, a pesar de que no toda distinción está prohibida, no existe una justificación objetiva y razonablemente para que las prestaciones de jubilación puedan ser obtenidas por parejas heterosexuales no casadas y no por miembros de una pareja del mismo sexo. En el caso *X contra Colombia*,<sup>91</sup> el Comité, aunque adopta una decisión similar, señala concretamente que la prohibición de discriminación del artículo 26 incluye aquella basada en la orientación sexual.<sup>92</sup>

Sobre esto se han manifestado diversos mecanismos internacionales disponiendo que la protección frente a discriminación por orientación supone una obligación para los Estados. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General núm. 20 establece que “los Estados deben cercionarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto.”<sup>93</sup>

En 2003, Brasil presentó una resolución (la “Resolución de Brasil”) en una reunión del Consejo de Derechos Humanos para que se reconociese que los derechos humanos y las libertades pertenecen a todas las personas sin importar su orientación

---

88 *Nicholas Toonen c. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

89 *Ibid.*, párr. 8.7.

90 *Young c. Australia*, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

91 *X c. Colombia*, Communication No. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007).

92 Comisión Internacional de Juristas, *Op. Cit.*, pp. 36-37.

93 E/C.12/GC/20, Observación General nº 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. 42ª periodo de sesiones, 4 de mayo de 2009, párr. 32.

sexual. A pesar de que no fuese aprobada, tuvo el suficiente respaldo para dar más visibilidad al tema de los derechos LGBTI.<sup>94</sup>

Tres años después, se lanzaron los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Elaborados en 2006 por un panel internacional de especialistas en legislación de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, que se reunió en una localidad de Indonesia (de la cual toman el nombre), estos principios se presentan como una “poderosa herramienta para impartir justicia, legislar con igualdad y gobernar democráticamente”<sup>95</sup>. Sin embargo, estos principios no crean nuevos derechos sino que enuncian los ya existentes. Ahora bien, según un estudio de líderes LGBTI, “los Principios jugaron un papel fundamental para establecer el lenguaje SOGI<sup>96</sup> que ahora es utilizado por un mayor número de actores de la ONU y los Estados”.<sup>97</sup>

## **b) Formulación jurisprudencial del principio por el TEDH**

En el sistema europeo de derechos humanos la protección frente a la discriminación por orientación sexual no aparece como una prolongación del art. 14 del Convenio Europeo sino que, en un primer lugar, el TEDH confiere protección al colectivo por el artículo 8, del derecho a la intimidad. Además, el final de la Guerra Fría supuso la aparición de nuevos retos para los activistas de derechos humanos, debido a la expansión de la sociedad civil local y la inclusión en el Consejo de Europa de los países del Este y la Unión Soviética.<sup>98</sup>

El primer asunto de esta índole que se llevó ante TEDH, el caso *Dudgeon contra el Reino Unido*<sup>99</sup> de 1981, fue en relación a la penalización de las prácticas homosexuales masculinas. Este es de capital importancia, no solo por haber sido el primero, sino también

---

94 PARK, A. Y BADGETT, L., «Desarrollo y Derechos Humanos: dos marcos complementarios», en CAROLL, A. (ed.), *Homofobia de Estado 2016: Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, la protección y el reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*, Ginebra, 11ª. ed., ILGA, 2016, p. 27.

95 PULECIO PULGARÍN, M., «Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos», *Revista Análisis Internacional*, 2011, núm. 3, p. 242.

96 Orientación Sexual e Identidad de Género, SOGI por sus siglas en inglés (Sexual Orientation and Gender Identity).

97 PARK Y BADGET, *Op. Cit.*, p. 27.

98 Comisión Internacional de Juristas, *Op. Cit.*, p. 21.

99 *Dudgeon c. Reinno Unido*, núm. 7525/76, 23 de septiembre de 1981.

por las consecuencias que del mismo se derivan y es que, el Tribunal declaró que la legislación sobre delitos de sodomía y ultraje para la moral pública, del siglo XIX de Reino Unido, que seguía en vigor en Irlanda del Norte violaba el CEDH en virtud de su art. 8. Además, influyó para que se presentaran otros dos casos:<sup>100</sup> *Norris contra Irlanda*,<sup>101</sup> que sirvió para derogar una ley similar, y *Modinos contra Chipre*<sup>102</sup> y sirvió como precedente para que el Consejo exigiese como requisito para la admisión de sus miembros que no tuviesen vigente legislación que penase las relaciones homosexuales.

En los primeros casos el TEDH simplemente declara la inaplicabilidad de las leyes penales invocando el derecho a la vida privada. No es hasta 1999 que el Tribunal extiende la interpretación afirmando que el derecho a la intimidad va más allá de lo estrictamente privado, adentrándose en el dominio público,<sup>103</sup> en relación con la legislación que prohibía el acceso al ejército por la condición sexual.<sup>104</sup> En este mismo año, el TEDH ratificó la orientación sexual como categoría de discriminación protegida por el art. art. 14 del Convenio, reiterando que la lista que el mismo provee es ilustrativa y no exhaustiva.<sup>105</sup>

Por último, hay que recordar que el Protocolo núm. 12 al CEDH, introduciendo una cláusula general de no discriminación, ha venido a corregir el sistema anterior, estableciendo una base normativa que confiere protección contra la discriminación en el goce de cualquier derecho, también de aquellos no previstos en el Pacto. Ahora bien, este no ha sido ratificado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

### c) **La regulación en la Unión Europea**

La regulación de la protección frente a la discriminación por orientación sexual es bien diferente en el Derecho de la Unión Europea no solo porque se prohíbe toda discriminación sino que aparece la orientación sexual como categoría protegida.

---

100 En estos casos los Estados aludían como propósito legítimo la protección de la moralidad basándose en la religión. No obstante, el TEDH realizó el test de proporcionalidad y llegó a la conclusión de que no existía una necesidad social apremiante para el mantenimiento de la legislación contra la homosexualidad que justificase la violación del derecho al respeto a la vida privada. (Comisión Internacional de Juristas, *Op. Cit.*, pp. 19-20).

101 *Norris c. Irlanda*, núm. 10581/83, 26 de octubre de 1988.

102 *Modinos c. Chipre*, núm. 15070/89, 22 de abril de 1993.

103 Comisión Internacional de Juristas, *Op. Cit.*, p. 20.

104 *Vid.*, *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, núm. 31417/96 y 32377/96, 27 de septiembre 1999 y *Smith y Grady c. Reino Unido*, núm. 33985/96 y 33986/96, de 27 de septiembre de 1999.

105 *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, núm. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 28.

Primeramente, en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se establece una prohibición general de discriminación y “en particular la ejercida por razón de (...) orientación sexual”. Por su parte, el TFUE dispone que la Unión tratará de luchar contra la discriminación por orientación sexual en la definición y ejercicio de sus políticas y acciones<sup>106</sup> y el Consejo “podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de (...) orientación sexual”.<sup>107</sup>

Ahora bien, en cuanto al derecho derivado, destaca la Directiva 2000/78/CE que establece un marco general de protección de la igualdad en la esfera laboral. Con todo, el ámbito de protección ha sido interpretado de manera amplia de modo que comprende todas las formas de empleo y ocupación y, a mayores, se protege tanto frente a la discriminación directa como la indirecta, el acoso o la instrucción a discriminar. En definitiva, la protección proporcionada por el derecho derivado europeo frente a la discriminación por orientación sexual es escasa – sobre todo en relación con otros criterios de discriminación como el sexo y la raza – y débil.<sup>108</sup>

A mayores, es preciso hacer referencia a la Directiva 2004/83/CE del Consejo<sup>109</sup> por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Esta directiva ha sido objeto de reciente jurisprudencia en relación con la orientación sexual y es que dispone, en cuanto a la valoración de los motivos de persecución en el Estado de origen, que se podrá incluir en el concepto de grupo social determinado aquel basado en una característica común como la orientación sexual.<sup>110</sup>

Hasta 1990 no encontramos la primera jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre protección ante discriminación por orientación sexual, siendo quizás la que más destaca la del caso *Grant*<sup>111</sup> sobre la negación de una reducción

---

106 Art. 10 TFUE.

107 Art. 19 TFUE.

108 RODRIGUES CANOTILHO, M., *El principio de igualdad en el Derecho constitucional europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi, 2017, p.188.

109 Directiva 2004/83/CE del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, de 29 de abril de 2004 (DO L304, 30.9.2004).

110 Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, art. 10.

111 As. C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63.

en el precio de los transportes a personas del mismo sexo que conviven maritalmente. En este caso, el TJUE situó el problema en el ámbito de la discriminación por sexo (por ser este anterior a la Directiva 2000/78/CE), afirmando que no se trataba de una discriminación por no haber razón que la justifique.

El caso que quizás resulte más conocido del TJUE en cuanto a la orientación sexual es la sentencia *Maruko*,<sup>112</sup> que sí se fundamenta en la prohibición de discriminación por orientación sexual. En este supuesto, las autoridades alemanas habían denegado la pensión de viudedad al cónyuge superviviente por no estar ésta prevista en los estatutos de la entidad para las parejas de hecho cuando, sin embargo, la ley alemana las equiparaba al matrimonio. El TJUE recuerda que el principio de igualdad de trato exige abstenerse de cualquier tipo de discriminación y que, si bien el Estado había decidido regular las uniones entre parejas del mismo sexo de ese modo y equipararlas a las maritales, la negativa a la pensión constituía una discriminación por orientación sexual.<sup>113</sup> La siguiente decisión sobre el tema es la *sentencia Römer*,<sup>114</sup> muy similar a la anterior, en la cual el TJUE aclara que el matrimonio y las parejas de hecho son situaciones análogas y que tal regulación (deducción en la pensión para casos de matrimonio) era contraria a la directiva de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, recordando que el juez nacional debe inaplicar por iniciativa propia la legislación nacional que sea contraria.<sup>115</sup>

### C. ALCANCE Y LÍMITES DEL PRINCIPIO EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA: LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DEL TJUE Y LA SITUACIÓN ACTUAL EN EL CONTEXTO EUROPEO

La delimitación del alcance y contenido de este principio en el contexto europeo va a corresponder, como ya hemos avanzado, a la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Así, a modo recordatorio, el art. 14 del CEDH no recoge como motivo de discriminación la orientación sexual. No obstante, el TEDH declaró que tal causa se encuentra incluida en la cláusula final de este precepto. En este sentido, el Tribunal ha protegido especialmente las injerencias de los poderes públicos en la vida privada en lo relativo a la discriminación por orientación sexual e incluso ha manifestado que aunque se haya producido un trato

112 As. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179.

113 RODRIGUES CANOTILHO, *Op. Cit.*, pp. 191-192.

114 As. C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286.

115 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos europeos de Deusto*, 2012, núm 46, p. 184.

discriminatorio, es suficiente alegar la violación del artículo 8. Además, también ha incidido en la protección contra las injerencias del Estado en lo que respecta a la dignidad personal y vida sexual y familiar.<sup>116</sup>

En cuanto al matrimonio, el Tribunal de Estrasburgo ha dispuesto que el Convenio no obliga a los Estados a extender la regulación de este derecho a las parejas del mismo sexo (art. 12 CEDH) y ello no supone una violación del art. 14 en relación con el art. 8 (del respeto a la vida privada y familiar). Esto es así, ha dicho el Tribunal, porque las autoridades nacionales se encuentran en una mejor situación para valorar las necesidades y connotaciones sociales, las cuales varían enormemente de una sociedad a otra.<sup>117</sup> Con todo, este fallo es cuanto menos criticable y es que, encontrándose el TEDH con la oportunidad de conceder una de las máximas que anhela el colectivo homosexual – estableciendo la obligación del acceso al matrimonio igualitario, o uniones civiles en su defecto –, se ha inclinado por una tímida decisión. Así, solo cabe esperar a que, con razón del pronunciamiento del Tribunal Supremo estadounidense de 2015 en el que legaliza el matrimonio homosexual, el TEDH tenga mejor atino en su próxima decisión.

También se ha manifestado el TEDH con respecto a la adopción, estableciendo que si un Estado permite la adopción por personas solteras entonces no puede tener en cuenta la orientación sexual de forma arbitraria para su petición de adopción.<sup>118</sup> Sin embargo, este Tribunal ha subrayado que el Convenio no obliga a los Estados a extender la adopción conjunta a las parejas no casadas.<sup>119</sup> En fin, si un Estado regula la adopción a favor de las personas solteras tiene que permitir por extensión la adopción por homosexuales y, de no hacerlo, estaríamos ante una situación discriminatoria.

Otros pronunciamientos relevantes del Tribunal han sido acerca de los discursos de odio sobre la orientación sexual, recordando que la incitación al odio constituye acusaciones graves y perjudiciales, que no implica necesariamente la llamada a cometer actos de violencia.<sup>120</sup> Además, los discursos políticos que incitan al odio suponen un

---

116 *E.g., Karner c. Austria*, núm. 40016/98, 24 de julio de 2003, párrs. 34-43, en el que se declara que la negativa a reconocer la subrogación en el arrendamiento a una pareja homosexual con la finalidad de proteger a la familia tradicional viola los arts. 14 y 8 del CEDH al situar a la pareja homosexual en una situación de desventaja (en Manual de legislación europea contra la discriminación, *Op. Cit.*, pp. 100-102).

117 *Schalk et Kopf c. Austria*, núm. 30141/04, 24 de junio de 2010, párr. 92.

118 *E.B. c. Francia*, núm. 43546/02, 22 de enero de 2008, párr. 94-97.

119 *X y otros c. Austria*, núm. 19010/07, 19 de febrero de 2013, párr. 150.

120 *Vejdeland y otros c. Suecia*, núm. 813/07, 9 de febrero de 2012, párr. 54 (en GIBAJA CABRERO, E.,

peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.<sup>121</sup> Por último, destaca que la discriminación por orientación sexual es tan grave como la fundada en la raza, el origen o el color.<sup>122</sup> Por otra parte, ha expresado que la prohibición de realizar manifestaciones en favor de los derechos de los homosexuales es contraria a los principios de una sociedad democrática, dando lugar a una violación de la libertad de reunión y asociación.<sup>123</sup>

En el ámbito de la UE, cabe afirmar que uno de los progresos más relevantes que se han producido en Europa en relación con este principio ha sido a raíz de las sentencias del TJUE en materia de discriminación.<sup>124</sup> Aunque hasta la década de los 90 no se presenta el primer caso relativo a la orientación sexual, sus pronunciamientos decisivos se dan a través de la interpretación de la Directiva 2000/78/CE de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Alguno de los fallos recientes y más relevantes del TJUE son sentencias relativas al asilo tales como: la *Minister voor Immigratie en Asiel*, de 7 de noviembre de 2013,<sup>125</sup> en la que el Tribunal dispuso que los homosexuales pueden constituir un grupo social específico objeto de persecución por su orientación sexual y, en el asunto *A y otros contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, de 2 de diciembre de 2014,<sup>126</sup> en la que aclara los métodos conforme a los cuales las autoridades nacionales pueden evaluar la credibilidad de la orientación homosexual de los solicitantes de asilo.

También han sido elevadas a este tribunal cuestiones similares a las de los casos *Grant, Maruko y Römer*, en materia de igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por ejemplo, la sentencia *Frédéric Hay contra Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, de 12 de diciembre de 2013,<sup>127</sup> en la que declara que la negativa a conceder las mismas ventajas que las que se conceden a sus compañeros con razón de su matrimonio a un trabajador que ha celebrado un pacto civil de convivencia (PACS) con

---

«La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de derecho político*, 2014, núm. 91, p. 330).

121 *Ibid.*, párr. 73.

122 *Ibid.*, párr. 55.

123 E.g., *Baczkaowski y otros c. Polonia*, núm. 1543/06, 3 de mayo de 2007; *Alekseyev c. Rusia*, núm. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, 21 de octubre de 2010 y; *Genderdoc-M c. Moldavia*, núm. 9106/06, 12 de junio 2012.

124 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Op. Cit.*, p. 183.

125 As. C-199/12, C-200/12, C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720.

126 As. C-148/13, C-149/13, C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

127 As. C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823

una pareja del mismo sexo (pues no pueden contraer matrimonio por la legislación nacional), constituye una discriminación directa por orientación sexual.

Sin duda, la decisión reciente más mediática del TJUE es la sentencia *Léger*, de 29 de abril de 2015, que avala la posibilidad de que un país prohíba donar sangre a los homosexuales por ser un grupo de riesgo de contagio de virus como el VIH.<sup>128</sup> Esta surge de la cuestión prejudicial planteada por un tribunal francés en relación al punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33<sup>129</sup> en el que se establece entre los criterios de exclusión permanentes para donantes la “conducta sexual” de aquellas personas que suponga un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre. De todos modos, lo que dispone el Tribunal es que la “exclusión podría no respetar el principio de proporcionalidad”<sup>130</sup> y que el tribunal nacional francés tiene que verificar si existen técnicas que garanticen un alto nivel de protección de la salud de los receptores, teniendo en cuenta los procedimientos científicos y técnicos más recientes.<sup>131</sup> En fin, se trata de un fallo que, en cierto modo, representa un retroceso con respecto a los criterios establecidos por el Tribunal y, al mismo tiempo, difícil de sostener en cuanto a la proporcionalidad, es decir, en cuanto a la necesidad de la prohibición con respecto a la inexistencia de medios preventivos menos gravosos.<sup>132</sup>

Ahora bien, teniendo claras las normas comunitarias e internacionales y los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales europeos es preciso señalar que la situación diverge entre unos y otros países con respecto a la no discriminación por orientación sexual. Así, en la Europa Occidental nos encontramos con un marco legal muy avanzado, hasta el punto de que los Países Bajos (2001), Bélgica (2003) y España (2005) fueron los primeros del mundo en reconocer el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo. Hay que destacar la reciente aprobación por el Parlamento alemán del matrimonio homosexual, aun cuando este país que contaba con uniones civiles desde 2001. La excepción a estos países la constituyen Estonia, Letonia y Lituania donde la situación no está tan normalizada y, con la salvedad de que Estonia sí reconoce las uniones, en los

---

128 As. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288.

129 Directiva 2004/33/CE de la Comisión, de 22 de marzo de 2004, por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos (DO L91, 30.3.2004).

130 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Comunicado de prensa núm 46/15, 29 de abril de 2015.

131 *Ibidem*.

132 RODRIGUES CANOTILHO, *Op. Cit.*, pp. 196-197.

otros dos está prohibido el matrimonio constitucionalmente y la adopción. En el sur de Europa, sin embargo, solo Chipre (donde están vetados del servicio militar los homosexuales), Grecia, Italia y Malta han regulado las uniones civiles (además recientemente) y únicamente los dos últimos permiten la adopción, y en Italia solo a los hijos de la pareja.

En Europa del Este solo se regula el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Eslovenia y Luxemburgo, mientras que el resto sí admiten las uniones, salvando Eslovaquia, Polonia y Rumanía. Si bien, en Hungría el matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional y se han dado numerosos cambios en el ordenamiento jurídico restringiendo los derechos del colectivo, entre ellos, al intentar que tanto las parejas homosexuales como sus hijos queden excluidas de la definición de “familia” de la Ley Fundamental.<sup>133</sup>

En definitiva, la situación va empeorando conforme nos movemos al este hasta llegar Rusia, Bielorrusia y Ucrania, donde la situación está bastante mal. Es más, Rusia cuenta desde 2013 con una ley que permite imponer sanciones administrativas por difundir información sobre “relaciones sexuales no tradicionales”. Hay que señalar que la violencia homofóbica sigue muy presente en algunas zonas como Azerbaiyán, Grecia, Moldavia, Rusia o Turquía; siendo sobre todo preocupante la tendencia a la impunidad vinculada a estos delitos de odio. Incluso en algunos países sigue habiendo restricciones y violencia en las marchas con motivo del Orgullo Gay;<sup>134</sup> a este respecto se manifestó en contra el TEDH en 2015 en el caso de *Identoba contra Georgia*.<sup>135</sup>

#### **IV. LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN OTROS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Después de haber profundizado en el tratamiento del principio de igualdad y la no discriminación por razón de la orientación sexual en el derecho internacional de los derechos humanos y, especialmente, en el contexto europeo, es preciso dar al menos unas notas, a título comparativo, acerca del tema en otros dos sistemas regionales de

---

133 Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de julio de 2013, sobre la situación de los derechos fundamentales: normas y prácticas en Hungría, párr. 54.

134 ILGA-EUROPA, «Europa: hitos, principales acontecimientos y tendencias en 2015», en CAROLL, A., *Op. Cit.*, p. 190.

135 *Identoba y Otros c. Georgia*, núm. 73235/12, 12 de mayo de 2015.

importancia: el sistema interamericano y el africano.

Si bien uno y otro presentan una regulación similar al sistema europeo de derechos humanos el primero de ellos, el sistema interamericano, se encuentra mucho más avanzado y en cierto modo a la par que el europeo y se han dado pronunciamientos en los que se afirma la orientación sexual como motivo protegido frente a la discriminación. Sin embargo, en el sistema africano los avances han sido muy escasos y solo queda ver, a la luz de la normativa y por influencia de los otros sistemas, las posibilidades que presenta en cuanto a su desarrollo.

En cuanto a Asia, en el marco del Foro de Asia y el Pacífico el Consejo Asesor de Juristas elaboró en 2010 un Informe sobre Derechos humanos, orientación sexual e igualdad de género en el cual se analizaba la situación y se hacían una serie de recomendaciones.<sup>136</sup> A pesar de ello, en realidad, las medidas de protección varían de unos países a otros.<sup>137</sup>

#### **A. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CRITERIO DIGNO DE PROTECCIÓN POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

En respecto al sistema interamericano de derechos humanos es preciso señalar que este está compuesto principalmente por dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y que, tanto una como otra, son organismos de la Organización de los Estados Americanos

136 ELVIRA PERALES, *Op. Cit.*, p. 364.

137 En la mayoría de países de Oriente Medio las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son ilegales, sobre todo por es principalmente por el Islam y las leyes coloniales británicas. De este modo, hay países, como Bangladés, India, Nepal o Sri Lanka, donde se mantienen penas de más de diez años de cárcel y en Pakistán puede llegar a la pena de muerte.

En contraposición, en Asia Oriental la homosexualidad es legal en la mayoría de países como China, Corea del Sur, Japón, Tailandia o Taiwán y es posible que en no mucho se regulen las uniones civiles en alguno de ellos. Si bien, aunque en Indonesia es legal, no es menos cierto que hay una fuerte homofobia por influencia del Islam y hay países como Birmania, Uzbekistán, Malasia, Brunéi y Singapur en los cuales es ilegal (SANDERS, D., ARAFAN, A. Y SALEH-MANTIQTNA, F., «Asia en la actualidad», en CAROLL, A. (ed.), *Homofobia de Estado 2016: Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, la protección y el reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*, Ginebra, 11ª. ed., ILGA, 2016, pp. 160-162).

Por su parte, en Oceanía podríamos hablar de la criminalización de la homosexualidad como un legado del colonialismo. Así, hay al menos ocho Estados en los cuales siguen penalizados los actos sexuales entre personas del mismo sexo mientras que Nueva Zelanda y Australia presentan una situación más favorable que la mayoría de sus vecinos del pacífico, regulando respectivamente el matrimonio y las uniones entre parejas del mismo sexo (BROWN, A. Y VULAVOU, I., «Homofobia del Estado en Oceanía: progreso, desafíos emergentes y direcciones futuras» en CAROLL, A. (ed.), *Op. Cit.*, pp. 194-199).

(OEA) y son los encargados del conocimiento de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).<sup>138</sup>

Así, en cuanto a la regulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada el 22 de noviembre de 1969, también llamada Pacto de San José, con respecto al principio de igualdad y la no discriminación, destacan dos preceptos. De este modo, en su art. 1.1 establece una cláusula abierta de no discriminación, mientras que en el art. 24 recoge la igualdad ante la ley y la igual protección ante la ley sin discriminación. Ambos preceptos han sido objeto de interpretación tanto por la CIDH como por la Corte IDH. En primer lugar, sobre el art. 1.1, disponen que la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la caracterización “otra condición social” que establece el precepto. Además, este artículo debe ser interpretado del modo más favorable en relación a los derechos tutelados por la Convención,<sup>139</sup> lo cual implica la aceptación de que toda diferencia basada en la orientación sexual es incompatible con la CADH, a menos que esta sea razonable, objetiva y proporcional.<sup>140</sup> En segundo término, en relación con el art. 24 la Corte ha manifestado que el principio de igualdad ante la ley, la igual protección ante la ley y la no discriminación forman parte del *ius cogens* por lo que “es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”.<sup>141</sup>

Al igual que en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en el sistema interamericano tampoco se contenían en un principio referencias explícitas a la orientación sexual como categoría discriminatoria.<sup>142</sup> No obstante, se ha ido incluyendo legislación cada vez más progresista y, así, en los Principios y Buenas Prácticas sobre la

---

138 La función principal de la Comisión es recibir denuncias o quejas individuales o estatales en relación a la violación de derechos humanos así como fomentar esos derechos realizando recomendaciones, las cuales no son vinculantes. La Corte, por su parte, es una “institución judicial autónoma cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (art. 1 del Estatuto de la Corte) y sus decisiones sí tienen carácter vinculante. Sin embargo, solo los Estados y la Comisión pueden ser parte, así, los individuos no se encuentran legitimados para presentar asuntos ante esta (CASTILLO DAUDÍ, *Op. Cit.*, pp. 231-239).

139 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas c. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011, párr. 84.

140 FIGUEIRO TEREZO, C., «Derechos humanos y diversidad sexual en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos» en BELTRÃO, J.F., MONTEIRO DE BRITO FILHO, J.C., GÓMEZ, I., PAJARES, E., PAREDES, F. Y ZÚÑIGA, Y. (coords.), *Derechos Humanos de los grupos vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (DHES), 2014, p. 384.

141 Corte IDH. Opinión Consultiva núm. 18/2003, párr. 101.

142 E.g., art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 9 de la Carta Democrática Interamericana, y Principio 2 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión.

Protección de las Personas Privadas de Libertad, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marzo de 2008, se establece que “bajo ninguna circunstancia, se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su (...) orientación sexual”. También la Carta Andina<sup>143</sup> y la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes<sup>144</sup> incluyen la orientación sexual criterio prohibido de discriminación.<sup>145</sup> Finalmente, con la adopción de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, de junio de 2013, queda vedada de modo tajante la discriminación por razón de orientación sexual.<sup>146</sup>

Sin embargo, a pesar de que no estuviese incluida en un inicio como categoría discriminatoria la orientación sexual, su reconocimiento comienza con pronunciamientos semejantes a los del Comité de Derechos Humanos de la ONU y el TEDH: poniéndolo en relación al derecho a la intimidad. Así, cuando en 1996 se presenta el primer caso ante la CIDH que aborda la cuestión – el cual trataba acerca de la imposibilidad de recibir visitas íntimas de una presa por su pareja homosexual “por razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias”<sup>147</sup> – esta estableció que se trata de una violación del art. 11.2 de la CADH, sobre el respeto a la vida privada.<sup>148</sup>

Ahora bien, el caso más emblemático hasta la fecha ha sido sin duda el *Atala Riffo y niñas contra Chile*, siendo el primero que se presenta a la Corte IDH. Este surge a raíz de la privación a Karen Atala de la tutela de sus hijos, en favor de su exmarido, por convivir ella con su pareja homosexual en el mismo lugar en el que cría a sus hijos lo cual, según la Suprema Corte de Chile, provoca un riesgo para las niñas al no vivir en un modelo de familia tradicional.<sup>149</sup>

La importancia del caso descansa en el desarrollo argumental que se hace acerca de la discriminación por orientación sexual. Dispone la Corte que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que ser adecuada a la evolución de la sociedad,<sup>150</sup> conforme a la cual, la vida familiar hoy en día no se limita a aquella que

---

143 Art. 10 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada el 26 de julio de 2002 por la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).

144 Arts. 5 y 14 de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, de 1 de marzo de 2008.

145 Comisión Internacional de Juristas, *Op. Cit.*, pp. 33-40.

146 FIGUEIRO TEREZO, *Op. Cit.*, p. 384.

147 CIDH, *Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombia*, núm. 11.656, de 18 de mayo de 1996, párr. 11.

148 *Ibid.*, pp. 385-386.

149 FIGUEIRO TEREZO, *Op. Cit.*, pp. 387-388.

150 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas c. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos

surge del matrimonio, ni la CADH establece un modelo cerrado de familia equiparable a la concepción tradicional. Asimismo, afirma la Corte que dentro del derecho a la intimidad y la vida privada se encuentra englobada la orientación sexual, por ser una característica inescindible a la persona y su desarrollo; del mismo modo que está también protegida como categoría discriminatoria en la Convención cuando hace referencia en su art. 1.1 a “otra condición social”.<sup>151</sup> También repite el órgano interamericano que la igualdad y no discriminación conforman un derecho esencial que establece una obligación *erga omnes* y vincula a todos los Estados.<sup>152</sup>

Además de los casos presentados ante la CIDH y la Corte IDH, así como sus opiniones consultivas, hay que destacar el papel de las resoluciones de la OEA de las cuales tiene relevancia la Resolución núm. 2436 relativa a los “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” aprobada por la Asamblea General de la OEA el 3 de junio de 2008, que puso el tema en la agenda de los organismos.<sup>153</sup> Así, la OEA ha venido aprobando resoluciones condenando estos actos de violencia y violaciones de los Derechos Humanos, instando a los Estados a prevenirlos e investigarlos.<sup>154</sup>

En cuanto al Derecho interno de los Estados, quizás el hito más importante en la historia reciente en materia de igualdad<sup>155</sup> ha sido la sentencia, de 26 de junio de 2015, del caso *Obergefell contra Hodges* del Tribunal Supremo estadounidense por la que se declara el derecho fundamental a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo en todo el territorio en virtud de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos en la que se proclama la igualdad.<sup>156</sup>

---

Humanos de 29 de noviembre de 2011, párr. 83.

151 FIGUEIRO TEREZO, *Op. Cit.*, pp. 387-399.

152 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas c. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011, párr. 79.

153 FIGUEIRO TEREZO, *Op. Cit.*, p. 379.

154 BLACKWELL, A. Y DUARTE, P., «Violencia, crimen y exclusión social», en DE ZELA, H., ESQUENAZI, P., BRIONES, A. Y OCHOA, G. (eds.), *Desigualdad e Inclusión Social en las Américas: 14 ensayos*, Washington D.C., 2ª ed., OEA, 2011, pp. 105-106.

155 Este fallo ha sido comparado con el histórico *Brown contra el Consejo de Educación de Topeka*, de 1954, que puso fin a la doctrina “Separados pero Iguales”. En este sentido, hay dos sentencias históricas de la Corte Suprema estadounidense sobre igualdad racial. En primer lugar, la del caso *Plessy contra Ferguson* [*Plessy c. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)], en la que Tribunal dispone que separar entre negros y blancos – en este caso en relación con el uso del transporte, donde solo había billetes de tercera clase para personas negras – no implica la humillación de ninguno de los grupos, suponiendo la aceptación de la doctrina “Separate but Equal” (separados pero iguales). Así, no es hasta la segunda, del caso *Brown contra el Consejo de Educación de Topeka* [*Brown c. Consejo de Educación de Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)], en el que se declara la inconstitucionalidad de esta doctrina en virtud de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos relativa a la igualdad.

156 Cabe añadir que recientemente, el 7 de abril de 2017, el mismo tribunal estableció que las parejas

En cuanto a América Latina, en la mayoría de Estados se han venido aprobando leyes que reconocen más derechos a los homosexuales.<sup>157</sup> No obstante, a pesar de lo positivo, no deja de ser preocupante la fuerte resistencia a derogar las legislaciones vigentes que criminalizan las relaciones entre homosexuales en los países de habla inglesa del Caribe.<sup>158</sup>

## **B. PROTECCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS**

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), de 27 de julio de 1981, recoge en su art. 2 la prohibición de discriminación con una lista abierta de criterios,<sup>159</sup> mientras que en su art. 3 establece la igualdad ante la ley y en la ley. Además, en su artículo 28 presenta una formulación un tanto diferente con respecto a otros instrumentos mencionados y es que se refiere al deber de no discriminar cada persona en relación con los demás. Por tanto, cabe afirmar que la Carta Africana recoge un derecho autónomo e independiente en el que cabría incluir la categoría de la orientación sexual.<sup>160</sup>

Sin embargo, aunque la CADHP reconociese un derecho a la no discriminación por orientación sexual este podría limitarse en base al art. 27.2 y es que este precepto dispone que los derechos “se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común”. Es decir, que una aparente violación de este principio es justificable si está limitado o restringido en los términos del precepto. Si bien, la Comisión Africana exige un test de proporcionalidad conforme al cual las limitaciones tienen que ser “estrictamente proporcionales a las

---

homosexuales y transexuales pueden adoptar hijos o ser tutores, derogando la ley de Nebraska, último Estado que contaba con la prohibición.

157 En Argentina la Ley de Matrimonio Igualitario está vigente desde 2010, en Brasil y Uruguay desde 2013 y en 2016 lo declaró legal la Corte Constitucional de Colombia. Por su parte, en México, la Corte Suprema dispuso que cualquier ley que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo en el país es inconstitucional y, aunque no se encuentra regulado en todos los Estados mexicanos, es válido el celebrado en cualquiera de ellos. Asimismo, se reconocen las uniones civiles entre homosexuales en Chile y Ecuador y ciertos derechos a estas parejas en Costa Rica (MENDOS, L.R., ADRIÁN, T., «Las Américas: progreso constante hacia la igualdad para lesbianas, gays y bisexuales en 2015», en CAROLL, A. (ed.), *Homofobia de Estado 2016: Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, la protección y el reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*, Ginebra, 11ª. ed., ILGA, 2016, p. 176).

158 MENDOS, L.R., ADRIÁN, T., *Op. Cit.*, pp. 178-179.

159 Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como (...) u otro status (art. 2 CADHP).

160 Comisión Internacional de Juristas, *Op. Cit.*, pp. 43-44.

ventajas que se vayan a obtener y absolutamente necesarias para poder obtenerlas”.<sup>161</sup>

La vulneración de derechos humanos por motivo de la orientación sexual está al orden del día en la mayoría de Estados africanos, siendo Sudáfrica el único que realmente cuenta con una protección frente a la discriminación.<sup>162</sup> Con todo, hay que tener en cuenta que la Comisión Africana ha realizado algún pronunciamiento con respecto a cuestiones relativas a la discriminación por razón de orientación sexual. No obstante, solo se presentó en 1994 una denuncia en la que este era el centro del asunto, la cual, trataba acerca de la prohibición de las relaciones sexuales entre homosexuales en Zimbabwe en conjunto con las declaraciones homofóbicas del Presidente y el entonces Ministro de Interior. Sin embargo, la denuncia fue retirada por el solicitante.<sup>163</sup>

Sin embargo, el caso *Atala* puede constituir para la Comisión y la Corte Africana un punto de referencia en la protección frente de la discriminación por orientación sexual. Primeramente, porque las fuentes del Derecho son muy similares y, en segundo lugar, porque la Comisión se ha referido en numerosas ocasiones tanto a informes de la Comisión Americana como resoluciones de la Corte y, del mismo modo, ha aceptado las aportadas tanto por las partes. Así, cabe plantearse la posibilidad de que la Comisión ante un caso similar al *Atala* lo presente a la Corte Africana. Dándose el supuesto, parece difícil que la Comisión o la Corte ignoren los argumentos de caso interamericano.<sup>164</sup>

Por otra parte, tanto un organismo como el otro no solo deben aplicar la CADHP y demás instrumentos regionales sino también posicionarse en relación a otros instrumentos internacionales y las interpretaciones que se hacen de estos. Por ello, como guardianes de la Carta, tienen la obligación de promover los derechos de las personas homosexuales en África y proteger a todos los africanos contra la violación de sus

---

161 *Ibid.*, p. 44.

162 ELVIRA PERALES, A., «La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual en el ámbito internacional», en BELTRÃO, J.F., MONTEIRO DE BRITO FILHO, J.C., GÓMEZ, I., PAJARES, E., PAREDES, F. Y ZÚÑIGA, Y. (coords.), *Derechos Humanos de los grupos vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (DHES), 2014, p. 363.

163 RUDMAN, A., «The protection against discrimination based on sexual orientation under the African human rights system», *African Human Rights Law Journal*, Vol. 15, 2015, núm. 1, p. 5.

164 Aunque el sistema interamericano y el africano no tienen vías idénticas estas son similares, además, es más fácilmente comparable el sistema africano con el interamericano por el nivel de desarrollo y la importancia de la tradición. Además, en el caso africano se permite que, a parte de la Comisión, presenten reclamaciones individuos u ONGs – siempre que el Estado haya reconocido la jurisdicción de la Corte Africana. Por ello, el sistema africano debería ofrecer más oportunidades que el interamericano en cuanto a la presentación de quejas (RUDMAN, *Op. Cit.*, pp. 7-22).

derechos, promoviendo positivamente la igualdad.<sup>165</sup>

Además, la Comisión Africana en su Resolución núm. 275 se centró en la violencia contra personas homosexuales, haciendo referencia a los art. del 2 al 5 de la Carta, instando a los Estados a aprobar y aplicar efectivamente leyes que prohíban y castiguen todas las formas de violencia, incluidas las que atañen a personas por razón de su orientación o identidad sexual, garantizando la investigación y persecución de los perpetradores y procedimientos judiciales que respondan a los intereses de las víctimas.<sup>166</sup>

Ahora bien, el problema de fondo está en si realmente un caso de discriminación por orientación sexual puede llegar a la Corte Africana dadas las circunstancias actuales. Difícilmente se va a plantear un asunto por individuos que viven con miedo ante leyes discriminatorias. Sin embargo, teniendo en cuenta el proceso europeo y americano parece haber quedado demostrado el poder de los jueces de los organismos de derechos humanos para trazar el camino que deben seguir los tribunales estatales en la aplicación de las normas, tanto procesales como sustantivas, para promover la protección de los derechos humanos.<sup>167</sup>

---

165 *Ibid.*, pp. 22-23.

166 *Ibid.*, pp. 23-24.

167 *Ibid.*, pp. 25-26.

## V. CONCLUSIONES

Igualdad y no discriminación forman las dos caras de un mismo principio en su vertiente positiva y negativa. Así, este principio se traduce en el igual trato de todos los seres humanos en la ley y ante la ley sin discriminación. Por ello, lo que de verdad implica es el derecho que todos tenemos por igual a ser diferentes.

Sin embargo, los diferentes han sido los perseguidos a lo largo de la historia de la humanidad y así ha sucedido con la homosexualidad. Con la orientación sexual pasa además otra cosa, y es que esta no es visible. Es un carácter oculto, como lo es la opinión política y la religión pero, con la gran diferencia de que se trata de algo tan personal e íntimo como es la sexualidad que ha sido históricamente relegada al ámbito más estrictamente privado de la vida.

No obstante, por muy estrictamente privadas que fuesen las prácticas sexuales, los Estados, ya desde antiguo, no encontraron por ello obstáculo para la criminalización de aquellas socialmente inmorales como la sodomía. Si bien no es menos cierto que gracias a la movilización del colectivo LGTBI se ha conseguido un notable avance en materia de igualdad, tampoco este ha sido homogéneo. La preocupación actualmente radica en el hecho de que sigan penadas en multitud de países, con la muerte inclusive, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

Así, el primer objetivo, en cuanto a la protección de los derechos humanos y como requisito *sine qua non* hacia la igualdad, debería ser la destipificación de la homosexualidad y las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo.

Además, resulta incongruente la correlación entre una sociedad civilizada, democrática y de derecho y otra en la que se criminaliza al ser humano en función de sus relaciones y prácticas sexuales. Por ello, no solo es necesaria su destipificación sino que es preciso erradicar toda forma de discriminación, acto o incitación a la violencia, persecución, tortura, odio y, en general, cualquier trato degradante.

Por lo expuesto, parece presuntuoso hablar de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y demás cuando ser homosexual es delito en un tercio de los países del mundo. No obstante, podemos decir que en este sentido, especialmente en Europa y América, se está dando un constante progreso que va desde la “penalización de la

homosexualidad a la criminalización de la homofobia”<sup>168</sup> en aras de conseguir la plena igualdad ante la ley y *de facto*. Así, en muchos países ha habido una tendencia hacia el mayor reconocimiento de derechos a los homosexuales. Derechos como el matrimonio o las uniones civiles, la adopción y la igualdad en el acceso y las condiciones laborales. Preocupa, sin embargo, la decisión del TEDH que deja en manos de cada Estado la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo por estar los Estados en una mejor situación de valorar la sociedad. Situación que, por el contrario, fue aprovechada por el Tribunal Supremo estadounidense en 2015, legalizándolo en todos los Estados del país. Por su parte, tampoco deja de ser alarmante el auge de la extrema derecha en los últimos años, asimilada esta a la heteronormatividad y actitudes homofóbicas. Si bien, por un lado, resulta difícil pensar en restringir derechos ya concedidos, por otra parte, en aquellos países en los que queda un mayor recorrido es preocupante que no lleguen a ponerse a la altura del resto de vecinos europeos.

En definitiva, la orientación sexual constituye un motivo discriminatorio digno de protección por el ordenamiento jurídico. Sin duda, la labor de los tribunales de derechos humanos ha sido cuanto menos decisiva en el reconocimiento de los derechos y, así, tanto organismos internacionales como los Estados deben continuar garantizando el libre desarrollo de los derechos sexuales de todos los individuos en condiciones de igualdad. Tras siglos de historia de la humanidad, nos encontramos quizás en el momento más favorable y, por ello, es preciso erradicar toda manifestación de homofobia hasta que se logre la plena protección frente a la discriminación y la igualdad de todos los individuos, tanto a nivel estatal como internacional.

---

168 BORRILLO, *Op. Cit.*, p.1.

## BIBLIOGRAFÍA

BAYEFISKY, A., «El Principio de Igualdad o no Discriminación en el Derecho Internacional», *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, 1990, núm. 1-2, pp. 1-34.

BLACKWELL, A. Y DUARTE, P., «Violencia, crimen y exclusión social», en DE ZELA, H., ESQUENAZI, P., BRIONES, A. Y OCHOA, G. (eds.), *Desigualdad e Inclusión Social en las Américas: 14 ensayos*, 2ª ed., OEA, 2011, pp. 119-145.

BORRILLO, D., «De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual», *Revista de Estudios Jurídicos*, 2011, núm. 11, pp. 69-94.

CASTILLO DAUDÍ, M., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Valencia, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2006.

CARBONELL, M., «La no discriminación y el derecho internacional de los derechos humanos. Estudio Preliminar», en CARBONELL, M. (comp.), *Instrumentos jurídicos internacionales en materia de no discriminación*, Vol.1, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, pp. 9-22.

CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, 2004, núm. 8, pp. 265-284.

CAROLL, A. (ed.), *Homofobia de Estado 2016: Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, la protección y el reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*, Ginebra, 11ª ed., ILGA, 2016.

Comisión Internacional de Juristas, *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Guía para profesionales núm. 4, 2009.

ELVIRA PERALES, A., «La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual en el ámbito internacional», en BELTRÃO, J.F., MONTEIRO DE BRITO FILHO, J.C., GÓMEZ, I., PAJARES, E., PAREDES, F. Y ZÚÑIGA, Y. (coords.), *Derechos Humanos de los grupos vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (DHES), 2014, pp. 355-378.

FIGUEIRO TEREZO, C., «Derechos humanos y diversidad sexual en el sistema

interamericano de protección de los derechos humanos» en BELTRÃO, J.F., MONTEIRO DE BRITO FILHO, J.C., GÓMEZ, I., PAJARES, E., PAREDES, F. Y ZÚÑIGA, Y. (coords.), *Derechos Humanos de los grupos vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (DHES), 2014, pp. 389-404.

GIBAJA CABRERO, E., «La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de derecho político*, 2014, núm. 91, pp. 303-340.

KIPER, C. M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Buenos Aires, 1º ed., Hammurabi, 1998.

*Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Consejo de Europa, 2010.

NOIR, R.A., «Sobre el movimiento LGHBT (Lésbico-Gay Homosexual-Bisexual Transgénero)», *Revista Electrónica de Psicología Política*, 2010, núm. 22, pp. 128-140.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Nacidos libres e iguales*, Nueva York, Naciones Unidas, 2012.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos europeos de Deusto*, 2012, núm 46, pp. 181-213.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, 25.ª ed., Marcial Pons, 2016.

PRECIADO DOMENECH, C.H., *Igualdad y no discriminación en el Derecho de la Unión Europea*, Albacete, 1.ª ed., Bomarzo, 2016.

PULECIO PULGARÍN, M., «Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos», *Revista Análisis Internacional*, 2011, núm. 3, pp. 239-259.

RABOSI, E., «Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación», *Revista del Centro de Estudios Constituciones*, 1999, núm. 7, pp. 175-192.

REQUENA CASANOVA, M., «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, núm. 40, pp. 767-793.

RIVAS VAÑÓ, A., Y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., «Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 1999, núm. 52, pp. 3-38.

RODRIGUES CANOTILHO, M., *El principio de igualdad en el Derecho constitucional europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi, 2017.

RUDMAN, A., «The protection against discrimination based on sexual orientation under the African human rights system», *African Human Rights Law Journal*, Vol. 15, 2015, núm. 1, pp. 1-27.

SHELTON, D., «Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, núm. 4, pp. 15-39.

TORRES, J.L., «Naturaleza e historia de los Derechos Humanos», *Espiga*, Vol. 3, 2002, núm. 5, pp. 1-14.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

*Alekseyev c. Rusia*, núm. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, 21 de octubre de 2010.

*Asunto relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, núm. 1677/1962, 1691/1962 y 1474/1962, 23 de julio de 1968.

*Baczkaowski y otros c. Polonia*, núm. 1543/06, 3 de mayo de 2007.

*Burden c. Reino Unido*, núm. 13378/05, 29 de abril de 2008.

*Dudgeon c. Reinno Unido*, núm. 7525/76, 23 de septiembre de 1981.

*E.B. c. Francia*, núm. 43546/02, 22 de enero de 2008.

*Genderdoc-M c. Moldavia*, núm. 9106/06, 12 de junio 2012.

*Identoba y Otros c. Georgia*, núm. 73235/12, 12 de mayo de 2015.

*Karlheinz Schmidt c. Alemania*, núm. 13580/88, 18 de julio de 1994.

*E.g., Karner c. Austria*, núm. 40016/98, 24 de julio de 2003.

*Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, núm. 31417/96 y 32377/96, 27 de septiembre 1999.

*Modinos c. Chipre*, núm. 15070/89, 22 de abril de 1993.

*Norris c. Irlanda*, núm. 10581/83, 26 de octubre de 1988.

*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, núm. 33290/96, 21 de diciembre de 1999.

*Schalk et Kopf c. Austria*, núm. 30141/04, 24 de junio de 2010.

*Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina* , núm. 27996/06 y 34836/06, 2009, 29 de diciembre de 2009.

*Smith y Grady c. Reino Unido*, núm. 33985/96 y 33986/96, de 27 de septiembre de 1999.

*Vejdeland y otros c. Suecia*, núm. 813/07, 9 de febrero de 2012.

*X y otros c. Austria*, núm. 19010/07, 19 de febrero de 2013.

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

As. C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

As. C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286.

As. C-148/13, C-149/13, C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

As. C-199/12, C-200/12, C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720.

As. C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63.

As. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179.

As. C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823.

As. C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

As. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288.

### **Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas**

*Ibrahima Gueye y otros c. France*, Comunicación No. 196/1985. U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989).

*Nicholas Toonen c. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

*X c. Colombia*, Communication No. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007).

*Young c. Australia*, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

### **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

CIDH, *Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombia*, núm. 11.656, de 18 de mayo de 1996.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas c. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011.

### **Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América**

*Plessy c. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

*Brown c. Consejo de Educación de Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

*Obergefell c. Hodges*, 576 U.S. (2015).

