

**DERECHOS HUMANOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.
PERSPECTIVA COMPARATIVA: AMÉRICA Y EUROPA**

Por

YENNESIT PALACIOS VALENCIA*
Especialista en Cultura Política y Derechos Humanos
Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín

yennesit.palacios@gmail.com

Revista General de Derecho Público Comparado 14 (2014)

*Sólo podremos vivir como seres humanos,
cuando entendamos lo que realmente significa eso,
ser, seres humanos»*

Fecha de recepción: 14-10-2013

Fecha de aceptación: 28-10-2013

RESUMEN: En la actualidad el debate sobre la efectiva protección de los derechos humanos de las parejas del mismo sexo cada día cobra vital importancia, toda vez que aún los avances legales y constituciones en los distintos países, la comunidad LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales), siguen siendo todavía discriminados, tachados y estigmatizados. Por ello, el debate en cuestión es una prioridad de índole mundial, pues dichas manifestaciones homofóbicas han estado presente a lo largo de la historia, circunstancia que no puede tolerarse en modelos de sociedades que pregonan la igualdad de género, la identidad sexual y el derecho a la diferencia. Por lo tanto, con este artículo se pretende hacer un estudio comparativo en el ámbito europeo y americano, para analizar cómo ha sido el proceso evolutivo de tales derechos.

PALABRAS CLAVE: América Latina; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Europa; parejas del mismo sexo; Interés Superior de los niños y niñas; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BASES JURÍDICAS: PUNTO DE PARTIDA.- III. ESTUDIO COMPARATIVO A NIVEL MUNDIAL: 1. Referente Latinoamericano. 2. Contexto Europeo. IV. PROCESO EVOLUTIVO EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.- V. REFLEXIONES.- VI. REFERENCIA.

* Abogada de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Magister y doctoranda en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla-España. Magister en Relaciones Internacionales de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA).

HUMAN RIGHTS OF SAME SEX COUPLES. COMPARATIVE PERSPECTIVE: AMERICA AND EUROPE

ABSTRACT: At the present the debate on the effective protection of human rights of same-sex couples each day is of vital importance, since even legal developments and constitutions in different countries, LGBTI community (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex), remain still discriminated against, labeled and stigmatized. Therefore, the debate in question is a priority of global nature, such as homophobic demonstrations have been present throughout history, a fact that can not be tolerated in models of companies touting gender equality, sexual identity and the right to the difference. Therefore, this article aims to make a comparative study in European and American has been analyzing how the evolutionary process of such rights.

KEYWORDS: Latin America; Inter-American Court of Human Rights; Europe; same-sex couples; the best interests of children; the European Court of Human Rights.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. - II. LEGAL BASIS: STARTING. - III. WORLDWIDE COMPARATIVE STUDY: 1. Regarding Latin. 2. European Context. IV. EVOLUTIONARY PROCESS IN INTERNATIONAL COURT OF HUMAN RIGHTS PROTECTION. - V. REFLECTIONS. REFERENCE.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de derechos humanos de la comunidad LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales), hoy es una necesidad sentida y obligada, ya que el populismo y la manera como se manejan los avances existentes, reflejan que aún la sociedad mantiene concepciones claramente estereotipadas, que manifiestan un rechazo con dicho colectivo a la hora de aceptar como válidos ciertos derechos y limitar otros tantos, debate que en épocas actuales parece un sin sentido lógico, como sí se tratara de una cosa extraña a la que urge mirar sí se le pueden otorgar o no, “derechos”, cuando la realidad es, que son y siempre serán, *seres humanos*, igual al conglomerado que los discrimina y rechaza, pues acéptenlo o no, comparten la misma identidad “humana” -, por ello todos y todas, sin distinción alguna, ámeritan ejercer los mismos derechos -.

Es paradigmático que hoy luchen por derechos que se supone cada articulado de los diversos tratados sobre derechos humanos décadas atrás les han otorgado. La negativa a entender éste presupuesto, se refleja incluso, en esferas que vienen desde los mismos órganos gubernamentales, cuando rechazan avances legales intentando derribarlos bajo demandas de inconstitucionalidad.

En esa medida, éste escrito invita a reflexionar al lector, través de tres contenidos articulados entre sí. Metodológicamente tiene como punto inicial algunos esbozos normativos que justifican la efectiva protección de los derechos humanos de las parejas

del mismo sexo no sólo en el ámbito regional, sino universal. Seguidamente se hace un estudio comparativo a nivel mundial, para introducir el tema específicamente en países del continente americano y europeo, y así advertir ciertas particularidades en algunos casos y observar cómo se está dando la evolución en la materia, sobre todo en cuanto al principio de igualdad y no discriminación se refiere, para hacer una reflexión sobre el avance o retroceso que tienen algunos países, al regular un tema de gran actualidad, como lo es el derecho al matrimonio y a constituir una familia con las implicaciones derivadas. Posteriormente se aborda un estudio comparativo de algunos precedentes importantes en los sistemas de protección de derechos humanos en el ámbito americano y europeo, pues muchos avances legales y constitucionales se deben a la insistencia y pronunciamiento de sus órganos.

II. BASES JURÍDICAS: PUNTO DE PARTIDA

No existe un instrumento internacional específico a modo de tratado, relativo a los derechos humanos de las parejas del mismo sexo. La heteronormatividad¹, - La existencia de normas tradicionales sobre la sexualidad y a sus implicaciones sociales en un sistema social que supone que sólo hay dos formas posibles de expresión de la sexualidad e identidad sexogenérica: masculina y femenina-, “se sustenta en los estereotipos de género, que son concepciones y modelos sociales de cómo deben actuar las mujeres y los hombres. A partir de ellos se condiciona a las personas a cumplir con expectativas sociales y familiares, y se les ubica en espacios y actividades separadas por género (...).”².

Aún la carencia de tal instrumento, sí se hace una interpretación extensiva de los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos existentes, dichos derechos pueden verse implícito, en múltiples instrumentos internacionales generales - lo que no quiere significar que no apremie una regulación internacional al respecto, que se aleje de la heteronormatividad existente, por los avances tan acelerados que se viven en el modelo de sociedad actual-, vale decir en el Sistema Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966, que reitera en su artículo 3 que “los Estados partes se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. Además establece, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y

¹ G. Mejía Núñez, et al. *Guía para la Acción Pública contra la homofobia*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, (CONAPRED)., Primera edición, México, 2012, p, 22.

² Ibid. p. 23.

liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”.

El Pacto igualmente sí se analiza de forma literal, consagra el derecho a contraer matrimonio sin excluir de ninguna manera, la posibilidad de que el matrimonio se lleve a cabo entre parejas del mismo sexo, esto es, entre dos hombres o entre dos mujeres. Al respecto, el Art.23 , del PIDCP sostiene: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del *hombre y de la mujer a contraer matrimonio* y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. Lo anterior que puede leerse y pensarse de manera no discriminatoria, ha sido usado para múltiples interpretaciones limitando derechos que aquí se consagran en cabeza de todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo o cualquier identidad sexual, el cometido del Pacto, es por tanto, altamente proteccionista.

Por otra parte, desde una perspectiva de género³, - “entendiendo por aquella las características y especificidades propias tanto de hombres como de mujeres”⁴ - En lo que ha derechos específicos de las mujeres se refiere, es de resaltar que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁵, más conocida como Convención Belém do Pará, como instrumento regional en el Sistema⁶

³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. San José, Costa Rica, 2009, p. 7.

⁴ Y. Palacios Valencia, “Género en el derecho constitucional transnacional casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Vol 41, No 114, Medellín, Colombia. Enero-junio de 2011, p. 139.

⁵ Organización de Naciones Unidas (ONU). *Derechos de la mujer*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Edición actualizada, Bogotá, diciembre de 2002, p. 12.

⁶ Actualmente existen diferentes Pactos Internacionales producto de los diversos Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos, consolidándose primero el Europeo con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en 1950 y posteriormente el Interamericano en 1969, época en que fue adoptada la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica, aunque años atrás en 1948 ya se contaba con la Declaración Americana, instrumento que abrió las puertas para la consolidación del Sistema, y el más joven pero no menos importante, el Sistema Africano soportado por la Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos, también llamada *Carta de Banjul*, adoptada en 1981 por la Organización para la Unidad Africana (OUA), que entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁷, hace una interpretación bastante amplia en su artículo 6, cuando consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, que incluye entre otras cosas, el ser libre de toda forma de discriminación (...), punto clave cuando se originan debates desde una perspectiva de género y la identidad sexual.

Por otra Parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁸, manifiesta que "(...) los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". Asimismo, establece que "la protección internacional de los derechos del hombre, debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución".

Al respecto, acudiendo precisamente a la evolución misma y exigencias de los Estados de las Américas, la Asamblea General⁹ de la Organización de Estados Americanos (OEA), "ha aprobado desde el 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios"¹⁰. Siendo el avance más reciente en la materia, la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), *sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011, que condena "la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. Por lo que insta a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones

⁷ H. Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Tercera edición, San José, 2004. p. 3.

⁸ "La consagración del derecho interamericano de protección de los derechos humanos, comenzó precediendo incluso a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombres vio la luz, en efecto, en mayo de 1948 en Bogotá, siendo un precursor clave de su homónima universal. Sin embargo, a pesar de este comienzo prometedor, el sistema interamericano vivió en los cincuenta y los sesenta un difícil período de luces y sombras que, jalonado por retos políticos y jurídicos importantes, llevo a un desarrollo extremadamente lento y complejo en el seno del continente americano". véase BURGORGUE-LARSEN, Laurence. ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos humanos*. Estudio y jurisprudencia. 1era ed, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2009, p. 17.

⁹ AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011. AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.

¹⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, reparaciones y costas. Párr, 86.

jurídicas de su ordenamiento interno a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”.

En este orden de ideas, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma en 1950¹¹, expresa en su Art. 14 , la prohibición de toda clase de discriminación y simultáneamente en su Art. 12 , estipula el derecho que tienen tanto hombres como mujeres, a partir de la edad núbil, de contraer matrimonio y fundar una familia conforme a las leyes nacionales que rijan en el ejercicio de éste derecho. Exposición que es bastante similar a la del PIDCP y debería ser idéntica a la hora de entender tal postulado, en el caso de matrimonios entre parejas del mismo sexo.

En este sentido, la Convención Americana sobre de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, (en adelante la Convención), sí bien, se aleja un poco de tal postura, al consagrar en su Art. 17 , “que la familia es la conformada por un hombre y una mujer (...)”, aclara a renglón seguido que tal disposición no puede entenderse en desmedro de los restantes derechos consagrados en la citada Convención, pues no puede ser contraria al *principio de no discriminación*¹².

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención ¹³, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma¹⁴.

Por ello, en ambos casos, las altas Cortes de los órganos tanto del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos¹⁵ como del Sistema Europeo, esto

¹¹ M-A., Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. J. García de Enterría, (Trad). Cuadernos-Civitas, Madrid, 1985, p .13. En Roma el 4 de noviembre de 1950, “los representantes de trece Gobiernos, entre los cuales Robert Schuman por Francia, firman el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”. A lo que posteriormente se adhirieron otros Estados.

¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie N° 4. Párr 53. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268.

¹³ H. Faúndez Ledesma, Op. Cit. p. 342.

¹⁴ Corte IDH. Caso Atala y niñas Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 78.

¹⁵ El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se inicio formalmente con la Declaración Americana en 1948 en Bogotá, marco en cual se adoptó la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Véase, Organización de Estados Americanos

es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), (en adelante la Corte) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁶, también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos, a través de sus pronunciamientos deben hacer respetar los derechos humanos consagrados en los respectivos Convenios, “derechos que, paralelamente, han estado rodeados de garantías y de mecanismos procesales internacionales de protección, configurando un sistema de garantía colectiva de los Estados, distinto del previsto en los ordenamientos jurídicos nacionales”¹⁷. Amén de que el sistema convencional obliga a los Estados partes a respetar lo pactado, por el principio *pacta sunt servanda* de la Convención de Viena de 1969, que ostenta también el calificativo de norma de “*ius cogens*”¹⁸, normas que son de obligatoria e imperativa observancia, pues como sostiene Cançado Trindade, “son una categoría abierta que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (...)”¹⁹. A ello se debe que sean normas con efectos *erga omnes* e inderogables, lo cual es soporte de la concreción de la dignidad humana de todas las personas.

Sin embargo, esto que parece ser tan obvio, aún en la actualidad presenta debilidad cuando se habla de la efectiva protección de los derechos humanos de las parejas del mismo sexo, que en unos Estados suele ser más proteccionista, sobre todo cuando se piensa en el derecho a constituir una familia con sus derechos derivados, esto se evidencia con mayor fuerza en el contexto Europeo, más no tanto en el Americano, que va avanzando pero a pasos menos acelerados.

(OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documentos básicos en materia de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. San José de Costa Rica, Actualizado a febrero de 2012, p. 4. [En línea]. En <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/docsbas2012_esp.pdf> [consultado en febrero de 2013].

¹⁶ J. Rodríguez y Rodríguez. “El Sistema Europeo de protección Internacional de Derechos Humanos”. en *cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. La protección internacional de los derechos humanos. normas y procedimientos*. Año 1, N° 2, enero-abril de 1986, p, 131. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1740/11.pdf>>. [consultado noviembre de 2012].

¹⁷ H. Faúndez Ledesma, Op.cit, p, 1.

¹⁸ Al respecto véase: Corte IDH. *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, voto razonado del Juez Cançado Trindade a la sentencia de fondo del 29 de abril de 2004. Párr. 14. Corte IDH, Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 58. Corte IDH, Caso la Cantuta Vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 160. Corte IDH, Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Voto razonado Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Párr. 66, 68.*

¹⁹ Corte IDH. OC 18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade,., párr. 68. Cfr. Caso de la Masacre de Plan de Sánchez, Vs Guatemala. Voto razonado Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Párr. 29.

III. ESTUDIO COMPARATIVO A NIVEL MUNDIAL

En general, los derechos humanos de las parejas del mismo sexo y en particular el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia, es un debate que se ha puesto en boga no sólo en países latinoamericanos sino europeos, por no decir que es un debate, con una creciente necesidad más que regional, mundial. Llama la atención que el tema sea abordado con frecuente excitación sobre todo por los medios de comunicación, que se basan más en su actuar mediático por el populismo que genera el tema en sí mismo, que en la función social de educar para superar muchos tabúes incomprensibles en la época actual. Tabúes que incluso no existían en épocas pasadas si remontamos el estudio a la Grecia Antigua y Roma²⁰.

Hoy por el contrario, aún los avances en la materia, las uniones entre parejas del mismo sexo sigue viéndose como una cosa extraña, o como una enfermedad²¹, siendo el trato aún discriminatorio, pues pese a las conquistas legislativas y reformas existentes, el conglomerado social sigue enfocado en aceptar lo tradicional, esto es, la relación entre un hombre y una mujer con los respectivos derechos derivados, *so pretexto* de ver afectada la visión tradicional de familia, cuando es un hecho notorio que las circunstancias han cambiado.

Tal cosa sucede, entre otras cosas, porque los debates giran en torno a posturas "Moralistas y fundamentalistas del sector conservador de la Iglesia Católica, que tratan al homosexualismo como una *desviación sexual y un pecado*"²². Baste recordar que "la Santa Inquisición torturó y mandó a la hoguera (...). Todo estaba justificado: se trataba de salvar las almas de los desviados"²³. De esta manera buscan impregnar las legislaciones de las naciones para que "se censure y escarmiente a la homosexualidad. Estos intentos reproducen un conflicto innecesario puesto que el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de Salud (OMS) excluyó a la homosexualidad del código internacional de enfermedades, junto con los grupos Lésbicos-Gay, Transexual y Bisexual (LGTB). Para el año 2005 esta fecha se convirtió en un momento que celebró la *Primera Jornada Mundial Contra la Homofobia*"²⁴.

²⁰ E. Rodríguez Martínez, "El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derechos comparado en América Latina". En *Boletín Mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril, 2011, p. 208.

²¹ F. Gamboa, P. Alcocer, "Entre amores y reveses: el debate homosexual en América Latina". En biblioteca Saavedra Fajardo de pensamiento político Hispánico. 2012, p. 3. [en línea] <<http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/tribuna/DOC0556-FGR.pdf>>. [consultado 11 de enero de 2013].

²² Ibid, p. 3.

²³ L. de la Barreda Solórzano, *Justicia penal y derechos humanos*. Porrúa, México, 1997, p. 211.

²⁴ F. Gamboa, P. Alcocer, Op. Cit. p. 3.

No obstante, como se desprende de la radiografía sobre la situación de la homosexualidad en el mundo reflejada en el *Informe sobre Homofobia de Estado* difundido por ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales)²⁵, el texto revela que 113 países en el mundo²⁶ autorizan la homosexualidad, aunque aclara que en algunos casos, los actos sexuales entre personas del mismo sexo nunca han sido penalizados en varios países, incluyendo Burkina Faso, Chad, Congo, Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Gabón, Madagascar, Malí, Níger, República Centro Africana y Ruanda²⁷. Mientras que 78 naciones consideran que practicar sexo entre dos personas del mismo género constituye un acto ilegal, entre ellos, diez de América Latina y el Caribe²⁸.

Irán, Arabia Saudí y Yemen, en Asia; Mauritania, Sudán, y las regiones del norte de Nigeria y el sur de Somalia, en África; penalizan la homosexualidad con la pena de muerte. Quince países han fijado parámetros para determinar la edad de consentimiento para relaciones sexuales heterosexuales y homosexuales. Mientras que otros 52

²⁵ L.P. Itaborahy, *Homofobia de Estado*. Informe mundial sobre las leyes que criminalizan la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA), Mayo 2012. [En línea] <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2012.pdf>. [Consultado diciembre de 2012].

²⁶ Burkina Faso, Cabo Verde (2004), Chad, República Democrática del Congo, Congo, Costa de Marfil, Djibouti, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau (1993), Guinea Ecuatorial (1931), Madagascar, Mali, Níger, República Centro Africana, Ruanda, Sudáfrica (1998), Argentina (1887), Bahamas (1991), Bolivia, Brasil (1831), Chile (1999), Colombia (1981), Costa Rica (1971), Cuba (1979), Ecuador (1997), El Salvador (años 1800), Guatemala (años 1800), Haití (años 1800), Honduras (1899), México (1872), Nicaragua (2008), Panamá (2008), Paraguay (1880), Perú (1836-37), República Dominicana (1822), Surinam (1869), Uruguay (1934) y Venezuela (años 1800), Baréin, Camboya, Cisjordania (1951), China (1997), Filipinas, la mayoría de Indonesia, Israel (1988), Japón (1882), Jordania (1951), Kazajstán (1998), Kyrgistán(1998), Laos, Mongolia (1987), Nepal (2007), Corea del Norte, Corea del Sur, Taiwán (1896), Tajikistán (1998), Tailandia (1957), Timor Este (1975), Vietnam, así como en West Bank (1951) en el territorio palestino ocupado. Albania (1995), Alemania (1968-69), Andorra (1990), Armenia (2003), Austria (1971), Azerbaijan (2000), Bélgica (1795), Bielorrusia (1994), Bosnia y Herzegovina (1998-2001), Bulgaria (1968), Croacia (1977), Chipre (1998), Ciudad del Vaticano, República Checa (1962), Dinamarca (1933), Eslovaquia (1962), Eslovenia (1977), España (1979), Estonia (1992), Finlandia (1971), Francia (1791), Georgia (2000), Grecia (1951), Hungría (1962), Irlanda (1993), Islandia (1940), Italia (1890), Kosovo (1994), Letonia (1992), Liechtenstein (1989), Lituania (1993), Luxemburgo (1795), Macedonia (1996), Malta (1973), Moldavia (1995), Mónaco (1793), Montenegro (1977), Noruega (1972), Países Bajos (1811), Polonia (1932), Portugal (1983), Rumanía (1996), Rusia (1993), San Marino (1865), Serbia (1994), Suecia (1944), Suiza (1942), Turquía (1858), Ucrania (1991), Reino Unido (ver pie de página para Reino Unido y asociados). Canadá (1969), Estados Unidos (2003). Oceanía Australía, Fiji (2010), Islas Marshall (2005), Micronesia, Nueva Zelanda (1986), Vanuatu y asociados a Nueva Zelanda de Niue (2007) y Tokelau (2007).

²⁷ *Ibid.* p. 13.

²⁸ Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago.

prohíben la discriminación en el empleo basada en la orientación sexual, sólo 19 la prohíben específicamente en base a la identidad de género²⁹.

Al mismo tiempo, es interesante advertir como lo reconoce la ILGA³⁰, un desarrollo paradójico en varios estados del sur de África y el Océano Índico (Botswana, Mozambique, Mauricio y Seychelles), cuyos parlamentos han adoptado leyes para prevenir la discriminación por motivos de orientación sexual en el puesto de trabajo, mientras que al mismo tiempo sus respectivos códigos penales conservan disposiciones para castigar a los adultos del mismo sexo que mantengan relaciones sexuales consensuales.

En general, resulta ser en los países europeos donde más avance hay en la materia en relación a las garantías y reconocimiento social de éstos derechos. Sin embargo, el debate sigue presente puesto que las discriminaciones aún persisten y no es del todo claro en algunos casos puntuales, hasta dónde llegan ciertos derechos en relación a las parejas homosexuales, la garantía de conformar una familia no siempre es garantizada aunque se permite el derecho al matrimonio, pues resulta contradictoria que se avance en ese aspecto, pero se retroceda paralelamente cuando se restringe el derecho de adopción.

1. Referente Latinoamericano

Debido a la falta de reconocimiento de las parejas homosexuales como familia, en el caso específico, en Sudamérica, el Estado colombiano ha negado la posibilidad de que dichas parejas puedan adoptar niños o niñas. Para ello se ha basado en la supuesta falta de idoneidad moral³¹, en el interés superior del niño y por supuesto en la no consideración legal de las parejas homosexuales en un principio como familia³². Lo cual es contradictorio, pues la adopción tiene:

Una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo”, en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que “establecen la protección especial del niño y los

²⁹ Al respecto, consúltese el Mundo. “Informe ILGA”. Actualizado martes 15/05/2012.16:45 H. [En línea]. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/15/internacional/1337093128.html>>. [Consultado abril de 2013].

³⁰ ITABORAHY, Lucas Paoli. Op. cit. p. 4.

³¹ S. Estrada Velez, . Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. En *Opinión Jurídica*, Vol. 10, No 19. Universidad de Medellín, 2011, p. 28.

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 814, 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 2001.

derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral³³.

Algunos tratados internacionales como la Convención sobre Derechos de los niños y la Convención Americana de Derechos Humanos, señalan un principio de corresponsabilidad consistente en que la familia, la sociedad y el Estado, deben adoptar las medidas de protección necesarias para salvaguardar a los niños. En ese sentido debe aclararse que la adopción es una medida de protección a favor de los niños y niñas, que busca mediante un acto jurídico crear un vínculo de parentesco entre dos personas. Contrario a la postura generalmente acogida, la adopción no responde a la necesidad de una pareja o de una persona de satisfacer un deseo de conformar una familia o de aminorar la frustración de no poder tener hijos por medios naturales, lo que la adopción pretende es salvaguardar a un niño o niña, en estado de debilidad y de desprotección, dándolo al cuidado de personas que según la ley sean idóneas física, mental, moral, económica y socialmente, con las cuales tendrá un vínculo de parentesco, en conclusión, la medida de adopción no atiende necesariamente el interés del adoptante, sino el del niño o niña.

Al respecto, como *Amicus Curiae* en el caso *Atala contra Chile* ante la Corte IDH, el Área de Derechos Sexuales y Reproductivos (ADSyR), del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, desde México (CIDE)³⁴, planteó una postura para ilustrar a la Corte sobre cuestiones como las que aquí se debaten. En lo puntual, acudió a una decisión de la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) en la que se dictaminó, por una mayoría calificada de nueve votos, que en relación a la adopción por parte de parejas del mismo sexo:

No se violentaba el principio del interés superior del niño. Para la mayoría, este principio obliga al legislador a diseñar un sistema en el que se garantice que, para cada caso en particular, se decida lo que es mejor para cada niña o niño en concreto. La regulación del Distrito Federal, para la SCJN, cumplía con esos requisitos, ya que establece disposiciones que determinan que las autoridades correspondientes deberán

³³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11. Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 2011.

³⁴ División de Estudios Jurídicos Centro de Investigación y Docencia Económicas de México. *Amicus Curiae*. REF. Karen Atala Riffo e hijas contra Chile (Caso 12.502). CDH-S/2092, México, Distrito Federal 8 de septiembre de 2011, p. 6.

valorar cada caso particular. Para la mayoría, excluir *a priori* del proceso de adopción a toda una categoría de personas no sólo no avanzaría el principio del interés superior del menor, sino que llevaría a la misma SCJN a caer en un razonamiento prohibido por el derecho a la no discriminación.

Además, afirmó la SCJN, aceptar el que los niños sean objeto de discriminación social por vivir en un tipo de familia que no es como la tradicional, “sería tanto como decir que todos los niños y niñas que crecen en familias distintas están en desventaja frente a los otros”, lo que sería inaceptable. Para la SCJN, en “un Estado democrático de derecho, el legislador debe buscar la eliminación de las diversas formas de discriminación e intolerancia que se presentan en la sociedad, lo cual se logra a través del reconocimiento y protección de todo tipo de familia que pueda existir, no de su ‘exclusión’ o ‘negación’³⁵”.

Siendo la familia “el núcleo fundamental de la sociedad, los distintos Estados han advertido la necesidad de dotarla de un sustrato material que le permita satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarrollarse sin traumatismos” y, de igual modo, “han advertido la necesidad de brindarle una protección jurídica preferente”, una de cuyas formas es el amparo de su patrimonio, mientras que otras consisten en el establecimiento de “la igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, en la consideración especial de los niños “como titulares de derechos fundamentales”³⁶. En ésta lógica, el caso colombiano ha tenido avances recientes, consecuencia del debate puesto en escena aproximadamente 10 años atrás.

Concretamente, la cuestión entorno a la concepción restrictiva del concepto de familia, con sus implicaciones, surge en ocasión de la interpretación del artículo 42 de la Constitución³⁷, por el Tribunal Constitucional. Para algunos, la interpretación literal arroja como resultado la protección de la familia conformada entre un hombre y una mujer; mientras que según una interpretación sistemática, como la planteada en salvamento de voto a la sentencia C-814 de 2001, por el magistrado Jaime Araujo Rentería, donde expresó, que en virtud de los principios de dignidad humana, igualdad, libertad y autonomía, reconocidos en la Constitución, las parejas del mismo sexo constituyen

³⁵ Ibid, p. 6.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11. Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁷ Constitución Política de Colombia de 1991. Art 42. “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

familia, por conformarla de manera voluntaria, atendiendo ello a lo estipulado en el Art. 42, constitucional.

La posición mayoritaria de la Corte Constitucional (Sentencia C-814, 2001), considera que el contenido del artículo 42 de la Constitución, solo protege a la familia heterosexual y monogámica, ello no solo desde una interpretación literal sino desde una teleológica, donde acudiendo a la intención del constituyente, la Corte Constitucional ha negado a las parejas homosexuales la posibilidad legal y constitucional de constituir familia, aduciendo que la intención de aquel, era proteger a la familia conformada por un hombre y una mujer, constituida a través de la figura del matrimonio o bien por la voluntad libre de formarla.

Por otro lado, en la sentencia SU 623 de 2001, la Corte Constitucional negó la inscripción como beneficiario en el sistema de seguridad social en salud a la pareja de un homosexual, aduciendo principalmente que la normatividad que señala los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud, hacen referencia a la familia del mismo, contemplando dentro de ésta al compañero o compañera permanente y dicha expresión presupone una cobertura familiar y por lo tanto una relación heterosexual. Ello sustentado con la definición constitucional del concepto de familia.

Uno de los más actuales pronunciamientos y tal vez el más importante en cuanto al reconocimiento de derechos de las parejas homosexuales, es la sentencia C-075 del 7 de febrero de 2007, mediante la cual se reconoce el régimen patrimonial para parejas homosexuales. En esa sentencia la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido de que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

De esa manera, la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.

Sin embargo, más recientemente en sentencia C-577 de 2011, la decisión adoptada por la Corte Constitucional asume una posición histórica, pues representa un paso firme en la consolidación de la supremacía de la Carta Política de 1991, fruto de muchas luchas de grupos y personas en defensa de los derechos de poblaciones marginadas y discriminadas. Tal como lo indica la sentencia, la Corte Constitucional por fin asume que toda pareja de personas del mismo sexo tiene el derecho a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal.

Si bien, “el derecho constitucional de las parejas de personas del mismo sexo a celebrar un acto contractual de carácter marital, solemne y formal es una manifestación directa del derecho constitucional a constituir una familia. Ahora, en tanto la familia es el núcleo básico de la sociedad, se trata entonces, del derecho de este tipo de parejas a constituirse como un núcleo esencial de la sociedad”. Análisis que aunque claro, deja una zona de penumbra en la decisión final de la Corte Constitucional, que definitivamente en una postura facilista frente a temas gruesos de la extensa y argumentada sentencia presentada por los accionantes, termina inhibiéndose y exhortando al Congreso de la República para que legisle, con lo cual finalmente se crea un déficit grave de protección.

Así por ejemplo en el salvamento de voto a la sentencia, los magistrados³⁸ se refirieron a eventualidades que pueden presentarse si la zona de penumbra continua, como ocurrió en el caso entre el *señor S* y la *señora J Simmons*, que se pasará a referenciar para reflexionar sobre el problema jurídico presentado con relación a la custodia de su hijo, en el contexto estadounidense.

Según narran los magistrados en la sentencia, ésta pareja estaba conformada por S, un hombre trans y por J, una mujer, los cuales contrajeron matrimonio en 1985, en el momento en que él contaba con 26 años y tenía un registro de nacimiento que lo acreditaba como hombre. El señor S había nacido como mujer, aunque siempre creció y se comportó de forma muy masculina. A los 19 años comenzó a vivir como hombre y a los 21 comenzó a consumir hormonas.

Seis años después de contraer matrimonio, en 1991, la pareja vivió dos acontecimientos importantes. S se operó y se removió los órganos de reproducción internos, logrando además, obtener un registro de nacimiento que lo clasificaba como ‘hombre’, y, por otra parte, la señora J quedó embarazada mediante técnicas de reproducción asistida, de común acuerdo con su pareja, quedando ambos responsables legalmente del hijo que nacería. Luego del nacimiento en 1992, la pareja tuvo dificultades y finalmente se separó. En el proceso de disolución del matrimonio, se adelantó un proceso de custodia, en el cual ambas partes pretendían la custodia del menor del cual ambos eran responsables. La decisión de primera instancia (Corte del Circuito), fue considerar que la custodia correspondía a J en su calidad de madre, y que ningún derecho asistía a S, pues no tenía derechos como padre biológico ni como padre legal. El aparente matrimonio que se había celebrado nunca había sido válido y nunca había tenido efectos.

³⁸ Magistrada María Victoria Calle Correa, Magistrado Juan Carlos Henao Pérez. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

La Corte consideró que el señor S pese a su historia y al registro de nacimiento legalmente obtenido, siempre había sido una mujer; antes, durante y después del matrimonio. Por tanto, teniendo en cuenta que el matrimonio entre personas del mismo sexo estaba prohibido, se consideró que el acto había sido celebrado por dos mujeres y que, por tanto, había sido nulo. En tal medida, el mismo no podía haber dado derechos como padre al señor S. No obstante, se reconoció la existencia de una relación entre S y el niño, por lo que se aceptó la existencia de un derecho a visitas. La decisión fue apelada, pero la respectiva Corte reiteró la decisión. La segunda instancia consideró que la primera decisión no había desconocido los hechos; insistió en que el señor S seguía siendo una mujer, entre otras razones, porque no había alterado aún sus genitales externos. La decisión de mantener las visitas y no afectar la relación del señor S con el niño se mantuvo.

Casos como el presentado, evidencian la afectación de los derechos de las personas que forman parte de una familia constituida por una pareja de personas del mismo sexo, dado el grado de déficit de protección legal existente en la materia. Aunque se trata de una situación que ocurrió en otra época y contexto legal, es un ejemplo de los conflictos que dicho déficit de protección, constatado por los magistrados de la Corte Constitucional colombiana que salvaron el voto, - en la referida sentencia (C-577 de 2011) -, pueden generarse, incluso también para otros Estados que cuenten con igual o similar regulación.

En América Latina, estas luchas han generado resultados que varían considerablemente de país a país. El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido prohibido constitucionalmente en: “Honduras (2005), El Salvador (2009), y República Dominicana (2009). En Bolivia la nueva Constitución de 2009 limita el matrimonio legalmente reconocido a personas del mismo sexo. En Costa Rica, la Corte Suprema falló en contra de las parejas homosexuales que aspiraban obtener el derecho a estar legalmente casadas (2006), aunque un referéndum nacional sobre este tema sigue siendo una posibilidad”³⁹.

Esto es muestra que en el caso del “derecho de familia las reglas jurídicas son consecuencia de una tradición cultural íntimamente arraigada a valores y creencias de cada comunidad”⁴⁰. Por ello, urge construir una conciencia jurídica universal, capaz de asegurar “*la protección eficaz del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias*”⁴¹.

³⁹ LODOLA, Germán. CORRAL, Margarita. Op, cit, p, 1.

⁴⁰ SOTO MOYA, Mercedes. *Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero*. En la integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía, Barcelona, atelier, 2009, p. 688.

⁴¹ Corte IDH. Opinión Consultiva N°. 17. Interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos

En lo que respecta a Uruguay (2008), mediante la ley de Unión concubinaria, se convirtió en el primer país de Latinoamérica en regular la unión civil entre parejas del mismo sexo y por su parte, Argentina, el primero en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, concediendo los mismos derechos que otorga a la unión civil, mediante la ley 15 de julio de 2010.

En lo que respecta a “Ecuador (2008), Colombia (2009), Brasil (desde 2004), y en algunos estados mexicanos. Las uniones civiles de personas del mismo sexo, han sido legalizadas pero con el límite de otorgar a las parejas homosexuales algunos de los derechos que disfrutaban las parejas heterosexuales (incluyendo la herencia de la seguridad social y la propiedad compartida de bienes, pero excluyendo el derecho a la adopción)”⁴². Situación que es recurrente en la mayoría de países no sólo en América sino en Europa, como se describirá a continuación.

2. Contexto Europeo

En relación a Europa, en los últimos veinte años se ha producido “una profunda transformación de los modelos convivenciales y el modelo matrimonial ya no es el único. Los cambios sociológicos producidos en la estructura familiar han tenido su reflejo en las legislaciones internas de los Estados miembros de la UE”⁴³. Dinamarca en 1989, hizo el primer intento en la materia al elaborar una legislación sobre parejas registradas con efectos jurídicos idénticos al matrimonio, excepto, en algunos aspectos tales como, la patria potestad o la reproducción asistida y la adopción. Factor común en la mayoría de Estados que han legalizado la institución. Le han seguido también, Noruega (1993), Suecia (1994), y Finlandia (2001).

No obstante, de los mencionados Dinamarca en 1989⁴⁴, ostenta ser el primer país a nivel mundial en reconocer la necesidad de estos derechos, cuando a través de una ley de uniones civiles, reconoce a las parejas del mismo sexo para garantizar los derechos humanos de Gays, Lesbianas, bisexuales y transexuales. Con todo, Holanda fue realmente la pionera a través de la ley 21 del 2000, siendo el primer país a nivel mundial en legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo cuando modifica su Código Civil, permitiendo incluso la adopción conjunta, excepto en el caso de niños extranjeros. Con lo cual “no hubo una reforma de la regulación legal de matrimonio, sino una apertura

Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Voto razonado del Juez Cançado Trindade. 28 de agosto de 2002, párr. 70.

⁴² LODOLA, Germán. CORRAL, Margarita. Op. cit, p, 1.

⁴³ M. Soto Moya, Op. Cit, p. 686-687.

⁴⁴ Sheila Rule, Rights for Gay Couples in Denmark. Special to The New York Times, Published: October 02, 1989. [On Line]. In <<http://www.nytimes.com/1989/10/02/world/rights-for-gay-couples-in-denmark.html>> . [Consultado diciembre de 2012].

de la institución existente a personas del mismo sexo⁴⁵. Le ha seguido Bélgica con la ley 30 de 2003 con una ulterior reforma en el 2005 para posibilitar el derecho de adopción.

España lo hizo a través de la ley 13 de 2005⁴⁶ bajo el gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero. En el Reino Unido al igual que el caso español, se permitió la unión de las parejas del mismo sexo, en diciembre 5 de 2005, contemplando también el derecho a adoptar en casos puntuales. Noruega hizo lo propio en el 2008, pues el Parlamento instituyó una ley que equipara el matrimonio de las parejas homosexuales al de las heterosexuales, incluyendo el derecho a la adopción. Igualmente Portugal aún sin admitir el derecho de adopción, crea su normativa en el 2010, al igual que Islandia. Pero más recientemente Francia ante reiteradas sanciones por el TEDH, aprobó el 23 de abril del presente año, con 331 votos a favor y 225 en contra, el texto definitivo que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual abre también la posibilidad de adoptar. Así, se convierte en el noveno país europeo en autorizar los matrimonios homosexuales⁴⁷.

Pero cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en reiteradas asuntos, entre ellos el caso Y y Z c. Reino Unido de 22 de abril de 1997 (párr. 36) y en el asunto Van Der Heijden c. Países Bajos de 3 de abril de 2012 (párr. 50), que el concepto de vida familiar protegido por el Art. 8 del CEDH no se circunscribe únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones de *facto*.

En general, en lo que a la Unión Europea se refiere, el Parlamento Europeo se ha pronunciado en repetidas oportunidades instando a las partes a regular la materia, así *verbigracia*, en su resolución de febrero 8 de 1994 exhorta a los Estados a que finalicen la prohibición en las parejas homosexuales de contraer matrimonio y que se permita su acceso a regímenes jurídicos equivalentes. Igualmente en su resolución de 15 de enero de 2003, vuelve a incluir tal cometido para que en la agenda política de la Unión se incluya la regulación del reconocimiento del matrimonio entre parejas homosexuales.

⁴⁵ L.M. Diez-Picazo, En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. *En Revista para Análisis del derecho. Indret*, Facultad de Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, Barcelona, abril de 2007, p. 3.

⁴⁶ La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta. Véase al respecto, LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. España, BOE Nº 157 de 2005.

⁴⁷ Al respecto véase, el diario PAÍS. “Francia aprueba el matrimonio gay”. El Parlamento respalda por 331 a 225 votos la polémica ley. Los conservadores recurrirán la norma al Constitucional. 23 Abril. [Consultado abril 30 de 2013].

En fin, ya muchos Estados y otras instancias internacionales, han ido avanzado en algunos pasos fundamentales, así por ejemplo, en el caso Toones contra Australia⁴⁸, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, estableció que la discriminación fundada en la orientación sexual, se entiende comprendida en la referencia al “sexo” señalada en los artículos 2 y 26, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Por ello, concluyó que la ley de Tasmania al prohibir el contacto sexual consentido entre hombres adultos era violatoria de los presupuestos establecidos en el presente Pacto. Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos resolvió que dicha normatividad, era violatoria de las obligaciones contraídas en virtud del PIDCP. Y en consecuencia, reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo, a recibir los mismos beneficios gubernamentales que las parejas heterosexuales.

IV. PROCESO EVOLUTIVO EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo ha sido pionero al resolver en la materia, pues ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la diversidad sexual y lo que ello implica, como requisito del matrimonio como objeto del derecho reconocido en el artículo 12 del Convenio Europeo (CEDH)⁴⁹. El proceso evolutivo en el ámbito protector de estos derechos, se ha visto presente cuando se ha pronunciado en diversos casos, vale citar entre ellos la (Sentencia Dudgeon Vs. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981), donde el Tribunal manifiesta que la intromisión en las relaciones homosexuales voluntarias constituye una vulneración del derecho al respeto de la vida privada, lo que incluye también su vida sexual⁵⁰. En igual sentido se refirió en el caso Young, James y Webster⁵¹. Análisis que surgió del estudio del artículo 8 del CEDH, que consagra el

⁴⁸ Nicholas Toonen, ciudadano australiano, era el líder de el Grupo para la Reforma “Gay” en Tasmania. Principalmente, este grupo cuestionaba dos provisiones de su Código Penal que criminalizaban el contacto sexual entre hombres mayores de edad en el ámbito privado. Lo anterior, alega el demandante, se traduce en que la policía tiene la facultad de detenerlo e interferir en su vida privada de existir la sospecha que está involucrado en las actividades sexuales prohibidas. Coordinación General del Programa de Equidad de Genero del poder Judicial de la Federación. Biblioteca [En línea]. Visto en: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=565>. [Consultado agosto de 2010].

⁴⁹ C. de Aguirre Aldaz, P. Contreras, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*. Instituto de Ciencias para la Familia, N° 40, RIALP ed, Universidad de Navarra, 2007, p. 98-99.

⁵⁰ TEDH. Dudgeon c. Reino Unido. Sentencia de 24 de febrero de 1983, serie A, N° 59. Párr. 41.

⁵¹ TEDH. Young, James y Webster c. Reino Unido. Sentencia de 13 de agosto de 1981, Serie A, N° 44, párr. 59.

derecho a la vida privada y familiar⁵². Aquel en su numeral 2 estipula que no “podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de éste derecho”. Por ello se impugna la legislación del Reino Unido por afectar un derecho que el CEDH protege, por ser una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana⁵³. Bajo dicho postulado concluye, que no puede justificarse ninguna sanción de tipo penal porque personas adultas consientan libremente en tener relaciones y contactos homosexuales.

Como ya tuvo el Tribunal ocasión de señalar, la noción de «vida privada» es amplia, “sin ninguna definición exhaustiva”⁵⁴. En su opinión sería “demasiado restrictivo limitarla a un círculo íntimo donde cada uno pudiera llevar su vida personal a su gusto excluyendo totalmente el mundo exterior de cada círculo. Antes bien, considera que el respeto a la vida privada debe también englobar, en cierta medida, el derecho del individuo a anudar y desarrollar relaciones con sus semejantes”⁵⁵. Ha estipulado también que el respeto a la vida privada incluye la integridad física y social de un individuo⁵⁶. Algunos elementos, por ejemplo, como la identificación sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual dependen de la esfera personal protegida por el artículo 8 del Convenio Europeo⁵⁷.

Asimismo, en el análisis del proceso evolutivo de los derechos humanos en materia de no discriminación⁵⁸, al igual que la Corte Interamericana, ha incluido la orientación sexual como categoría sospechosa, las cuales están prohibidas por el Art. 14 CEDH, (Sentencia Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal del 21 de marzo de 2000). Igualmente

⁵² M. Becerra, J. Terol, Et, al. *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p, 107.

⁵³ TEDH. Dudgeon c. Reino Unido. Sentencia de 24 de febrero de 1983, serie A, Nº 59. Párr. 52.3.

⁵⁴ TEDH. Asunto X. e Y. c. Países Bajos. Sentencia de 26 marzo 1985, serie A núm. 91, pg. 11, ap. 22. Referenciando también en el asunto, Pretty contra Reino Unido, Sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 61

⁵⁵ C. Ruiz Miguel, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos-Civitas, Madrid, 1994, p. 34.

⁵⁶ TEDH. Asunto Mikulic contra Croacia, núm. 53176/1999 [secc. 1], 7 febrero 2002 [JUR 2002, 78019], ap. 53). Referenciado en el asunto, Pretty contra Reino Unido, Sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 61.

⁵⁷ TEDH. Asunto B. c. Francia, Sentencia de 25 marzo 1992 [TEDH 1992, 43], serie A núm. 232- Convenio, párr. 63; Burghartz contra Suiza de 22 febrero 1994 [TEDH 1994, 9], serie A núm. 280-B, párr. 24; Didgeon contra Reino Unido de 22 octubre 1981 [TEDH 1981, 4], serie A núm. 45, párr. 41 y Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido de 19 febrero 1997, Repertorio 1997-I, párr. 36. Pretty contra Reino Unido, Sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 61

⁵⁸ Al respecto el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, en su Art. 3 consagra la obligación de no discriminación: “Los Estados partes en el presente Protocolo, se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

ha ocurrido en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia de febrero 24 de 2012, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, situación que según el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), constituye *per se* un estatus protegido contra la discriminación, ello según lo decidido también en el citado caso de *Toonen contra Australia*, donde se garantizó de la misma manera el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas homosexuales. Empero, aunque dichas condenas constituyen claros avances, como ha establecido ILGA:

La criminalización de la actividad sexual entre personas del mismo sexo puede ser relevante en la determinación del riesgo de persecución de diferentes maneras. La imposición de sanciones penales en y por parte del propio Estado puede constituir persecución (UNHCR 2002; 2008). Las leyes penales que criminalizan las relaciones homosexuales, sean o no de aplicación de forma habitual, convierten a las minorías sexuales en vulnerables a la extorsión, la explotación y otras formas de abuso tanto a manos del Estado como de otros agentes no estatales. Dichas legislaciones penales contribuyen sistemáticamente al fracaso de la protección del Estado al ahuyentar a las víctimas de la violencia homófoba de buscar y obtener ayuda. Más allá, este tipo de leyes penales, sean o no aplicadas, contribuyen a crear entornos de persecución mediante la estigmatización de las personas LGBTI de manera oficial. Sin embargo la ausencia de o la revocación de estas prescripciones legales no debe ser considerada como la situación contraria. La ausencia de una explícita criminalización no significa la ausencia de riesgo de persecución y/o una suficiente protección estatal. La cuestión de la legalidad del sexo homosexual es solo un elemento y no puede ser tenido en cuenta como la respuesta a la pregunta de la persecución basada en la sexualidad⁵⁹.

En el Sistema Europeo, muchos referentes en las sentencias del TEDH han versado sobre violaciones a los derechos consagrados en los Art 8 (derecho a la vida privada y familiar, Art. 20 , (derecho a contraer matrimonio), Art. 14 , (prohibición de la discriminación). “Cuando ha habido condena - la minoría de veces -, los países han modificado sus leyes o jurisprudencia posteriormente. Así, Reino Unido, país que en reiteradas veces ha estado en el ojo del huracán en esta materia, finalmente ha acabado promulgando la ley Gender Recognition Act (2004), sancionada el 1 de julio del mismo año, gracias a la cual ya es posible la modificación de las actas del registro civil para constatar el cambio de nombre y de sexo y, por ende también el matrimonio de los transexuales con persona de diferente sexo registral”⁶⁰.

⁵⁹ ITABORAHY, Lucas Paoli. *Homofobia de Estado*. Op. Cit., p. 8.

⁶⁰ S. Navas Navarro, *Matrimonio homosexual y adopción*. Perspectiva nacional e internacional. Navas Navarro, S, (Dir). Colección Jurídica General. Jornadas, Reus, Madrid, 2006, 121-122.

Sí se hace el análisis desde el *corpus iuris* internacional emanado del Sistema Interamericano, en lo que respecta a la Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentra claramente que éste instrumento reconoce en su artículo 17 la protección a la familia y si bien señala que es la conformada por un hombre y una mujer, a renglón seguido advierte que las leyes de cada Estado, que establezcan los requisitos para conformarla no pueden afectar en ninguna medida el *principio de no discriminación establecido en esta Convención*.

Vale recordar que el principio fundamental de igualdad y no discriminación hace parte de las normas de *ius cogens*⁶¹, de forma tal, como ha establecido también el Tribunal Europeo⁶², “derivan en caso de incumplimiento grave, obligaciones y responsabilidades para todos los Estados”. Dichos Tribunales por tanto, han ratificado que son de imperativa observancia y cualquier disposición contraria a este principio, debe ser nula de pleno derecho.

En este entendido, los “Estados están obligados a no introducir disposiciones discriminatorias en sus ordenamientos jurídicos, a suprimir las regulaciones y prácticas discriminatorias que existan, y en consecuencia a adoptar disposiciones que permitan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”⁶³, ello en consonancia con el artículo 27 de la Convención de Viena, que consagra que un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

Así, en el caso *Yatama* contra el Estado de Nicaragua (2005), “la Corte Interamericana estipuló que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley, y de la no discriminación, constituyen un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos, consagrado en muchos instrumentos internacionales”⁶⁴, desarrollados a su vez por la doctrina y la jurisprudencia. De esa manera, en la evolución del derecho internacional, “el principio fundamental de igualdad y no discriminación”

⁶¹ Corte IDH. OC 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párr. 101. Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, N° 112, párr. 158. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de Junio de 2005, párr 185.

⁶² TEDH. Asunto *Al-dsani c. Reino Unido*. Sentencia de noviembre 21 de 2001. Párr. 13.

⁶³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

⁶⁴ Algunos de estos instrumentos internacionales son: La Carta de la OEA (artículo 3.I); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 4.f, 6 y 8.b); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7).

constituye una norma de *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional permeando todo el ordenamiento jurídico⁶⁵. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas⁶⁶.

Como se observa, el derecho a la igualdad está consagrado como norma rectora en gran parte de la normatividad internacional, bien sea, en el ámbito regional como universal. De él se desprende, una triple dimensión obligatoria para los Estados: igualdad formal ante la ley, igual protección legal y protección contra la discriminación. De estas premisas se puede decir que:

En cuanto a la primera de estas dimensiones, consiste en abstenerse de distinguir entre las/os ciudadanas/os para el respeto de sus derechos. La ley debe tratar de la misma forma a todas y todos, sin ninguna distinción en cuanto al respeto de sus Derechos Humanos. La igual protección legal consiste en poner en funcionamiento todo el aparato estatal para hacer efectiva la igualdad de las personas bajo su protección. Para el Estado, esta obligación implica proteger de la misma forma a todas/os sus ciudadanas/os y ofrecerles los mismos beneficios y garantías sin ninguna diferenciación.

Por último, la no discriminación representa a su vez una obligación de omisión y de acción. De omisión, en cuanto implica la obligación de abstenerse de cometer cualquier acto que implique una diferenciación a la hora de respetar los derechos de los ciudadanos. De acción, en tanto obliga al Estado a poner en marcha todos los medios necesarios para proteger a las/los ciudadanas/os de la discriminación⁶⁷.

Como se puede observar, estos avances se han dado a través de sentencias de Tribunales judiciales y vía reformas legislativas. En Europa por ejemplo, es un modelo a seguir el caso Holandés y el Español, que en éste último caso, en 2005 a través de la ley del 13 mismo año, que modifica el artículo 44 del Código Civil, al consagrar que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

⁶⁵ Corte IDH. OC 18/03, de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Serie A, nº 18, párr. 101.

⁶⁶ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 156, párr. 46; Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

⁶⁷ Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Colombia Diversa, Bogotá, p, 24. [En línea] visto en <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/PUBLICACIONES_FINAL/DOCUMENTOS/INFORMES_DH/documentos/VocesExcluidas2004.pdf>. [Consultado mayo 1 de 2011].

Aún su estipulación, no faltaron las demandas de inconstitucionalidad para soportar que “mediante esta simple reforma de unas cuantas palabras del Código Civil, se vendría a modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer. A pesar de parecer una reforma legal mínima se trata de una de las modificaciones legislativas de mayor trascendencia y repercusiones para la sociedad española, puesto que, en el fondo, se viene a crear una institución nueva, cuyos perfiles son distintos a aquellos por los que hasta ahora ha sido conocido el matrimonio”⁶⁸. Argumentando también que la reforma afecta todo el sistema normativo relativo a la familia, por conceptos jurídicos seculares como el de padre, madre, esposo, esposa, y que también se ve afectado por la posibilidad de que los matrimonios en que los cónyuges del mismo sexo adopten a menores”. Al respecto el TEDH en la Sentencia P.V. c. España de 30 de noviembre de 2010, estableció que “en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores”⁶⁹.

Sobre el particular, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, marcó un hito en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, situación relacionada con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de la señora Atala debido a su orientación sexual durante el proceso judicial que resultó en el retiro de la custodia y cuidado de sus 3 hijas, bajo la inobservancia del interés superior de las niñas y sobre la base de prejuicios discriminatorios.

Tal hecho estuvo precedido de marcadas expresiones de discriminación que violentaban además la dignidad humana de la demandante. Ello lo ilustra el hecho de que el 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que:

El desarrollo físico y emocional [de las niñas estaría] en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala “no se encontraba capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo

⁶⁸ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 . Recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005, interpuesto por Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa. Comisionado al efecto por otros setenta y un Diputados del Grupo Popular del Congreso, contra la ley 13 de 2005 de 1 de julio por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. M.P. Pablo Pérez Tremps.

⁶⁹ *Ibidem*.

integral de estas pequeñ[a]s”. Además, el señor López argumentó que “[l]a inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo [conllevaba a] desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto altera[ba] el sentido natural de la familia, [...] pues afecta[ba] los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad”, por lo que “la opción sexual ejercida por la madre altera[ría] la convivencia sana, justa y normal a que t[endrían] derecho [las niñas M., V. y R.]”. Por último, el señor López arguyó que “habr[ía] que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implica[ría] para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica[, pues e]n efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales estarían expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida⁷⁰”.

La situación se agrava cuando el 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos:

i) (...) Que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia⁷¹”.

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado⁷² que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha

⁷⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, reparaciones y costas. Párr. 31.

⁷¹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 41.

⁷² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota 83, párr. 55.

ingresado en el dominio del ya mencionado *jus cogens*⁷³, como norma rectora de obligatorio cumplimiento.

La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada.

El ámbito de protección del derecho a la vida privada, ha sido interpretado en términos amplios por los Tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional⁷⁴.

En el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, el Tribunal⁷⁵ observó que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica fundamentaron sus decisiones para entregar la tuición al padre bajo el supuesto de que la señora Atala podía declararse abiertamente como lesbiana. Sin embargo, indicaron que, al ejercer su homosexualidad cuando decidió convivir con una pareja del mismo sexo, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas.

En tal sentido, la Corte estableció que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁷⁶.

⁷³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota 83, párr. 269.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr.135.

⁷⁵ *Ibid.* párr. 41 y 56.

⁷⁶ *Ibid.* párr. 80.

La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷⁷.

Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14 del (CEDH), el cual prohíbe tratos discriminatorios⁷⁸. En particular, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo⁷⁹ concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el *Caso Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona⁸⁰.

En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas⁸¹.

Con estos precedentes, el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e

⁷⁷ Ibid. párr. 83-84.

⁷⁸ La Corte IDH (Párr. 87), para llegar a esa conclusión cita al T.E.D.H., en los casos de: *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37 y *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50.

⁷⁹ Al respecto, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, párr. 28 y 31. El Tribunal Europeo concluyó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro hombre como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr.87.

⁸¹ Ibid. Párr. 88.

identidad de género” reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas⁸².

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁸³.

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. Además, los estereotipos implican desigualdades y desventajas que restringen el acceso y las oportunidades de las personas por el hecho de ser biológicamente mujeres u hombres, heterosexuales o no heterosexuales⁸⁴.

Por tal razón, la Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos,

⁸² Ibid. Párr. 90.

⁸³ Ibid. párr. 91.

⁸⁴ G. Mejía Núñez, et al. Op. Cit, p. 23.

conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños⁸⁵. En consecuencia la Corte declara en el asunto Atala, que el Estado de Chile es Internacionalmente responsable⁸⁶.

V. REFLEXIONES

En general, lo expuesto no es un tema concluido, pero lo estudiado evidencia que los avances normativos, legales y procedimentales en materia de protección de los derechos humanos de la población LGBTI, ha sido amplio. Así, se han generado muchas luces con vías incluyentes, necesarias para crear sociedades más justas e igualitarias. Sin embargo, aún se conservan algunas zonas de penumbra respecto a ciertos asuntos específicos que requieren regulación, como lo es la negativa al derecho de adopción, tendencia generalizada en la mayoría de los Estados, bajo concepciones moralista más no proteccionista de los derechos los niños y niñas, lo cual según el caso, puede ir en contra vía del interés superior del menor.

Por ello, todavía persisten muchos desafíos por superar, ya que el proceso de reconocimiento de los derechos humanos a través de la positivación es sólo el primer paso, pues como ha explicado De Asís⁸⁷, del significado de dicho proceso se desprende un reto muy importante que se traduce en: “encontrar una respuesta a las preguntas de cómo garantizarlos y quién debe ser el órgano encargado para hacerlo. Así, desde éste reto, adquiere una relevancia fundamental en el discurso de los derechos humanos, el análisis de los procesos de legislación, interpretación y aplicación de los derechos. Y, del mismo modo, adquiere una relevancia fundamental, el estudio de las relaciones entre los órganos de naturaleza parlamentaria y los órganos de naturaleza judicial, en la realización de estos procesos; estudio que debe ir acompañado de una reflexión profunda sobre los requisitos que deben poseer los sujetos que componen dichos órganos y los procedimientos que desarrollan”.

⁸⁵ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 111.

⁸⁶ Responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo. Igualmente por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R. También declarado responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1. de la Convención, responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1. en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M, V y R. y Responsable por la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1. en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana respecto a la investigación disciplinaria en perjuicio de Karen Atala Riffo.

⁸⁷ R. de Asís Roig, Rafael. “Algunos retos actuales y desafíos de los derechos humanos fundamentales”. *En Retos actuales de los derechos humanos*. Slavin Pablo E. Bariffi, Francisco J. (Comp.), 1ra ed, Mar de Plata: Universidad Nacional de Mar de Plata, 2009, p. 34.

Lo anterior, debe estar articulado necesariamente a un conjunto de políticas públicas que operen efectivamente desde los entes gubernamentales, con la inclusión de estrategias pedagógicas para generar una cultura de respeto por los derechos humanos, que transmita a la sociedad en su conjunto, el deber y respeto por el “otro” y lo “otro”, entendiendo el derecho a la diferencia como la opción de vida que puede tener cualquier ser humano sin ninguna distinción, hablese de hombres o mujeres, sin diferencia de edad, sexo, creencia, nacionalidad, etc. Éste considero es un punto clave, pues aunque se demuestran avances significativos a nivel global, en muchas ocasiones son los mismos entes gubernamentales que no aplican las normativas orientadas, precisamente, a garantizar el respeto por los derechos humanos de las parejas del mismo sexo, pues todavía hay un grupo no muy reducido, que rechazan la normatividad existente en esta materia.

Lo cual se traduce en acciones mediáticas con un populismo exagerado, con reacciones de tinte homofóbico, que generan a través de los medios de comunicación grupos divididos, que poco o nada hacen, para intentar coadyuvar en una cultura de respeto por los llamados derechos humanos. En ésta tarea, es primordial el rol que cumplen los medios de comunicación, pues realmente constituyen un papel fundamental en éste proceso de humanización. Al mismo tiempo se advierte que, “no basta con el empleo del llamado “lenguaje políticamente correcto”, es decir, con el uso de una forma de hablar que no resulte ofensiva para los grupos oprimidos (sean etnias o minorías, mujeres, personas con diferentes opciones sexuales a las consideradas “normales”. El lenguaje políticamente correcto no es un fenómeno simple”⁸⁸, pero sí un mensajero directo en el cambio de paradigma en el modelo de sociedad actual, que insiste estar asumida bajo una idea conservadora de lo “socialmente correcto” lo que marca tensiones por concepciones estereotipadas.

En esa medida, las parejas del mismo sexo aún se ven expuesta a maltratos producto de la sociedad formada bajo el ideario de lo tradicional, como premisa única válida, para el buen vivir en sociedad, como noción central en la concepción de familia. Concepción retrograda que cosifica y discrimina a seres humanos que merecen respeto con igualdad de condiciones. Por ello, la labor a desarrollar es conjunta, desde la sociedad, el Estado, ONGs y los diferentes órganos existentes de protección de derechos humanos, que además pueden servir como fiscalizadores para velar por el respeto, protección y cumplimiento de lo pactado a través de tratados internacionales.

Los problemas jurídicos advertidos, indican que Europa ha avanzado de manera acelerada en relación a los países americanos, pero además demuestran que el modelo

⁸⁸ J. Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*. Colección ensayando, Andalucía, 2008, p. 50-51.

de sociedad actual avanza a pasos lentos en la concientización colectiva por el respeto de los derechos humanos de las parejas del mismo sexo. Esto, requiere obligatoriamente un esfuerzo político mayor, también desde la familia como institución, para ampliar el grado de humanización y entender lo que significa ser realmente seres humanos.