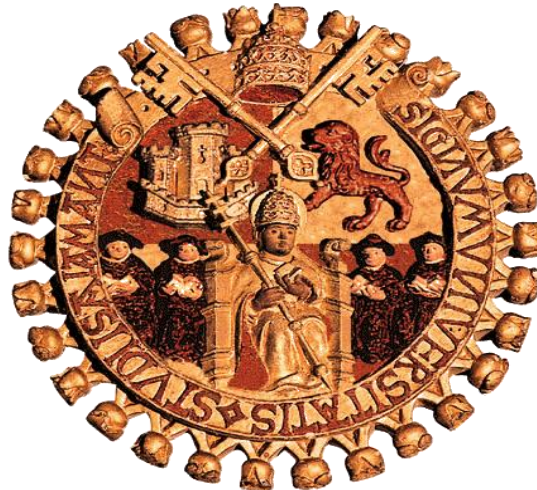


UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Master Oficial

Estudios Interdisciplinarios de Género



TRABAJO FIN DE MASTER

***EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO A NO SER
DISCRIMINADO POR ORIENTACIÓN SEXUAL. REFLEXIONES A
PARTIR DEL CASO ESPAÑOL Y CHILENO.***

EVELYN CECILIA VICENCIO ROJAS

Directora

Prof. Dra. Marta León Alonso

Enero, 2012

**TRABAJO FIN DE MASTER PRESENTADO AL
PROGRAMA DE POSTGRADO MASTER OFICIAL
ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES DE GÉNERO –
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA – COMO REQUISITO PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MASTER OFICIAL.**

El presente Trabajo Fin de Master fue elaborado por la alumna Evelyn Cecilia Vicencio Rojas, bajo la dirección y orientación de la Prof. Dra. Marta León, según la normativa universitaria vigente para la obtención del grado de Master Oficial.

Salamanca, ____ de _____ de 2012

Firmado por:

Directora

Prof. Dra. Marta León Alonso

Índice

Abreviaturas.....	1
Introducción.....	2
Capítulo I: El tratamiento teórico-conceptual de la igualdad y su plasmación en la Constitución española de 1978.....	7
I.- Sobre el concepto de igualdad y sus diferentes aspectos.....	7
1.- Nota introductoria.....	7
2.- Sobre el concepto de igualdad a los efectos del presente trabajo.....	10
3.- La igualdad formal y la igualdad material.....	13
II.- El derecho a la no discriminación arbitraria.....	17
1.- La idea de arbitrariedad es consustancial a la discriminación.....	17
2.- Los rasgos que definen la discriminación.....	18
3.- Breves reflexiones sobre la discriminación múltiple.....	19
a.- Aproximación a un concepto.....	19
b.- Importancia práctica.....	22
4.- Algunas precisiones conceptuales y preguntas pendientes.....	23
a.- Dos precisiones conceptuales.....	23
b.- Dos preguntas que quedan pendientes.....	24
5.- Propuesta de un concepto del derecho a no ser discriminado.....	24
6.- Algunas reflexiones sobre el derecho a no ser discriminado por causa de la orientación sexual.....	25
III.- La protección constitucional en España de la igualdad.....	27
1.- Primeras ideas.....	27
2.- Algunos alcances sobre la idea de valores superiores.....	29
3.- Breve análisis del artículo 14 de la Constitución española. La igualdad formal.....	31
4.- La igualdad material en la Constitución.....	34
Capítulo II: Aspectos normativos, jurisprudenciales y doctrinales de la discriminación por orientación sexual.....	36
Introducción.....	36

I.- La protección del derecho a no ser discriminado por orientación sexual en la Constitución española de 1978 y su aplicación por el Tribunal Constitucional.....	37
II.-El derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual en la legislación española estatal.....	43
1.- Legislación estatal antidiscriminatoria de carácter general. Breve referencia a la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y al Anteproyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.....	44
2.- Principales aspectos del desarrollo de la legislación antidiscriminatoria específica respecto de las minorías sexuales a partir de la Constitución de 1978.....	48
a.- La legislación penal y breve referencia a la legislación militar.....	50
b.- La legislación civil.....	54
c.- La legislación laboral.....	59
d.- Otras normas de interés.....	60
e.- Algunas breves consideraciones en torno a la Ley 14/2006 y la maternidad subrogada. Nuevos desafíos que se plantean a partir de la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009.....	61
III.- La protección en el ámbito internacional y europeo de la igualdad y contra la discriminación por orientación sexual.....	66
1.- La protección en el marco de la ONU.....	66
2.- La protección en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA).....	74
3.- La protección del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en el seno del Consejo de Europa.....	76
a.- El papel del Consejo de Europa con relación a la tutela de los derechos humanos.....	76
i.- ¿Qué es el Consejo de Europa?.....	76

ii.- Análisis de las principales normas del Consejo de Europa que protegen el derecho a no ser discriminado.....	78
b.- La protección de los derechos de las lesbianas, gays, transexuales y bisexuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	83
i.- Algunas notas sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	83
ii.- Repaso jurisprudencial de los principales fallos del TEDH en relación con la vulneración de los derechos de las personas LGTB.....	84
4.- La protección del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en el marco de la Unión Europea.....	89
a.- ¿Qué es la Unión Europea? Algunas notas introductorias.....	89
b.- El compromiso de la Unión Europea con los Derechos Humanos.....	90
c.- El Parlamento Europeo y su labor en la protección de los derechos de las personas LGTB.....	93
d.- La labor de protección del Consejo Europeo.....	96
e.- Otros organismos de la Unión Europea: La Agencia Europea para los Derechos Fundamentales (FRA).....	98
f.- El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la lucha por los derechos de las personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.....	100
Capítulo III: El derecho a no ser discriminado por orientación sexual en Chile. El caso de Karen Atala.....	105
I.- El reconocimiento de la igualdad en la Constitución chilena.....	105
II.- La tutela jurisdiccional del derecho a la igualdad y a no ser discriminado.....	110
1.- El recurso de protección.....	110
2.- La Acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes.....	114
3.- Algunos comentarios respecto de las dos acciones analizadas precedentemente.....	116
III.- El desarrollo legislativo del derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual en Chile.....	123

IV.- El caso Karen Atala, exposición y perspectivas.....	130
1.- Breve explicación de la estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	131
2.- Exposición de los hechos.....	135
3.- Solución dada por los tribunales chilenos.....	136
4.- Dos reflexiones a propósito de la sentencia de la Corte Suprema comentada.....	139
a.- En relación con el concepto interés superior del niño, niña y adolescente.....	139
b.- Sobre la forma procesal de resolver el caso.....	144
5.- Actuación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	144
a.- Denuncia de Karen Atala.....	144
b.- Posición del Estado chileno.....	147
c.- Demanda de la Comisión.....	148
d.- Algunas perspectivas.....	151
A modo de conclusión.....	155
Bibliografía utilizada.....	163

Principales abreviaturas utilizadas.

CI	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CDHNU	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DIP	Derecho Internacional Privado
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariados
LGTB	Persona lesbiana, gay, transexual y bisexual
LPRS	Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social
LTRHA	Ley Técnicas Reproducción Humana Asistida
OMS	Organización Mundial de la Salud
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
RAE	Real Academia Española
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal Constitucional Español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFM	Trabajo de Fin de Master
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

TRABAJO FIN DE MASTER

***EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO A NO SER
DISCRIMINADO POR ORIENTACIÓN SEXUAL. REFLEXIONES A
PARTIR DEL CASO ESPAÑOL Y CHILENO.***

Introducción

El 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS) excluyó la homosexualidad de la clasificación estadística internacional de enfermedades. Sin embargo, en más de ochenta países ser homosexual se considera, en pleno Siglo XXI, un delito que es castigado con multas económicas, castigos físicos y psicológicos, penas privativas de libertad, y, en algunos casos, con la pena de muerte.

Toda persona tiene una orientación sexual y una identidad de género. Cuando éstas no coinciden con las de la mayoría, se considera que esos individuos pueden ser objeto legítimo de arbitrio o de discriminación.

Afortunadamente en las últimas décadas se está produciendo un cambio sustancial en la legislación nacional e internacional, que sobre el principio universal de la igualdad, está contribuyendo activamente a la protección del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual. Como expondré en las páginas que siguen el cambio no ha sido solo cuantitativo sino también cualitativo. Es decir, además de haber aumentado considerablemente el número de normas que protegen este derecho, lo realmente importante es que su contenido no consiste sólo en meras declaraciones de principios, sino que han proliferado los preceptos que generan verdaderas obligaciones para los poderes públicos de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar la igualdad real y objetiva, con independencia de la orientación sexual del titular del derecho.

El presente trabajo tiene la finalidad de estudiar cuáles han sido estos avances legislativos en dos contextos determinados: el español y el chileno. El porqué de la elección de estos ordenamientos jurídicos tiene una doble explicación. En primer lugar, porque, como trataremos de exponer, el sistema jurídico español se sitúa en la vanguardia de los

ordenamientos occidentales que han decidido abordar desde las distintas ramas del derecho la tutela y el desarrollo del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual. Además, el Estado español ha sido muy permeable a las influencias procedentes de dos organizaciones internacionales de ámbito europeo: El Consejo de Europa y la Unión Europea. La legislación europea, pero sobre todo la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sido fundamentales para el desarrollo de la normativa y de la jurisprudencia ordinaria y constitucional del Reino de España.

La elección del caso chileno, además de por razones subjetivas al ser Chile mi país de origen, se debe principalmente a que en estos momentos se están produciendo cambios importantes en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) que van a provocar, a corto plazo, profundas modificaciones en la legislación interna.

Este trabajo se encuentra estructurado en tres capítulos y en unas consideraciones finales que se proponen a modo de conclusión, pues en caso alguno he querido dar por agotadas todas las cuestiones abordadas, sino establecer un marco teórico general que me permitirá, en un futuro, seguir profundizando en estas materias.

En cuanto a la metodología utilizada para la confección del presente TFM, he utilizado como recurso la consulta a las obras de distintos autores especialistas en diversos temas relacionados con la investigación. En esta tarea he tenido especial cuidado en consultar no solamente los trabajos de constitucionalistas sino también de investigadores de las diversas áreas del derecho y otras ciencias sociales, como la psicología. Lo anterior, es concordante con el enfoque interdisciplinar del Master.

Además, he consultado jurisprudencia emanada tanto de organismos jurisdiccionales internacionales, como de tribunales constitucionales y tribunales ordinarios.

También, atendida la naturaleza y en coherencia con el objetivo planteado al momento de elaborar esta investigación, he tratado de comparar las legislaciones española y chilena, con el fin de demostrar una de las principales hipótesis de este TFM, cual es que

en Chile el derecho a no ser discriminado por orientación sexual no se encuentra debidamente protegido.

De esta manera el Capítulo I, titulado “*El tratamiento teórico-conceptual de la igualdad y su plasmación en la Constitución española de 1978*”, está destinado a sentar las bases conceptuales imprescindibles que me han servido de sustrato teórico para elaborar los capítulos siguientes. Es así como, dentro del contexto de este Capítulo se ofrecen algunas ideas básicas respecto del concepto de igualdad y sus diferentes aspectos. Es por ello que en esta parte del trabajo aparecen conceptos relativos a la igualdad y a sus diversas manifestaciones, como es la distinción la igualdad formal y la igualdad material.

También se complementa este Capítulo con el tratamiento doctrinal del derecho a no ser discriminado, para lo cual he debido preocuparme de precisar conceptos como el de discriminación y algunas manifestaciones del mismo como es la discriminación múltiple, para luego proponer un concepto específico de discriminación por causa de orientación sexual, fundamental para los efectos del presente trabajo, como se podrá entender.

La última parte de este Capítulo I ha sido destinada a tratar “*La protección constitucional en España de la igualdad*”. El enfoque en esta parte lo he centrado principalmente en el análisis de los artículos constitucionales que consagran por una lado la igualdad como uno de los “*valores superiores*” del ordenamiento jurídico español y la importancia de tal consagración y la forma como el constituyente de 1978 estableció los principios de igualdad formal e igualdad material, en los artículos 14 y 9.2 de la Constitución respectivamente y las principales consecuencias que derivan de esta regulación.

El Capítulo II se titula “*Aspectos normativos, jurisprudenciales y doctrinales de la discriminación por orientación sexual*”. Luego de haber intentando una aproximación teórica y conceptual del derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, en este segundo Capítulo me he preocupado de ofrecer un estudio más específico respecto del derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual en el derecho español.

De esta forma en primer lugar se plantea si este derecho en particular reconoce o no consagración constitucional para luego analizar el desarrollo legislativo que se ha llevado a cabo en España desde la recuperación de la democracia hasta la fecha y que ha tenido como objetivo primordial hacer efectivos los derechos de las personas que tienen una orientación sexual distinta a la heterosexual.

Con el objeto de presentar un esquema ordenado y estructurado, y atendido el objetivo central del presente TFM, he decidido dejar fuera de este análisis las legislaciones autonómicas y centrar el estudio en la principal legislación estatal, tanto específica como general.

No pudiendo desconocer la enorme influencia que en el desarrollo legislativo antidiscriminatorio español ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos, en esta parte de la investigación presento una breve referencia a la protección emanada de los organismos internacionales, especialmente Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin perjuicio de lo anterior, he aprovechado esta oportunidad para presentar una sucinta relación del marco normativo producido en el seno de la Organización de Estados Americanos.

Este Capítulo además resulta fundamental para la obtención de un resultado final más completo, y ello justifica su ubicación en la estructura del presente TFM, pues a partir de su contenido es posible analizar comparativamente la situación chilena a la luz de los avances en la lucha y protección de los derechos de las personas lesbianas, gay, transexuales y bisexuales (LGTB) en la sociedad española.

El Capítulo III se denomina “*El derecho a no ser discriminado por orientación sexual en Chile. El caso de Karen Atala*”. El objetivo específico de este Capítulo es similar al anterior, pero circunscrito a la realidad chilena. Por lo mismo, en él se trata de determinar si el derecho a no ser discriminado por orientación sexual se encuentra consagrado, aunque sea en forma implícita en el ordenamiento constitucional chileno, para luego realizar un sumario análisis del ulterior desarrollo legislativo e intentar concluir si en Chile este derecho que si bien puede ser reconocido desde un punto de vista normativo, en la práctica no se encuentran dadas las condiciones legislativas que permitan concretarlo. En otras

palabras, intentaré demostrar, que a pesar de los avances que la sociedad chilena ha experimentado en varios aspectos, las personas LGTB no se encuentran debidamente protegidas por el Estado de Chile.

Y para comprobar esta hipótesis concluyo esta parte de la investigación presentando el caso de la jueza Karen Atala, mujer que tras obtener la custodia de sus hijas menores de edad luego del divorcio con su marido, es despojada de esta custodia por el máximo tribunal chileno, la Corte Suprema de Justicia, atendida su condición de lesbiana y su decisión de desarrollar su vida de acuerdo a su orientación sexual.

El caso Atala es paradigmático, tanto por la forma como se desarrolló y concluyó en Chile, como por el hecho que en la actualidad se encuentra su resolución pendiente de fallo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo que es esperando con ansias, tanto por la propia interesada, como por el Gobierno de Chile y de todos los grupos activistas que han tomado como bandera de lucha el respeto a las minorías sexuales, tanto en Chile como en el resto de América Latina, pues será la primera vez que la Corte de San José se pronunciará sobre un caso de discriminación por orientación sexual, y en caso de ser Chile condenado seguramente será conminado a modificar su legislación, pero además será un importante llamado de atención a todos los países del continente en el mismo sentido. Estoy segura que si la Corte falla a favor de Atala, la dignidad, los derechos humanos y la igualdad habrán ganado una importante batalla.

Finalmente, y antes de comenzar con el desarrollo del contenido del presente trabajo, no puede omitir dar las gracias a la Universidad de Salamanca por darme la posibilidad de integrarme a este Master Oficial en calidad de becaria, y especialmente a la profesora Ángela Figueruelo, tanto en su calidad de Directora del Master como por la orientación prestada para la elaboración de este trabajo y a la profesora Marta León en su calidad de Directora del mismo.

CAPÍTULO I

EL TRATAMIENTO TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA IGUALDAD Y SU PLASMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

I.- Sobre el concepto de igualdad y sus diferentes aspectos.

1.- Nota introductoria.

Posiblemente la palabra “*igualdad*” ha sido y es una de las más utilizadas en el discurso jurídico, político y social. Las distintas declaraciones y convenios de derechos humanos y los textos constitucionales de la mayor parte de los países del mundo reconocen la igualdad como uno de los valores fundamentales que emanan de la dignidad del ser humano y la alzan como pilar fundamental de sus respectivos ordenamientos.

Tal como sostiene el profesor VILLACORTA MANCEBO¹, es tan importante la igualdad, que “en el contexto de la actual discusión dogmático-jurídica sobre los derechos fundamentales, el problema del significado del principio general de igualdad ocupa un lugar central y problemático”, de tal modo que, “el derecho derivado del principio general de igualdad es el derecho fundamental más enigmático y desconcertante” y esta “situación contrasta con el hecho de ser uno de los derechos fundamentales más invocados y recurridos, e intervenir, en consonancia, en innumerables resoluciones judiciales, de manera particular en la de los tribunales constitucionales” de cuya jurisprudencia constituye una verdadera piedra angular.

De esta manera, la igualdad es una de las importantes manifestaciones de la dignidad humana.

Por su parte, el profesor FERNÁNDEZ SEGADO nos recuerda que “uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la

¹ VILLACORTA MANCEBO, Luis: “El derecho de igualdad y el reconocimiento de la obligación a la dogmática”, *Revista de Derecho Político*, 2006, Nº 67, p. 41.

dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental”².

En efecto, “la recepción del valor de la dignidad en el complejo constitucional supone su conversión en valor jurídico, es decir, su comprensión como derecho positivo”³. Dicho de otro modo, la incorporación a los textos constitucionales de la dignidad como valor fundamental implica una consecuencia jurídica de suma trascendencia, pues su reconocimiento la transforma en derecho positivo vigente.

Tal como sostiene OEHLING DE LOS REYES, “por medio de la positivación la noción de dignidad adquiere en el sistema jurídico un carácter de norma fundamental de la Constitución, se concretan sus posibilidades de realización y se objetiviza”⁴. Y esto trae consigo, al menos dos consecuencias muy importantes. En primer lugar, la dignidad constitucionalizada será un referente obligado al momento de interpretar la Constitución y por otro, ella exige al Estado las prestaciones y abstenciones que sean necesarias para concretarla.

No me corresponde en este Trabajo de Fin de Master profundizar respecto del significado de la dignidad humana; sin embargo, no puedo evitar realizar al menos dos apreciaciones.

En primer lugar, tal y como sostiene FERNÁNDEZ SEGADO “la dignidad de la persona bien puede entenderse que consiste o, por lo menos, que entraña ineludiblemente la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que la rodea”⁵.

Y en segundo lugar, en el ordenamiento constitucional español, la dignidad se encuentra consagrada en el artículo 10.1 de la Constitución en los siguientes términos: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de

² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, *JUS: Rivista di Scienze Giuridiche*, 2003, Año L, Maggio – Agosto, p. 201.

³ OEHLING DE LOS REYES, Alberto: “El concepto constitucional de dignidad de la persona: Formas de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, Nº 91, enero-abril, p. 136.

⁴ Ídem, p. 136.

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: Ob. Cit., p. 206.

la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Siguiendo esta norma constitucional, la dignidad en el derecho español se alza como el fundamento de todos los derechos, y en palabras de FERNÁNDEZ SEGADO⁶, es mucho más que un derecho fundamental; pues, de partida los derechos fundamentales pueden ser objeto de límites, la dignidad no puede serlo. La dignidad humana se proclama como valor absoluto, se trata de un *minimum* invulnerable que todo ordenamiento jurídico debe garantizar.

En definitiva, el artículo 10 de la Constitución supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del ordenamiento jurídico español. Tal como señala GONZÁLEZ PÉREZ⁷, No estamos ante una pura definición doctrinal o ideológica, estamos ante una fuente de inspiración para el legislador y una pauta orientadora de la conducta social de los poderes del Estado.

Volviendo a la igualdad, su reconocimiento en el orden jurídico, especialmente en el constitucional, es necesario, pero no suficiente. En realidad, se agradecen las buenas intenciones de quienes redactan las respectivas normas nacionales e internacionales que convierten a la igualdad en un valor fundamental; sin embargo, es necesario que estas ideas se materialicen en realidades concretas. En otras palabras, quizás más agresivas, de nada nos sirve que se diga que los seres humanos somos iguales si la práctica social, jurídica y política se encarga de demostrarnos lo contrario día a día.

Por lo tanto, se hace imprescindible encontrar e implementar los mecanismos idóneos para concretar este valor. Estos mecanismos pueden provenir desde el derecho, principalmente por medio de la consagración de derechos subjetivos concretos y la implementación de un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva, que permitan superar cualquier trato arbitrario; desde el Gobierno, a través de la implementación de políticas públicas de educación y prestacionales que permitan disminuir en la mayor medida de lo

⁶ Ídem.

⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 82.

posible las brechas que la vida social genera; desde la propia sociedad, por medio de la creación de asociaciones intermedias que desarrollen actividades tendientes a hacer efectivo este valor.

En todo caso, y a pesar de lo planteado en los párrafos precedentes, considero que desde la teoría aparece una necesidad imperiosa, a saber: construir un soporte teórico y unas bases conceptuales que luego sirvan de sustento a los diversos mecanismos que podamos idear para hacer de la igualdad algo cada vez más concreto.

Es por ello, que, en las páginas siguientes, dirigiré mis esfuerzos a proponer un concepto de igualdad que nos pueda servir de soporte al discurso que marcará el contenido de la presente investigación.

2.- Sobre el concepto de igualdad a los efectos del presente trabajo.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española⁸ en su primera acepción, por igualdad se puede entender “*conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad*”. Por igualdad ante la ley se entiende “*principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos*”.

La lectura de las definiciones aportadas por el Diccionario de la Lengua Española desde luego nos dan algunas pistas para hacernos al menos una idea de lo que es la igualdad, pero al parecer no es suficiente. En otras palabras, no nos responden a la pregunta ¿por qué las personas son iguales?

Es por ello que considero que para tratar de proponer un concepto de igualdad que sea coherente con la pregunta recién formulada, necesariamente debemos plantear nuestro discurso a partir de la naturaleza humana. Es decir, los seres humanos compartimos una misma naturaleza, invariable en el tiempo y en el espacio. Por lo mismo, si esto es así, se entiende que las personas compartimos una misma dignidad y de ella emanaría la exigencia de ser tratadas en forma igual. Pero por otro lado, también hay un hecho evidente: cada ser

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición. Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>, consulta realizada el 31 de octubre de 2010.

humano es un verdadero mundo en sí mismo. Hay muchas diferencias entre cada individuo, tanto físicas como espirituales que lo definen y lo diferencian de los demás.

Tal y como sostiene FERNÁNDEZ RUIZ⁹, el fundamento de esta exigencia ética, que hace que todos los seres humanos deban ser tratados como iguales radica en la igualdad esencial de todos los seres humanos. “Pese a las múltiples diferencias empíricas, todos pertenecemos a la especie humana, participamos de la común humanidad, por tanto somos igualmente dignos y acreedores de idéntico respeto”¹⁰.

Ahora bien, es válida y acertada esta pregunta: ¿Cómo debemos tratar a las personas? Conuerdo plenamente con el profesor LAPORTA SAN MIGUEL¹¹ cuando sostiene que es preferible huir de fórmulas simplistas y categóricas, como aquellas que pregonan que “todos somos iguales”, siendo preferible utilizar fórmulas más analíticas y articuladas como “todos los seres humanos deben ser igualmente tratados”. Tres alternativas:

- a) Tratar a las personas siempre de la misma manera.
- b) Tratar a todas las personas de manera distinta según sus particularidades.
- c) Tratar a las personas de la misma manera en algunos casos y de manera distinta en otros según sus particularidades.

La igualdad consiste precisamente en la última de las alternativas: tratar a las personas de la misma manera en aquello en lo que son semejantes y de manera distinta en aquello en que no lo son.

Recuerda GARRIDO GÓMEZ, “que la trayectoria histórica de la igualdad constitucional es el resultado de una larga y difícil lucha contra los privilegios y status feudales. Esta lucha es dialéctica y se divide en tres etapas. En la primera, el correlato de la diferencia es la desigualdad, a aquellos que son caracterizados como diferentes se les trata

⁹ FERNÁNDEZ RUIZ, Encarnación: *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 18-19.

¹⁰ Ídem, pp. 18-19.

¹¹ LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco: “Problemas de la igualdad”, en VALCÁRCEL BERNALDO DE QUIRÓS, Amelia (Comp.) *El concepto de igualdad*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 1994, p. 66.

como inferiores o superiores dependiendo de su posición en la jerarquía. En la segunda fase, la identidad es correlato de la igualdad, reunidos ciertos criterios, todo el mundo tiene derecho a ser tratado igualmente. Al final, el correlato es la diferencia, pues cualquier persona será tratada en proporción a sus necesidades y aspiraciones”¹².

En consecuencia, al parecer la idea de igualdad va de la mano con la de diferencia. Es decir, el trato que podemos dar a las personas puede ser diferenciado, es más, en muchas ocasiones la propia igualdad lo exige. El punto es que este trato diferenciado siempre debe obedecer a razones plausibles y nunca al mero capricho del agente que actúa de esta manera. En otras palabras, las razones que resultan legítimas para adoptar tratos diferenciales deben procurar, además, restringir en la menor medida posible, tanto el derecho general a la igualdad, como los demás derechos y principios constitucionales que puedan verse involucrados (afectados, intervenidos) en la decisión. En tal sentido, las medidas deben ser razonables y proporcionales, juicio de igualdad de origen europeo, que ha constituido una herramienta analítica poderosa para la aplicación del concepto. Por esa razón, la Corte Constitucional Colombiana ha expresado que para que un trato diferenciado sea válido a la luz de la Constitución, debe tener un propósito constitucionalmente legítimo, y debe ser proporcional, en el sentido de que no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos. La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su “idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad”¹³.

¹² GARRIDO GÓMEZ, María Isabel: “La complementariedad entre la igualdad y la diferencia”, *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 2008, Vol. 15, Nº 2, p. 73.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, *Sentencia T-629/10, dictada en referencia al expediente T-2384611*, el 13 de agosto de 2010.

Entonces, la igualdad esencial significa afirmar que todos somos iguales en cuanto a seres humanos y dignidad, sin desconocer las múltiples diferencias, y “sin excluir tampoco el valor de dichas diferencias y la exigencia de respetarlas que dimana de la propia dignidad humana”¹⁴.

Esta doctrina también ha sido sustentada por el Tribunal Constitucional español. Así, expresamente ha señalado que no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; que el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; que el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos¹⁵.

3.- La igualdad formal y la igualdad material.

Tradicionalmente se distingue entre la igualdad formal y la igualdad material. La igualdad formal se alza como un principio que “constituye un postulado fundamental del Estado Liberal de Derecho y fue enunciado por Leibhoz como el reconocimiento de la

¹⁴ FERNANDEZ RUIZ, Encarnación: Ob. Cit., p. 20.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (Pleno). *Sentencia 059/2008*, de 14 de mayo de 2008. Fundamentos jurídicos Nº 5, 6 y 7.

identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho”¹⁶. Efectivamente, a mediados del Siglo XVIII, los representantes del llamado pensamiento ilustrado y la propia filosofía política comienzan a sostener que las personas son iguales ante la ley porque poseen ciertas características comunes como pueden ser, entre otras, la razón.

En realidad, la concreción de la igualdad formal es un logro fundamental en la lucha por los derechos y la dignidad del ser humano. El concebir una ley general y abstracta, aplicable a todos los ciudadanos, excluyendo privilegios y posiciones sociales, es algo excepcional. No lo podemos negar.

Ahora bien, debemos insistir que la idea de igualdad formal implica dos aspectos fundamentales, a saber: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. En otras palabras, no debemos confundir el derecho a la igualdad en la ley, que implica en definitiva el derecho que tenemos a que la ley nos trate en forma idéntica y cuando así no sea, este trato diverso no sea discriminatorio, con el derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico nos reconoce, que implica una igualdad procesal.

De esta manera, históricamente se entendió este principio como un mandato de igualdad en la aplicación de la ley, esto es, que la norma se aplicara a todo caso en que se cumpliera el supuesto de hecho contenido en su estructura. Así por ejemplo, si la norma imponía una sanción para quien matara a otro, no debía quedar homicida sin castigo. Sin embargo, esta manera de entender el principio señalado se relacionaba más con la pretensión de vigencia o validez de la norma (que la norma se aplique en todos los casos previstos por ella) que con el reconocimiento y respeto de un principio elemental de todo ordenamiento jurídico moderno: la dignidad de las personas y su consecuente igual valoración. Este significado primario, que vinculaba más al juez que al creador de las normas, se justificó probablemente por la fe ciega que el constitucionalismo dieciochesco depositó en la ley como manifestación de la voluntad general. Se pensó así que la ley – norma general, abstracta y dictada por un parlamento lo suficientemente identificado con la

¹⁶ CARMONA CUENCA, Encarnación: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, 1994, N° 84, p. 265.

comunidad- era el instrumento idóneo para proteger a las personas. Igualdad y legalidad eran conceptos que prácticamente se identificaban.

Sin embargo, la confianza absoluta en el legislador no podía durar para siempre. Con el transcurso del tiempo fue fácil darse cuenta de que el legislador podía desconocer los derechos de las personas en forma tan abierta como pudieron hacerlo en sus mejores tiempos los jueces parciales y dependientes del rey. Se hizo necesario entonces “extender la sujeción al principio de igualdad no sólo a quienes aplicaban la leyes (igualdad ante la ley) sino también a quienes la dictaban (igualdad en la ley)”¹⁷.

El propio Tribunal Constitucional español ha reiterado esta idea, es así como en la STC 83/84 sostuvo: “La igualdad ante la Ley que consagra el artículo 14 de la Constitución puede ser entendida también...como igualdad en la Ley, es decir, como obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma o de no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados”¹⁸.

Por su parte, el principio de igualdad material será “entendido como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado Social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos”¹⁹.

La importancia de la concepción de la igualdad material es evidente. En efecto, si no existiera esta idea la plena aplicación de la igualdad formal nos conduciría en innumerables ocasiones a injusticias y atentados en contra del valor de la igualdad humana.

Ahora bien, la aplicación de la igualdad material necesariamente implica establecer diferencias. Sostiene acertadamente la profesora CARMONA CUENCA que, “para lograr

¹⁷ NUÑEZ POBLETE, Manuel: “La Igualdad ante la Ley”, en GARCÍA HUIDOBRO CORREA, Joaquín, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: EDEVAL, 1997, p. 99.

¹⁸ PASCUAL LAGUNAS, Eulalia: *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch Editor, 2009, p. 146.

¹⁹ CARMONA CUENCA, Encarnación: *Ob. Cit.*, p. 265.

esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real”²⁰. Nuevamente aparece acá la necesidad de establecer tratos diferenciados en aras de la plena igualdad material. La exigencia desde luego, para tolerar estas diferencias, es que ellas no constituyan discriminaciones arbitrarias.

La misma idea es reiterada por el profesor ÁLVAREZ CONDE²¹ al sostener que el principio de igualdad no implica necesariamente que toda desigualdad deba constituir una discriminación, pues no se prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades, sino que la igualdad es vulnerada cuando dichas diferenciaciones están desprovistas de una justificación objetiva y razonable.

Por lo general hay ciertas diferenciaciones que tradicionalmente no se consideran discriminatorias como aquellas basadas en razón de la edad. En este sentido a nadie repugnaría las medidas tendientes a la protección de los niños y niñas y de las personas de la tercera edad. Por otro lado, en principio hay diferencias que sí se consideran discriminatorias, como las que se basan en la orientación sexual, la clase social, la raza, etc.

Sin embargo, advierte la profesora CARMONA CUENCA, “hoy se habla más bien de ciertas diferencias humanas como razones relevantes o irrelevantes para fundamentar una determinada consecuencia normativa”²². En consecuencia, el principio de igualdad afirma, que en caso de concurrir diferencias irrelevantes el tratamiento debe ser igual y cuando hay diferencias consideradas relevantes el tratamiento debe ser diferenciado. Por lo tanto, la clave de bóveda, de todo el sistema basado en la igualdad es la determinación de la relevancia o irrelevancia de los rasgos.

²⁰ CARMONA CUENCA, Encarnación: “El principio de igualdad material en la Constitución Europea”, *Foro Constitucional Iberoamericano*, 2004, N° 8, p. 1.

²¹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique: “Prohibición de discriminación”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique, FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela y NUÑO GÓMEZ, Laura (Dir.) *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*. Madrid: Iustel, 2009, p. 42.

²² CARMONA CUENCA, Encarnación: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Ob. Cit.*, p. 269.

Pues bien, si ello es así, surge el problema de determinar que rasgos son o no relevantes para justificar un trato diferenciado. Opino que esta es una cuestión que no puede ser entregada al legislador y la razón es muy simple: la realidad de las relaciones sociales siempre será mucho más fecunda que el más imaginativo de los juristas. Es por ello que este es un tema que necesariamente debe zanjarse en sede judicial. Es el juez el que caso a caso deberá determinar si las diferencias de trato se ajustan o no a criterios relevantes.

Pero, ¿qué determina en definitiva la relevancia? Personalmente creo que la relevancia está determinada por la arbitrariedad. En las páginas que siguen y a propósito de las consideraciones respecto del derecho a la no discriminación me haré cargo del contenido de lo que debe entenderse por arbitrariedad.

II.- El derecho a la no discriminación arbitraria.

1.- La idea de arbitrariedad es consustancial a la discriminación.

Hemos dicho que el trato diferenciado no necesariamente implica una discriminación arbitraria. Es más, en muchas ocasiones la igualdad exige un tratamiento de esta naturaleza.

¿Qué implica la arbitrariedad? ¿Cuándo una conducta es arbitraria? De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, arbitrariedad sería “*acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*”.

Por tanto, la arbitrariedad implicaría mero capricho, irracionalidad, injusticia. Las diferencias arbitrarias son aquellas que no se ajustan a la razón, aquellas que obedecen al mero capricho del agente que las produce. En definitiva, la arbitrariedad indica carencia de razón en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanza, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo, a obtener, o sea, una actuación carente de fundamento.

En consecuencia, para estar frente a una discriminación arbitraria es preciso que se den las siguientes circunstancias:

- 1.- Que se verifique una acción u omisión que implique un trato diferenciado.
- 2.- Que dicha acción u omisión sea atribuible a una persona u ente, con o sin personalidad jurídica, de derecho público o privado, determinado.
- 3.- Que el fundamento de dicha acción u omisión no obedezca a ningún motivo plausible y que por el contrario responda a la mera voluntad caprichosa de quien la ejecuta.

2.- Los rasgos que definen la discriminación.

No resulta sencillo establecer una noción unitaria de discriminación, que pueda ser aceptada por todos. Esto se agrava si tomamos en consideración que la noción de discriminación, en constante evolución, también “es tributaria tanto de la materia a la que se aplique, como de la propia razón vedada en que se funde: no es exactamente igual la discriminación por sexo que la discriminación por raza, y éstas son muy diferentes, a su vez, de las discriminaciones por motivos religiosos”²³.

Atendido lo expuesto previamente resulta útil identificar los elementos comunes a toda discriminación, partiendo, claro está, del supuesto que cualquier tipo de discriminación, independientemente de cómo la podamos designar, implica en su origen arbitrariedad y en sus consecuencias un atentado a la dignidad humana.

Así es como podemos decir que los siguientes elementos, en principio son comunes a cualquier clase de discriminación, a saber:

- i.- La discriminación presupone una diferenciación de trato frente a la norma estándar, que actúa contra el sujeto discriminado. Acertadamente, los autores citados, advierten que el vocablo “diferenciación” debe ser interpretado en un sentido amplio. Es decir, la diferencia de trato puede tener diversos matices o grados, desde el más radical (la exclusión) a otros más matizados, como las limitaciones o restricciones²⁴.

²³ RODRÍGUEZ –PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: “Igualdad y discriminación”. Madrid: Tecnos, 1983, p. 167.

²⁴ RODRÍGUEZ –PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: Ob. Cit., pp. 168-169.

ii.- La diferenciación de tratamiento, para estar frente a una discriminación, debe basarse, precisamente en algunas de las razones excluidas por el ordenamiento jurídico y que contradigan la igual dignidad humana. Por ejemplo, existirá discriminación en el ámbito de las relaciones laborales si los cargos de responsabilidad se entregan solamente a hombres y no a mujeres, y este proceder encuentra su fundamento exclusivamente en el género²⁵.

iii.- La diferenciación de trato discriminatoria reconoce como sujetos pasivos de la misma a los seres humanos, ya sea individual o colectivamente considerados. Por su parte, los sujetos activos, los agentes vulneradores pueden ser tanto el Estado como los particulares.

iv.- Por último, la diferencia de trato debe tener un específico resultado, del que ha sido medio esa diferenciación, y “que consiste en la creación de una situación discriminatoria objetiva, que anule o menoscabe para el discriminado el goce de determinados derechos, ventajas o beneficios, que perjudiquen sus intereses o agraven sus cargas”²⁶.

3.- Breves reflexiones sobre la discriminación múltiple.

a.- Aproximación a un concepto.

Habiendo presentado en las páginas precedentes los rasgos más característicos del derecho a la igualdad y a la no discriminación, me parece oportuno, especialmente dentro del contexto de un Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género, referirme, aunque sea tangencialmente al fenómeno de la discriminación múltiple. En efecto, los actos discriminatorios en contra de las mujeres muchas veces van acompañados de otras consideraciones además de la propia condición de mujer; es por ello que resulta interesante desentrañar algunos aspectos esenciales de este concepto.

²⁵ RODRÍGUEZ –PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: Ob. Cit., p. 171.

²⁶ RODRÍGUEZ –PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: Ob. Cit., pp. 172-173.

Atendida la poca producción científica española y chilena sobre este tema, esta parte de mi Trabajo de Fin de Master seguirá muy de cerca las reflexiones de REY MARTÍNEZ²⁷

De esta manera, nos dice el autor que “tanto en Derecho internacional como en el derecho de los estados, la prohibición de discriminación se aborda invariablemente a partir del análisis de un solo factor de discriminación (raza, género, discapacidad, etc.) y rara vez combinando varios”²⁸.

Un paso fundamental en el desarrollo de este concepto fue dado en La Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrado en la ciudad de Durban, Sudáfrica, el año 2001. En efecto, en el documento donde constaron las principales conclusiones de dicho encuentro se expresa:

“Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición”.

En relación con la terminología apropiada para referirse al fenómeno que estamos analizando, REY MARTÍNEZ destaca que hay muchos adjetivos que se pueden utilizar; desde luego la expresión discriminación múltiple es uno de ellos, pero tampoco es extraño oír hablar de discriminación doble, combinada, interseccionales, multidimensionales, interactivas, etc.

De esta manera, las expresiones más utilizadas son: a) discriminación múltiple; b) discriminación compuesta; c) discriminación interseccional. Señala REY MARTÍNEZ que en el Informe elaborado en el año 2007 para la Comisión Europea sobre discriminación

²⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando: “La discriminación múltiple. Una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, Año 28, Nº 84, pp. 251-281.

²⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando: Ob. Cit., p. 254.

múltiple se recogen las definiciones de Makkonen, para quien cabe distinguir precisamente entre discriminaciones múltiples, compuestas e interseccionales. Así, la discriminación múltiple tiene lugar cuando una persona es discriminada por diferentes factores, pero en diversos momentos. Se propone como ejemplo, el caso de una mujer discapacitada que puede ser discriminada por su género para conseguir un determinado puesto de trabajo y en atención a su discapacidad porque en ciertos edificios públicos no reconocen accesos para personas discapacitadas.

En cambio, una discriminación compuesta se refiere a una situación en la cual uno o varios factores de discriminación se añaden a otro/s en un caso concreto produciendo una barrera o dificultad añadida a la/s ya existente/s. Por ejemplo, en un mercado de trabajo que segregue por género y por nacionalidad, las posibilidades de que una mujer inmigrante encuentre un trabajo de acuerdo a su formación se reducen considerablemente.

La discriminación interseccional por su parte, implica que todos los factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica de discriminación. MAKKONEN ilustra este tipo de discriminación con los casos de esterilización forzosa a la que se somete en algunos países a las mujeres con discapacidad, experiencia que no sufren ni las mujeres no discapacitadas, ni los varones discapacitados.

Desde un riguroso punto de vista, REY MARTÍNEZ sostiene que el concepto discriminación múltiple no es el más adecuado para hacer referencia al fenómeno descrito en el párrafo anterior. “En otras palabras, la discriminación múltiple, tal y como la define Makkonen, no es múltiple en realidad, sino singular: en cada caso se produce por la existencia de un solo factor de discriminación”²⁹. Lo importante, para hablar de este tipo de discriminaciones, es que los factores de discriminación se presenten al mismo tiempo³⁰. De esta forma, “el único concepto que, con un mínimo rigor teórico, puede subsistir es el de las discriminaciones interseccionales”³¹, pero a pesar de todo, se propone la utilización discriminación múltiple bajo el supuesto que exista total claridad del fenómeno a que se quiere aludir con ella.

²⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando: Ob. Cit., p. 266.

³⁰ Ídem, p. 266.

³¹ Ídem, p. 266.

b.- Importancia práctica.

En el apartado anterior he pretendido ofrecer una breve aproximación teórica del concepto de discriminación múltiple y en las páginas que siguen necesariamente tenemos que preguntarnos por la importancia práctica del manejo de estas categorías conceptuales.

Este tema no deja de ser interesante de análisis, porque perfectamente alguien podría pensar en la inutilidad de este concepto tomando en consideración que el derecho a no ser discriminado, al menos en España, se encuentra lo suficientemente tutelado por vía judicial, siendo inocuo que la ofensa esté compuesta por uno o varios actos que se den simultáneamente, sino que lo importante es el resultado nocivo a la dignidad de la persona y sobre todo su reparación.

No obstante lo anterior, considero que el manejo de este concepto resulta útil para lograr identificar a determinados grupos sociales particularmente vulnerables que pueden ser considerados minorías dentro de otras, siendo “una de las ventajas de este nuevo enfoque es, precisamente, que este mejor entendimiento de la discriminación conlleva (al detectar minorías invisibles y discriminaciones en gran medida ocultas) y posibilita unas políticas de lucha contra ellas más efectivas”³².

La idea de discriminación múltiple, el adecuado manejo de este término puede servir como una útil herramienta para implementar determinadas políticas públicas que busquen detectar los grupos en riesgo, identificar las causas y los contextos en que se producen las vulneraciones a sus derechos y desde ahí proponer soluciones y acciones positivas que creen las condiciones necesarias para que estas personas puedan salir de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

En otras palabras, la lucha contra la discriminación no se encuentra terminada con la interdicción de la arbitrariedad ni con su sanción, sino que requiere la implementación de medidas concretas que acerquen a las personas a una real igualdad material.

³² Ídem, p. 272.

4.- Algunas precisiones conceptuales y preguntas pendientes.

a.- Dos precisiones conceptuales.

i.- Un aspecto que me parece importante resaltar es el siguiente: no se puede incurrir en la imprecisión conceptual de entender que la arbitrariedad es sinónimo de ilegalidad. En otras palabras, pueden existir desde luego muchas acciones u omisiones ilegales que sean arbitrarias, pero también es posible la concurrencia de acciones que aparentemente se encuentran revestidas del manto de la legalidad que sean arbitrarias, irracionales. Pensemos en un ejemplo. Un fiscalizador de hacienda, al cual le son otorgadas por la legislación tributaria una serie de facultades para llevar a cabo su función, dentro de la cuales destaca la posibilidad de citar a los contribuyentes a fin de revisar libros contables y otros documentos de esta naturaleza. Por lo general en este tipo de actividades suele existir un importante grado de discrecionalidad. De esta manera este funcionario comienza a citar reiteradamente a un contribuyente extranjero, más allá de lo que es racional. En este caso estamos frente a un acto amparado por la legalidad, pero a todas luces arbitrario pues implica un abuso de facultades y obedece al mero capricho de su ejecutor.

ii.- Por otro lado, el acto de discriminación puede provenir ya de los poderes públicos, o sea, del legislador, de los tribunales de justicia o la administración del Estado. Pero también la discriminación puede tener su origen en las relaciones entre particulares³³. Desde luego que cuando el acto discriminatorio es atribuible a un poder público, éste es particularmente grave, atendida la naturaleza última del fin que debe perseguir el Estado. Sin embargo, la dinámica de la realidad social, lamentablemente, es fecunda en ejemplos de discriminación que se dan en las relaciones entre particulares.

³³ Al parecer, la idea de que los derechos fundamentales son exigibles no sólo a los poderes públicos sino que también a los particulares, ya se encuentra bastante arraigada en la cultura jurídica occidental. Sólo a modo de ejemplo, el profesor Peces-Barba sostiene: “A través del recurso de amparo, lo que se garantiza y preservan son los derechos subjetivos, es decir, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de los ataques de todos los niveles normativos inferiores a la Constitución y también frente a hechos agresores incluso sin apariencia normativa si proceden de los poderes públicos, y no hay razón tampoco para excluir de la protección a hechos agresores procedentes de los particulares”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, 1986, pp. 216-217.

b.- Dos preguntas que quedan pendientes.

Tratando de mantener la coherencia con el objetivo del presente Trabajo de Fin de Master, considero se justifica el no hacerme cargo de dos cuestiones de sumo interés tanto teórico como práctico, a saber:

i.- ¿Le es lícito a una persona renunciar a este derecho? O, si se quiere, ¿Podemos tolerar en virtud de nuestra propia voluntad actos de discriminación? Desde luego, la pregunta parte del supuesto de un sujeto con plena capacidad de ejercicio. Es decir, frente a un niño o a una persona que sufre algún grado de discapacidad mental, el cuestionamiento no sería válido.

ii.- ¿Puede ser objeto de una discriminación arbitraria una persona jurídica de derecho público? Obviamente detrás de esta interrogante hay un tema mucho más profundo, que dice relación con la titularidad o no, de derechos fundamentales por parte de los órganos del Estado. El tema no es baladí, por supuesto que no. Por ejemplo, pensemos en un Ayuntamiento que es desmejorado en la entrega de recursos por haber votado la gran mayoría de sus ciudadanos en contra del Gobierno.

5.- Propuesta de un concepto del derecho a no ser discriminado.

Atendidas la distintas consideraciones que hemos venido elaborando, proponiendo y relacionando en las páginas anteriores, podríamos decir que el derecho a no ser discriminado es aquella prerrogativa que se le reconoce a las personas en virtud de la cual ellas no pueden ser objeto de tratos diferenciados que no se basen en motivos plausibles y que obedezcan, por tanto, al mero capricho del agente que los ejecuta.

De esta forma, el principio de igualdad de trato o la interdicción de la arbitrariedad o el derecho a no ser discriminado desde el punto de vista del derecho debe traer consigo la nulidad y por tanto la pérdida de eficacia de los actos y normas discriminatorias, pero también, este principio, “desde una consideración global del problema, además de prohibir e invalidar los actos discriminatorios, se enfrenta con el problema de la existencia misma o

peligro de existencia de personas o grupos tratados de forma diferente, como si no fueran seres humanos iguales a los otros”³⁴.

Así las cosas, en virtud del derecho a no ser discriminado, además de desconocer la razonabilidad y por ende el valor de estos actos y reglas discriminatorias mediante su absoluta prohibición, se debe, especialmente por parte del Estado tomar todas aquellas “medidas específicas que favorezcan y promuevan la integración e igualación de esos individuos y grupos con los demás, eliminando las situaciones fácticas de discriminación”³⁵.

6.- Algunas reflexiones sobre el derecho a no ser discriminado por causa de la orientación sexual.

Uno de los aspectos fundamentales que diferencian al ser humano del resto de los seres vivos que habitan el planeta es la libertad. Desde luego que ésta no es la sede oportuna para hacernos cargo de su contenido. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, estimo que la libertad implica siempre la facultad de elegir. Porque mujeres y hombres somos libres podemos fijarnos objetivos y metas y elegir los medios para alcanzarlos. Desde luego que el establecimiento de objetivos no debe circunscribirse solo a lo material, también a lo espiritual. De esta manera, cada persona puede conducir su vida de acuerdo a los parámetros que le dicte su conciencia, respetando desde luego los derechos de los demás.

Pues bien, dentro de este contexto, es evidente que cada ser humano puede adoptar las opciones sexuales que estime convenientes, en la medida que ellas no impliquen atentados a bienes jurídicos. Por ejemplo, nadie podría alegar que está haciendo uso de su libertad sexual cuando manifiesta su deseo de tener relaciones sexuales con niños.

Siguiendo a ALVENTOSA DEL RÍO, “la orientación sexual es, según la Asociación Americana de Psicología (APA), la atracción duradera hacia otra persona en el

³⁴ RODRÍGUEZ –PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: Ob. Cit., p. 165.

³⁵ Ídem, p. 165.

plano de lo emotivo, romántico, sexual o afectivo”³⁶. De esta forma es posible distinguir, a partir de dicho concepto, entre la orientación heterosexual, homosexual, y bisexual.

La orientación heterosexual es la que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas del sexo opuesto, por su parte, la orientación homosexual es aquella que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas de su mismo sexo y la orientación bisexual hace referencia a la persona que siente atracción afectiva y sexual por hombres o por mujeres indistintamente.

También, dentro de este escenario, es necesario plantearse el tema de la identidad de género, concepto relacionado con el sentimiento psicológico de ser hombre o mujer y con y en virtud de ello a la adhesión a ciertas normas sociales y culturales propias del comportamiento femenino o masculino.

Por su parte el género es un concepto referido más bien a las diferencias sociales y convencionales que se perciben entre hombres y mujeres y que han sido aprendidas en el devenir del desarrollo social, y que se caracterizan por que cambian con el tiempo y presentan grandes variaciones en las diversas sociedades e incluso dentro de los propios núcleos sociales de cada cultura.

Ahora bien, un grave problema aparece cuando el género no coincide con el sexo biológico. Cuando esto sucede estamos frente a la llamada transexualidad. En consecuencia, el transexual es esa persona que nace con el sexo biológico de un género que no le corresponde. Es decir se trata de “una persona que nace con genitales y características físicas de varón, pero que psicológicamente se siente mujer, o a la inversa”³⁷.

Me parece que con los antecedentes entregados en los párrafos precedentes, estamos relativamente en condiciones de formarnos una idea del alcance de la expresión orientación sexual. Para los efectos del presente TFM este concepto lo usaremos en un sentido amplio, incluyendo en él también la transexualidad.

³⁶ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2008, pp. 28-29.

³⁷ Ídem, p. 32.

De esta manera, podemos decir que la discriminación por orientación sexual reconocería los siguientes elementos:

1.- La ocurrencia de un acto u omisión que implique un trato distinto a determinadas personas en comparación a otras.

2.- Que este accionar no responda a un motivo justificado y que por el contrario obedezca al sólo capricho de su ejecutor.

3.- Que el fundamento principal para dar este trato diverso sea la orientación sexual de la persona afectada.

De esta manera, un acto de discriminación implicaría un desprecio, y por tanto, un atentado a la dignidad de otro ser humano, en razón de su orientación sexual. A modo de ejemplo, serían actos discriminatorios de esta naturaleza, cualquier política empresarial de contratación o despido de trabajadores tomando en consideración su orientación homosexual, del mismo modo, como tendremos oportunidad de analizar en un Capítulo posterior de esta investigación, también lo es, una decisión judicial que niega la custodia de un hijo menor de edad a una madre por ser lesbiana.

III.- La protección constitucional en España de la igualdad.

1.- Primeras ideas.

En el ordenamiento jurídico constitucional español la protección de la igualdad y contra la discriminación por orientación sexual reconoce dos tipos de garantías: las normativas y las procesales.

De esta manera, el artículo 1 de la Constitución de 1978 señala en su párrafo primero que “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Como se aprecia de la lectura de la norma constitucional transcrita el constituyente de 1978 eleva la igualdad a la categoría de un “valor superior” que, junto a los demás reconocidos como tal, debe inspirar el resto del ordenamiento jurídico.

En total concordancia con lo anterior, el artículo 14 del mismo cuerpo normativo prescribe que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En esta norma se recoge el principio constitucional de igualdad formal.

El artículo 53.1 de la Constitución por su parte establece “que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)”. Esta norma cobra vital importancia, pues ella reconoce la supremacía de los derechos fundamentales, establece la vinculación de los poderes públicos a estas normas, prevé que sólo por medio de una ley, nunca por medio de alguna manifestación de la potestad reglamentaria, se podrá regular el ejercicio de estos derechos, imponiendo en todo caso la necesidad al legislador de respetar su contenido esencial, de tal manera que se quiere evitar que bajo la excusa de una regulación legal se vulnere la esencia del derecho o se impongan condiciones para su ejercicio que en la práctica lo hagan ilusorio.

Pero además, el mismo artículo 53.2, establece que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

En este conjunto de normas generales, establecidas en la Carta Fundamental se encuentra el sustrato del derecho de no ser discriminado por razón de orientación sexual, del que nos haremos cargo en el presente Capítulo.

2.- Algunos alcances sobre la idea de valores superiores.

Como ya señalamos en el apartado anterior, la Constitución española comienza su articulado haciendo alusión a ciertos valores fundamentales sobre los que descansa el Estado español y su ordenamiento jurídico.

El Diccionario de la RAE³⁸ entrega varios significados de la palabra *valor*, pero para el contexto en que nos encontramos trabajando el significado adecuado es el que dice: “10. *Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores*”. Por su parte, el mismo texto en su acepción primera para el término *superior* dice “*dicho de una cosa: Que está más alta y en lugar preeminente respecto de otra*” o “*dicho de una cosa: Más excelente y digna, respecto de otras de menos aprecio y bondad*”.

Como se puede apreciar, las definiciones ofrecidas por la RAE nos comienzan a conducir a desentrañar el significado de la expresión “*valores superiores*”. En efecto, estaríamos en presencia de determinados bienes a los que el constituyente, atendida su importancia, les ha otorgado una jerarquía tal, que los eleva a la categoría más alta dentro del Estado español. Desde luego esto no significa que los valores establecidos en el artículo 1 sean los únicos existentes, pues ello no es así, sólo se trata de reconocer a éstos una mayor importancia y alzarlos como pilares fundamentales del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, siguiendo al profesor PECES-BARBA³⁹, de la norma contenida en el artículo 1 de la Constitución se desprenden al menos las siguientes consecuencias:

1.- La norma del artículo 1 que estamos comentando es una norma jurídica, es derecho vigente. Estos valores superiores no son sólo un consejo, una mera orientación, ellos son obligatorios para todos, tanto para gobernantes como para gobernados, especialmente para los órganos productores de normas jurídicas.

³⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición. Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>, consulta realizada el 9 de febrero de 2011.

³⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, pp. 41-44.

2.- Ellos representan, nos dice, PECES-BARBA, los ideales de una comunidad que decide erigir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico. Estos valores superiores son la expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en un momento dado.

3.- Estos valores superiores son guía para la interpretación y para el desarrollo del ordenamiento, y al mismo tiempo, límite para los mismos.

4.- Dentro de todas las normas constitucionales, la contenida en este artículo 1.1 ocupa un lugar primordial, puesto que, muchas normas de la propia Constitución suponen un desarrollo de estos valores superiores.

En consecuencia, “en el artículo 1.1 la igualdad se proclama como un valor del ordenamiento jurídico, es decir, como una condición ideal de la vida social que debe ser perseguida por los poderes públicos”⁴⁰.

La misma profesora FIGUERUELO BURRIEZA destaca que la norma contenida en el artículo 1.1 tiene sus consecuencias prácticas porque remite a concepciones culturales acuñadas a lo largo de la historia y válidas en cada momento sobre el contenido de esa condición; por lo mismo, debido a esto el texto constitucional se abre a apreciaciones socioculturales que inciden sobre la interpretación de sus normas⁴¹.

La expresión “*valores superiores*” no debe ser confundida con la de “*principios*” también utilizada por el constituyente. En efecto, la primera de estas expresiones implica “totalidad”. Es decir, los valores superiores irradian a la totalidad del ordenamiento jurídico. Los principios, en cambio, se refieren a aspectos o parcelas del ordenamiento que sirven para interpretar las normas de esas parcelas del ordenamiento jurídico⁴². Así por ejemplo, se habla de principios constitucionales del derecho penal, del derecho tributario, de la actividad económica, etc.

⁴⁰ FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: “La igualdad compleja en el constitucionalismo del Siglo XXI. Referencia especial a la no discriminación por razón de sexo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número Conmemorativo 1948-2008, 2008, p. 250.

⁴¹ Ídem, p. 252.

⁴² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: Ob. Cit., p. 39.

Personalmente entiendo que los principios vienen a cristalizar de algún modo las exigencias que emanan de los valores superiores, pero acotados a determinadas áreas. Ahora, los derechos fundamentales vendrían a constituirse como exigencias que emanan de estos valores superiores, que son enriquecidos y especificados a través de los principios. Por ejemplo, un valor superior consagrado por la Constitución es la igualdad, pero éste se encuentra establecido en términos amplios. Por ello de este valor emanan una serie de principios, como el principio de igualdad ante y en la ley, el principio de igualdad ante las cargas públicas, etc. Y, de estos principios se obtienen derechos subjetivos concretos que se encuentran en poder de las personas para exigir su cumplimiento ante los órganos jurisdiccionales concretos.

3.- Breve análisis del artículo 14 de la Constitución española. La igualdad formal.

Sin perjuicio de lo explicado en el Capítulo I de esta investigación a propósito de la igualdad, en este estudio solamente hemos pretendido ofrecer una aproximación general del concepto de igualdad y del derecho a no ser discriminado. En esta parte de nuestro trabajo se ofrece una breve relación de los principales aspectos que deben ser considerados para entender la forma como se configura la igualdad en la Constitución española, para recién, a partir de ahí entrar directamente a la reflexión central de este Capítulo, a saber: la protección constitucional de la igualdad y contra la discriminación por orientación sexual en la Constitución española.

Tal como sostiene PÉREZ ROYO⁴³, el artículo 14 proclama la igualdad en cuanto tal. Esta igualdad del artículo 14 no es un valor superior como aparece en el artículo 1.1, ni un mandato a los poderes públicos, tal como se desprende del 9.2, ni es la igualdad en relaciones jurídicas particulares, como puede ser la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2, o la igualdad tributaria del artículo 31.1, o la del hombre y la mujer al contraer matrimonio del artículo 32 o la de los hijos... con independencia de su filiación del artículo 39.2. Entonces, es válida la pregunta ¿Qué es lo que ha podido querer decir el constituyente con la proclamación de la igualdad de esta manera? ¿Qué es lo que

⁴³ PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 274.

puede haber entendido por igualdad? ¿Puede ser considerada un derecho fundamental? ¿Puede existir un derecho a la igualdad?

Me parece interesante la explicación ofrecida por PÉREZ ROYO para dar cuenta del contenido y alcance de la expresión igualdad ante la ley. En efecto, para este autor, “la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia. No que todos los individuos sean iguales, sino que cada uno tenga derecho a ser diferente. Aquí es donde está el secreto de la proclamación constitucional de la igualdad. Si esto no se entiende, no se entiende nada. Ni de la igualdad ni de los derechos fundamentales”⁴⁴.

En este sentido, me parece ilustrativo el planteamiento de PÉREZ ROYO cuando sostiene que “el Derecho ha sido inventado por los seres humanos para hacer valer la diferencia individual. No para que todos seamos iguales, sino para que cada uno tenga derecho a ser diferente”⁴⁵.

Pues bien, dentro de este hilo conductor, la igualdad que consagra la Constitución no exige la absoluta igualdad legislativa sino una neutralidad en la producción de las leyes. Esto es, cuando el legislador regula la convivencia social no puede tomar partido por ninguna persona o grupo. Esto nos lleva a concluir que la igualdad no impide las diferencias, sino las diferencias arbitrarias, de “ahí que el contenido de la igualdad no sea otro que la prohibición de la discriminación”⁴⁶.

En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional Español reafirma estas ideas. De esta forma, el Tribunal Constitucional ha venido distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del artículo 14 de la Constitución, que contiene un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y una segunda faz “que prohíbe la práctica de

⁴⁴ PÉREZ ROYO, Javier: Ob. Cit., pp. 276-277.

⁴⁵ PÉREZ ROYO, Javier: Ob. Cit., p. 278.

⁴⁶ PÉREZ ROYO Javier: Ob. Cit., p. 293.

comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado⁴⁷.

Algunos de los autores que han estudiado el contenido y alcance del artículo 14 han planteado que esta norma constitucional no es del todo clara. De hecho, las reflexiones de PÉREZ ROYO son una muestra de ello. Sin embargo, frente a esta escasa claridad, de todas maneras hay un cierto consenso respecto de las características generales del artículo 14. DIEZ –PICAZO⁴⁸, enuncia las siguientes:

1.- La igualdad ante la ley consiste en un deber de igualdad de trato en la esfera jurídica.

2.- Aunque el artículo 14 no lo diga expresamente, abarca tanto la igualdad en la aplicación de la ley como la igualdad en el contenido de la ley.

3.- El ambiguo inciso final, que se refiere a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, no puede ser entendido literalmente porque, dado que para elaborar normas hay que hacer distinciones, ello conduciría a la imposibilidad misma de legislar.

4.- De aquí que el elemento clave para la interpretación del artículo 14 sea, probablemente, la utilización del término discriminación.

Recordemos que la norma que estamos analizando señala: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Un alcance importante: la expresión ley debe ser entendida en su sentido amplio. Es decir, la Carta Fundamental en su artículo 14 no sólo se está refiriendo a aquella norma jurídica, general y abstracta emanada del legislativo, sino a cualquier norma jurídica. Y no

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (Sala Primera). *Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008*. Fundamento jurídico Nº 4.

⁴⁸ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Aranzadi, 2005, p. 195.

podría ser de otra forma. No tendría mayor sentido que el mandato constitucional alcanzara únicamente al legislador, dejando impune los actos discriminatorios de los otros órganos del Estado. En otras palabras, “el límite al ejercicio de la potestad normativa se despliega, por otra parte, en relación con todos aquellos poderes, estatales o sociales, a los que les está reconocida la facultad de crear normas”⁴⁹. La sentencia 31/84 del TCE de siete de marzo de 1984 sostuvo que el principio de igualdad ante la ley irradia incluso a un acto privado, como lo es un convenio colectivo.

4.- La igualdad material en la Constitución.

El artículo 9.2 de la Constitución prescribe: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

En esta norma constitucional se funda la doctrina de la igualdad material en el derecho español. Para el constituyente de 1978 no es suficiente sólo con consagrar la igualdad ante la ley, además se requiere que existan las condiciones necesarias, especialmente las condiciones materiales, para que las personas puedan desarrollarse en toda su plenitud.

El mandato constitucional está dirigido a todos los poderes públicos, especialmente el Gobierno y al Parlamento; estos órganos son los principales llamados a esta función, sin perjuicio desde luego de la labor que corresponda a las autoridades autonómicas y locales.

Los poderes públicos, en este orden de cosas, deben cumplir con los siguientes deberes:

1.- Un deber de promoción. El Diccionario de la RAE ofrece dos acepciones de “promover” idóneas para explicar esta norma. En la acepción primera habla de “iniciar o

⁴⁹ RODRÍGUEZ –PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: Ob. Cit., p. 40.

impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro” y en la tercera, de “tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”.

2.- Un deber de remoción. De acuerdo al Diccionario de la RAE, remoción es la *“acción y efecto de remover”* y remover en sus acepciones pertinentes se relaciona con la acción de *“mover algo, agitándolo o dándole vueltas, generalmente para que sus distintos elementos se mezclen”* o bien *“quitar, apartar u obviar un inconveniente”*.

3.- Un deber de facilitación. Por su parte, según el mismo Diccionario recién referido, facilitación es la *“acción de facilitar algo”* y facilitar implica *“hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”*.

CAPÍTULO II

ASPECTOS NORMATIVOS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR MOTIVO DE ORIENTACIÓN SEXUAL.

Introducción

El Reino de España en las últimas décadas se ha caracterizado por ir paulatinamente incorporando a su ordenamiento jurídico diversas normas tendentes a asegurar el respeto a los derechos de las personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales. Esta actividad normativa interna de España resulta del todo concordante con las disposiciones emanadas del Consejo de Europa, especialmente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y con el derecho comunitario emanado de la Unión Europea.

Desde mi particular perspectiva, especialmente como ciudadana latinoamericana, me llama poderosamente la atención el importante desarrollo que ha experimentado la sociedad española en relación con el respeto por los derechos de las personas, especialmente de aquellas adscritas a grupos tradicionalmente vulnerables. En especial, considero muy significativos los avances, en materia de protección a los derechos civiles de las personas pertenecientes a los grupos LGTB, del Estado español.

PLATERO MÉNDEZ⁵⁰ señala que en el caso español se pasa de una dictadura que castiga y persigue la homosexualidad, cuyo corolario fue la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del año 1970⁵¹, a una democracia que consagra la igualdad ante la ley a nivel constitucional y legal. En otras palabras, y en comparación al estado de las personas que tienen una orientación sexual distinta en la época de la dictadura, España en la actualidad se muestra como una sociedad mucho más tolerante, con una normativa que es reflejo de esta nueva actitud.

⁵⁰ PLATERO MÉNDEZ, Raquel: “La discriminación por orientación sexual e identidad de género”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique, FIGUEREO BURRIEZA, Ángela y NUÑO GÓMEZ, Laura (Dir.) *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*. Madrid: Iustel, 2009, p. 169.

⁵¹ Ley 16/1970, de 4 de agosto, *sobre peligrosidad y rehabilitación social*, publicada en el BOE N° 187 de 6 de agosto de 1970. El artículo 2° de esta Ley dispone que “Será declarados en estado peligroso y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación quienes: a) Resulten probadamente incluidos en algunos de los supuestos de este artículo y, b) Se aprecie en ellos una peligrosidad social. Son supuestos del estado peligroso los siguientes: Tercer. Los que realicen actos de homosexualidad”.

De esta forma, muchas cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales de las personas, especialmente de las minorías sexuales, han experimentado una profunda transformación en las últimas décadas de la historia española, cambios marcados por el retorno a la democracia y la entrada en vigencia de la Constitución de 1978. La dictadura de Franco hizo de las diferencias hombre/mujer, heterosexual/homosexual uno de los ejes centrales de su programa ideológico y político, en donde la situación de las mujeres y de las minorías sexuales resultó dramáticamente desmejorada. Pero, “la democracia dio lugar al comienzo de la igualdad formal que eliminó los vestigios de la legislación discriminatoria y adoptó nuevas demandas sociales inspiradas por los movimientos incipientes de homosexuales y feministas”⁵².

En las páginas destinadas al presente Capítulo reflexionaremos brevemente sobre la protección constitucional del derecho a no ser discriminado por orientación sexual y su posterior desarrollo normativo a nivel estatal con el objetivo de determinar si en el derecho español se encuentra realmente protegido el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual.

I.- La protección del derecho a no ser discriminado por orientación sexual en la Constitución española de 1978 y su aplicación por el Tribunal Constitucional.

En España no existe a nivel constitucional un reconocimiento expreso del derecho a no ser discriminado por orientación sexual como derecho autónomo. Sin embargo, y tal como pretendo demostrar, éste se puede deducir de la interpretación que se haga de las normas constitucionales existentes.

En primer lugar, el artículo 1.1 de la Constitución proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico español. Si bien es cierto que en este precepto la igualdad se formula en términos muy genéricos, su fuerza vinculante afecta al resto de normas jurídicas.

Por otro lado, la norma contenida en el artículo 1.1 CE, debe ser complementada con la disposición del artículo 14 del mismo texto constitucional, donde se consagra la

⁵² PLATERO MÉNDEZ, Raquel: “Transexualidad y agenda política: Una historia de (dis) continuidades y patologización”, *Política y Sociedad*, 2009, Vol. 46, Nº 1-2, p. 110.

igualdad ante la ley y la interdicción de la discriminación. Recordemos que en ella se señala que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En opinión de un importante sector de la doctrina la orientación sexual debe considerarse como una de las causales de discriminación prohibidas por la Constitución en el artículo 14. La aclaración es importante pues el artículo 14 no menciona la orientación sexual “puesto que no es lo mismo discriminar por sexo, cuya expresión más correcta sería por género, que hacerlo por orientación sexual”⁵³.

De esta manera, la orientación sexual debería quedar incluida dentro de la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal”. Una interpretación sistemática y finalista de estas normas constitucionales nos conducen a la idea de que al menos a nivel constitucional sí se deduce el derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual.

Este planteamiento encuentra también su fundamento en la jurisprudencia constitucional española. En efecto, el propio Tribunal Constitucional, desde sus primeros años de funcionamiento, ha defendido una interpretación abierta de la fórmula cualquier otra condición o circunstancia personal, la que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado⁵⁴.

En fechas más cercanas, de nuevo el Tribunal Constitucional sostuvo que si bien la orientación homosexual no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 de la Constitución como unas de las causales de discriminación, resulta indubitable que ella queda incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁵⁵.

⁵³ MARTÍN SÁNCHEZ, María: *Inclusión de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el art. 14 C.E., en adecuación a la Constitución Europea*. Toledo, Universidad Castilla-La Mancha, Seminario de Profesores de Derecho Constitucional: La Reforma Constitucional, 18 de junio 2004. Disponible en: http://www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma_constitucional/ponencias/maria.pdf.

⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (Pleno). *Sentencia 75/1983*, de 3 de agosto de 1983. Fundamento jurídico Nº 3.

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (Sala Segunda). *Sentencia 41/2006*, de 13 de febrero de 2006. Fundamento jurídico Nº 3.

En este caso en particular, el órgano sentenciador expuso una doctrina contundente e importante, pues entendió que las discriminaciones por causa de orientación sexual producidas en el ámbito de las relaciones laborales “constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución”⁵⁶.

Reforzando las ideas anteriores, el TCE recientemente ha sostenido que no hay motivo alguno que permita concluir que se excluye de la protección constitucional del inciso segundo del artículo 14 de la Constitución a una persona transexual, pues no hay ninguna razón para concluir que la condición de transexualidad no quede incluida en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Sostiene el TCE que a esta conclusión se arriba, “por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 de la Constitución española el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 de la Constitución, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14”⁵⁷.

Como se desprende de estas tres sentencias del TCE, a mi juicio bastante representativas de su línea jurisprudencial, las causas de discriminación contempladas en el artículo 14 del texto constitucional no constituyen un *numerus clausus*, sino que son meramente enunciativas, y si bien no se menciona como motivo de discriminación la orientación sexual de la persona, ella de todas formas queda incluida en la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Son varios los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse con relación a posibles vulneraciones de derechos fundamentales por motivos de orientación sexual. El primer asunto se planteó en 1984, cuando el TCE fue llamado a

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (Sala Primera). *Sentencia 176/2008*, de 22 de diciembre de 2008. Fundamento Jurídico Nº 4.

resolver un recurso de amparo presentado por dos militares contra una sentencia que los condenaba por haber cometido un delito contra el honor militar. Aunque el TCE no admitió a trámite el recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa, aprovechó la oportunidad para pronunciarse sobre el fondo de la cuestión⁵⁸.

Al respecto el TCE entendía que además de la causal de inadmisibilidad ya señalada, también en la especie concurría otra, a saber, la falta de contenido constitucional que justificase una decisión sobre el fondo del asunto. De esta manera se sostiene que en este asunto “claramente se percibe que la indicada alegación para fundar la desigualdad discriminatoria, no compara en abstracto situaciones iguales, pues los actos deshonestos tipificados, realizados entre individuos del propio sexo, han de referirse como parece obligado a las relaciones homosexuales, que tanto por los sujetos que las cometen, como por su mismo contenido y finalidad no son asimilables ni comparables con las relaciones heterosexuales entre personas de sexo distinto, por lo que en la prohibición de aquéllas y la permisión de éstas tiene razonable y bastante fundamento que no se puede desconocer, no siendo posible establecer entre estas situaciones una equiparación o similitud dentro de la que opere el artículo 14 de la CE”.

En opinión de TODA CASTÁN el razonamiento que realiza el TCE desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional se encuentra insuficientemente justificado, porque el sentenciador solamente se limita a constatar que las relaciones heterosexuales y homosexuales son diferentes, pero no explica en qué consisten esas diferencias ni menos por qué ellas son lo suficientemente relevantes para fundamentar una distinción legal. De esta manera, sostiene el autor, “para aceptar que una ley establece una distinción legítima sobre la base de una diferencia objetiva, hay que poder decir en primer lugar en qué consiste esa diferencia” y “una resolución del Tribunal Constitucional que legitima el establecimiento de distinciones legales tiene que ser capaz de explicar las razones por las cuales esa diferenciación se entiende legítima, y en qué consiste la diferencia objetiva que le sirve de base”⁵⁹. Pero además, “una resolución de esta naturaleza también tiene que ser

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (Sección Segunda). *Auto 446/1984*, de 11 de julio de 1984.

⁵⁹ TODA CASTÁN, Daniel: “Un repaso de las resoluciones del Tribunal Constitucional referentes a la homosexualidad”, *Analistas de Doctrina Constitucional*, publicado el 12 de noviembre de 2010. Disponible en <http://analistasdoctrinatc.blogspot.com/2010/05/hoy-17-de-mayo-se-celebra-el-dia.html>.

capaz de decir por qué esa diferencia resulta relevante para establecer una distinción legal”⁶⁰.

Posteriormente, en el año 1994, el TCE vuelve a pronunciarse sobre un asunto de homosexualidad⁶¹. Este caso tiene lugar a propósito de la decisión administrativa de la Seguridad Social en orden a denegar una pensión de viudedad a un hombre que mantuvo una relación afectiva, estable y de convivencia con otro hombre durante varios años, hasta que éste murió. El fundamento de la decisión fue la ausencia de vínculo matrimonial, ya que por aquel entonces era necesario haber estado casado con el causante para tener derecho a la pensión de viudedad. Esto se refería tanto a parejas homosexuales como a parejas heterosexuales. El recurrente alegó una vulneración del principio de igualdad, pues la Seguridad Social no tuvo en cuenta que él no se podía haber casado, ya que existía imposibilidad legal para contraer matrimonio con personas del mismo sexo. Entendía que la norma sólo se debía aplicar a quienes, habiendo podido contraer matrimonio, no lo hicieron, pero que no se podía extender a quien tuvo la imposibilidad legal. En el caso de los homosexuales, la norma les cerraba en todo caso el acceso a las pensiones de viudedad, puesto que, si el matrimonio era un requisito, ellos nunca podrían cumplirlo. Por tanto, resultaba discriminatoria.

El TCE al pronunciarse sobre la admisibilidad del amparo, sostuvo que el problema no es que la normativa de Seguridad Social discrimine por razón del estado civil, sino que los homosexuales se encuentren en una situación de desigualdad de trato por no poder nunca cumplir el requisito que exige esa norma. Pero a pesar de ello, de todas maneras la resolución del órgano jurisdiccional no resulta favorable para el reclamante.

El TCE parte de la base que la normativa de la Seguridad Social ya fue objeto de un escrutinio de constitucionalidad y se ha concluido que constitucionalmente no hay obstáculo para que la pensión de viudedad sólo se conceda si hubo matrimonio; entre otras cosas, porque las parejas heterosexuales tienen la posibilidad de casarse y acceder así a las pensiones de viudedad. Según el auto, “no debe haber impedimento alguno” para hacer extensible este pronunciamiento a las parejas homosexuales. Y la razón principal para ello es que la unión entre personas del mismo sexo, al igual que la unión de hecho, no es una

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. (Sección Primera). *Auto 222/1994*, de 11 de julio de 1994.

institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, al contrario de lo que sucede con el matrimonio heterosexual de acuerdo con el artículo 32.1 CE.

Según TODA CASTÁN⁶², comentando esta sentencia, se llega a la conclusión que el auto excede el objeto del recurso al pronunciarse así. En este auto hay una determinada interpretación del artículo 32.1 CE, norma que ni había sido invocada por el recurrente, ni es relevante para resolver el asunto. El recurrente no pretendía que el artículo 32.1 CE fuese discriminatorio. Él sencillamente constató en su demanda la imposibilidad legal de las parejas homosexuales de contraer matrimonio, y en ningún momento adujo que esta imposibilidad fuese discriminatoria. Es decir, que no cuestionó constitucionalmente el hecho de que las parejas homosexuales no se pudiesen casar. Lo que el recurrente denunciaba era que, siendo imposible para las parejas homosexuales casarse, se les aplicara la misma exclusión de las pensiones de viudedad que a las parejas heterosexuales, que sí tenían la opción de haberse casado. El recurrente se quejaba de que la aplicación hecha de la normativa de la Seguridad Social vulneraba su derecho a la igualdad, y para examinar si esto era así, no era necesario interpretar el artículo 32 a mi entender. Simplemente era necesario comprobar si, teniendo en cuenta la imposibilidad legal de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio, resultaba o no discriminatorio que se les negase la pensión de viudedad al igual que a las parejas heterosexuales que sí se podían haber casado. Un resultado posible habría podido ser el siguiente: si la normativa de la Seguridad Social excluye de la pensión de viudedad a todas las parejas no casadas, entonces tenemos que excluye al 100% de las parejas homosexuales, mientras que no excluye al 100% de las heterosexuales, sino a muchas menos. Aplicar por tanto esa normativa sin tener en cuenta la imposibilidad de las parejas homosexuales podría entenderse como una discriminación indirecta basada en la orientación sexual. Este razonamiento y otros posibles, no habrían supuesto un cuestionamiento ni de la normativa de la Seguridad Social tal y como estaba, ni del artículo 32 CE.

⁶² TODA CASTÁN, Daniel: Ob.Cit.

Por último cierro este repaso con una sentencia del año 2009⁶³, donde el TCE se pronunció respecto al empleo de la palabra “mariquita” en referencia a un hombre homosexual. De esta forma la Sala Primera estimó que el empleo del término "mariquita" para referirse a la orientación sexual y los calificativos que se emplean, son despectivos respecto de su orientación sexual e innecesarios para el objetivo informativo que se perseguía, tratándose de meras descalificaciones personales que repercuten sobre su consideración o dignidad individual, por lo que no quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión.

Considero, tras este breve repaso de la jurisprudencia emanada del TCE, que sus fallos de alguna manera reflejan la forma como ha ido evolucionando la sociedad española y el propio Estado. El último fallo aludido es plenamente concordante con los avances legislativos experimentados por España en los últimos años.

II.- El derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual en la legislación española estatal.

Antes de comenzar con el desarrollo de esta parte de la investigación, quiero señalar que solamente trataré la normativa antidiscriminatoria de ámbito nacional. Dada la complejidad del tema que nos ocupa, el análisis de la legislación autonómica sería inabarcable y excedería con mucho los límites de un trabajo de estas características⁶⁴.

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. (Primera Sala) *Sentencia 77/2009*, de 23 de marzo de 2009. Fundamento jurídico Nº 3.

⁶⁴ Algunas comunidades autónomas han aprobado sus propias leyes reguladoras de las parejas de hecho, con lo que se verifica una importante contribución al respeto de los derechos de las personas LGTB. En la Comunidad Autónoma de Navarra se encuentra vigente la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, publicada en el BOE Nº 307, de 22 de diciembre de 2009. Por otro lado, en la actualidad el Departamento Vasco de Empleo y Asuntos sociales trabaja en la elaboración de la Ley de Atención Integral a las Personas Transexuales. El objeto de la futura ley es "garantizar el derecho de las personas transexuales a recibir, de las Administraciones Públicas Vascas, una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía". Junto a la ley foral navarra, esta sería la segunda ley autonómica, que busca desarrollar, complementar y ampliar los avances que se han producido con la legislación estatal. www.elmundo.es, edición *on line* de 28 de junio de 2011.

Expondré, en primer lugar, la legislación estatal antidiscriminatoria de carácter general, para centrarme a continuación en el análisis de la normativa específica y su desarrollo histórico.

1.- Legislación estatal antidiscriminatoria de carácter general. Breve referencia a la Ley 3/2007⁶⁵, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y al Proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Quisiera comenzar este análisis con una referencia a la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Es así como, en relación con esta Ley, es necesario advertir que la razón de ser de la misma es bien concreta, a saber, el logro de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. La norma, determinando el objeto de la ley, señala: “Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”.

Pues bien, la lectura de la citada Ley nos lleva a concluir que en ella se contiene un estatuto especial tendente a materializar el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente mediante la eliminación de los actos de discriminación en contra de la mujer. Aunque esta Ley no fue creada para hacer frente a las discriminaciones por razón de orientación sexual, sin embargo, considero que esta norma hace suyos una serie de principios antidiscriminatorios que son perfectamente aplicables a las discriminaciones efectuadas en contra de personas que tengan una orientación sexual determinada. Y en este sentido, estos principios pueden ser aplicados en virtud de una interpretación analógica y tomados en cuenta a la hora de fallar un caso de discriminación de esta naturaleza.

⁶⁵ BOE Nº 71, de 23 de marzo de 2007.

Por lo pronto, esta ley viene a reforzar la idea de que para hacer frente a las desigualdades de hecho respecto de mujeres y hombres “ya no es suficiente aplicar el principio de igualdad formal sino que hay que dar un paso que va más allá, que implica establecer un trato más diferente y más favorable para algunos grupos o sectores con el fin de igualar verdaderamente”⁶⁶. De esta manera, “en las legislaciones de múltiples países se han formulado acciones positivas que no son otra cosa que diferenciaciones a favor de la igualdad. Se han establecido en las últimas décadas como derechos preferentes para colectivos desaventajados, destacando especialmente las medidas adoptadas en el Derecho estadounidense a favor de las minorías raciales y en el ámbito comunitario en beneficio de la igualdad de género”⁶⁷. Esta misma idea, que pretende concretar el legislador español, mediante la superación de la mera igualdad formal es plenamente aplicable a las personas incluidas dentro de los grupos LGTB.

En estricta relación con lo anterior, conviene hacer una breve referencia al Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, presentado por el Gobierno socialista en la IX Legislatura, y que debido a la disolución anticipada de la Cortes Generales no concluyó su tramitación parlamentaria⁶⁸.

En la declaración de principios de este Proyecto se señalaba que los principios inspiradores de la Ley eran en primer lugar lograr el establecimiento de un marco legal adecuado para prevenir, atender y eliminar cualquier forma de discriminación, además

⁶⁶ BUSTOS BOTTAI, Rodrigo: “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2007, N° 6, p. 132.

⁶⁷ Ídem, p. 132.

⁶⁸ Este Proyecto de Ley suscitó muchas críticas y la desconfianza de algunos sectores sociales quienes sentían el temor de que al establecer una concepción tan expansiva del derecho a la igualdad, esta futura ley terminase lesionando otros derechos fundamentales. Así por ejemplo SOLER, Juan Carlos: *La ley de igualdad de trato puede lesionar otros derechos fundamentales*. Diario ABC, edición 7/3/2011, se pronunció en los siguientes términos: “La libertad ideológica y religiosa, la libertad de información y de expresión, el derecho de asociación y la libertad de enseñanza quedan relegados pues la norma tiene una concepción expansiva del derecho a la igualdad”. En otras palabras, los reparos pueden provenir especialmente porque los derechos contenidos en esta legislación antidiscriminatoria afectarían principalmente los derechos de libertad y la autonomía privada. En esta misma línea, “las organizaciones patronales y de titulares del sector educativo privado y concertado, CECE, Escuelas Católicas y UECOE, las confederaciones de padres CONCAPA y COFAPA y los sindicatos FSIE Y USO, rechazan el anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato y no Discriminación por considerar que se trata de una pretensión ideológica que vulnera la normativa existente y no se ajusta a las directivas comunitarias. Además, denuncian la arbitrariedad e inseguridad jurídica de dicho anteproyecto y alertan de las enormes dificultades que puede añadir a la tarea docente”. Federación de Sindicatos Independientes de Enseñanza, 22/3/2011. Disponible en <http://89.140.128.194/>.

de lograr impulsar la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, procurando la coordinación entre las diferentes Administraciones públicas y la colaboración entre éstas y los actores sociales, con el objeto de fortalecer la responsabilidad social frente a estos compromisos de igualdad.

De la lectura de este proyecto se desprende que la ley persigue objetivos de prevención, erradicación y protección procurando combinar un enfoque preventivo con uno reparador. “Para ello, el texto articulado se caracteriza por tres notas: es una ley de garantías, una ley general y una ley integral”.

Con relación a la discriminación por orientación sexual, el Proyecto en el artículo 2.1 señalaba que “nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

La protección de la Ley se extiende a todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social. Pero en especial persigue la protección en las siguientes esferas, que se estiman particularmente sensibles:

1.-Empleo y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.

2.-Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público.

3.-Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.

4-Educación.

5.-Sanidad.

6.-Prestaciones y servicios sociales.

7.-Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda.

Como se puede apreciar en este Proyecto se establecía un espectro de aplicación bastante amplio, creando un ámbito específico de aplicación de carácter general, para posteriormente particularizar ciertos contextos sociales donde se constatan con más frecuencia actos de discriminación.

El fallido Proyecto de Ley venía a establecer, según mi entender, un marco legal que iba a reforzar el derecho antidiscriminatorio español, a través de una serie de normas sustantivas y procesales que hubiesen permitido proteger adecuadamente a los ciudadanos frente a actos discriminatorios.

Una cuestión que podría plantearse, quizás en forma de crítica, es si no habría sido más oportuno, así como fue creada una Ley especialmente para hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres, haber reforzado el derecho antidiscriminatorio por medio de normas legales específicamente creadas para cada colectivo en riesgo, con el objeto de potenciar aún más la protección a las personas de dichos grupos.

El Proyecto del Gobierno socialista era un mecanismo jurídico del todo apto para la protección de cualquier forma de discriminación arbitraria, redactado en términos lo suficientemente amplios para cobijar a todas las personas que pudieran ser víctimas de actos de esta naturaleza; protección que por lo demás se encuentra complementada por la normativa internacional sobre derechos humanos, por el texto constitucional y por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales tanto nacionales como del entorno de los distintos estados democráticos.

Por último cabe mencionar que con fecha 27 de mayo del año 2011, el Consejo de Ministros dio, en la pasada Legislatura, un paso más en la lucha contra la discriminación. El entonces Vicepresidente Primero del Gobierno Alfredo Pérez Rubalcaba ha destacado que esta iniciativa "cierra un ciclo de proyectos de ley que han venido aprobándose para estimular la igualdad en España"⁶⁹.

Nuevamente me parece oportuno referirme en términos generales a la protección de los derechos de las personas LGTB en España, e indicar que en su conjunto, el ordenamiento constitucional y legal constituye un marco jurídico que reconoce un importante avance en la lucha por su dignidad, especialmente en comparación con la realidad latinoamericana. Sin embargo, también debo señalar que estos avances deben ser fortalecidos, impidiendo que ellos se transformen en una especie de conformismo que lleve al estancamiento.

⁶⁹ Europapress.es. Disponible en <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-ley-igualdad-trato-eliminara-subvenciones-colegios-segreguen-20110527151632.html>.

Quisiera terminar esta parte del presente Trabajo de Fin de Master, transcribiendo una reflexiones de la profesora PLATERO MÉNDEZ en las que, seguramente, refleja el sentir de muchas de las personas comprometidas en seguir avanzando en el respeto a la dignidad y los derechos de las personas LGTB.

En España, la situación de la minorías sexuales, especialmente el reconocimiento de derechos a su favor, muestran a la sociedad española como una sociedad tolerante y progresista, sin embargo, “en este escenario social tan avanzado, son algunos actores políticos los que obtienen el crédito por estos cambios (principalmente el gobierno socialista y la FELGTB) mientras que otros muestran su rechazo mediante continuas movilizaciones (en especial el Partido Popular y la Iglesia Católica), convirtiéndose la sexualidad en una cuestión de enfrentamiento entre ambos puntos de vista”⁷⁰. Empero, este nuevo contexto puede acarrear algunos problemas, porque si bien es cierto la calidad de vida de las minorías sexuales ha mejorado, este nuevo marco legal podría crear la sensación que el problema está resuelto, pues “los derechos sexuales recientemente adquiridos no cubren todas las necesidades estratégicas, en términos de una profunda modificación de la concepción de sexo y género para todos los ciudadanos”⁷¹.

Estos logros y avances deben ser considerados como un punto de partida para nuevas reivindicaciones “no sólo la despsiquiatrización, sino la construcción de los derechos dentro de un marco diferente: los derechos del mercado laboral”⁷².

2.- Principales aspectos del desarrollo de la legislación antidiscriminatoria específica respecto de las minorías sexuales a partir de la Constitución de 1978.

Si bien la Constitución de 1978 implicó un significativo avance en la igualdad, especialmente respecto al reconocimiento de los derechos de las personas que tienen una orientación sexual diversa a la heterosexual, este no fue automático por el sólo hecho de entrar en vigor la Constitución, fue necesario que las personas pertenecientes al mundo gay

⁷⁰ PLATERO MÉNDEZ, Raquel: *Transexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización*, Ob. Cit., p. 126.

⁷¹ Ídem, p. 126.

⁷² Ídem, p. 126.

siguieran lidiando una fuerte lucha. La película “El diputado”⁷³ estrenada el año 1978 da cuenta en forma muy ilustrativa del difícil escenario de los homosexuales en la sociedad española posfranquista.

ALVENTOSA DEL RÍO⁷⁴ recuerda que el desarrollo de los principios contenidos en la Constitución, teniendo como fundamento básico el principio de igualdad y no discriminación con respecto a las minorías sexuales, se ha producido en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico español.

De esta manera, el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales se ha llevado a cabo a través de dos cauces. Por un lado, por vía judicial, a través de las sentencias que los Tribunales han dictado en la resolución de los diversos casos de discriminación por orientación sexual; y por otro a través de la legislación que tanto el Estado Español como las Comunidades Autónomas han ido produciendo, bien por imperativo de la Constitución, para adaptar las normas de nuestro ordenamiento jurídico al principio de igualdad que establece la misma en el artículo 14 de la Carta Fundamental; bien por influencia de la legislación derivada de los organismos internacionales, para cumplir las disposiciones, especialmente de la Unión Europea, que han emitido en relación al principio de no discriminación de las personas pertenecientes a las minorías sexuales, o bien por la presión que el movimiento asociativo ha ejercido en el Gobierno y en los distintos Parlamentos de España.

En este sentido, varias han sido las leyes de reconocimiento de la igualdad de dichas personas. Unas, reformando las ya existentes, eliminando cualquier rastro de discriminación. Y otras, de reciente factura, reconociendo derechos que no se habían establecido a favor de las personas de orientación sexual diversa a la heterosexual hasta este momento, con la consiguiente adaptación de las normas correlativas.

Entre las principales normas legislativas que se circunscriben dentro de este contexto antidiscriminatorio se encuentran las siguientes:

⁷³ DE LA IGLESIA, Eloy. *El diputado*. España, 1978.

⁷⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: Ob. Cit., pp. 160-163.

a.- Legislación penal y breve referencia a la legislación militar.

En el ámbito penal, es de obligada referencia la Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS) y de su Reglamento, en donde se excluyó a los homosexuales de su aplicación y se suspendieron todas las causas pendientes en contra de estas personas⁷⁵.

Esta norma legal resulta clave en la lucha por el respeto a las personas que pertenecen a las minorías sexuales. En efecto, la LPRS se constituyó en su época en el paradigma de la discriminación por causa de orientación sexual, lo que vino a reformar la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (parcialmente reformada en 1954). Así, “la moral tradicional, de rectos y puros principios, será considerada por la Fiscalía del Tribunal Supremo como uno de los valores espirituales más importantes de la Comunidad Nacional, y las buenas costumbres en el orden sexual formarán parte de un bien ético-jurídico que el Estado franquista se considerará obligado a proteger para evitar la alteración de la opinión razonable de la comunidad sobre las relaciones normales entre personas de distinto sexo. Además, la progresiva pérdida por parte de la Iglesia de su control moral va a contribuir a la necesidad de formalizar legalmente a los individuos con conductas calificadas de inmorales”⁷⁶.

En la práctica, la LPRS como la Ley de Vagos y Maleantes fueron mecanismos esenciales para la represión por el sistema franquista, que “permitieron el encarcelamiento de sujetos cuyo comportamiento no estaba recogido en ningún tipo penal, a la vez que propiciaron la doble (o incluso triple) incriminación de determinados comportamientos, cuyo tratamiento legal no sólo correspondía a la legislación de peligrosidad, sino también al Código Penal o a otros cuerpos de legislación penal específica”⁷⁷.

⁷⁵ BOE Nº 10 de 11 de enero de 1979. La disposición transitoria de esta ley dispuso: “Los procedimientos derivados de los supuestos del artículo segundo y del artículo tercero derogados por la presente ley, que se hallaren en trámite de declaración del estado de peligro, de ejecución de las correspondientes Medidas de Seguridad y Rehabilitación Social, o de la revisión, se cancelaran con carácter definitivo, cesando las medidas de internamiento preventivo y las de seguridad que se hubieren impuesto”.

⁷⁶ MONFERRER TOMÁS, Jordi: “La construcción de la protesta en el movimiento gay español: La Ley de Peligrosidad Social (1970) como factor precipitante de la acción colectiva”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2003, Nº 102, p. 183.

⁷⁷ Ídem, pp. 183-184.

Otra norma penal importante para estos efectos es la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores⁷⁸, que introduce importantes modificaciones al Código Penal.

En efecto, a pesar de la decisión del legislador de modificar la llamada Ley de Peligrosidad, en la década de los ochenta, los diversos tribunales siguieron entendiendo la homosexualidad como algo indeseable e incluso *contra natura*. Este tipo de consideraciones se contenían en diversos procesos iniciados a la luz del artículo 431 del Código Penal que contemplaba el delito de escándalo público.

Con la Ley 5/1988, se deroga la tipificación del delito de escándalo público y se establece una nueva figura donde se sanciona a “el que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales”.

Otra norma que debemos destacar en esta relación es la Ley Orgánica 3/1989⁷⁹, de 21 de junio, de reforma del Código Penal, que modificó el delito de violación y de abusos sexuales, de manera que no se pudieran imputar éstos a las conductas homosexuales que no revestían ningún tipo de delito.

Pero sin lugar a dudas uno de los hitos más trascendentales en esta historia es la reforma del Código penal por Ley Orgánica 10/1995⁸⁰, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la que se va a producir un cambio significativo a favor de las minorías sexuales, pues se introduce el delito de discriminación por orientación sexual expresamente.

Son particularmente importantes las siguientes disposiciones. El artículo 510 CP castiga a “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses” y a los que “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o

⁷⁸ BOE N° 0140, de 11 de junio de 1988.

⁷⁹ BOE N° 0148, de 22 de junio de 1989.

⁸⁰ BOE N° 281, de 24 de noviembre de 1995.

creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

Por otro lado, el artículo 511 CP establece que será responsable penalmente “el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía” y lo mismo “cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”. Ahora, si son funcionarios públicos los que cometieran este tipo de hechos, su calidad de tal será considerada una agravante a su responsabilidad penal.

Finalmente, el artículo 512 CP establece que “los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años”.

Estas normas en la actualidad se encuentran plenamente vigentes y ellas son el corolario de una dura transición desde la persecución penal por parte del Estado al reconocimiento por parte de éste que el respeto a la dignidad de la persona, a su libre desarrollo y a no ser discriminado por ninguna causa, en este caso, en razón a las preferencias sexuales de las personas, es un bien jurídico que merece toda la protección estatal, incluso al precio de tipificar las conductas contrarias como delitos. Sin lugar a dudas, estas normas penales son el reflejo de una sociedad cada vez más tolerante, especialmente en relación con la situación latinoamericana y chilena específicamente.

La despenalización de la homosexualidad es la clave de bóveda en la lucha por los derechos de las personas pertenecientes a los grupos denominados minorías sexuales. En efecto, si un ordenamiento considera que la homosexualidad es un delito, cualquier reivindicación, ya sea en el ámbito civil, de las relaciones familiares o laborales, etc., son

impracticables, pues no se podría validar nunca un estado de cosas generado de una situación antijurídica.

En el ámbito militar, es importante mencionar la Ley Orgánica 13/1985⁸¹, del Código Penal Militar, de 9 de diciembre, en donde se deroga la figura contemplada en el artículo 352, por la cual tipificaba los delitos contra “el honor militar”⁸². Sin embargo, en la Ley Orgánica 12/1985⁸³, de 27 de noviembre, del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se recogieron, como causas de infracción disciplinaria, consideradas como faltas graves, el “mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, buques, bases y demás establecimientos militares cuando atenten contra la dignidad militar”. En estos textos se hace referencia a actos sexuales sin distinguir entre la heterosexualidad y homosexualidad, aunque la ambigüedad de su redacción podía dar lugar a más de algún acto de discriminación.

En la actualidad se encuentra vigente la Ley Orgánica 8/1998⁸⁴, de 2 de diciembre, del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que contempla como falta grave en su artículo 8.24 el “mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar”.

Se puede concluir de la redacción de la norma vigente, que ella es mucho más garantista que la contenida en la Ley 12/1985, pues para que se configure la falta es preciso que concurren copulativamente las siguientes circunstancias: 1) Mantener relaciones sexuales; 2) Que estos actos se realicen durante acuartelamientos, en bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares; 3) Que atendida la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar.

Por lo mismo, para configurar la falta grave no es suficiente la concurrencia de relaciones sexuales dentro del contexto espacial y funcional de las fuerzas armadas, es preciso algo más, es decir, que estas relaciones, sean heterosexuales u homosexuales, atendida la forma y circunstancias en que se lleva a cabo, comprometan la dignidad militar.

⁸¹ BOE Nº 296, de 11 de diciembre de 1985.

⁸² El artículo 352 de dicho Código Penal Militar “castiga al militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo, a la pena de seis meses y un día, a seis años de prisión militar, con la pérdida de la accesoria de separación del servicio”.

⁸³ BOE Nº 0286, de 29 de noviembre de 1995.

⁸⁴ BOE Nº 0289, de 3 de diciembre de 1998.

b.- Legislación civil.

De la misma forma que en el ámbito penal y militar se han verificado importantes avances, en materia civil, área en la que el Derecho español, ha mostrado un significativo avance para la igualdad de las personas gay, lesbianas y transexuales. A continuación plantearemos una breve relación de las principales leyes dictadas dentro de este contexto.

La Ley 13/2005⁸⁵, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, posibilita la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Así, el artículo 44 del Código Civil prescribe en primer lugar que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”, y agrega que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”⁸⁶.

Es tan importante esta Ley, que para algunos la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo ha trascendido las fronteras españolas. En definitiva, “la consecución de dicha ley en España significó que una parte del movimiento LGTB en América Latina cambiara sus reivindicaciones de leyes de uniones de parejas por una ley de matrimonio”⁸⁷.

En la exposición de motivos de la Ley se reconoce el espíritu que la ha inspirado. Así, se reconoce que “la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32,

⁸⁵ BOE Nº 157, de 2 de julio de 2005.

⁸⁶ Mayor información respecto de los distintos antecedentes sociales que influyeron en la dictación de esta ley, pueden encontrarse en: MONTESINOS SÁNCHEZ, María: “Matrimonio y homosexualidad”, *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, 2006, Nº 8, pp. 159-180.

⁸⁷ BEATRIZ GIMENO, Violeta: “La institución matrimonial después del matrimonio homosexual”, *Revista de Ciencias Sociales*, 2009, Nº 35, p. 20.

y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja”⁸⁸.

En consecuencia, a través de esta norma, el Estado español ha recogido un hecho social evidente, cual es que la inevitable e inexorable evolución de la sociedad en cuanto a la forma de conformarse los modelos de convivencia. La sociedad española actual es una sociedad mucho más pluralista, tolerante y dinámica que aquella surgida al amparo del Código Civil de 1889, es así como “la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha ido superando arraigados prejuicios y estigmatizaciones”⁸⁹.

En definitiva, hoy se acepta por un amplio sector de la sociedad que la convivencia en pareja es una importante parte del desarrollo de la personalidad y del pleno despliegue material y espiritual del ser humano, siendo ella una fuente de apoyo emocional y económico.

Pero, además de que esta ley refleja una legítima reivindicación de las personas homosexuales, ella también está llamada a contribuir en forma decisiva a la lucha por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, especialmente en lo que se refiere a la deconstrucción de los estereotipos y paradigmas propios de una sociedad patriarcal.

Concuerdo plenamente con BEATRÍZ GIMENO, cuando sostiene que “la ruptura que supone la homosexualización del matrimonio desmonta la falacia naturalista al visibilizar, de manera evidente, que aquel es una institución política cuyo contenido no está fijado de antemano”⁹⁰. En otras palabras, es el desarrollo propio de la dinámica social la que determina, en cada momento de su evolución, que es el matrimonio. Sin lugar a dudas, este gigante paso ayuda a entender la homosexualidad como una opción válida de vida, tan válida como la heterosexualidad.

Pero no sólo eso, esta ley viene a dejar muy en claro “que el matrimonio, como institución social nada tiene que ver con un credo o una iglesia específica, cada uno de los

⁸⁸ Ley 13/2005, de 1 de julio, *exposición de motivos*.

⁸⁹ BEATRIZ GIMENO, Violeta: Ob. Cit., p. 20.

⁹⁰ Ídem, p. 28.

cuales tendrá sus ritos matrimoniales y especificidades propias, que nada tienen que ver con lo que la sociedad civil toda decida respecto del matrimonio”⁹¹.

En efecto, uno de los grandes méritos de este nuevo orden de cosas es dar un certero golpe al significado histórico del matrimonio tradicional, lo que necesariamente debe influir la imposición de roles y de la división sexual del trabajo. Tal como lo indica BEATRÍZ GIMENO una serie de preguntas tradicionales van perdiendo razón de ser, así por ejemplo, a las interrogantes de ¿quién hace de hombre o de mujer?, ¿a quién hace la compra, quién limpia, cuida a los niños, a los enfermos, dependientes, quien gana el dinero?, la respuesta será cualquiera, el que pueda, el que tenga tiempo, etc. Entonces, “la distribución de papeles, roles y trabajos pasa a ser no función del sexo, sino de los gustos y capacidades, y no sólo de una manera real, sino también en el imaginario colectivo. Por primera vez en la historia, en lo que hace al imaginario, el matrimonio empieza a ser un contrato entre iguales”⁹².

Ahora bien, a pesar del avance que esta legislación ha significado, de todas formas parte de la doctrina plantea que ella no es sino el principio, pues aún siguen existiendo situaciones discriminatorias. Algunas de ellas son⁹³:

1) La ley no modificó los artículos que se refieren a la filiación de los hijos e hijas (Art. 116, 117 y 118). Si un bebé nace en el seno de un matrimonio heterosexual, automáticamente se reconoce la paternidad del cónyuge de la madre. Si nace en el seno de un matrimonio homosexual, no se reconoce la relación de maternidad del cónyuge de la madre, sino que la otra madre se verá obligada a adoptar al bebé. Estos casos se han producido en matrimonios entre mujeres que se encuentran con dos libros de familia en sus manos: uno para el matrimonio entre las dos mujeres y otro para la madre biológica y el bebé. La integración de ambos libros de familia sólo procede cuando la madre que no ha parido adopta al hijo o hija de su esposa.

2) El matrimonio homosexual no iguala los derechos de las parejas heterosexuales y homosexuales, ya que no es ésta la única ley que tiene que ver con el derecho de familia. Las parejas heterosexuales pueden adoptar conjuntamente un hijo sin tener que casarse o

⁹¹ Ídem, p. 28.

⁹² Ídem, p. 29.

⁹³ PICHARDO GALÁN, José Ignacio: “(Homo) sexualidad y familia: cambios y continuidades al inicio del tercer milenio”, *Política y Sociedad*, 2009, Vol. 46, N° 1-2, p. 157.

registrarse como pareja de hecho por la Ley de Adopción de 1987⁹⁴. Las parejas homosexuales tendrán que casarse si quieren adoptar conjuntamente o –si viven en Navarra, País Vasco, Aragón o Cataluña– inscribirse como pareja de hecho. En consecuencia, si las parejas homosexuales para acceder a la filiación conjunta necesariamente deben casarse, el Estado se encontrará en condiciones de ejercer un control sobre éstas, control que las parejas heterosexuales pueden eludir si lo desean, lo que conlleva un trato discriminatorio.

3) Mientras que una mujer puede inseminarse con semen de un banco y obtener el reconocimiento legal de paternidad directamente para su pareja varón (que obviamente no es el padre biológico) aunque no esté casada con él, una mujer lesbiana no podía hacer lo mismo con su pareja mujer. En la actualidad esta crítica debe ser atenuada, pues en 2007 se introdujo una disposición adicional en la Ley 3/2007, de 15 marzo, Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas⁹⁵, conocida popularmente como “*Ley de Identidad de Género*”, que permite que los bebés nacidos mediante técnicas de reproducción asistida de una mujer casada con otra mujer sean reconocidos legalmente como hijos o hijas de la madre no biológica, siempre que ésta muestre previamente al nacimiento su consentimiento de que sea así⁹⁶.

Con este cambio legislativo se soluciona la filiación conjunta para los menores nacidos en parejas de mujeres casadas y que han sido concebidos mediante técnicas de reproducción asistida en clínicas, pero no para aquellos que sean concebidos por otras vías en el interior del matrimonio, ni para los hijos e hijas de aquellas parejas de mujeres que opten por no casarse o registrarse como pareja de hecho.

⁹⁴ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, publicada en el BOE N° 275, de 17 de noviembre de 1987.

⁹⁵ BOE N° 65, de 16 de marzo de 2007. Esta Ley permite en definitiva la admisión en el ámbito jurídico del cambio de sexo, por lo que reconoce el derecho a la identidad sexual de las personas transexuales.

⁹⁶ Ley 3/2007, de 15 de marzo. Disposición Adicional Primera. Esta Disposición añade un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que queda redactado como sigue: “Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”

Pero además, queda fuera del ámbito de aplicación de esta ley el matrimonio homosexual, de un hombre con otro hombre, “ya que aquella se centra únicamente en la mujer como receptora de los gametos y de los preembriones”⁹⁷.

Desde luego que esta decisión legislativa no ha estado exenta de polémicas. Es así como, por ejemplo se ha dicho que la posibilidad que la cónyuge decida que se determine la filiación del nacido a su favor, es algo que resulta contradictorio con el ligamen de la maternidad con el parto y con el valor que se le atribuye al consentimiento en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, la que señala que para que se produzcan efectos sobre la filiación éste debe referirse a la práctica de una específica técnica de reproducción asistida, sin perjuicio de “la contradicción con la verdad biológica, principio rector de la regulación del Código. En realidad, la introducción en nuestro Derecho de la *doble maternidad* por naturaleza, contraria a su unidad natural y a toda la regulación del Código sobre la filiación es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica...”⁹⁸.

O en otros términos, también se ha sostenido que la atribución de una filiación homosexual a un recién nacido es apostar por aceptar una discriminación inconstitucional, ya por irreal (se podría decir, de acuerdo a este discurso) como por establecer una diferencia con la mayor parte de los miembros de la sociedad. Se dijo en su momento que “esta atribución constituye una discriminación constitucionalmente intolerable”⁹⁹ ha dicho algún autor. Este argumento se construye a partir del artículo 14 de la Constitución que prescribe la discriminación por razón del nacimiento y también de él se desprende que no es tolerable que el comportamiento de los padres estigmatice a los hijos nacidos fuera del matrimonio “impide que repercuta en el nacido la peculiar manera de entender la sexualidad por dos personas que, sólo en parte, son sus progenitores”¹⁰⁰.

⁹⁷ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Universidad Carlos III de Madrid, enero 2007. Disponible en http://www.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/4_4_2007.pdf.

⁹⁸ BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, 2010, Nº 8, p. 30.

⁹⁹ ARECHERREDA ARANZADI, Luis: “El derecho del nacido a la verdad biológica”, *Centro de Documentación Bioética*, Departamento de Humanidades Biomédicas, Facultades de Medicina, Ciencia y Farmacia, Universidad de Navarra. Disponible en <http://www.unav.es/cdb/underechoverdad.html>.

¹⁰⁰ Ídem.

En la actualidad se encuentra pendiente de solución un caso de muy interesante análisis y que se relaciona justamente con la aplicación de la Ley 14/2006. Atendida la importancia de este caso, he decidido dedicar un apartado especial al tema de la maternidad subrogada al final de esta sección.

c.- Legislación laboral.

En el ámbito laboral, hay que referirse principalmente a la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 62/2003¹⁰¹, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras, que estableció el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de su orientación sexual, con todas las consecuencias que de ello se deriva también en el ámbito de la Seguridad Social.

El denominado Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 4 que consagra una serie de derechos laborales, se establece que entre otros, en sus relaciones laborales los trabajadores tienen derecho “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”.

La tutela normativa antidiscriminatoria por razón de la orientación sexual del trabajador se manifiesta en dos momentos. En primer lugar, ellos no pueden ser discriminados para el empleo, es decir, la decisión final para contratar a una persona no debe pasar por algunos de los criterios que la ley reconoce como discriminatorios; y, en segundo lugar esta tutela se hace efectiva dentro de la misma relación laboral.

En el mismo cuerpo normativo, pero esta vez a propósito de la regulación del contrato de trabajo, en la Sección 2ª, de los derechos y deberes derivados del contrato, el artículo 17, titulado “no discriminación en las relaciones laborales”, dispone la nulidad de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así

¹⁰¹ BOE N° 313, de 31 de diciembre de 2003.

como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables, entre otras categorías sospechosas, por la orientación o condición sexual.

Del mismo modo, la norma señala que “serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

d.- Otras normas de interés.

Por otra parte, La Ley 5/1984¹⁰², de 26 de marzo, Reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, reconoce la posibilidad de conceder la condición legal de refugiado a quienes sean perseguidos en sus lugares de origen por su pertenencia a un grupo social determinado por lo que técnicamente es posible, existiendo ya algunos casos, reconocer a un hombre o mujer homosexual su condición de perseguido y, por tanto, de refugiado.

Por su parte, las sucesivas reformas del sistema educativo, por Ley Orgánica 1/1990¹⁰³, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, por Ley Orgánica 10/2002¹⁰⁴, de 23 diciembre 2002, de calidad de la educación y finalmente por Ley Orgánica 2/2006¹⁰⁵, de 3 de mayo, de educación, se fundamentan en los valores constitucionales, declarándose en el artículo 1 de esta última que, entre otras, una de las finalidades del sistema educativo es “la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación”. Por lo que hay que entender erradicado del sistema educativo cualquier tipo de discriminación, incluidas las relativas a la orientación sexual e identidad de género.

¹⁰² BOE N° 74, de 27 de marzo de 1984.

¹⁰³ BOE N° 238, de 4 de octubre de 1990.

¹⁰⁴ BOE N° 307, de 24 de diciembre de 2002.

¹⁰⁵ BOE N° 106, de 4 de mayo de 2006.

e.- Algunas breves consideraciones en torno a la Ley 14/2006 y la maternidad subrogada. Nuevos desafíos que se plantean a partir de la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009.

El deseo de ser padre o madre es algo casi inherente al ser humano. Sin embargo, por distintas circunstancias a veces esto no es posible. Es por ello que en las últimas décadas, gracias a los avances de la ciencia, hemos visto como han aparecido las llamadas técnicas de reproducción asistida. Los autores señalan que al alero de la expresión técnica de reproducción asistida se subsumen los distintos procedimientos de intervención médica en al menos alguna de las fases de la procreación¹⁰⁶.

Algunos de los procedimientos que se encuadran dentro de las llamadas técnicas de reproducción asistida se encuentran la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada implica un acuerdo entre una “*madre de alquiler*” y los llamados “*padres intencionales*”. Este acuerdo consiste básicamente en que la primera acepta en someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación de una nueva criatura a favor de estos últimos.

Por lo general, en aquellos países en que se encuentra permitida, la maternidad subrogada se ha utilizado tradicionalmente por parejas heterosexuales en las que la mujer no tiene útero por causas congénitas o, como sucede más a menudo, porque le tuvo que ser extirpado en todo o en parte como consecuencia de un cáncer, a partir de una intervención quirúrgica llamada histerectomía. También se utiliza está técnica cuando los órganos reproductivos femeninos no son aptos para la maternidad “porque concurre alguna causa de esterilidad o infertilidad que impide concebir o finalizar el proceso de gestación; o bien porque el embarazo está contraindicado por razones médicas”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Para más información al respecto consultar: LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1994, Nº 7, pp. 317-338.

¹⁰⁷ FARNOS AMORÓS, Esther: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, Nº 1. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07&dsID=PDF>.

Pero además, en la actualidad, cada vez es más habitual que recurran a la maternidad subrogada parejas gays e, incluso, hombres solos.

Por otra parte, en los Estados donde se permite la maternidad subrogada, se formaliza a través de convenios o acuerdos comerciales, “por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una cantidad en principio dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes”¹⁰⁸.

Pues bien, es dentro de este contexto en donde tiene lugar el caso que nos ocupa en la especie. Resumidamente, diremos que el tema del conflicto es la resolución de la DGRN, por medio de la cual se resuelve un recurso, interpuesto por dos hombres casados, ambos ciudadanos españoles y residentes en España, en contra del auto del Encargado del Registro Civil Consular español en Los Ángeles-California (USA), en el que se deniega la inscripción del nacimiento de sus dos hijos nacidos de una madre subrogada en dicho Estado norteamericano.

El Encargado del Registro Civil Consular, en su función calificadora, relativa a la veracidad de los hechos y al control de la legalidad, fundamenta la denegación en el artículo 10 de la Ley 14/2006.

El mencionado artículo prohíbe la "*gestación de sustitución*", tanto a título oneroso como gratuito, y la renuncia pactada de la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. Asimismo, establece que la filiación materna de los hijos nacidos por gestación de sustitución la determina el parto, de modo que la mujer que da a luz es la madre legal del niño. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que se establezca la filiación con respecto al padre biológico, lo que era plausible, en tal caso. El Derecho español, a través del artículo 10 de la Ley 14/2006, permite que los niños no queden sin una filiación biológica paterna establecida. Pero el establecimiento no es automático o inmediato, pues requiere el reclamar la paternidad acudiendo a los tribunales, siguiendo la acción las normas generales.

Explica QUIÑONEZ ESCAMÉZ que el uso de la maternidad subrogada es una práctica médica consagrada en la ley de algunos países e importada a España, lo que trae

¹⁰⁸ Ídem.

aparejado el problema de su reconocimiento en el derecho español, por lo tanto, “las consecuencias sobre el *status filii* o la filiación de los menores, nacidos en California, quedan sujetas a las normas de DIP, lo que incluye el reconocimiento de las decisiones de las autoridades californianas o el conocimiento de nuestros tribunales y la posible aplicación de la ley española a la cuestión de la filiación”¹⁰⁹, e incluso, se plantea la posible aplicación del artículo 10 de la LTRHA como “ley de policía (de aplicación necesaria e inmediata) o como fundamento que coadyuva al límite del orden público internacional español”¹¹⁰. Y al parecer, en base a este razonamiento actuó el Encargado del Registro Civil.

Ahora bien, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735) acoge el recurso interpuesto por estos dos hombres españoles casados en Valencia en 2005, contra la negativa del Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles a inscribir los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos los mellizos nacidos en octubre de 2008 en San Diego, donde fueron gestados por una madre subrogada.

Al parecer, sin ser especialista en el tema, la DGRN no resuelve en base al Derecho internacional privado, sino que recurre más bien a principios de justicia material, dejando sin aplicación el citado artículo 10 de la Ley 14/2006.

De esta manera, los principales argumentos jurídicos dados por este órgano administrativo se pueden resumir en los siguientes.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, al legalizar el matrimonio homosexual extendió la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales casadas y, con ella, la posibilidad de establecer la filiación de un menor a favor de dos hombres o de dos mujeres.

Por otro lado, en el contexto de la filiación derivada de fecundación asistida, la legislación española admite la posibilidad de establecer la doble filiación materna a favor de la madre gestacional y de otra mujer. Recordemos que en España, esta posibilidad fue introducida por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

¹⁰⁹ QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, N° 3. Disponible en http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.

¹¹⁰ Ídem.

Pues bien, frente a esta situación se estimó la inadmisión de la doble paternidad que deriva de la prohibición de la maternidad subrogada puede constituir una discriminación proscrita por el art. 14 de la Carta Fundamental, puesto que al no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por la Constitución.

Frente a esta resolución se pueden apreciar claramente dos posturas. Por un lado señalar que este órgano administrativo simplemente ha cumplido el deber de protección de los derechos fundamentales que emana de la propia Constitución. Es decir, podríamos señalar que estamos frente a una decisión bastante osada, pero justa al fin y al cabo, pues viene de alguna manera a llenar el vacío legal de la Ley 3/2007, por la que se excluye a las parejas de varones la posibilidad de adquirir filiación de un hijo o hija, en desmedro de las parejas heterosexuales y los matrimonios de dos mujeres.

Sin embargo, para otra doctrina, la decisión de la DGRN es bastante discutible, y de ella se exigiría por lo menos presente una mayor justificación. En concreto, se cuestiona que una pareja de dos hombres que recurre a la maternidad subrogada no pueda ver declarada su doble filiación paterna respecto del niño o niños que puedan nacer. No obstante, se insiste en la solución legal, puesto que por razones biológicas las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación. Entonces, al tener la diferencia una base biológica, “en principio estaría justificado el trato desigual que comporta la prohibición del art. 10.1 LTRHA para las parejas de dos hombres”¹¹¹.

Según ha informado la prensa en los últimos meses¹¹², con posterioridad a la orden de inscripción, el juez titular del juzgado de primera instancia número 15 de Valencia ha decidido dejar sin efecto la misma, a instancias del Ministerio Fiscal. Para adoptar esta decisión, se basa el juez en la prohibición expresa de la gestación por sustitución y además en que la ley establece que la filiación será determinada por el parto, "lo que supone que la ley española prohíbe expresamente que la filiación en estos casos no se inscriba a favor de la persona que lo ha parido".

¹¹¹ FARNOS AMORÓS, Esther: Ob. Cit., p. 15.

¹¹² “El magistrado ha cancelado la inscripción y ha estimado íntegramente la demanda interpuesta por el ministerio fiscal contra la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) de fecha 18 de febrero del 2009, que mandaba la inscripción de los menores en el Registro”. www.elmundo.es, edición digital, 17 de septiembre de 2010.

En la actualidad esta resolución fue apelada por los padres, y nos encontramos a la espera de que se agoten los medios para elevar los asuntos al Tribunal Constitucional, que eventualmente deberá pronunciarse respecto de este actual, polémico e interesante tema.

Para finalizar esta parte del trabajo, haremos referencia a una Instrucción dictada por la DGRN, el 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Lo que busca la DGRN con esta Instrucción es dar plena protección jurídica al interés superior del menor y de otras personas que tengan intereses actuales en los distintos supuestos de gestación por sustitución. Para ello, entiende este órgano administrativo que “resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”.

Dentro de este esquema, esta Instrucción determina los siguientes criterios que tienen que ser tomados en cuenta por sus funcionarios.

Así, en primer lugar se dispone:

1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero en virtud de estas técnicas, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur de acuerdo a las reglas procesales. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

En dicho control incidental deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) Que

se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria; e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Y, en segundo lugar, esta Instrucción dispone que en ningún caso se podrá admitir como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

III.- La protección en el ámbito internacional y europeo de la igualdad y contra la discriminación por motivos de orientación sexual.

1.- La protección en el marco de la Organización de Naciones Unidas.

Esta parte del presente trabajo de investigación necesariamente la debemos comenzar con un análisis de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹¹³. Tal como señala el profesor PECES-BARBA, “la internacionalización jurídica de los derechos fundamentales puede ayudar a la limitación de la soberanía, y por lo tanto a la causa de la democracia. Por otra parte, la protección nacional de los derechos fundamentales ha llegado a sus límites y para dar más pasos es necesaria esa protección internacional. El movimiento de internalización es, pues, positivo y necesario”¹¹⁴. Pues bien, dentro de este contexto, la DUDH marca un hito, pues con ella se inicia este proceso de internalización, el cual ha sido esencial en la lucha por el respeto a los derechos de las personas, en la medida que complementa y en muchos casos corrige el Derecho interno.

¹¹³ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea general 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Fuente: Björn Arp (ed.). *Código de Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 2010, p. 31.

¹¹⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 4ª Edición, 1986, p. 156.

En el artículo 1 de la DUDH se establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Como se puede apreciar en esta disposición se recoge como pilar fundamental de toda la construcción internacional normativa de derechos humanos, el valor de la igualdad, pero además impone un deber de fraternidad de unos respecto de otros.

Por otro lado, la igualdad se ve reforzada con una clara apuesta de la Declaración por la interdicción de la discriminación. De esta manera, el artículo 2.1 de este texto señala que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta 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”.

Sin perjuicio de lo anterior, el juego normativo antidiscriminatorio se ve completado por la norma del artículo 7 cuando dice que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Si bien estas normas de la Declaración no son disposiciones específicamente concebidas para evitar la discriminación por causa de orientación sexual, es indudable que esta idea se desprende de ellas fehacientemente.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹¹⁵, también recoge estos mismos principios cuando señala que “los Estados Partes en el presente Pacto 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, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹¹⁵ Adoptado en la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), entrando en vigor el 3 de enero de 1976. Ratificado por España el 27 de abril de 1977.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹¹⁶, en su artículo 2.1 declara por su parte que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹¹⁷ (CDHNU) hasta la fecha ha resuelto tres casos donde se han alegado vulneraciones a los derechos humanos de personas LGTB.

El primero de estos casos es *Toonen contra Australia*¹¹⁸, que fue resuelto por el CDHNU en el año 1994. En este caso se reclamó que el Estado de Tasmania criminaliza las relaciones sexuales consentidas, entre hombres adultos y en privado, vulnerando con ello los artículos 17¹¹⁹ y 26¹²⁰ del PIDCP, más aún si en ese Estado no se prohíben las relaciones sexuales consentidas entre mujeres y casi ninguna práctica sexual consentida

¹¹⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Ratificado por España el 17 de abril de 1977. Fuente: Björn Arp (ed.). *Código de Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 2010, p. 35.

¹¹⁷ El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus Estados Partes. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite (por lo general cada cuatro años). El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". Además del procedimiento de presentación de informes, el artículo 41 del Pacto establece que el Comité debe examinar las denuncias entre los Estados. Además, el Primer Protocolo Facultativo del Pacto otorga al Comité competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Partes en el Protocolo.

¹¹⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994). Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm>.

¹¹⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 17. “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

¹²⁰ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 26. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

entre personas heterosexuales. Los preceptos legales impugnados penalizaban “las relaciones sexuales por vías no naturales”, “las relaciones contra natura” o las “prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino”.

En su dictamen, el Comité declaró que dichas disposiciones penales constituían una infracción al artículo 17, esto es, una injerencia arbitraria en la vida de las personas. Sin embargo, habiendo fallado ya el asunto, el Comité decidió no pronunciarse respecto de la eventual violación del referido artículo 26, que consagra el derecho a no ser discriminado.

En este caso concreto, no comparto la decisión del Comité, pues considero que se perdió una gran oportunidad de haberse pronunciado respecto de actos discriminatorios, en la especie, provenientes del propio órgano legislativo, lo que habría contribuido de un modo directo a la lucha mundial en contra de las discriminaciones a personas por su orientación sexual.

El segundo caso de discriminación por orientación sexual fue *Joslin et al contra Nueva Zelanda*¹²¹, el cual fue resuelto por el Comité en el año 2002. Los hechos que motivaron este caso fue el recurso interpuesto por dos parejas de lesbianas, pues el órgano administrativo respectivo (Registro Civil) les negó la posibilidad de contraer matrimonio, ya que la legislación vigente debía ser interpretada en el sentido que el matrimonio es un acto que sólo se puede llevar a cabo entre un hombre y una mujer.

El Comité desestimó el recurso interpuesto, sin pronunciarse respecto de la eventual discriminación de la normativa legal vigente en Nueva Zelanda, sino que el pronunciamiento se elaboró en base a lo dispuesto en el artículo 23¹²² del Pacto. El órgano resolutorio, aplicando un criterio interpretativo excesivamente apegado al texto literal de la norma sostuvo que “El uso del término hombre y mujer en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la Parte III del Pacto, se ha entendido consistente y

¹²¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. *Joslin et al. contra Nueva Zelanda*, Comunicación N° 902/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999. Disponible en http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Caso_Joslin_v- Nueva_Zelanda.pdf.

¹²² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICO. Artículo 23. “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse”.

La investigadora chilena PALACIOS ZULOAGA, comentando los dos casos referidos, sostiene que “lo que tienen ambos dictámenes en común es que ninguno resuelve las afirmaciones hechas por las partes en cuanto a la discriminación autónoma. De hecho, ninguno de ellos se refiere siquiera a la discriminación al resolver el asunto, pese a que en ambos casos la discriminación fue pilar de la argumentación de ambas partes”¹²³.

El tercer caso en donde la discriminación autónoma fue reclamada ante el Comité fue en *Young contra Australia*¹²⁴. Este caso fue decidido en el año 2003. El reclamante mantuvo una relación de pareja con un veterano de guerra por más de 38 años. Luego de la muerte de este último se solicitó una pensión de viudez, la que fue denegada puesto que según la autoridad administrativa correspondiente, la legislación vigente limitaba este tipo de pensiones al cónyuge o a la pareja no matrimonial heterosexual.

El Comité fallando este asunto sostuvo que “el Estado no ha proporcionado argumentos sobre cómo esta distinción entre parejas del mismo sexo, a quienes se les niega el beneficio de una pensión por ley, y parejas no matrimoniales heterosexuales, quienes reciben estos beneficios, es razonable y objetivo, y ninguna prueba que podría indicar la existencia de factores que justifican esta distinción se ha ofrecido. En este contexto, el Comité encuentra que el Estado Parte ha violado el artículo 26 al denegar al autor una pensión en razón de su sexo u orientación sexual”.

Dentro de todo el contexto que hemos descrito, señala ALVENTOSA DEL RÍO¹²⁵, que es preciso recordar que Naciones Unidas ha abordado el principio de no discriminación en situaciones concretas, como las sufridas por la mujer, la infancia o los inmigrantes, en diversas disposiciones y declaraciones. Sin embargo, la reivindicación del principio de no

¹²³ PALACIOS ZULOAGA, Patricia: *La no discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006, p. 118.

¹²⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. *Young contra Australia*, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000. Disponible en http://www.bayefsky.com/html/australia_t5_iccpr_941_2000.php.

¹²⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: Ob. Cit., p. 55.

discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género y el reconocimiento de los derechos de las personas que tienen otras orientaciones sexuales se ha incorporado al discurso de Naciones Unidas más tardíamente.

La primera vez que se aborda la problemática relativa a la orientación sexual e identidad de género en el seno de Naciones Unidas, fue por medio de un discurso pronunciado por el profesor Douglas Sanders el año 1992, en el marco de la 44ª Sesión Anual de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y para la Protección de las Minorías, celebrada en Ginebra, entre los días 3 al 28 de agosto.

En esta declaración se dio cuenta de los avances que se habían realizado en pro de los derechos de las personas homosexuales en algunos estados, pero al mismo tiempo se expusieron las situaciones de grave discriminación en otros, denunciando incluso actos de violencia en contra de estas personas. Ante la falta de interés de Naciones Unidas por la situación de las personas LGTB, en la misma declaración se solicitaba a la Subcomisión que valorase la posibilidad de nombrar un ponente especial para encargarle un estudio sobre estas discriminaciones, que la ONU incluyera los derechos humanos de lesbianas y gays en la agenda de la Conferencia Mundial de Derechos humanos de 1993, que dicho organismo repasara su propia política de empleo y beneficio para que no hubiera ninguna discriminación contra las lesbianas y gays o sus parejas, y, por último, que la Subcomisión abogara ante el Consejo Económico y Social para que se considerara favorablemente el ingreso de organizaciones de lesbianas y gays en el Consejo Consultivo, pues se deseaba que las asociaciones se representaran a sí mismas.

El año 2003 se dicta la “*Resolución de Brasil*”¹²⁶. En este importante texto, la Comisión de Derechos Humanos, se encarga de reafirmar lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros textos propios del Derecho internacional de los derechos humanos, que sostienen el principio fundamental de la inadmisibilidad de la discriminación y proclaman que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades en ella consagrados sin distinción alguna.

¹²⁶ Resolución presentada por Brasil en la 59 Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de fecha 17 de abril de 2003. Fuente: <http://www.choike.org/nuevo/informes/1568.html>.

Por otro lado, afirmando que la educación en derechos humanos es fundamental para cambiar actitudes y conductas y promover el respeto por la diversidad en la sociedad, postula las siguientes declaraciones: 1) Expresa su profunda preocupación por la ocurrencia, en el mundo entero, de violaciones a los derechos humanos de las personas, fundadas en su orientación sexual; 2) Subraya que los derechos humanos y libertades fundamentales son derecho de nacimiento de todos los seres humanos, que la naturaleza universal de esos derechos y libertades está más allá de todo cuestionamiento y que la orientación sexual no debe de ninguna manera invocarse para impedir el disfrute de tales derechos y libertades; 3) Llama a todos los Estados a promover y proteger los derechos humanos de todas las personas, cualquiera sea su orientación sexual; 4) Observa la atención dedicada a las violaciones a los derechos humanos fundadas en la orientación sexuales por parte de los mecanismos especiales en sus informes ante la Comisión de Derechos Humanos, así como por parte de los organismos encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados, y alienta a todos los mecanismos especiales de la Comisión de Derechos Humanos para que, dentro del marco de sus respectivos mandatos, presten la debida atención al tema; y 6) Requiere que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos preste la debida atención a las violaciones a los derechos humanos fundadas en la orientación sexual.

Durante el año 2005, se dicta *Declaración de Nueva Zelanda*, respaldada por 32 países, donde se solicita expresamente a la Comisión de Derechos Humanos, un pronunciamiento formal respecto de los derechos de las personas que conforman las minorías sexuales. Apoyan esta petición señalando que “la orientación sexual es un aspecto fundamental de la identidad de cada individuo y una parte inseparable de la misma”¹²⁷. Del mismo modo, se vuelve a insistir en la idea de que “es contrario a la dignidad humana forzar a un individuo a cambiar su orientación sexual, así como las discriminaciones por ese motivo”¹²⁸.

A pesar de todas estas declaraciones la Comisión de Derechos Humanos, en el año 2006 presenta la *Declaración de Noruega*¹²⁹, apoyada ahora por 54 Estados, donde se

¹²⁷ Declaración de Nueva Zelanda, presentada por el embajador de este país el 26 de mayo de 2005.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Declaración de Noruega, presentada por el embajador de este país el 1 de diciembre de 2006.

denuncian las violaciones a los derechos humanos por orientación sexual e identidad de género.

Por su parte, en la reunión del Consejo de Derechos Humanos a finales de marzo de 2007 se presentaron los *Principios de Yogyakarta*, se propicia la aplicación de distintas normas de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, afirmando la obligación primordial de los Estados de implementar los derechos humanos.

En este proceso de lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB llevado a cabo en el seno de Naciones Unidas, los distintos movimientos activistas han jugado un rol fundamental, pues de alguna forma se han encargado de poner el tema dentro de la agenda de discusión y han contribuido a crear conciencia de una problemática por mucho tiempo dejada de lado.

Por último, en este desarrollo es particularmente importante, la resolución adoptada, en su 17º período de sesiones, por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas que aprobó el 17 de junio de 2011, en Ginebra, la resolución A/HRC/17/L.9/Rev.1 sobre “*Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género*”¹³⁰. Esta resolución fue presentada por Sudáfrica.

Este histórico texto parte considerando “la universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, y señala que “todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y derechos y que cada uno se puede beneficiar del conjunto de derechos y libertades (...) sin distinción alguna”, además implícitamente afirma que los documentos internacionales sobre derechos humanos, aunque no mencionen expresamente la “*orientación sexual*” o “*la identidad de género*”, hacen referencia a ellas.

¹³⁰ La iniciativa fue aprobada con 23 votos a favor, 19 en contra y tres abstenciones. A favor: Argentina, Bélgica, Brasil, Corea del Sur, Chile, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, España, Estados Unidos, Francia, Guatemala, Hungría, Japón, Mauricio, México, Noruega, Polonia, Reino Unido, Suiza, Tailandia, Ucrania y Uruguay. En contra: Angola, Arabia Saudita, Bahrein, Bangladesh, Camerún, Djibouti, Gabón, Ghana, Jordania, Malasia, Maldivas, Mauritania, Moldavia, Nigeria, Pakistán, Qatar, Rusia, Senegal y Uganda. Abstenciones: Burkina Faso, China y Zambia. No estuvieron presentes en la votación Kirguistán y Libia (en este último caso su participación se encuentra suspendida). Fueron co-patrocinantes de la resolución: Albania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Honduras, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Luxemburgo, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Serbia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Timor-Este, Reino Unido, USA y Uruguay.

Dentro de este contexto, esta resolución expresa su “grave preocupación por los actos de violencia y de discriminación, en todas las regiones del mundo, perpetrados en contra de individuos, debido a su orientación sexual y a su identidad de género”.

De esta manera, se solicita al Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU que efectúe un estudio mundial sobre leyes y prácticas homofóbicas y transfóbicas, así como sobre el uso que puede darse a la legislación internacional para terminar con este problema.

En conclusión, la defensa de los derechos de las personas LGTB en Naciones Unidas ha sido muy reciente en el tiempo, y sólo el año 2011 se ha conseguido una resolución específica sobre los mismos, y, consecuentemente, sobre la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.

Este hecho se puede explicar, entre otras razones, porque en algunos Estados que forman parte de este organismo, la homosexualidad sigue siendo un delito, sancionado o con pena de muerte o a lo menos con prisión, a lo que se agrega la actitud hostil en esas sociedades, lo que provoca situaciones de violencia y de rechazo contra las personas por su orientación sexual.

2.- Breve referencia a la protección en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA)¹³¹.

Uno de los pilares fundamentales sobre los que se ha pretendido construir y desarrollar la OEA ha sido la democracia y el respeto a los derechos humanos. De esta forma, cuando en el año 2001 se adopta la Declaración de Québec o Carta Democrática Interamericana¹³², se señala expresamente que la democracia es el sistema de gobierno más coherente con el respeto a los derechos y a la dignidad de la persona humana y que debe ser

¹³¹ La Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. Información disponible en http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp.

¹³² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Carta Democrática Interamericana*, adoptada en la sesión extraordinaria de la Asamblea General, de fecha 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

un objetivo primordial de este organismo fortalecer y preservar las instituciones democráticas en los distintos estados de América.

La Carta Democrática define un conjunto de valores y derechos esenciales, entre los cuales se encuentran el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; elecciones periódicas, libres y justas; transparencia, probidad y respeto por los derechos sociales; ejercicio del poder sobre la base del estado de Derecho; sistema plural de los partidos y organizaciones políticas, separación e independencia de los poderes públicos; eliminación de todas las formas de discriminación y derecho y deber de todos los ciudadanos de participar en decisiones relativas a su propio desarrollo.

Totalmente coherente con estos principios, y quizás algo tardío, en el año 2009, la Asamblea General adopta “*la Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*”¹³³.

En esta resolución, se reitera que la Carta de la OEA proclama que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones, donde deben primar los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y advirtiendo con preocupación la observancia de actos de violencia y de las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, resolvió condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, e impetrar a los Estados a asegurar que se investiguen estas situaciones y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

También es muy importante esta resolución pues en ella se acuerda solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los demás órganos del sistema interamericano que sigan prestando la adecuada atención al tema. En efecto, tal como explicaremos más adelante, la Comisión cumple una función fundamental en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, pues entre otras atribuciones, le

¹³³ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Resolución OEA sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, aprobada en la cuarta sesión plenaria, de fecha 4 de junio de 2009. Disponible en <http://www.agmagazine.info/2009/06/19/resolucion-oea-sobre-derechos-humanos-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>.

corresponde recibir las denuncias de los ciudadanos y demandar al Estado Parte en el evento que constate una vulneración a los derechos contenidos en el Pacto de San José. De tal modo que esta resolución necesariamente deberá ser especialmente considerada por la Comisión en el momento de analizar denuncias por discriminación a las personas LGTB, como ya se hizo en el caso de la jueza chilena Karen Atala con cuyo análisis concluiremos esta investigación.

3.- La protección del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en el seno del Consejo de Europa.

a.- El papel del Consejo de Europa con relación a la tutela de los derechos humanos.

i.- ¿Qué es el Consejo de Europa?

Antes de explicar qué es el Consejo de Europa creo necesario hacer la siguiente advertencia. El Consejo de Europa no debe ser confundido con el Consejo de la Unión Europea, que es el órgano legislativo de la Unión Europea ni con el Consejo Europeo, que es un órgano compuesto por la reunión de Jefes de Estado nacionales y el Presidente de la Comisión de la Unión Europea. En otras palabras, en Europa existen dos entidades supranacionales, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

Ahora bien, en la tarea de la promoción y defensa los derechos humanos, cabe destacar que en Europa, estos dos organismos, ocupan el mismo espacio geográfico, lo que trae consigo la existencia de “dos sistemas de protección diferentes de los derechos fundamentales, propio de cada una de ellas, que responden además a distintas lógicas”¹³⁴. En todo caso los Estados miembros del Consejo de Europa son a su vez miembros de la Unión Europea, asumiendo durante mucho tiempo el primero, la labor de ir creando una verdadera base para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión.

¹³⁴ QUESADA SEGURA, Rosa: “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2007, Nº Extra 3, p. 54.

El Consejo de Europa es una organización regional creada al firmarse su Estatuto en Londres el 5 de mayo de 1949¹³⁵, y con sede en Estrasburgo-Francia. Entre sus finalidades destaca el compromiso que asumen los Estados para ejercitar una acción común en los campos económicos, sociales, culturales, científicos, jurídicos y administrativos, como también en lo relativo a la salvaguarda y desarrollo de los derechos del hombre y libertades fundamentales.

Desde su fundación el Consejo de Europa ha realizado una labor esencial en la lucha por el respeto a los derechos humanos en Europa, dentro de este contexto quizás una de sus obras más importantes es la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)¹³⁶.

Este Convenio, ratificado en la actualidad por todos los Estados miembros de la Unión, instauró distintos organismos de control situados en Estrasburgo: la Comisión, encargada de estudiar de antemano las demandas presentadas por Estados o, eventualmente, personas; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que, en caso de solución judicial, acuden la Comisión o los Estados miembros, después del informe de la Comisión; y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que desempeña la función de guardián del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y cuya intervención se reclama para obtener una solución política del desacuerdo cuando el asunto en cuestión no haya sido remitido al Tribunal¹³⁷.

Tal como dice el profesor PÉREZ ROYO, “el Convenio expresa muy bien la razón de ser del propio Consejo”¹³⁸, pues se trata de un instrumento que cumple un doble objetivo, por un lado se trata de un rechazo y una condena a un pasado de violación a los derechos de las personas y por otro, es un compromiso presente y futuro en la lucha por la promoción y protección de los derechos fundamentales.

Pero además, el Convenio resulta importante pues no sólo se limita en establecer un catálogo de derechos fundamentales sino que además crea mecanismos jurisdiccionales

¹³⁵ España firma el Instrumento de Adhesión N° 001/1978, publicado en el BOE N° 51/1978, de 1 de marzo de 1978.

¹³⁶ Firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, con entrada en vigor en el año 1953, ratificado por España en 1979, publicado en el BOE N° 243, de 10 de octubre de 1979.

¹³⁷ El número cada vez mayor de causas por instruir obligó a reformar el mecanismo de control instaurado por el Convenio, de modo que el 1 de noviembre de 1998 se sustituyeron dichos organismos por un único Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La simplificación de las estructuras permitió acortar la duración de los procedimientos y reforzar el carácter judicial del sistema.

¹³⁸ PÉREZ ROYO, Javier: Ob., Cit., p. 596.

para garantizar el ejercicio de los mismos. Esta jurisdicción estuvo integrada por la Comisión Europea de Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde la entrada en vigor del Convenio hasta otoño de 1998, pero pasó a quedar integrada únicamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de noviembre de 1998, como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo número 11, aprobado en 1994, que tuvo por objeto revisar el procedimiento jurisdiccional de protección de los derechos reconocidos en el Convenio.

ii.- Análisis de las principales normas del Consejo de Europa que protegen el derecho a no ser discriminado.

La principal y primera norma antidiscriminatoria en el marco del Consejo de Europa se encuentra constituida por el artículo 14 de la CEDH en el que se señala que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. En este precepto no se menciona expresamente la no discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género. Sin embargo, se cierra con una fórmula general en la que puede inscribirse dichas causas de discriminación.

Esta norma constituye un derecho-garantía que asegura a los ciudadanos la no discriminación por distintas razones, también considera ciertas situaciones que constituyen “categorías sospechosas” que deben ser tomadas en cuenta por el órgano judicial respectivo, y además una norma de esta naturaleza, sostiene CHUECA SÁNCHEZ, “es esencial para realzar más la igualdad y para la forja de una sociedad democrática. De tal manera, que la interdicción a la arbitrariedad se presenta como uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹³⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, y específicamente en relación con el derecho a la no discriminación por orientación sexual, el Consejo de Europa desde la primera década de los

¹³⁹ CHUECA SANCHO, Ángel: “No discriminación en la Convención Europea de Derechos Humanos”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1979, Nº 6, p. 39.

ochenta ha venido mostrando su preocupación por el respeto a los derechos de las minorías sexuales. Es por ello que además de la norma antidiscriminatoria contenida en el artículo 14 del CEDH, existe otra labor importante emanada del Consejo de Europa que se traduce en la publicación de una serie de recomendaciones que tienen por objeto ir erradicando las discriminaciones en contra de las personas LGTB. Algunas de las recomendaciones más importantes son las siguientes.

En primer lugar, haremos alusión a la Recomendación N° 924 de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa, de octubre de 1981. En esta resolución se reconoce como un derecho de las personas el derecho de autodeterminación sexual de hombres y mujeres en edad legal de consentimiento prevista por las leyes del país donde viven y capaces de consentimiento personal válido, y se exhorta a los países cuyas leyes penalizan las relaciones entre personas homosexuales adultas y consentidas a derogar dichas leyes, a la vez que se invita a la Organización Mundial de la Salud (OMS), a eliminar la homosexualidad de su catálogo de enfermedades. Esto último se concreta recién en el año 1992.

Dentro de este contexto también son importantes la Recomendación N° 1470, de 30 de junio de 2000, sobre inmigración y asilo a gays y lesbianas y a sus parejas, la Recomendación N° 1474, de 26 de septiembre de 2000, sobre la situación de gays y lesbianas en Europa, y la Recomendación N° 1635, de 25 de Noviembre de 2003, sobre lesbianas y gays en el deporte.

La citada recomendación N° 1474 es particularmente significativa pues ella se dicta dentro del contexto de las discriminaciones que sufren los y las homosexuales en distintos ámbitos, ya sea en el momento de la contratación, o cuando son obligados a abandonar su puesto de trabajo debido a las agresiones y al hostigamiento de sus compañeros o de los propios usuarios, o bien en cuanto las restricciones no justificadas que sufren al querer ingresar en las fuerzas armadas o relativas a las normas penales de algunos Estados como Austria, en relación con la edad para el consentimiento para las relaciones sexuales. Es así como esta recomendación solicita expresamente que el Protocolo N°12 del CEDH debería

incluir la orientación sexual entre los motivos de discriminación, al considerar que se trata de una de las formas más odiosas de discriminación¹⁴⁰.

En la actualidad, en el mes de junio de 2011, El Consejo de Europa presentó un Informe sobre la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa¹⁴¹. La lectura de este documento no deja de ser preocupante, pues a pesar de todos los avances que hemos podido constatar en las últimas décadas, aún siguen existiendo en Europa serios problemas de discriminación a las personas LGTB.

En términos muy generales, este informe es el resultado de un profundo estudio realizado sobre la homofobia, la transfobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa. Las actitudes y percepciones de la homofobia y transfobia han sido identificadas en todos los Estados a pesar de que las actitudes varían significativamente entre y dentro de los países.

Se denuncia una sesgada información obsoleta e incorrecta sobre lo que constituye la orientación sexual e identidad de género. Así mismo se considera que las representaciones estereotipadas de las personas LGTB en los medios de comunicación y en los libros de texto contribuyen a la formación de actitudes negativas.

Pero no sólo eso, se sigue detectando un discurso agresivo en contra de las personas LGTB en muchos Estados, hostilidad que muchas veces tiene su origen por ser consideradas éstas como una amenaza a la nación, la religión y las nociones tradicionales de género y la familia y en definitiva a los valores sociales tradicionales. Discurso que muy pocas veces se ha condenado oficialmente por varios Estados miembros.

Por otro lado, la invisibilidad de las personas LGTB y la ausencia de un debate serio sobre la situación de los derechos humanos son temas recurrentes en este informe. Muchas de las personas LGTB deben ocultar su orientación sexual o identidad de género en la vida cotidiana por temor a reacciones negativas en la escuela, el trabajo, en su vecindario o en su

¹⁴⁰ COMISIÓN DE LIBERTADES Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, JUSTICIA Y ASUNTOS INTERIORES. *Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (2000/2231(INI)), 21 de junio de 2001.

¹⁴¹ COUNCIL OF EUROPE. *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*. Francia, Council of Europe Publishing, June 2011. Este informe se encuentra disponible en http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf.

familia. Temen que el conocimiento público de su orientación sexual e identidad de género les genere discriminación, hostigamiento, rechazo e incluso violencia.

El Informe también destaca que un gran número de Estados miembros han adoptado medidas legislativas y de otro tipo para prohibir la discriminación contra las personas por razón de su orientación sexual y, aunque en menos casos, también por motivos de identidad de género. De esta manera, treinta y ocho de los Estados miembros han reconocido, en consonancia con las normas internacionales y europeas, que la orientación sexual es uno de los motivos de discriminación en general o sectoriales, reconocimiento que se ha traducido en un esfuerzo por implementar una legislación antidiscriminatoria.

Sin embargo, nueve estados miembros no parecen proteger a las personas LGBT contra la discriminación. Por otro lado, un número más bajo, esto es, veinte de los cuarenta y siete Estados miembros cubren la discriminación por identidad de género en su legislación contra la discriminación, ya sea explícita o identidad de género como una interpretación reconocida de los términos "sexo", "género" o "otro motivo de discriminación".

Para los demás Estados miembros, en veintisiete de ellos su legislación antidiscriminatoria nada dicen o no es clara sobre la protección de las personas transgénero. Otra crítica que se plantea es que las estadísticas oficiales y los datos relativos a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género son escasos en los Estados miembros, lo que se traduce en que las estructuras nacionales para la promoción de la igualdad no siempre tienen un mandato explícito para recibir denuncias de discriminación por orientación sexual, ni menos aun tienen la obligación para tratar la identidad de género como motivo de discriminación.

Además, este Informe denuncia que las personas LGBT corren un grave riesgo de ser víctimas de un crimen de odio o de un incidente motivado por el odio, sobre todo en lugares públicos, violencia que también puede tener lugar dentro de un entorno familiar. Es preocupante, sostiene este documento, que la incitación al odio, la violencia o la discriminación por motivos de orientación sexual es considerada como un delito penal en sólo dieciocho Estados miembros.

También el Informe manifiesta su preocupación porque las personas LGBT tienen dificultades particulares en el proceso de solicitar asilo, a menudo debido a un

conocimiento inadecuado de las autoridades de inmigración sobre las condiciones de las personas LGBT en los países de origen. Algunas autoridades parecen considerar que, si las personas LGBT mantienen su orientación sexual o identidad de género en secreto, no estaría en riesgo. Los solicitantes de asilo LGBT también tienen dificultades en los centros de asilo y pueden estar expuestas al acoso de otros aspirantes

Desde otro punto de vista, también el Consejo de Europa pudo constatar la concurrencia de reacciones violentas y discriminatorias que se han producido cuando las personas LGBT en conjunto han tratado de expresar sus opiniones libremente asociarse o reunirse para manifestaciones públicas.

Aún cuando en la mayoría de los Estados miembros la libertad de asociación, expresión y de reunión de las personas LGBT son respetados, hay casos en que estos derechos han sido infringidos. Además, se detectan prohibiciones o trabas administrativas impuestas a las manifestaciones públicas organizadas por las personas LGTB en reivindicación de sus derechos, en doce Estados miembros, y en algunos casos la policía no ha logrado proteger a los manifestantes pacíficos de los asaltos violentos.

El Informe del Consejo también denuncia los problemas que en varios países las personas transexuales tienen al momento de solicitar el reconocimiento legal de su género. Muchos Estados miembros, veintinueve para ser exactos, exigen como condición previa para el reconocimiento legal de género, la cirugía que lleva a la infertilidad, mientras que quince de ellos exigen que la persona transexual ser solteras o divorciadas para proceder a su reconocimiento legal.

En el ámbito de las relaciones de familia, el Informe indica que las parejas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio pueden hacerlo sólo en siete de los Estados miembros, que son neutrales al género del matrimonio y en trece de otros Estados se permite que estas personas que puedan entrar en una asociación registrada que proporciona una forma de reconocimiento a su situación de convivencia.

Para el Consejo, la falta de acceso al matrimonio o la unión registrada priva a parejas del mismo sexo de los derechos y beneficios otorgados a las diferentes relaciones homosexuales.

Por su parte, solamente diez de los Estados miembros tienen legislaciones que permiten la adopción a parejas del mismo sexo, mientras que treinta y cinco países no proporcionan acceso a ella.

Finalmente, concluyendo este breve resumen del Informe aludido, se sostiene que la intimidación de las personas LGBT en el sistema educativo no ha dejado de ser una realidad. Y se aprecia como políticas públicas de información objetiva sobre orientación sexual e identidad de género rara vez se imparten en las escuelas. También, se detectan conductas de discriminación y el acoso de las personas LGBT en el sector del empleo. A pesar de que la mayoría de los Estados miembros incluyen en su legislación la protección contra la discriminación en el empleo estos hechos siguen ocurriendo.

Como se puede apreciar, la situación española es mucho mejor que la de varios de los Estados miembros, pero el Informe, que cita varias veces a España como ejemplo, alerta del riesgo de estancamiento en cuestión de derechos de LGTB en los países que, como España, ya reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo o la adopción homoparental. En efecto, los logros experimentados por la sociedad española en los últimos años no culminan con el proceso de reivindicación de los derechos de las personas LGTB, sino que deben ser un importante incentivo para seguir avanzado, en una batalla que aún tiene muchas tareas pendientes.

b.- La protección de los derechos de las lesbianas, gays, transexuales y bisexuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

i.- Algunas notas sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos está ligado indisolublemente al CEDH. Y es justamente el Convenio el que instituye el Tribunal y organiza su funcionamiento.

El Consejo de Europa se ha comprometido con la lucha por el respeto a los derechos humanos, dentro de las medidas concretas realizadas para ello en el año 1950 cuando se firmó el CEDH. Pero ello no era suficiente, pues se necesitaba además establecer mecanismos para hacer efectivos los derechos garantizados en este tratado internacional.

En definitiva, para los efectos de la protección de los derechos de la persona, el TEDH aplica el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y su misión consiste en verificar que los derechos y garantías previstos por el Convenio son respetados por los Estados. Para ello, es necesario que los particulares o, en ocasiones, los Estados, dirijan una queja al Tribunal. Cuando el Tribunal constata la infracción por parte de un Estado miembro de uno o varios de los derechos y garantías amparados por el Convenio, dicta una sentencia. Esta sentencia es obligatoria, el país afectado tiene la obligación de ejecutarla.

En consecuencia, si el Tribunal declara que se ha producido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el Derecho interno no permite hacer frente más que de manera imperfecta a las consecuencias de dicha violación, el Tribunal proporciona a la parte lesionada, si procede, una satisfacción equitativa. Es así como la sentencia ordenará, el cese de la violación y la reposición de la parte lesionada en el ejercicio del derecho del que ha sido indebidamente privado, dejando, en principio, al Derecho interno de cada país la ejecución de la sentencia. En todo caso, los Estados miembros, además de comprometerse a acatar la sentencia respectiva, también aceptan que la ejecución de la misma, sea vigilada por el Comité de Ministros.

Atendidos los objetivos del presente TFM he optado por no profundizar más la organización, funcionamiento y procedimientos ante el TEDH. De tal forma, en las páginas que siguen, me remitiré al análisis de la jurisprudencia de este órgano en relación a la vulneración de los derechos de las personas LGTB.

ii.- Repaso jurisprudencial de los principales fallos del TEDH en relación con la vulneración de los derechos de las personas LGTB.

Ya hemos señalado la importancia que tiene el Consejo de Europa y el CEDH en la protección de los derechos de las personas, también hemos podido constatar como en el seno del Consejo de Europa ha existido una franca preocupación por la situación de las personas que sufren discriminaciones y hostigamientos por su orientación sexual. En el apartado anterior, he contextualizado al TEDH dentro de este esquema creado a partir de la instauración del Consejo de Europa y complementado con el CEDH.

Así las cosas, concuerdo con CANO ROCA, quien resalta la gran labor que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde los años 1980, ha realizado, contribuyendo de manera decisiva al reconocimiento y a la expansión de los derechos fundamentales de las minorías sexuales en Europa. Puesto que si bien, el Convenio “no incluye ninguna mención a la orientación sexual o a la identidad de género, el Tribunal de Estrasburgo se ha ido adaptando a los nuevos tiempos y a las nuevas concepciones sociales, en base a una interpretación dinámica y evolutiva del Convenio en su jurisprudencia”¹⁴².

Pues bien, desde el inicio de los años ochenta, el TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse varias veces respecto a la vulneración de los derechos de las personas que conforman las minorías sexuales.

Así, partiendo de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar¹⁴³, en el caso *Dudgeon contra Reino Unido*, la sentencia del TEDH, de 22 de octubre de 1981, condenó a Reino Unido por la existencia de una legislación penal aplicable únicamente a Irlanda del Norte, por la que se criminalizaba la homosexualidad consentida entre hombres, con independencia de la edad de los sujetos y de si sus actos se efectuaban en lugares públicos o privados. De esta manera, la sentencia sostuvo que con independencia de las finalidades legítimas que pudiera tener la ley en orden a proteger la moral social, estimó que no existían razones graves que permitieran justificar una injerencia tan incisiva en un aspecto tan íntimo del ser humano como es su vida sexual.

Por otro lado, a propósito del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra la prohibición de discriminación¹⁴⁴, el TEDH en el caso *L. y V.*

¹⁴² CANO ROCA, Guillem: *La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, p. 36.

¹⁴³ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹⁴⁴ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 14. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

contra Austria, por sentencia de 9 de enero de 2003, entendió que penalizar las relaciones homosexuales entre hombres mayores de 19 años y adolescentes de entre 14 y 18, sin dar el mismo tratamiento a las relaciones heterosexuales y lésbicas en iguales circunstancias, implica una violación del derecho al respeto de la vida privada y a la no discriminación.

Otro fallo relevante es el pronunciado en *Smith y Grady contra Reino Unido*, de fecha 27 de septiembre de 1999, donde se concluyó que la expulsión del ejército de dos oficiales por su homosexualidad era un acto contrario al derecho contenido en el artículo 8 del Convenio.

Con relación al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, de asociación y de reunión por parte de las pertenecientes a las minorías sexuales, es particularmente digna de análisis la sentencia dictada en el caso *Baczkowski y otros contra Polonia*. En este caso las autoridades administrativas municipales autorizaron la marcha de grupos cristianos en defensa de sus valores y en contra de la adopción por parte de homosexuales, y negaron la manifestación de otro grupo de ciudadanos que querían expresarse en pro de la igualdad.

La marcha se realizó, sin perjuicio de que las autoridades administrativas superiores anulaban las decisiones municipales, pues se estimó que el argumento del alcalde basado en el riesgo de confrontaciones no era válido y equivalía en definitiva a que la administración municipal se pusiera a favor de una determinada postura.

Llegado el caso al TEDH, éste estimó que Polonia había violado el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁵. A pesar que la manifestación de todas formas se realizó, la no autorización municipal pudo acarrear un efecto disuasorio para los potenciales ciudadanos que hubiesen querido manifestarse en ese contexto, es decir se produjo una vulneración al ejercicio del derecho bajo la modalidad de una amenaza.

A propósito de las relaciones afectivas y las consecuencias que de ellas derivan, el TEDH ha sostenido en primer término que las relaciones homosexuales no forman parte del

¹⁴⁵ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 11. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2.- El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

contenido esencial del concepto de vida familiar que establece el artículo 8 del Convenio. Así en el caso *Mata Estévez contra España*, por sentencia de 10 de mayo de 2001, el TEDH no dio lugar a la demanda de un ciudadano homosexual que reclamaba al Estado español una pensión tras la muerte de su pareja. El sentenciador dijo que las relaciones homosexuales son parte del contenido del derecho a la vida privada, pero que ellos no son parte de la noción de vida familiar.

Sin embargo, en *Karner contra Austria*, la sentencia de 24 de julio de 2003, el Tribunal resolvió a favor de una persona homosexual, que reclamaba que los tribunales austriacos no le habían permitido subrogarse en el contrato de arrendamiento de su pareja fallecida. El TEDH dando la razón al reclamante dijo que la defensa de la vida familiar puede tenerse en cuenta como objetivo legítimo y no encontró motivo alguno en las decisiones de los tribunales internos que permitieran justificar la exclusión de los homosexuales de la aplicación de los beneficios de la Ley de Alquileres.

Otra línea jurisprudencial interesante tiene que ver con la adopción por parte de personas homosexuales. Así, en el caso *Fretté contra Francia*, la sentencia de 26 de mayo de 2002 se pronunció sobre el derecho a la adopción de un ciudadano homosexual soltero. En base a lo dispuesto en los artículos 8 y 14 del Convenio, el Tribunal a pesar de señalar que si bien el Estado no podía vulnerar en cuanto tal el derecho a la vida familiar, que presupone la existencia de una familia, ni el derecho a la autonomía personal o a la libertad sexual, de todas maneras se justificó el trato diferenciado en la necesidad de proteger la salud y los derechos de los niños susceptibles de adopción. Es interesante la opinión disidente reflejada en esta sentencia, pues ella partió de la base que el trato diferenciado por razón de la orientación sexual del reclamante no se justificaba en ese caso concreto, dado que los propios órganos franceses habían reconocido las capacidades del demandante y esta decisión además supondría impedir la posibilidad de adopción de un soltero homosexual en Francia.

En el caso *E.B. contra Francia*, la sentencia de 14 de marzo de 2007, es de meridiana importancia. En 1998, una ciudadana francesa que, en el momento de los hechos, mantenía una relación de pareja con otra mujer solicitó la autorización administrativa que le reconociera la idoneidad para adoptar. El artículo 343-1 Código Civil francés permite adoptar tanto a los matrimonios como a las personas solteras y, en virtud de este artículo, se

solicita la autorización antes descrita. Los servicios sociales franceses hicieron las investigaciones previstas, entre ellas varias entrevistas con un psicólogo. Después de finalizar todo el periodo de comprobación de la idoneidad, el Presidente del Consejo de Familia del departamento en el que vivían, rechazaba la concesión de la autorización sobre dos motivos: 1) porque la solicitante presentaba una laguna en el papel de la figura paterna y que esto podía afectar al desarrollo del niño y, 2) porque la pareja de la solicitante no parecía involucrada, aunque no se oponía al plan de la solicitante. Tras esta resolución se interpuso un recurso administrativo, iniciándose una serie de procedimientos que concluyeron el 2002 con la decisión del Consejo de Estado, máxima instancia de la justicia administrativa en Francia, confirmando la decisión del Consejo de Familia.

El TEDH señala que si la legislación francesa permite la adopción a personas solteras la objeción de tener una laguna en la figura paterna haría imposible el derecho que el Código Civil otorga a los solteros. El TEDH sostiene que esto no es más que un obstáculo buscado específicamente para impedir que la solicitante pudiera adoptar sin decir expresamente que la causa era su homosexualidad y su vida en pareja. Y sigue sosteniendo que la consideración de que la homosexualidad de la solicitante va en contra de la Convención de Derechos del Niño no es aplicable, ya que no se trata de una adopción sino de la autorización para poder hacerlo y si la no concesión de ésta podía violar el artículo 8 en conexión con el artículo 14 del CEDH. En todo caso señala que las previsiones deben ser examinadas en virtud del desarrollo de la legislación en Europa y que el CEDH es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes.

En definitiva, las atribuciones que el CEDH le entrega al TEDH, cumplen a mi entender, dos funciones esenciales en la labor de protección de los derechos de las personas, y en el caso concreto de esta investigación, en la defensa de los derechos de las personas LGTB. Por un lado, su jurisdicción constituye un mecanismo jurisdiccional eficaz que permite a las personas que han visto conculcados sus derechos de hacerlos efectivos, cuando los mecanismos internos no lo han hecho; y por otro, el TEDH en cada uno de sus fallos ha ido sentando doctrina jurisprudencial que se debe tomar en cuenta en los distintos Estados miembros, tanto para tener en cuenta a la hora de elaborar las respectivas legislaciones, como por los propios tribunales de justicia al momento de interpretar y configurar el contenido esencial de los derechos.

4.- La protección del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en el marco de la Unión Europea.

a.- ¿Qué es la Unión Europea? Algunas notas introductorias.

Lo que hoy conocemos como Unión Europea es una agrupación formada por Estados que políticamente son democráticos y actúan dentro del marco del Estado social de Derecho, y que de manera libre y voluntaria han manifestado su voluntad de conformar el proyecto de integración económica y de unificación política.

En la Unión Europea se han celebrado diversos tratados consecutivos que han ido reformando el tratado constitutivo inicial. De esta forma, el primero de los tratados que harían posible la Comunidad fue el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado el 18 de abril de 1951 en París, entró en vigor el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002. Luego aparece el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), que se firmó el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1958.

Es importante señalar también, el Tratado de Fusión, firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965, el que entró en vigor el 1 de julio de 1967; en él se estableció una sola Comisión y un solo Consejo para las tres Comunidades Europeas entonces existentes.

Dentro de este desarrollo, es importante el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo y La Haya, que entró en vigor el 1 de julio de 1987.

Con posterioridad, se verifica el nacimiento del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Cabe destacar que éste introdujo las adaptaciones necesarias para completar el mercado interior, además cambió el nombre de Comunidad Económica Europea por el más simple de Comunidad Europea y también introdujo nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de los Estados miembros (por ejemplo, en defensa y justicia e interior).

Al añadir esta cooperación intergubernamental al sistema comunitario existente, el Tratado de Maastricht creó una nueva estructura con tres pilares, de naturaleza tanto económica como política: es la denominada Unión Europea (UE).

Con posterioridad, tiene lugar el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999; modificó el texto y la numeración de los Tratados UE y CE, estableciendo la versión consolidada de ambos, los artículos del Tratado de la Unión Europea pasaron a designarse mediante números en lugar de letras.

En la última década, este desarrollo se complementa con el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero del 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003, que tiene la importancia de venir a reformar las instituciones para que la Unión pudiera funcionar eficazmente tras su ampliación a veinticinco Estados miembros en 2004 y a veintisiete Estados miembros en 2007.

Por último, la Unión Europea reconoce con texto sustancial el Tratado de Lisboa, firmado por los representantes de todos los estados miembros de la Unión Europea (UE) en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 es el que sustituye a la *Constitución para Europa* tras el fracasado tratado constitucional de 2004. Con este tratado, la UE tiene personalidad jurídica propia para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario.

b.- El compromiso de la Unión Europea con los derechos humanos.

En términos generales los grandes objetivos de la Unión Europea se pueden resumir en los siguientes: promover la unidad de Europa, mejorar las condiciones de vida y trabajo de sus ciudadanos, fomentar el desarrollo económico, el comercio equilibrado y la libre competencia, reducir las desigualdades económicas entre las regiones, ayudar a los países en vías de desarrollo y garantizar la paz y la libertad.

Ahora bien, se entiende que la realización de estos objetivos requiere la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, y para ello, los Estados miembros colaboran solidariamente entre sí y con las instituciones de la Unión, que son las siguientes: El Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Cuentas Europeo.

Si tenemos en consideración los grandes objetivos que justifican la razón de ser de la UE, no debe extrañar que este organismo internacional haya al mismo tiempo adquirido una serie de compromisos internacionales y europeos en materia de derechos humanos, como son los contenidos en las diversas convenciones de Naciones Unidas sobre derechos

humanos y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, adoptada en el seno del Consejo de Europa.

En plena concordancia con lo anterior, la Unión Europea cuenta con legislación o normativa propia en materia de derechos humanos y específicamente en contra de la discriminación.

De esta manera, podemos mencionar que el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹⁴⁶ conforme al cual “sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, 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”. Como se puede apreciar, en este Tratado aparece mencionada, en forma expresa la idea que las discriminaciones por motivos de la orientación sexual de las personas debe ser combatida.

Por su parte el artículo 6¹⁴⁷ del Tratado de la Unión Europea, establece expresamente que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho. Si esto es así, no cabe duda que cualquier acto de discriminación por orientación sexual es por esencia contrario a estos valores. Pero no sólo eso, el Tratado de la Unión impone como deber a la Unión y a sus Estados miembros el pleno respeto a los derechos consagrados en el CEDH.

La declaración contenida en el artículo precedente es complementada y reforzada en el artículo 7¹⁴⁸ del Tratado al contemplar la posibilidad de que el Consejo, cumpliendo

¹⁴⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la versión dada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997) y modificado por el Tratado de Niza firmado el día 26 de febrero de 2001. En España la Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, se autoriza la ratificación del Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001.

¹⁴⁷ Tratado de la Unión Europea. Artículo 6. “1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. 3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros. 4. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas”.

¹⁴⁸ Tratado de la Unión Europea. Artículo 7. “1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y

determinados requisitos, pueda constatar la violación a algunos de los principios rectores de la Unión y efectuar recomendaciones al Estado involucrado. Es más, para el caso que estas vulneraciones sean persistentes se contempla la posibilidad de suspensión de los derechos derivados del Tratado.

Además, es importante mencionar el artículo 21¹⁴⁹ de la Carta de los Derechos Fundamentales¹⁵⁰ que reconoce expresamente el derecho a la no discriminación, donde se incluye expresamente como categoría sospechosa de discriminación la orientación sexual.

previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 y dirigirlle recomendaciones adecuadas. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y, con arreglo al mismo procedimiento, podrá solicitar a personalidades independientes que presenten en un plazo razonable un informe sobre la situación en dicho Estado miembro. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos. 2. El Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6, tras invitar al Gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones. 3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas del presente Tratado continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado. 4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición. 5. A los efectos del presente artículo, el Consejo decidirá sin tener en cuenta el voto del representante del gobierno del Estado miembro de que se trate. Las abstenciones de miembros presentes o representados no impedirán la adopción de las decisiones contempladas en el apartado 2. La mayoría cualificada se definirá guardando la misma proporción de los votos ponderados de los miembros del Consejo concernidos que la establecida en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El presente apartado se aplicará asimismo en el supuesto de suspensión de los derechos de voto con arreglo al apartado 3. 6. A los efectos de los apartados 1 y 2, el Parlamento Europeo decidirá por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que representen la mayoría de los miembros que lo componen”.

¹⁴⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 21. No discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

¹⁵⁰ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada solemnemente por el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000. Está basada en los Tratados comunitarios, los convenios internacionales, incluidos el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1989, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en las declaraciones del Parlamento Europeo. El texto incluye además una serie de derechos no contemplados en el CEDH, que se limita a proteger los derechos civiles y políticos. Entre ellos cabe mencionar los derechos sociales de los trabajadores, la protección de datos, la bioética y el derecho a una buena administración.

En otras palabras, en este instrumento se introduce el principio de no discriminación por razón de orientación sexual, que posteriormente será incorporado al Tratado Constitutivo de la Unión Europea, aunque se extraña la mención a la discriminación por razón de identidad de género.

Ahora, a la par de toda esta normativa fundamental de protección contenida en los textos mencionados, las instituciones de la Unión Europea se encuentran desempeñando un papel importante en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual, para lo cual han aprobado distintas normas y medidas concretas.

En el apartado que sigue me referiré a los órganos de la Unión Europea y a algunas de las medidas que han llevado a cabo para asegurar los derechos de las personas LGTB.

c.- El Parlamento Europeo y su labor en la protección de los derechos de las personas LGTB.

El Parlamento Europeo también se conoce como la Eurocámara y es el único órgano de la Unión cuyos miembros son elegidos directamente por la ciudadanía. A este órgano le corresponde llevar a cabo un papel activo en la preparación de una legislación que afecta a la vida diaria de los ciudadanos europeos como son por ejemplo, la protección del medio ambiente, los derechos de los consumidores, la igualdad de oportunidades, temas vinculados con el transporte y la libre circulación de trabajadores, capitales, bienes y servicios.¹⁵¹ La Eurocámara también comparte poderes con el Consejo en lo relativo al presupuesto anual de la Unión Europea.

En relación con el derecho a no ser discriminado por orientación sexual, los pronunciamientos de este órgano datan del año 1984. En este año se dicta la Resolución de 13 de marzo, sobre las discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo, y en ella se señalaba que “en la lucha contra las discriminaciones de cualquier tipo, no se puede ignorar o aceptar pasivamente las discriminaciones, de hecho o de derecho, contra los homosexuales”.

¹⁵¹ <http://www.europarl.europa.eu/parliament>.

Diez años después, en 1994 fue dictada la Resolución de 8 de febrero de 1994, llamada también *Resolución Roth* (por su autora, la parlamentaria alemana Claudia Roth). En la primera parte de esta resolución, en su parte considerativa se establece “la postura a favor de la igualdad de trato para todos los ciudadanos y ciudadanas, independientemente de su orientación sexual”. Por otro lado, se hace alusión a “la creciente presencia de las lesbianas y de los homosexuales en la opinión pública y la creciente pluralización de los estilos de vida”, lo que sin embargo, choca con que “en muchos ámbitos sociales y a menudo desde el inicio de la adolescencia las lesbianas y los homosexuales están expuestos a bromas humillantes, intimidaciones, discriminaciones e incluso agresiones”.

En definitiva, esta Resolución, tomando en consideración el nuevo contexto social de Europa, hace presente que es necesario que muchos de los Estados miembros tomen medidas concretas para adecuar sus disposiciones civiles, penales y administrativas en vigor con el objeto de poner fin a las discriminaciones por razones de orientación sexual.

Por otro lado, se “reitera su convicción de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual”, y se “estima que la Comunidad Europea está obligada a velar por la aplicación del principio de la igualdad de trato con independencia de la orientación sexual de la persona en las disposiciones jurídicas ya adoptadas o por adoptar”.

Dentro de este contexto se solicita a los Estados Miembros que tomen las medidas idóneas para suprimir las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, que se legisle sobre las limitaciones de edad con fines de protección sean idénticas en las relaciones homosexuales y heterosexuales, en definitiva se “pide que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas”.

Por último, es preciso destacar tres resoluciones dictadas entre el 2006 y 2007, todas ellas apuntando a la condena de la homofobia.

Así, aparece en primer lugar la Resolución de 18 de enero de 2006, sobre Homofobia en Europa, donde se condena todo tipo de violencia homófoba, incluyendo dentro de ella el lenguaje y el discurso del odio y se solicita a los Estados Miembros que trabajen por la eliminación de toda discriminación por motivo de orientación sexual y de género.

Por su parte, la Resolución de 14 de junio de 2006, se pronuncia y condena el aumento de la violencia racista y homófoba en Europa.

Por último, mencionamos la Resolución de 26 de abril de 2007, sobre homofobia en Europa, donde se condenan las restricciones de algunos Gobiernos al derecho de reunión de la población gay y a determinadas políticas del Gobierno polaco con un claro tinte homofóbico y discriminatorio, especialmente en relación con la defensa de los derechos del niño, en donde se enumeraban una serie de tareas que no deben ser confiadas a homosexuales.

Otro hito importante en todo este proceso es la aprobación del Parlamento Europeo junto al Consejo de la Decisión 771/2006, por la que se decide que el año 2007 será el año europeo de la igualdad de oportunidades. El artículo 2 de esta Decisión realza nuevamente la firme voluntad política de eliminar las diversas formas de discriminación, sin desconocer la fundamental labor de concienciación en los ciudadanos. Es así como, se señala expresamente que uno de los objetivos de este Año Europeo es justamente “concienciar sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación así como sobre la problemática de la discriminación múltiple. El Año Europeo pondrá énfasis en el mensaje de que todas las personas tienen derecho al mismo trato, sin distinción de sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Año Europeo deberá permitir que la población expuesta a la discriminación conozca mejor sus derechos así como la legislación europea existente en materia de no discriminación”

Dentro de este contexto se busca “promover una sociedad con más cohesión. El Año Europeo aumentará la concienciación sobre la importancia de suprimir los estereotipos, los prejuicios y la violencia, de promover buenas relaciones entre todos los miembros de la sociedad, especialmente entre los jóvenes, y de impulsar y propagar los valores en que se basa la lucha contra la discriminación”.

A estas resoluciones no se les debe desconocer su importancia. Puede ser que su valor normativo no sea tan grande pero el rol simbólico que desempeñan es fundamental,

pues “un pronunciamiento de este tipo, emanado de un órgano de representación popular continental resulta enormemente valioso”¹⁵², y esto es algo que no se puede desconocer.

d.- La labor de protección del Consejo Europeo.

El Consejo Europeo determina la dirección y las prioridades políticas generales de la Unión Europea. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, ha pasado a ser una institución. Su actual Presidente es Herman Van Rompuy. El Consejo Europeo está integrado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y el Presidente de la Comisión.

De la misma forma como lo ha venido haciendo el Parlamento Europeo, el Consejo no ha quedado al margen de la lucha por el respeto a las personas LGTB. Dentro de las medidas adoptadas por este organismo en el sentido antes indicado, podemos citar la Directiva 2000/78/EC, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta norma es muy importante, pues ella en su parte considerativa establece que “la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas”.

De esta manera, el artículo 1 de la misma, al momento de establecer su objeto indica que “la presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

Otro texto que merece ser destacado es la Directiva 2004/83/EC, de 29 de abril de 2004, 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

¹⁵² MONTERO DE LA TORRE, David: *Derechos humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional*. En *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, p. 14.

personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. En este cuerpo normativo se define el término refugiado como el “nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social”.

Dentro de este esquema también merece ser nombrada la Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006). En esta Decisión se parte de la base que “las distintas formas de discriminación no pueden clasificarse por orden de importancia y son todas ellas igualmente intolerables. El programa está encaminado tanto al intercambio de prácticas correctas ya vigentes en los Estados miembros como al fomento de la elaboración de nuevas prácticas y políticas en la lucha contra la discriminación, incluida la múltiple”. A través de la presente Decisión se puede contribuir a establecer una estrategia global para luchar contra toda discriminación basada en distintos motivos, que de ahora en adelante debería desarrollarse de forma paralela.

De esta forma, los objetivos de este programa iban destinados a fortalecer la comprensión de las cuestiones relacionadas con la discriminación mejorando los conocimientos sobre la misma y evaluando la eficacia de las políticas y de las medidas prácticas, a aumentar la capacidad para prevenir y para enfrentarse a la discriminación con eficacia, especialmente fortaleciendo los medios de acción de las organizaciones y mediante el apoyo al intercambio de información y de buenas prácticas, y la creación a tal efecto de redes a escala europea, teniendo en cuenta al mismo tiempo las particularidades de las distintas formas de discriminación y a promover y difundir los valores y prácticas en que se basa la lucha contra la discriminación, incluidas las actividades de sensibilización.

e.- Otros organismos de la Unión Europea: La Agencia Europea para los Derechos Fundamentales (FRA)¹⁵³.

La Agencia europea para los derechos fundamentales fue creada en el año 2007, mediante un reglamento del Consejo Europeo. Su principal objetivo es asesorar a las instituciones de la UE y a los países miembros sobre los derechos fundamentales y su plasmación en la normativa de la UE. Dentro de las principales tareas que se encomiendan a la Agencia se encuentra por ejemplo, recoger, analizar y divulgar datos objetivos y fiables sobre derechos fundamentales, desarrollar nuevos métodos para mejorar la comparabilidad y fiabilidad de los datos que se tiene, fomentar la investigación sobre los derechos fundamentales, elaborar y publicar conclusiones y dictámenes sobre temas concretos, por iniciativa propia o a petición de las instituciones de la UE, fomentar el diálogo con la sociedad civil para sensibilizar al público sobre los derechos fundamentales. La Agencia trabajará conforme a un programa de cinco años, acordado con el Consejo y el Parlamento Europeo. Sus grandes prioridades son la lucha contra el racismo, la xenofobia y la intolerancia.

Como se puede concluir de esta breve categorización presentada de la Agencia, uno de sus principales objetivos es la lucha contra la intolerancia en Europa, dentro de la que se incluyen todos aquellos actos de menosprecio, violencia y hostigamientos a las personas LGTB.

Uno de los últimos y más importantes aportes de la Agencia fue el Informe sobre homofobia, transfobia y discriminación por motivo de orientación sexual en la Unión Europea¹⁵⁴, publicado en el mes de noviembre de 2010.

Según el informe de la FRA, en algunos Estados miembros de la Unión Europea, las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales gozan de una mayor protección, fruto de mejores leyes y de medidas que las hacen efectivas en la práctica. Pero en otros Estados no se aprecian los mismos avances. Esta situación crea un panorama muy desigual en lo que se refiere a la protección de los derechos del colectivo LGBT en Europa.

¹⁵³ http://europa.eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/policy_agencies/fra/index_es.htm.

¹⁵⁴ Este informe se puede descargar en forma íntegra, escrito en inglés desde el siguiente sitio on-line: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/DH-LGBT_docs/FRA-LGBT-report-update2010.pdf.

Este informe nace como respuesta a una solicitud del Parlamento Europeo de examinar en profundidad la cuestión de los derechos de las personas LGBT a la vista de la legislación restrictiva aprobada en determinados Estados miembros de la UE. El informe marca el acento sobre tres problemas principales, a saber: las personas LGTB se ven obligados a vivir su sexualidad en silencio y en condiciones de invisibilidad, sufren ataques violentos y se les discrimina, por ejemplo en el trabajo, en cuestiones de alojamiento o cuando se desplazan por el territorio de la UE.

Según el Director de la FRA, Morten Kjaerum, este estudio pone de manifiesto que se avanza, pero no al ritmo esperado, pues se detectan áreas en donde las cosas no han mejorado mucho desde el estudio del año 2008, o si lo han hecho, lo han hecho para mal. Así, por ejemplo, algunos Estados reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo y otro no lo hacen. Esta situación, según esta autoridad, “tiene implicaciones legales y prácticas para los ciudadanos que desean desplazarse por el territorio de la UE. Las actitudes negativas y los tópicos suelen explicar la pasividad o involución de algunos Estados miembros estudiados en nuestro informe”¹⁵⁵.

De esta forma, las tendencias en la materia jurídica analizadas abarcan las siguientes áreas: protección legal contra la discriminación, libertad de reunión y de expresión, delitos por incitación al odio y crímenes de odio, el significado de “miembro de la familia” en relación con la libre circulación, asilo y protección de LGBT, y la posibilidad y los requisitos para las personas transexuales de acceder a tratamientos de cambio de género y de conseguir que dicho cambio sea reconocido por la ley.

Tal como es posible deducir, el escenario europeo, en el año 2010 en relación con la situación de los derechos de las personas LGTB sigue siendo preocupante, a pesar del enorme esfuerzo desplegado tanto por el Consejo de Europa como por los distintos organismos de la Unión Europea, y tal como lo indicábamos en las páginas anteriores, en la actualidad esta realidad no ha cambiado mucho.

¹⁵⁵ Nota publicada en la página web del Instituto Internacional del Ombudsman, con fecha 31 de noviembre de 2010. <http://www.theioi.org/es/noticias/fra-informe-homofobia-transfobia-y-discriminacion-por-motivos-de-orientacion-sexual-e-identidad-de-gnero>.

f.- El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la lucha por los derechos de las personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.

En términos muy simples, el TJUE es el órgano jurisdiccional llamado a interpretar el Derecho emanado de la Unión Europea, con el objetivo de garantizar que se aplique de la misma forma en todos los Estados miembros. Además de esta competencia central, el TJUE tiene facultades para resolver conflictos legales entre los gobiernos y las instituciones de la UE. Del mismo modo, se prevé que los particulares, las empresas y las organizaciones pueden acudir también al Tribunal si consideran que una institución de la UE ha vulnerado sus derechos.

Tal como sostiene la doctrina, en el contexto de todo el esfuerzo desempeñado en la Unión Europea para la protección de los derechos humanos, el Tribunal de Justicia ha desempeñado un enorme rol, alzándose como una de las fuentes de impulso en el proceso de reconocimiento de los derechos de los homosexuales a no sufrir discriminación¹⁵⁶.

De esta forma a continuación expondré las sentencias más importantes del TJUE en relación con los derechos de las personas LGTB.

La primera sentencia data del 30 de abril de 1996 en el *asunto P.S. C-13/94*. El caso trata de una mujer, que se desempeñaba como administradora de un centro docente en el Condado de Cornwall, Reino Unido. La demandante, según su testimonio, había sido víctima de un desorden de identidad sexual desde su nacimiento.

P., de sexo biológico masculino, anunció a las autoridades educativas del Condado su intención de someterse a una operación de reasignación de sexo con el fin de solucionar su problema. Como consecuencia de lo anterior fue despedida.

Presenta una demanda por discriminación por razón de género ante el *Industrial Tribunal* de Truro, ésta fue desestimada, pues el órgano judicial consideró que la *Sex Discrimination Act* del Reino Unido no podía aplicarse al supuesto controvertido. Sin embargo, este Tribunal presentó una cuestión prejudicial ante el TJCE ante la duda de que

¹⁵⁶ Para más información consultar: DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena: “El tratamiento de la discriminación por orientación e identidad sexual por parte de la Unión Europea y su relación con la jurisprudencia constitucional española”, *Analistas de Doctrina Constitucional*, publicado el 12 de noviembre de 2010. Disponible en <http://analistasc.com/2010/11/12/el-tratamiento-de-la-discriminacion-por-orientacion-e-identidad-sexual-por-parte-de-la-union-europea-y-su-relacion-con-la-jurisprudencia-constitucional-espanola/>.

la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo pudiera ser interpretada de forma que se extendiera su protección a los casos de discriminación por razón de orientación o identidad sexual.

De esta manera el TJCE respondió que el alcance de la citada Directiva no podía ser restringido exclusivamente al hecho de que la persona perteneciese a uno u otro sexo; afirmando, además, que la Directiva también debía aplicarse a aquellas discriminaciones que tuvieran como origen una reasignación de sexo. De esta forma, rechazaba los argumentos de los demandados, quienes consideraban que una mujer que hubiese cambiado su sexo por el masculino habría recibido exactamente el mismo trato, luego no se trataría de un supuesto de discriminación por razón de sexo.

Comentando esta sentencia DÍEZ RODRÍGUEZ señala que la interpretación extensiva del significado y el alcance de la Directiva 76/207/CEE y, en general, del Derecho antidiscriminatorio comunitario, trajo como consecuencia que el concepto de sexo relevante a la hora de valorar una eventual discriminación fuese extendido “de forma irreversible, incluyendo a partir de ese momento la identidad sexual en relación con las operaciones de cambio de sexo”¹⁵⁷.

Sin embargo, en el año 1998, se dicta la sentencia de 17 de febrero en el *asunto Lisa Jacqueline Grant y South-West Trains Ltd C-249/96*, donde la tendencia protectora mostrada en el caso anterior sufre un serio revés. El caso tiene relación con una mujer que presta servicios para la compañía South-West Trains, que solicita a su empleador la concesión de una reducción en el precio de los transportes por ferrocarril en favor de su compañera sentimental. La razón de ser de esta petición se basa en una cláusula de su contrato de trabajo que preveía una reducción en el precio de los transportes a los cónyuges de los empleados, destacando que, posteriormente, el reglamento adoptado por el empresario para la aplicación de esta estipulación, extendía este beneficio a las personas con las que los empleados mantuviesen una relación significativa desde hacía más de dos años. Sin embargo, la empresa niega la concesión pues se estima que esta ventaja sólo

¹⁵⁷Ídem.

podía ser concedida a parejas heterosexuales. Ante la negativa, la Sra. Grant presentó una demanda, al considerar que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas se basan, en realidad, en el sexo de las mismas. Una vez interpuesto el correspondiente recurso ante el *Industrial Tribunal* de Southampton, este Tribunal decidió presentar una cuestión prejudicial al verse en la dificultad de determinar si tal supuesto significaba una discriminación por razón de sexo en el sentido del artículo 119 TCE y de las Directivas relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. En el planteamiento de la cuestión, el *Industrial Tribunal* entiende que la Sentencia del Tribunal de Justicia relativa al *asunto P./S*, que acabamos de relatar, podría constituir un precedente en cuanto a la consideración de la discriminación por motivos de orientación sexual como contraria al Derecho comunitario.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia no comparte este criterio y emite un fallo que contradice claramente la fundamentación que le llevó a reconocer la existencia de una discriminación por razón de sexo en el *asunto P./S*. Así, el Tribunal incluso afirma que “dado que el requisito establecido por el reglamento de la empresa se aplica de igual modo a las trabajadoras que a los trabajadores, no puede considerarse que constituya una discriminación directa basada en el sexo”.

La misma DÍEZ RODRÍGUEZ, se encarga de criticar este fallo por su excesivo formalismo, pues al no encontrar en la normativa comunitaria ninguna referencia a la discriminación por orientación sexual, no incluye esta categoría dentro de la hipótesis de discriminación por razón de sexo. Esta sentencia crea una paradójica situación, pues “si la Sra. Grant hubiese decidido someterse a una operación de cambio de sexo su pareja sí hubiese tenido derecho a obtener la reducción de los precios del transporte, produciéndose un claro trato discriminatorio de las personas homosexuales frente a las personas transexuales y, por supuesto, frente a las heterosexuales”¹⁵⁸.

Otra sentencia que vale la pena destacar es la dictada el 31 de mayo de 2001, relativa a los asuntos acumulados C-122/99 y C-125/99.

En estos asuntos El TJUE resolvió un recurso de casación interpuesto por un ciudadano apoyado por el Reino de Suecia, contra la Sentencia del Tribunal de Primera

¹⁵⁸ Ídem.

Instancia que confirmaba la decisión del Consejo que denegó al recurrente, funcionario de la Unión Europea, una asignación familiar. El recurrente, que había inscrito su relación de pareja con otro nacional sueco del mismo sexo en el registro de su país, solicitó al Consejo que equiparase su estado civil de miembro de una pareja inscrita con el de casado para obtener la asignación familiar. El Consejo denegó su petición, estimando que no cabía interpretar el Estatuto de forma que se equiparase el estado civil de pareja inscrita con el de matrimonio. El ciudadano sueco recurrió la decisión, al considerar que la no equiparación constituía una discriminación basada en la orientación sexual. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades confirmó la medida.

El TJUE niega la existencia de una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 119 TCE afirmando que “el hecho de que el funcionario sea un hombre o una mujer es indiferente desde el punto de vista de la concesión de la asignación familiar”.

Por último, el año 2008 en el *caso Maruko C-267/06*, se dicta la sentencia de 1 de abril, donde el Tribunal se vuelve a pronunciar sobre las uniones civiles de homosexuales.

El Sr. Maruko había constituido, en virtud de la Ley alemana, una pareja estable inscrita con un trabajador del teatro. Su pareja, que se encontraba afiliado desde 1959 al organismo encargado de la gestión de los seguros de vejez y supervivencia del personal artístico de los teatros alemanes, falleció en 2005. Poco después, el Sr. Maruko solicitó una pensión de viudedad al organismo, siéndole ésta denegada por no prever el Estatuto del seguro una prestación para los miembros supervivientes de las parejas inscritas. Tras haber sido ejercidas las correspondientes acciones en el seno del sistema judicial alemán, se deduce una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE, a fin de determinar si la exclusión de un miembro de una pareja inscrita del derecho a percibir una pensión de supervivencia constituye una discriminación directa por razón de orientación sexual.

En este caso, volviendo nuevamente a dar una interpretación más armónica con los principios de la UE, el TJUE resuelve que respecto de la decisión de la justicia alemana, nos encontramos ante una discriminación directa por razón de orientación sexual prohibida por la Directiva, cuya adopción debe aplaudirse, pues –como demuestra esta Sentencia- ha abierto la puerta a una mejor protección de los derechos de los homosexuales en el seno de la Unión Europea.

En resumen, y sin ser especialista en el Derecho europeo, creo que es justo destacar dos cosas. Por un lado estimo que ha existido desde hace varios años a la fecha un importante esfuerzo en Europa, tanto de parte del Consejo de Europa como de la propia Unión Europea, de complementar la lucha por el respeto a los derechos de las personas, especificando cada vez más la protección específica a favor de determinados grupos, en el caso que nos interesa, las personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, pero al mismo tiempo, aún queda mucho camino por recorrer y muchas barreras que superar, los informes referidos en las páginas precedentes, tanto del Consejo de Europa como el evacuado por la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales, dan cuenta de que los avances y logros aún distan mucho de ser una realidad concreta en varios países de la Unión.

CAPÍTULO III

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN CHILE. EL CASO DE KAREN ATALA.

En el ordenamiento jurídico chileno no se encuentra reconocido en forma autónoma el derecho a no ser discriminado por orientación sexual. Sin embargo, desde la propia Constitución y la distinta normativa infraconstitucional se deduce con meridiana claridad la consagración de este derecho. En las páginas que siguen intentaré justificar la afirmación que acabo de plantear. Para ello, en primer lugar daré cuenta de la regulación de la igualdad a nivel constitucional y de la relación normativa de la que se desprende el derecho. Posteriormente, presentaré someramente algunas disposiciones legales que también se orientan en el mismo sentido, para, finalmente, analizar un proyecto de ley, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, que vendría a complementar de manera muy importante el Derecho antidiscriminatorio chileno y a fortalecer específicamente el derecho que nos interesa para los efectos de esta investigación.

I.- El reconocimiento de la igualdad en la Constitución chilena.

El capítulo primero de la Constitución chilena de 1980 se denomina “*Bases de la Institucionalidad*”. Este capítulo se encuentra integrado por los primeros nueve artículos de la Carta Fundamental, y en él se contienen los valores y principios sobre los cuales se funda nuestro ordenamiento jurídico, político y social.

El profesor CEA EGAÑA señala que este capítulo “tiene la cualidad de cimiento o sustento sobre el cual se levanta todo el sistema institucional, como punto de partida de la convivencia civilizada de las personas, la familia, los grupos intermedios, de la sociedad y del Estado en general”¹⁵⁹

¹⁵⁹ CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 173.

De hecho, las propias palabras utilizadas por el constituyente para designar este capítulo también nos dan cuenta de su importancia. Así el Diccionario de la RAE¹⁶⁰ define “base” como “*el fundamento o apoyo principal de algo*”, “institucionalidad” es “*la cualidad de institucional*”, a su vez “institucional” es lo perteneciente a una “*institución*”, es decir, a una “*creación del obrar humano colectivo, que con carácter de permanencia, procura satisfacer necesidades sociales éticas*”¹⁶¹. En este caso el capítulo primero constituye el soporte fundamental de la institución política por excelencia: El Estado.

Dado lo anterior, conocer las bases de la institucionalidad implica al mismo tiempo adquirir las herramientas que permitan una mejor comprensión del ordenamiento jurídico, político y social de Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, este capítulo es esencial para desarrollar una adecuada interpretación constitucional. En efecto, según las reglas propias de la interpretación de la Carta Fundamental, especialmente las reglas de interpretación sistemática, el principio de la unidad y el principio humanista, cualquier interpretación seria de este texto debe considerar necesariamente las bases de la institucionalidad.

La importancia de este capítulo queda de manifiesto en el artículo 127 de la propia Constitución, norma que contempla un quórum de aprobación de las 2/3 partes de diputados y senadores en ejercicio para reformar la Carta Fundamental al respecto.

El artículo 1 con el que se inicia la Constitución y el Capítulo I, señala en su inciso primero una de las grandes declaraciones de la Carta Fundamental chilena, a saber: “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”.

Como se aprecia de la lectura de la norma citada, el artículo 1 consagra la igualdad en forma genérica y no como un derecho específico. Es por eso, que, necesariamente, debemos remitirnos a otra norma constitucional que viene a materializar la igualdad bajo la forma de derechos subjetivos litigables. Debemos insistir, pues, en que esta disposición es útil no como un derecho específico que un ciudadano puede hacer valer ante un órgano que ejerce jurisdicción, sino como elemento interpretativo de la Carta Fundamental, según las explicaciones dadas en los párrafos anteriores.

¹⁶⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición. Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>.

¹⁶¹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana: *Manual de Derecho Político*, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos, 1991, p. 36.

El Capítulo III, denominado “*De los derechos y deberes constitucionales*” establece en el artículo 19 No 2:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Antes de comenzar el desarrollo de la norma transcrita, es preciso indicar que ya el propio epígrafe del artículo 19 es en sí una declaración de igualdad, pues el constituyente reconoce que los derechos garantizados por la Constitución pertenecen a todas las personas, con independencia de cualquier condición o circunstancia.

Ahora, centrándonos en el numeral dos, ya transcrito, podemos hacer los siguientes comentarios.

Del análisis del numeral 2 del artículo 19 se desprende que nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas:

- La igualdad ante la ley.
- La garantía de que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados.
- La interdicción de la esclavitud.
- La igualdad entre hombres y mujeres ante la ley.
- La interdicción de la arbitrariedad.

A propósito de la igualdad ante la ley, en este punto, y a fin de no hacer reiteraciones innecesarias nos remitiremos a lo expresado en el Capítulo I del presente trabajo. Empero, de todas maneras quisiera aclarar que en estricto rigor lo que garantiza esta norma es la igualdad en la ley, ya que su objeto es que todas las personas queden

sometidas al mismo ordenamiento jurídico, “desde la Constitución y las leyes hasta los actos administrativos y judiciales, incluyendo los actos jurídicos particulares”¹⁶².

En relación con la garantía de que dispone que en Chile no hay persona ni grupo privilegiado, vamos a decir que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁶³, la palabra privilegio consiste en una “*exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia*”. De tal manera, con esta norma se reafirma el valor de igualdad en el ordenamiento jurídico chileno, puesto que ninguna persona, institución o grupo, gobernantes o gobernados, pueden ser eximidos de obligaciones o provistos de ventajas o beneficios, sin una justificación racional y que se enmarque dentro de la juridicidad.

A propósito de la interdicción de la esclavitud, recordemos que esta palabra deriva del vocablo esclavo, para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esclavo se define como: “*Dicho de una persona que carece de libertad por estar bajo el dominio de otra*”. Si una persona carece de libertad no tiene personalidad jurídica, por tanto no puede ser considerado sujeto de derecho, y si no lo es, entonces será un objeto de derecho, es decir, una cosa o un bien¹⁶⁴.

La expresión que complementa la declaración que dice que “en Chile no hay esclavos”, es aquella que dice que “el que pisa su territorio queda libre”, y ambas deben ser entendidas como un todo, pero dentro del contexto de la interdicción a la esclavitud y en caso alguno puede ser entendida en el sentido que en nuestro país no se puede detener, arrestar o someter a presidio a ninguna persona.

Continuando con el análisis de esta importante disposición, cabe referirnos a la declaración constitucional que proclama la igualdad entre mujeres y hombres. En el texto original de la Constitución, en el artículo 1 se indicaba que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Si bien, había un amplio consenso en la doctrina que la palabra “*hombre*” utilizada por el constituyente debía ser entendida en forma genérica, se

¹⁶² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: *Principio constitucional de igualdad ante la ley*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2001, p. 119.

¹⁶³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición. Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>.

¹⁶⁴ En Chile, bajo el gobierno del Presidente Ramón Freire (1823-1826), se abolió la esclavitud.

acordó por el constituyente derivado dar un paso en la lucha por la igualdad y sustituir esta palabra “*hombre*” por “*persona*”. Es así como, se dicta la Ley N° 19.611 de 1999, por medio de la cual se modifica el citado artículo 1 sustituyendo la palabra “*hombre*” por “*persona*” y agregando al artículo 19, N° 2, la declaración “hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

Por último, la norma que nos encontramos comentando termina reconociendo como derecho la llamada interdicción de la arbitrariedad. Dice el inciso final del artículo 19 N° 2: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Esta norma es particularmente importante, porque por un lado refuerza la idea de la igualdad en la ley, en el sentido que prohíbe directamente al legislador hacer diferencias arbitrarias, pero además este mandato se extiende también al resto de las autoridades, tanto judiciales como administrativas y políticas. Debemos advertir que la Constitución no prohíbe las diferencias, sino que prohíbe “*las diferencias arbitrarias*”.

En este precepto constitucional el principio de la igualdad sustenta el derecho a no ser discriminado, en virtud del cual se prohíbe la imposición o adopción de diferencias arbitrarias, esto es, de discriminaciones, cualquiera que sea la autoridad –pública o privada– que la establezca, incluso que se trate del legislador. Pero aún más, esta interdicción de la arbitrariedad es absoluta, puesto que, no admite excepción alguna y opera con alcance *erga omnes*. Nunca, entonces, puede una autoridad establecer diferencias arbitrarias.

Habiendo presentado un breve panorama de la normativa constitucional antidiscriminatoria chilena, podemos concluir que si bien el texto constitucional no reconoce en forma expresa el derecho a no ser discriminado por causa de la orientación sexual de las personas, este es un derecho que se deduce nítidamente del mandato de igualdad establecido en el artículo 1 en “*Las Bases de la Institucionalidad*” y del artículo 19, N° 2 que reconoce la igualdad en la ley y en el derecho a no ser discriminado.

Por lo tanto, si un ciudadano sufre un acto discriminatorio por causa de su orientación sexual se encontraría siendo violentado en un derecho constitucional y a su respecto es posible impetrar su tutela a través de los mecanismos jurisdiccionales establecidos para ello.

II.- La tutela jurisdiccional del derecho a la igualdad y a no ser discriminado.

En relación directa con las normas constitucionales que consagran la igualdad y el derecho a no ser discriminado, a los efectos de nuestro estudio, por causa de orientación sexual y centrándonos exclusivamente en la jurisdicción constitucional, dos son los mecanismos esenciales para poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado e impetrar la tutela de estos derechos. En primer lugar tenemos el recurso o acción de protección y en segundo, la posibilidad de ejercer una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional.

Al no ser estas acciones el objeto central de este trabajo, solamente describiré en lo sustancial sus principales características.

1.- El recurso de protección.

La fuente constitucional del recurso de protección¹⁶⁵ se encuentra en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

“Art. 20 .- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

¹⁶⁵ Aún cuando la Constitución utiliza la expresión “recurso” en estricto rigor estamos frente a una acción procesal que tiene por objeto poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, a fin de que por esta vía se brinde protección a la persona afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

También debemos tener presente como fuente normativa de esta acción jurisdiccional el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, publicado en el diario oficial de 27 de junio de 1992, reformado el año 2007.

Atendido el contenido del artículo 20 de la Constitución es posible conceptualizar el recurso de protección de la siguiente manera: Se trata de una acción constitucional, de naturaleza cautelar, en virtud de la cual, cualquier persona, que a consecuencia de un acto u omisión ilegal o arbitraria, sufra la privación perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales especificados en la Constitución, puede acudir, por si misma o por cualquiera a su nombre ante los tribunales competentes, a fin de que éstos restablezcan el imperio del derecho y brinden por tanto una adecuada tutela al afectado¹⁶⁶.

Un aspecto que se debe tener en consideración al estudiar la llamada acción de protección es que no todos los derechos que consagra el artículo 19 se encuentran amparados por esta vía jurisdiccional. En general se excluyen de esta tutela los derechos de tipo prestacional como son por ejemplo el derecho a la salud o el derecho a la educación. Tampoco procede esta acción para tutelar la libertad personal y la seguridad individual, pues estos derechos se encuentran protegidos por el recurso o acción constitucional de amparo. Concordamos con la profesora VIVANCO MARTÍNEZ, quien señala que la idea expuesta en el párrafo precedente “se ha ido lentamente modificando, toda vez que ha

¹⁶⁶ También se ha definido el Recurso de Protección como: “una acción procesal instaurada por la Constitución, cuyo carácter informal y sumarísimo permite al afectado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sea que provengan de la autoridad o de particulares, que le agraven en el legítimo ejercicio de cualquiera de los derechos que la Carta especifica, para recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva; la cual queda habilitada para decretar las medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y para asegurar la debida protección del afectado”. NUÑEZ POBELTE, Manuel: “Los instrumentos procesales para la protección de los derechos humanos”, en GARCÍA HUIDOBRO CORREA, Joaquín, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: EDEVAL, 1997, p. 318.

comenzado a abarcar garantías que en sus orígenes no estaban contempladas”¹⁶⁷. Concretamente, este fenómeno no se ha producido incorporando nuevas disposiciones a la Carta Fundamental, sino extendiendo el contenido y alcance de las normas que reconocen el derecho de la igualdad en la ley y el derecho de propiedad, abarcan otras que no fueron enumeradas en este listado.

Respecto de la *legitimación activa* para ejercer el recurso de protección, “se trata de una acción que puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica afectada, incluso por entes colectivos, sin personalidad jurídica, o por cualquiera persona a su nombre”¹⁶⁸. En efecto, la expresión “*el que...*” utilizada por el artículo 20 de la Constitución, permite deducir claramente que puede interponer la acción una persona natural, una persona jurídica e incluso un grupo de personas que carecen de personalidad jurídica. Reiteremos, la única limitación a este respecto es que nadie puede reclamar un derecho genéricamente, por el simple amor al mismo, sino que tiene que sufrir un menoscabo o alguna amenaza.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han dicho que este recurso de protección no es una acción popular, sino que la persona que lo ejerce debe haber sufrido alguna privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales.

También puede deducir el recurso “cualquier persona a nombre del afectado”. Es decir, no es necesario que quien recurra deba tener alguna relación con la persona afectada. En todo caso, esta persona debe ser capaz de comparecer en juicio, aún cuando no tenga mandato especial para ello.

Por otro lado, esta acción constitucional de protección, atendida su naturaleza cautelar, esto es, protectora de derechos fundamentales, da lugar a un procedimiento informal, breve y concentrado. En efecto, sin que se trate de un procedimiento oral, el recurso de protección puede redactarse en un simple papel, o en un acta levantada en la Secretaría del tribunal y, aún, puede interponerse por telégrafo o télex. Además, es una acción que puede ser deducida por el afectado o por otro a su nombre, sin requerir éste

¹⁶⁷VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo II*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª Edición, 2006, p. 496.

¹⁶⁸NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2ª Edición, 2008, p. 285.

poder de aquél; no necesita patrocinio de abogado ni intervención de procurador. Como ha dicho RÍOS ÁLVAREZ, “resulta difícil concebir mayor informalidad en el ejercicio de una acción de tanta importancia”¹⁶⁹.

En relación con los presupuestos del recurso de protección o las condiciones que deben concurrir para que proceda interponer esta acción constitucional diremos que ellos se traducen en dos:

1.- La persona debe haber visto vulnerado su derecho con ocasión de una acción u omisión ilegal o arbitraria. *Acción*, consiste en un hecho positivo, en la realización de un acto. Por ejemplo, el vecino pone música a un alto volumen todas las noches; *Omisión*, se trata de un hecho negativo, de una inactividad. Para que la omisión se configure como presupuesto de la protección se requiere que el agente tenga el deber jurídico de actuar.

2.- La acción u omisión ilegal o arbitraria debe producir un menoscabo, ya sea en la forma de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho. Es decir, no basta con acreditar la existencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria para deducir el recurso, es necesario además probar que ésta ha vulnerado el derecho, ya sea bajo la forma de privación, perturbación o amenaza.

El recurso de protección puede interponerse en contra de cualquier órgano del Estado o en contra de cualquier persona natural o jurídica determinada o determinable. En otras palabras, el agente vulnerador del derecho fundamental puede ser tanto una autoridad o funcionario estatal como cualquier persona, institución o grupo.

Respecto del *plazo para ejercer la acción de protección*, podemos decir que la Carta Fundamental no establece un plazo. Sin embargo, las necesidades de la certeza jurídica hacen necesario que exista un plazo para el ejercicio de la protección. Y este plazo lo fija el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, dictado por la Corte Suprema. De esta manera el auto acordado referido establece un plazo de treinta días fatales y corridos para ejercer el recurso, que se cuentan por regla general desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o bien desde que se hayan tenido noticias de los actos u omisiones vulneradores de los derechos fundamentales.

¹⁶⁹ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: “El Recurso de Protección. Sus innovaciones procesales”, *Revista Chilena de Derecho*, 1998, Volumen 20, Números 2-3, Tomo I, p. 455.

La doctrina ha sido bastante crítica frente a este plazo fijado por el auto acordado de la Corte Suprema. En primer lugar se cuestiona la competencia de este Tribunal para regular por medio de un auto acordado una materia que al referirse a derechos fundamentales es propia de ley. Por otro lado, parece ilógico que se establezca un plazo para reclamar la tutela de derechos no patrimoniales como el derecho a la vida.

En cuanto *al tribunal competente* para conocer de esta acción, en primera instancia ella corresponde a las Cortes de Apelaciones respectivas y en segunda instancia a la Corte Suprema. Debemos entender por Corte de Apelaciones respectiva, de acuerdo a lo dispuesto en el auto acordado, como aquella “en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas”.

Este tribunal competente tiene el deber de adoptar de inmediato las medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y dar una debida protección al afectado. Como se puede apreciar, existe una importante amplitud de las medidas que pueden adoptar las Cortes para dar una efectiva tutela a los derechos vulnerados.

2.- La Acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes.

La reforma constitucional efectuada el año 2005 en la Constitución chilena le sustrae a la Corte Suprema la atribución de ejercer un control de constitucionalidad represivo y de efectos particulares de las leyes, pasando ahora esta atribución a ser ejercida por el Tribunal Constitucional. La Corte Suprema de Chile tradicionalmente ejerció esta facultad tanto bajo el imperio de la Constitución de 1925 y de la Constitución de 1980 antes de la reforma del 2005¹⁷⁰.

De esta forma, el nuevo texto constitucional amplió las atribuciones del Tribunal Constitucional agregando la siguiente atribución a este órgano contralor:

¹⁷⁰ En su oportunidad la Corte Suprema de Justicia miró con bastante preocupación esta reforma pues entendía que al privarla de la facultad de conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley se corría el riesgo de alterar el equilibrio que existía entre los tres poderes clásicos del Estado.

“Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional. Nº 6. Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

“En el caso del número 6, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación este fundada razonablemente y se cumplan con los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

La Carta Fundamental dispone que la Cuestión de Inaplicabilidad puede ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. En consecuencia pueden requerir al Tribunal Constitucional en este punto, cualquiera de las partes en un juicio o el propio juez que conoce del asunto, de oficio. Al permitir la Constitución que cualquier tribunal ordinario o especial de la República pueda requerir al Tribunal Constitucional consagra una especie de control indirecto de constitucionalidad de carácter difuso.

Que el precepto legal sea declarado inaplicable, significa que el tribunal ordinario o especial que está conociendo del asunto no podrá utilizar dicha norma legal para fundar su fallo; dado lo anterior, deberá buscar el fundamento legal de su sentencia en otras leyes y a falta de ellas en los principios de equidad, pues de acuerdo al principio de inexcusabilidad está obligado a fallar. Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto en artículo 94 de la Constitución “contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”.

3.- Algunos comentarios respecto de las dos acciones analizadas precedentemente.

Ya hemos indicado que en la Constitución chilena a pesar de no consagrar en forma expresa y como derecho autónomo el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual, los principios contenidos en ella y la existencia del artículo 19, N° 2 que consagra la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad, nos llevan a concluir, por medio de una interpretación sistémica y finalista de la Carta Fundamental, que este derecho sí se encuentra reconocido al menos implícitamente.

Ahora, frente a una eventual vulneración, esto es frente a una discriminación a una persona por razón de su orientación sexual, ya sea que esta provenga del Estado o de algún particular, el mecanismo de defensa apropiado lo encontramos en el recurso de protección, que se debe interponer ante la Corte de Apelaciones respectiva, en virtud de haber sido conculcado el derecho consagrado en el artículo 19, N° 2.

Si es la ley la que produce la discriminación, la persona que se vea afectada por la norma legal discriminatoria al caso concreto puede poner los antecedentes en conocimiento del Tribunal Constitucional, quien, en el caso de acogerlo dispondrá su inaplicabilidad y posteriormente, respecto de esta norma inaplicable es posible perseguir derechamente su inconstitucionalidad, y esto puede suceder en virtud de una acción popular que la Constitución señala en su artículo 93 o bien de oficio por el propio Tribunal Constitucional.

En principio debería afirmar que el derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual se encuentran relativamente bien protegido en el derecho chileno, pero tal como tendremos oportunidad de discutir, especialmente en la última parte de esta investigación, a propósito del *caso Karen Atala*, las normas constitucionales y los mecanismos jurisdiccionales para llevarlas a cabo no siempre son efectivas, especialmente en sociedades conservadoras como es el caso de la chilena.

Solamente y a modo de ejemplo, me permito reproducir una declaración pública realizada en el mes de junio por los pastores evangélicos de Chile en relación con la eminente aprobación de la ley antidiscriminatoria por parte del Congreso Nacional.

“Consecuencias Graves de la ley de No Discriminación en Chile

Concepción, Junio 2011

Estimados Pastores y Hermanos en Cristo:

Debido a la ofensiva del MOVILH en Chile (movimiento de integración y liberación homosexual), con el lobby que desde el año 2005 han realizado con el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación (boletín nº 3815-07), aunque desde el año 2008 hemos realizado diferentes acciones para frenar todo esto, aún debemos seguir accionando y reaccionando, ya que este proyecto está en los últimos trámites legislativos y está a punto de ser votada. Y queremos manifestar nuestro absoluto rechazo a dicho proyecto de ley.

7 Reales consecuencias si se aprueba el proyecto de ley contra la discriminación:

1.- Los homosexuales podrán enseñar en los Colegios a nuestros hijos, incluso en los colegios cristianos, ya que esta nueva ley los protegería y nuestros derechos constitucionales serían sobrepasados en poder decidir cómo educar a nuestros hijos.

(Ya está empezando a suceder)

2.- Este proyecto de ley, genera las bases jurídicas para el matrimonio entre homosexuales y la Adopción de Hijos entre personas de un mismo sexo. (Por lo mismo el lobby del mundo homosexual de apurar su aprobación)

3.- Las clases de orientación sexual en los colegios impartirán homosexualismo, lesbianismo y todo tipo de inclinación sexual, edad en que los adolescentes están más vulnerables y con mucha persuasión y astucia convencerán a nuestros adolescentes que son homosexuales. (Aunque no lo sean). Por favor revisar el manual de diversidad sexual que difunden los homosexuales en los colegios, es grave como inducen con mentiras a nuestros adolescentes a la inclinación sexual de ellos. (Esto ya está sucediendo en nuestro país y se incrementaría radicalmente con esta nueva ley)

4.- Los cristianos, predicamos la Biblia, y obviamente creemos que la homosexualidad es un pecado. Esta ley impediría decir eso en nuestras predicaciones, o si no nos exponemos a multas en UTM, y esto lo contempla explícito el proyecto de ley. (Caso de Suecia con una ley similar, pastor fue enviado a la cárcel)

5.-Se podrán levantar Iglesias de corte homosexual, con pastores, obispos y líderes homosexuales, debido al simple hecho de existir esta nueva ley. (Situación Europea y EE.UU)

6.- Eventual pérdida de la Personalidad Jurídica de nuestras Iglesias por predicar lo que dice la Biblia sobre la homosexualidad. (Situación que está ocurriendo en las Iglesias de Perú).

7.- Seríamos acusados de discriminación por no casar personas del mismo sexo en nuestras Iglesias Evangélicas. (Situación de Europa y EE.UU)

Estas 7 consecuencias son sólo algunos aspectos graves en que nos afectaría no sólo a Iglesia sino a la sociedad chilena.

Este proyecto no busca la anti-discriminación, sino es una clara campaña proselitista del mundo homosexual y las minorías sexuales para establecer su ideología en nuestro país.

Súmate, Necesitamos Unidad y frenar con todo este nefasto y mal llamado proyecto de ley que estable medidas contra la discriminación.

Moisés Pérez Cárdenas

Presidente Nacional

Ministerio Evangelístico Águilas de Jesús

Pr. Héctor Muñoz Uribe

Presidente

Centro Evangelístico Reconcíliate con Dios.

Registro Público 02046. 25 de Enero 2010”.

Entiendo que las expresiones contenidas en la declaración precedente puedan resultar muy violentas para todas las personas que creemos firmemente en el respeto por la dignidad y la libertad de los seres humanos, pero he optado por incorporarla al presente Trabajo de Fin de Master, a fin de evidenciar con mayor fuerza cual es la postura de una importante parte de la sociedad chilena frente a la diversidad sexual.

En las páginas que siguen presentaré una importante sentencia dictada por el Tribunal Constitucional¹⁷¹ recientemente, que viene, de alguna manera, a confirmar las

¹⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. *Sentencia de 4/11/2011*, Rol 1683, Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

aprehensiones que he manifestado en los párrafos anteriores, y que tornan en definitiva tan importante la decisión de la Corte Interamericana en el caso Atala ya referido. Caso que será expuesto en el apartado siguiente y que actualmente se encuentra en plena tramitación.

El caso que analizaré tuvo relación con la norma consagrada en el artículo 365 del Código Penal que dispone:

“El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

El imputado, un varón mayor de edad, habría accedido carnalmente por vía anal a otro sujeto de sexo masculino, nacido el año 1991 y menor de 18 años de edad a esa fecha. Iniciado el proceso penal, su defensor público interpuso un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del mencionado artículo, pues se considera inconstitucional por discriminatorio.

La sentencia de 4 de enero de 2011 en fallo dividido rechazó el requerimiento; a continuación expondremos las principales conclusiones que se extraen de esta importante sentencia.

El voto mayoritario expuso como argumentos para rechazar la inaplicabilidad, que al momento de aprobarse la ley en el Congreso Nacional, no hubo homofobia por parte del legislador, sino que siempre se pensó en el interés superior del menor de edad. De esta forma el Tribunal Constitucional señaló que “el legislador, en opinión de estos sentenciadores, ha obrado dentro de la órbita de sus potestades constitucionales al referir la protección del menor, en materia de autodeterminación e indemnidad sexual, a las relaciones sodomíticas en que juega un papel pasivo, por entender, razonablemente, que se trata de un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual”¹⁷².

"Además, tratándose la sodomía de un delito de mera actividad, cuya antijuridicidad radica en la posición desmedrada en que la conducta realizada deja al menor, discurre

¹⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. *Sentencia de 4/11/2011*, Rol 1683: Considerando 32.

justificadamente el legislador al estimar que la penetración que sufre no puede ser un episodio inocuo o baladí para éste, sino que, por el contrario, lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual"¹⁷³.

En cambio, en un hecho histórico en el Derecho chileno, el voto minoritario, y a pesar de ser tal, comienza a dar una importante señal que espero sea tomada en cuenta en un futuro cercano en la sociedad chilena, especialmente por quienes tienen como misión dirigir los destinos del país.

Veamos algunas de sus partes más trascendentales. Esta posición disidente sostuvo que el artículo 365 del Código Penal "protege a los menores simplemente de la "homosexualidad" entendida como una manifestación inherentemente lesiva, lo cual deja entrever un desconocimiento de ese fenómeno y un razonamiento homofóbico". Además, razona que "la historia legislativa demuestra que se buscó legitimar la norma impugnada sobre la base de argumentos moralizadores y homofóbicos"¹⁷⁴.

A fin de no transcribir literalmente este importante voto de minoría, su contenido esencial lo podríamos resumir en las siguientes ideas:

1.- La norma cuya inaplicabilidad se discute no busca proteger la indemnidad sexual de los menores, para ello ya se encuentran tipificados los violación, estupro y abuso sexual.

2.- Tampoco puede sostenerse que la norma busca proteger la inmunidad sexual de los menores púberes, pues éstos pueden libremente mantener relaciones sexuales consentidas con personas del sexo opuesto desde los 14 años.

3.- La Constitución chilena no prejuzga sobre la orientación sexual de los ciudadanos ni sobre las prácticas sexuales que, libremente, éstos estimen conveniente efectuar en su vida privada. La sexualidad constituye el núcleo más íntimo del ser humano.

4.- Atendido lo anterior, no puede ni el Tribunal ni ninguna otra autoridad del Estado, coartar la libertad sexual de los ciudadanos, en base a criterios culturales sobre aquello que se considera "*acceptable*".

¹⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. *Sentencia de 4/11/2001*, Rol 1683: Considerando 28.

¹⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. *Sentencia de 4/11/2001*, Rol 1683: Voto Disidente, Considerando 12.

5.- Por otro lado, se sostiene en este voto disidente que le está vedado a cualquier comunidad transformar en irrelevantes las convicciones personales de sus integrantes. La democracia no sólo tiene que ver con ideas, partidos políticos o movimientos, sino también con la forma en que las personas ejercen su integridad física y psíquica, incluida su sexualidad, de tal manera que negar la tolerancia frente a orientaciones sexuales minoritarias equivale a negar derechos que son esenciales en una democracia.

6.- De acuerdo a la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, a la cual ha adherido Chile, los menores ya no son considerados como simples objetos de protección, sino como personas titulares de derechos que deben ser respetados y promovidos. Y cualquier protección debe procurar no ser discriminatoria u operar como una injerencia arbitraria en la vida privada del menor.

7.- No se puede justificar esta disposición legal en la protección del menor, como pretende el voto de mayoría.

8.- El argumento de la protección del menor no puede ser ciego a eventuales infracciones al principio de igualdad y no discriminación, como tampoco a eventuales injerencias indebidas en la esfera íntima de los menores desconociendo su libertad para ir determinando su proyecto de vida.

9.- Tampoco se puede desconocer que el reconocimiento de derechos avanza a medida que se consolidan mejores estándares de respeto entre los ciudadanos y evoluciona a la par que la sociedad se abre a nuevas formas de convivencia respetuosa entre sus miembros.

10.- Si bien en el presente caso se analiza la afectación de la igualdad respecto del requirente, acotada al asunto concreto que sustenta la gestión pendiente, no puede perderse de vista que el derecho a la igualdad ante la ley no prohíbe sólo la discriminación arbitraria en términos individuales, sino también la creación de grupos segregados forzados a vivir al margen de la sociedad, aislados de la mayoría, siempre en situación de riesgo, y considerados como inferiores.

11.- Atendidos todos estos argumentos, los ministros disidentes estimaron que no es posible apreciar ninguna justificación legítima para determinar distintas edades a partir de las cuales se sanciona una misma conducta únicamente en razón del sexo o la orientación sexual de los sujetos intervinientes en un tipo de relación sexual.

12.- Se critica la sentencia acordada en mayoría porque ella manifiesta un prejuicio rotundo acerca de la condición homosexual, considerándola un riesgo y daño para quien la asume, connotándola negativamente desde el ámbito cultural; o sea, se reputa normal la conducta heterosexual y anormal y peligroso el comportamiento homosexual.

13.- En consecuencia, el artículo 365 del Código Penal, al sancionar ciertas conductas homosexuales libremente consentidas entre personas mayores de 14 años, atenta contra la libertad que tienen para definir su proyecto de vida y alcanzar el mayor desarrollo personal posible. Pues bien, dentro en este contexto, la intervención estatal se legitima únicamente cuando busca proteger la libertad de quienes interactúan, para evitar fuerza, coacción, engaño u otro abuso, sin que medien relaciones de parentesco. En el presente caso, en cambio, no concurren esas hipótesis.

14.- Por último concluyen los ministros disidentes que la existencia del delito que se analiza implica una intromisión ilegítima en lo que las personas pueden hacer en materia sexual. El precepto legal cuya aplicación se impugna penetra en la esfera más íntima del sujeto - el varón menor adulto - y, sin atender a su libre consentimiento, sanciona sus relaciones homosexuales y lo trata como un objeto de protección y no como una persona, sujeto de derecho.

Ahora bien sin perjuicio de la meridiana relevancia del voto de minoría, también resulta un gran avance el hecho de que tanto las posturas a favor como las contrarias a la inaplicabilidad, coincidieron en que el artículo 365 no es aplicable a mujeres, por lo que la edad de consentimiento sexual para lesbianas es igual a las de los heterosexuales.

Como se puede apreciar, esta doctrina del Tribunal Constitucional Chileno, descontando la acertada y justa posición del voto de minoría, parece aún predominar en nuestra sociedad, y va en contra de la tendencia en nuestras sociedades occidentales al respecto.

Así por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos en el *caso Wolfmeyer contra Austria*¹⁷⁵, el año 2005 declaró inconstitucional, por atentar contra la igualdad y el derecho a la vida privada, el artículo 209 del Código Penal Austríaco que dispone: “La persona de sexo masculino y de 19 años cumplidos que realice acciones de significación

¹⁷⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de fecha 26 de mayo de 2005 dictada en el caso Wolfmeyer contra Austria.*

sexual con una persona del mismo sexo mayor de 14 pero menor de 18 años será sancionada con una pena privativa de libertad de 6 meses a cinco años”.

Por su parte, Rolando Jiménez¹⁷⁶, Presidente de El Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) catalogó el fallo que rechazó declarar la inaplicabilidad del art 365 del Código Penal chileno como “un histórico y agrisulce” pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

El dirigente del Movilh sostuvo que el voto de mayoría es claramente homofóbico, valorando el voto disidente, por entender que es un gran aporte para continuar con la lucha por derogar esta discriminatoria norma. De hecho, sostuvo el dirigente, el texto disidente es el más claro, contundente y comprometido con los derechos humanos de las minorías, que haya sido elaborado por alguna autoridad en Chile.

III.- El desarrollo legislativo del derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual en Chile.

Ya hemos visto la regulación del derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual en la Constitución, también hemos mostrado cual es la posición del Tribunal Constitucional ante estas materias. En las páginas que siguen me propongo reflexionar sobre la forma como este derecho es amparado en la legislación infraconstitucional.

En primer lugar debemos señalar que en Chile no existe una Ley de carácter general ni particular que asegure el derecho a no ser discriminado por causa de orientación sexual. Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad se encuentra muy avanzada en el Congreso Nacional la tramitación de una ley que garantiza el derecho a la no discriminación arbitraria.

¹⁷⁶ Entrevista contenida en el periódico on-line “*El ciudadano*”. <http://www.elciudadano.cl/2011/01/08/tribunal-constitucional-de-chile-relaciones-lesbicas-son-legales-desde-los-14-anos/>.

En cuanto al Derecho vigente, resulta interesante la norma consagrada en el Código del Trabajo que dispone:

Artículo 2. Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios.

De esta forma, la norma laboral prohíbe en las relaciones de trabajo cualquier discriminación, exclusión o preferencia basada, entre otros, en motivos de sexo. Es evidente que la norma no es del todo clara porque la expresión motivos de sexo podría ser interpretada tanto en relación a la distinción hombre mujer como en relación con las diversas orientaciones sexuales de los trabajadores.

En estricta relación con lo anterior, la Ley Nº 19.628, sobre protección de la vida privada, en su artículo 10 dispone que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando exista autorización legal o del titular, o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud. Por dato sensible, se entienden todos aquellos datos personales referidos a las características físicas y morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias y convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

Dentro de este contexto, el empleador puede recabar datos personales del trabajador que se relacionen y sean necesarios para evaluar su capacidad e idoneidad para el trabajo,

pero nunca podría recabar datos personales “relativos a la raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social del trabajador”¹⁷⁷ y tampoco relacionados con la orientación sexual del trabajador o trabajadora.

En realidad en la normativa de rango legal chilena no existe un amplio espectro de normas destinadas a proteger la no discriminación por causa de orientación sexual, pues en material penal, civil o de familia el legislador chileno ha guardado relativo silencio. Sin embargo, esta situación debería cambiar muy rápidamente, especialmente por la pronta entrada en vigencia de una ley que viene a sancionar las conductas discriminatorias tan propias de la idiosincrasia chilena. A continuación analizaremos los principales aspectos de este proyecto, especialmente vinculados a nuestro tema central de investigación.

Este proyecto de ley se comienza a tramitar por mensaje presidencial 315-352, de 14 de marzo de 2005, enviado a la Cámara de Diputados por el entonces Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar. En la actualidad la tramitación de esta normativa se ha acelerado, de tal manera que se halla en segundo trámite constitucional.

Esta futura normativa comienza fijando en su artículo 1 el objetivo de la ley, y al respecto señala: “La presente ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”.

Como se puede apreciar este proyecto de ley, si bien constituye un avance, en caso alguno quiere constituirse como una ley integral, que aborde el problema de la discriminación desde un punto de vista interdisciplinar, pues ella solamente se circunscribe a la represión.

En consecuencia, el objetivo de la ley es entregar una acción judicial concreta que permita a una persona que sea afectada por un acto discriminatorio impetrar la protección jurisdiccional una vez que la acción ilícita se haya cometido.

Para los efectos de esta ley, que resulta importante en relación al tema que estamos analizando, se propone un concepto de discriminación amplio, que permite subsumir diversos actos. Así, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o

¹⁷⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio: *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. Santiago de Chile: Legalpublishing, 2008, segunda edición, p. 17.

particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Esta norma constituye un aporte, sin duda, al respeto de los derechos de las personas que detentan diversas orientaciones sexuales porque la futura ley expresamente considera conductas discriminatorias cualquier distinción, exclusión o restricción perjudicial y que carezca de una justificación razonable, que se base en la orientación sexual de las personas.

En cuanto a la legitimación activa el proyecto de ley señala que “los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria, a su elección, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión” y esta “acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación.

También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aún teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla”.

En cuanto al plazo, “la acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión”.

En segunda instancia conocerá de esta acción la Corte de Apelaciones respectiva.

Si bien considero que es destacable la futura vigencia de esta normativa en el Derecho chileno, porque sin lugar a dudas es un avance en la lucha por el respeto a los

derechos de los ciudadanos, estimo que el legislador está perdiendo una gran oportunidad de abordar un tema desde una perspectiva sistémica, tanto desde un punto de vista preventivo como represivo, obviando con ello la trascendental importancia que tiene la educación en este tipo de problemas sociales.

A pesar de ello, también se debe destacar que este proyecto de ley en caso de concretarse y mantener su contenido, además vendría a reformar ciertas legislaciones que históricamente han obviado los problemas de exclusión.

Así se busca incorporar normas antidiscriminatorias en el derecho Administrativo chileno¹⁷⁸. Esta nueva normativa vendría a dar una efectiva protección a las personas que adoptan diversas orientaciones sexuales en el ámbito de la Administración del Estado, pues, expresamente considera que es un acto atentatorio a la dignidad de los funcionarios la discriminación arbitraria, desde luego por causa de orientación sexual, y este hecho en sí constituiría una causal de destitución.

También este proyecto tiene la pretensión de introducir una gran modificación al Código Penal¹⁷⁹.

El Derecho penal chileno y a pesar de la fructífera labor que ha hecho en los últimos años firmando convenios generales y particulares de derechos humanos, a la fecha se ha negado a criminalizar en forma específica los diversos delitos comunes que se hacen con motivos discriminatorios. Una norma como ésta sin duda sería una señal inequívoca de la

¹⁷⁸ Modificaciones al Estatuto Administrativo: Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley N° 29, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo:

1) En el artículo 84, antes artículo 78 de la ley N° 18.834, reemplázase la letra l), que se ordenó incorporar a dicho precepto por la ley N° 20.005, sobre causales de destitución, por la siguiente:

“l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2 de la ley que establece medidas contra la discriminación.”

2) Reemplázase la letra b) del artículo 125, antes artículo 119 de la ley N° 18.834, relativo a las causales de destitución, por la siguiente:

“b) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este Estatuto;”

¹⁷⁹ Agrégase en el artículo 12, relativo a las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, el siguiente numeral nuevo: “21ª. Cometer el delito o participar en él por motivos racistas u otra clase de discriminación arbitraria referente a la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima, a la nación, etnia o grupo social al que pertenezca, a su sexo, orientación sexual, edad, filiación, apariencia personal o a la enfermedad o discapacidad que padezca”.

real voluntad política de hacer de la lucha por la igualdad un objetivo primordial del Estado y la sociedad.

Cabe destacar que el 9 de noviembre del año 2011, el Senado de la República aprobó por amplia mayoría el proyecto de ley, concluyendo con ello el segundo trámite constitucional. Sin embargo, el 6 de enero de 2012, un grupo de diputados de derecha, apoyados por algunos diputados de la Democracia Cristiana, interpusieron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional a fin de que éste ente se pronuncie sobre la constitucionalidad del proyecto, por considerar que contiene disposiciones de regulación constitucional y que ameritan más que una regulación legal, una reforma constitucional o a lo menos una ley interpretativa de la Constitución.

Finalmente, quisiera concluir este repaso por la legislación chilena, haciendo referencia a un proyecto de ley presentado por el Senador Andrés Allamand el día 18 de junio de 2010, conocido como “Acuerdo de Vida en Común”¹⁸⁰. Este importante proyecto de ley desde el mes de agosto del año 2010 se encuentra en su primer trámite constitucional en el Senado.

En términos generales, esta iniciativa se estructura en cuatro títulos: el primero de ellos contiene la definición legal del contrato o acuerdo de vida en común, la capacidad, requisitos y formalidades para celebrarlo; en la segunda parte se abordan los efectos del acuerdo de vida en común; el tercero trata la expiración del acuerdo y la liquidación de los bienes indivisos y el cuarto contiene una serie de disposiciones generales.

Para los efectos de nuestra investigación, a las parejas del mismo sexo no se las autoriza a contraer matrimonio en nuestra actual legislación civil y familiar, y este proyecto se mantiene concordante con esta actual situación. Es así como, este proyecto reserva el matrimonio para un hombre y una mujer, pero las uniones de vida y las uniones civiles de parejas homosexuales pasan a tener un reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 1 del proyecto señala que “el acuerdo de vida en común es un contrato celebrado por dos personas naturales, mayores de edad, para regular sus relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”. Respecto de los legitimados para celebrar este acuerdo el proyecto dispone en su artículo 4

¹⁸⁰ Moción Parlamentaria, contenida en el Boletín No 7.011-07, de 10 de junio de 2010.

que “sólo podrán celebrar este contrato las personas naturales, mayores de edad, y que tengan la libre administración de sus bienes”. Además, “no podrán celebrar este acuerdo entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Tampoco podrán celebrarlo dos personas de las cuales, al menos una de ellas se encuentre actualmente ligada por vínculo matrimonial no disuelto o por otro acuerdo de vida común que se encuentre vigente”.

En definitiva, este proyecto no señala expresamente que las personas del mismo sexo tienen derecho a celebrar este acuerdo de vida en común, pero al no ser excluidas y atendidos los términos amplios del concepto legal, se entiende que si pueden hacerlo.

Tal vez, lo ideal sería, que a la par de otras legislaciones, como la argentina en América Latina, en nuestro país existiera una firme voluntad política en orden a legalizar de una vez por todas el matrimonio entre personas del mismo sexo; sin embargo, considero que de todas formas este proyecto es un avance, una especie de apertura, que vendría a hacer algo de justicia respecto de personas que tradicionalmente han sido discriminadas.

Lo antes dicho, no deja de ser importante, más aún, cuando desde ciertos sectores más conservadores de la sociedad no cesan en sus intentos de mantener un estado tradicional de la situación acorde con sus valores y convicciones. En este orden de cosas, el día 5 de mayo del 2011, los senadores Pablo Longueira y Andrés Chadwick presentaron un proyecto de reforma constitucional¹⁸¹ a fin de consagrar en la Constitución, como valor fundamental del orden jurídico y social de Chile, el matrimonio válido solamente entre un hombre y una mujer¹⁸².

¹⁸¹ Moción Parlamentaria, contenida en el Boletín No 7.656-07, de 18 de mayo de 2011.

¹⁸² Algunos de los fundamentos dados por los parlamentarios son los siguientes: La definición matrimonial exige que la unión que expresa el contrato, se produzca entre un hombre y una mujer, subrayando con ello la exclusión de las uniones entre personas del mismo sexo como base del matrimonio. Las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer de modo humano son, por tanto, la base de la consideración jurídica de la institución matrimonial civil,...”. “Este objetivo, junto con la complementariedad de los sexos como finalidad en sí misma, es el motivo principal del carácter exclusivamente heterosexual de la institución matrimonial civil,...”. “La vinculación de hombre y mujer en el amor, que es de carácter sexual, constituye la base del matrimonio y, en tanto factor biológico, tiene que ser ordenado hacia el fomento del amor entre un hombre y una mujer, en un proceso que requiere ser cultivado y que se vincula naturalmente a la generación de la vida”. El texto de la reforma es el siguiente: “Artículo Único: Se introduce la siguiente modificación en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República: a) En el inciso segundo, se inserta después del punto aparte, que pasará a ser punto seguido, la siguiente frase: “En garantía y protección de la familia, sólo un hombre y una mujer, tienen el derecho para contraer el matrimonio”.

Sin perjuicio de la suerte que corra esta reforma constitucional, resulta muy preocupante que aún existan parlamentarios que sustenten posiciones derechamente homofóbicas, contrarias a la dignidad de las personas y por cierto discriminatorias; pero más preocupante me parece que se pretenda utilizar la Constitución, norma suprema, como el marco normativo idóneo para imponer al resto de la sociedad una particular visión de la realidad. Al inicio de este Capítulo señalamos que la Constitución chilena comienza con un capítulo denominado “*Las Bases de la Institucionalidad*”, donde se consagran los valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico, político y social de la sociedad chilena; también indicamos que este capítulo cumple un rol fundamental en la labor de interpretación e integración del derecho. Es por ello, que introducir una reforma de esta naturaleza implicaría un notable retroceso respecto de los pocos avances que hemos tenido en la lucha por la igualdad.

Por lo tanto la decisión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos adopte respecto de la demanda que la Comisión ha interpuesto en contra del Estado de Chile, por la eventual discriminación a la ciudadana Karen Atala por su condición de lesbiana, y que impidió que mantuviera el cuidado personal de sus hijas menores de edad, será determinante para comprometer la responsabilidad de Chile respecto de estas materias y producir un cambio serio y radical en las políticas públicas respecto del respeto a las personas al margen de su orientación sexual.

IV.- El caso *Karen Atala*, exposición y perspectivas.

La resolución por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del *caso Karen Atala* marcará sin lugar a dudas un hito en la lucha por la igualdad y el respeto de las personas LGTB, pero no sólo dentro del contexto de la sociedad chilena, sino para toda la región en donde este órgano internacional ejerce sus funciones.

Es por ello, que he decidido incorporar como una parte de esta investigación este caso en particular, pues las consecuencias de su solución, serán trascendentales, en uno u otro sentido. En efecto, para el evento que la CIDH considere que el Estado chileno ha violado los derechos fundamentales de esta ciudadana, tendremos que asumir la necesidad de replantearnos seriamente muchos aspectos del actual marco jurídico tanto sustantivo

como procesal, que a mi entender permiten que se produzcan situaciones de discriminación en contra de las personas pertenecientes a las minorías sexuales. En cambio, si por el contrario la Corte respalda la situación creada por el Estado chileno, de alguna manera se estará dando la razón a todo un sistema, antiguo, patriarcal y sumamente conservador, que ha sido construido bajo una especial moral social.

Empero, antes de analizar el *caso Karen Atala*, he considerado oportuno hacer una breve referencia explicativa al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, porque en la actualidad este caso se encuentra ventilado en dicha instancia jurisdiccional.

1.- Breve explicación de la estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Cuando los mecanismos estatales se hacen insuficientes para dar una debida protección a los derechos fundamentales de las personas, la posibilidad de recurrir a las instancias internacionales, resulta imprescindible, y la existencia de los mismos es sin duda uno de los principales logros del constitucionalismo, o más bien, del denominado neoconstitucionalismo.

De esta manera, el sistema de protección de los derechos humanos en América se encuentra configurado por dos columnas, la Carta Fundamental de la OEA y la Convención Americana de Derechos Humanos. La Carta Fundamental de la OEA resulta obligatoria para todos los Estados miembros de la Organización regional y se rige por la Carta de la OEA, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y su órgano de promoción es la Comisión Interamericana, y la Convención resulta aplicable a aquellos países del continente que sean parte de la Convención, siendo esta su principal instrumento, mientras que los dos órganos de vigilancia son la Comisión y la Corte Interamericana¹⁸³.

En consecuencia, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se basa en la labor de dos órganos, la Comisión Interamericana de Derechos

¹⁸³ Para más información sobre ese punto se puede consultar: DE MARTIN, Siro y PONT, Francisco: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en PÉREZ CURCI, Juan Ignacio (Coord.) *Los derechos humanos en Latinoamérica*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica de Argentina, 2010, pp. 201-264.

Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y el principal instrumento normativo es La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien este Trabajo de Fin de Master no tiene como objetivo principal explicar a fondo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, he considerado pertinente explicar aunque sea tangencialmente los principales aspectos de este sistema.

Tanto la Comisión como la Corte están compuestas por siete personas expertas, que actúan a título individual; ellos son propuestos y elegidos por los Estados de acuerdo a lo establecido en la Convención; la duración del mandato de los miembros de la Comisión es de 4 años y son reelegibles por única vez; los miembros de la Corte actúan por períodos de 6 años y también son reelegibles una vez.

La Comisión Americana de Derechos Humanos, es un órgano central de la OEA que se encuentra incorporado a su estructura básica a través de su inclusión en la Carta de la Organización, en cuanto a su origen se diferencia de la Corte ya que esta fue creada como uno de los órganos de supervisión de las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención Americana.

Los instrumentos normativos que regulan el funcionamiento y la competencia de la Comisión son la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto y el Reglamento de la Comisión.

De esta manera, el ejercicio de las funciones de la Comisión se lleva a cabo de acuerdo a las facultades que le otorga la Carta de la OEA, a su Estatuto y Reglamento. En virtud de esta normativa, se le otorga jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la OEA, a los que supervisa en virtud de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Y también actúa de acuerdo a las facultades específicas de la que la inviste la Convención Americana respecto de los Estados partes en la Convención.

Dentro de las funciones que le corresponden a este órgano, según el artículo 41 de la Convención podemos mencionar la de estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de la región, formular recomendaciones a los gobiernos para que adopten medidas progresivas a favor de los mismos, preparar estudios o informes para el desempeño de sus funciones, solicitar la cooperación de los Estados miembros en estas materias y atender las consultas de los Estados miembros sobre estas materias.

De todas las funciones que hemos mencionado, quizás la más importante sea la de preparar informes sobre la situación de los derechos humanos en el hemisferio, los que posteriormente son sometidos a la Asamblea Anual de la Organización. Estos informes se pueden presentar como documentos anexos al informe anual o bien capítulos especiales del mismo, concernientes a la situación de un Estado determinado. Corresponde a la Asamblea General pronunciarse sobre los mismos.

De acuerdo al artículo 23 del Reglamento cualquier persona, grupo, entidad no gubernamental legalmente reconocida por un Estado de la OEA puede presentar peticiones relativas a la violación de algunos de los derechos humanos mencionados en la Declaración Americana.

Así, la Comisión es el primer paso en el procedimiento de peticiones individuales, y a ella le corresponde determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de uno de los derechos humanos protegidos en la Convención. Para el evento que la Comisión entienda que esta responsabilidad se ha generado, podrá derivar el asunto a la Corte o emitir un informe final, que es publicado y presentado a la Asamblea General de la OEA, en el que se establece la responsabilidad del Estado denunciado y recomienda reparar a la víctima por las conculcaciones de sus derechos.

El procedimiento contencioso ordinario se divide en cinco etapas, comenzando por la admisibilidad, luego la investigación de los hechos, después se explora la posibilidad de una solución amistosa, la emisión del informe, y por último es posible que se remitan los antecedentes del caso a la Corte Interamericana o redacción de un informe final.

En consecuencia, los ciudadanos no pueden accionar directamente ante la Corte Interamericana, pues las denuncias deben ser presentadas ante la Comisión, la que eventualmente podrá presentar el caso, esto es demandar al respectivo Estado ante la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de un órgano de carácter jurisdiccional que tiene una competencia contenciosa y consultiva¹⁸⁴. Esta función contenciosa dice relación con las competencias que le han sido asignadas por la Convención para resolver estos casos.

¹⁸⁴ La función consultiva de la Corte se refiere a su capacidad para interpretar la Convención y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como ya hemos adelantado, para que la Corte radique en su competencia un caso se precisa que previamente se haya iniciado y agotado el procedimiento ante la Comisión. Cuando esta etapa se concluye la misma Comisión o un Estado pueden someter un caso a la Corte, siempre y cuando, en este último caso, el Estado denunciado haya aceptado la jurisdicción obligatoria o acepte la jurisdicción en el caso concreto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuya sede se encuentra en San José de Costa Rica. Su principal función es interpretar y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos. Si la Corte decide que existió una violación a la Convención, dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, todo según lo prescribe el artículo 63 de la Convención. Sus resoluciones son definitivas, inapelables y obligatorias para las partes en Conflicto y en la práctica además gozan de mucho prestigio entre los Estados y ellas tienden a ser cumplidas, ya sea pagando las indemnizaciones cuando ellas son procedentes e incluso modificando el derecho interno a fin de ajustarlos al derecho internacional sobre derechos humanos. Y justamente, en relación con este último punto, se entiende el interés que el *caso Karen Atala* suscita, pues además de la resolución concreta al problema de una ciudadana que ha visto vulnerado sus derechos, una eventual condena al Estado de Chile también traería consigo la obligación de modificar la legislación tanto sustantiva como procesal a fin de evitar que se vuelvan a producir actos discriminatorios como el caso presentado en la especie.

En otras palabras, uno de los principales méritos de la Convención Americana es que ella establece la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, al prescribir expresamente el compromiso de los Estados partes en la Convención de cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

De esta forma, las resoluciones de la Corte son obligatorias para los Estados parte, deben ser ejecutadas por el Estado condenado dentro de sus fronteras, y esta ejecución debe ser directa¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Para más información se puede consultar: AYALA CORAO, Carlos: “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2007, Año 5, Nº 1, pp. 127-201.

Una de las cuestiones más importantes vinculadas a la jurisdicción internacional de derechos humanos es el tema de la ejecución de las sentencias dictadas por los órganos competentes. Es decir, la real importancia de estas jurisdicciones no sólo debe ser teórica sino también práctica y para ello es fundamental que sus decisiones sean ejecutadas por los Estados respectivos. Así las cosas, considero que la ejecución de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es obligatoria para los Estados parte de la Convención y esta obligatoriedad emana tanto de la dinámica propia de los derechos fundamentales como norma de *ius cogens*, así como del propio consentimiento del Estado al hacerse parte de este Tratado. El acatamiento de las sentencias de la Corte es parte de las reglas esenciales y básicas del derecho internacional y su no cumplimiento compromete gravemente la responsabilidad de los Estados.

Habiendo presentado un breve panorama del funcionamiento del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, a continuación analizaremos los principales pormenores del *caso Karen Atala*, que se encuentra actualmente en tramitación, para luego indicar las perspectivas que una eventual condena en este caso implicaría, tanto para las personas involucradas, como para Chile y para la lucha por la igualdad en América.

2.- Exposición de los hechos¹⁸⁶.

La ciudadana Karen Atala, en el año 1993 contrajo matrimonio con Jaime López Allende. De esta unión nacieron tres hijas. En marzo del año 2002, la pareja pone fin a su matrimonio y en virtud de un acuerdo judicial deciden que la custodia y el cuidado personal de las hijas comunes serían confiados a la madre.

Tras la separación, la Sra. Atala asume su condición de lesbiana. Y es así como en junio del año 2002, inicia una relación de pareja con una mujer, que se traslada a vivir a la casa de Karen Atala y sus hijas.

Enterado el progenitor de esta situación, en el mes de enero de 2003 deduce una demanda de tuición¹⁸⁷ ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En su líbello el

¹⁸⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe No 42/08, sobre admisibilidad de la petición 1271-04, en el caso Karen Átala e hijas con Chile*, de 23 de julio de 2008. Disponible www.cidh.org/annualrep/2008sp/chile12502.sp.htm.

demandando aduce y denuncia “que el descuido y desamparo de la madre a través de su opción sexual distinta alejaba y afectaba a las menores de su normal y verdadero desarrollo, y destacaba el riesgo de las niñas de contraer enfermedades de transmisión sexual como el herpes y el SIDA”.

3.- Solución dada por los tribunales chilenos.

Cuando el Juez Titular de Menores de Villarrica recibe la demanda interpuesta por el Sr. López Allende, la primera medida del magistrado, adoptada con fecha 2 de mayo de 2003, fue el conceder la tuición provisional de las niñas al demandante, esto es, al padre y reguló el régimen de relación personal y directa a favor de la madre.

Posteriormente, el mismo Tribunal, pero esta vez integrado por una Jueza Subrogante, dicta la sentencia definitiva con fecha 29 de octubre de 2003. En esta decisión la justicia chilena rechaza la demanda en los siguientes términos:

“La orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable... la demandada no presenta contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno... tampoco se han acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar...analizada la prueba rendida no se encuentran antecedentes para estimar la existencia de malos ejemplos o peligros para la moralidad de las menores...se concluye que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha...”¹⁸⁸.

En absoluta consecuencia con esta resolución, el Tribunal ordenó la entrega de las niñas a la madre el día 18 de diciembre de 2003.

¹⁸⁷ La tuición es el conjunto de derechos y deberes que corresponde a ciertas personas indicadas por ley o por resolución judicial, respecto al cuidado personal, la crianza y la educación de los menores de edad.

¹⁸⁸ JUZGADO DE LETRAS DE MENORES DE VILLARRICA. *Sentencia de 29/10/2003*, en caso López con Átala. Disponible http://www.programamujerescdh.cl/media/documentacion/archivos/Chile_fil2.pdf.

En ese intervalo de tiempo, con fecha 11 de noviembre del año 2003, el padre de las menores, en su calidad de demandante interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Temuco. Con fecha 30 de marzo de 2004, esta Corte de Apelaciones, y sin pronunciarse mayormente sobre el fondo del asunto discutido, confirma por medio de una breve sentencia la resolución de la Jueza de Menores¹⁸⁹.

Notificada la sentencia de alzada, el Sr. López Allende, decide interponer un recurso de queja en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco¹⁹⁰ ante la Corte Suprema de Justicia. El recurso fue presentado con fecha 5 de abril de 2004.

En este recurso el padre de las niñas argumenta que “la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores; que el interés de sus hijas hace necesario precaver las consecuencias perniciosas que les provocará criarse bajo el cuidado de una pareja homosexual y que, en cambio, la vida junto al actor, les brindará un ambiente en el

¹⁸⁹ “Temuco, treinta de Marzo de dos mil cuatro.- VISTOS: Se reproduce la sentencia en alzada en su parte resolutive, considerandos y citas legales, sustituyéndose a fs.663 vta., el guarismo IV, romano, por el guarismo V, romano, que es el que corresponde. Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE: Que los elementos probatorios acompañados en la vista de la causa y que corren de fs.738 a 761, en nada alteran las conclusiones que consigna la sentencia recurrida, razón por la cual SE CONFIRMA la sentencia apelada de fecha veintinueve de Octubre de dos mil tres, escrita de fs.659 a 673 vta., con declaración que se complementa su decisión V agregándose y en consecuencia, se declara que la tuición de las menores Matilde, Victoria y Regina López Atala, le corresponde a su madre, doña Jacqueline Karen Atala Riffo”. Déjese sin efecto la orden de no innovar concedida a fs.708. Oficiése. Regístrese y notifíquese y, oportunamente, devuélvase. Rol N°2158-2003.- Redacción de la señora Fiscal Judicial, Tatiana Román Beltramin. Pronunciado por la I. Corte 2° Sala. Presidente Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Fernando Carreño Ortega y Sra. Fiscal Judicial Tatiana Román Beltramín. En Temuco, a treinta de marzo de dos mil cuatro, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede. Mirna Espejo Guíñez. Secretaria”. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. *Sentencia de 30/03/2004*, en apelación del caso López con Átala. http://www.programamujerescdh.cl/media/documentacion/archivos/Chile_fil2.pdf.

¹⁹⁰ Es aquel medio que franquea la ley a la parte agraviada con una falta o abuso grave cometido en la dictación de una resolución de carácter jurisdiccional. El recurso de queja es parte de las facultades disciplinarias que tienen los tribunales. Su particularidad es que aun estando inmerso dentro de lo que son las facultades disciplinarias de los tribunales muchas veces es confundido y usado en la práctica como un recurso de carácter jurisdiccional. En estricto rigor no es un recurso porque no es un medio de impugnación frente a las resoluciones judiciales que han adquirido el carácter el firme, mientras que los instrumentos que impugnan resoluciones judiciales que no hayan adquirido el carácter de firme no debieran ser el recursos. Y en este caso tenemos un instrumento un acto jurídico procesal de parte que pretende que el órgano jurisdiccional haga efectiva sus facultades disciplinarias y por ende y en estricto rigor no se recurre en contra de una resolución judicial, se recurre en contra de los jueces.

que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal”¹⁹¹.

La Corte Suprema de Justicia, tras analizar el caso, decide acoger el recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, dejar sin efecto, la resolución de primera instancia que rechaza la demanda del padre de las niñas y entregar la custodia a éste.

A fin de evitar transcribir literalmente la sentencia de la Corte Suprema, a continuación presento un resumen de los puntos más significativos de la misma, a saber:

1.- La Corte comienza sus consideraciones haciendo alusión al principio del interés superior del niño, advirtiendo que es “primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres”¹⁹².

2.- Que los tribunales de la República se encuentran obligados a tener en cuenta este principio a la hora de resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos¹⁹³.

3.- La Corte Suprema de Justicia después de hacer alusión al interés superior del niño, niña y adolescente, justifica su decisión al caso particular que estamos analizando, señalando que en el juicio de tuición de las menores López Atala si bien se tomó en consideración la opinión de especialistas (psicólogos y asistentes sociales) se prescindió de la prueba testimonial, aportada en su momento por el padre de las niñas.

4.- Según la Corte Suprema, estos testimonios daban cuenta del deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelven las niñas, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual. Pero además se ha omitido por la Corte de las declaraciones de las personas que cuidan a las menores, testimonios que hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna¹⁹⁴.

¹⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE. Cuarta Sala. *Sentencia de 31/05/2004*, dictada en Recurso de Queja en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco en el caso López con Átala. Considerando 5.

Disponible en http://www.programamujerescdh.cl/media/documentacion/archivos/Chile_fil2.pdf.

¹⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE. Cuarta Sala. *Sentencia de 31/05/2004*, Considerando 9.

¹⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE. Cuarta Sala. *Sentencia de 31/05/2004*, Considerando 10.

¹⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE. Cuarta Sala. *Sentencia de 31/05/2004*, Considerando 15.

5.- El máximo tribunal chileno también acusa que la madre ha antepuesto sus propios intereses a los de sus hijas, al optar por la convivencia con su pareja, sin perjuicio de su legítimo derecho a su opción sexual.

6.- También la Corte Suprema entiende que la convivencia de la madre con una mujer, además de la falta de un padre de sexo masculino en el hogar, puede producir en la niñas una confusión de roles que ponen en riesgo su desarrollo integral¹⁹⁵.

7.- La Corte concluye que de permitir que las niñas vivan con su madre serían colocadas en una situación de vulnerabilidad en su medio social, exponiéndolas a aislamiento y discriminación¹⁹⁶.

8.- En conclusión, en base a estos argumentos, la Corte Suprema resolvió acoger el recurso de queja y determinar que las niñas debían vivir con su progenitor¹⁹⁷.

4.- Dos reflexiones a propósito de la sentencia de la Corte Suprema comentada.

Son varios los comentarios que podemos hacer en relación con la sentencia de la Corte Suprema que acabamos de transcribir. En buena parte compartimos las argumentaciones dadas por Karen Atala ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por lo que consideramos oportuno remitirnos a ellas. Sin embargo, antes de analizar el caso desde la perspectiva del sistema americano de derechos humanos, estimamos conveniente plantear las siguientes reflexiones:

a.- En relación con el concepto interés superior del niño, niña y adolescente.

La Convención sobre Los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, es un texto específico que se ha convertido en la piedra angular de la defensa de los niños, niñas y adolescentes en el mundo. Para los efectos de nuestras reflexiones resulta particularmente importante el artículo 3 del mismo, norma que en lo pertinente dispone:

¹⁹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE. Cuarta Sala. *Sentencia de 31/05/2004*, Considerando 17.

¹⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE. Cuarta Sala. *Sentencia de 31/05/2004*, Considerando 18.

¹⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE. Cuarta Sala. *Sentencia de 31/05/2004*, Considerando 20.

“Artículo 3:

1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2.- Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Esta norma es de trascendental importancia y me atrevería a señalar que es el núcleo esencial de este instrumento. En efecto, ella impone que cualquier medida o decisión que se tome en relación a los niños, ya sea en sede administrativa, legislativa o jurisdiccional, o por instituciones públicas o privadas debe tomar en consideración en forma especial “*el interés superior del niño*”.

Por su parte, el apartado segundo del citado artículo 3, impone el compromiso a los Estados Partes de asegurar protección y cuidado al niño, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres y demás personas responsables, para lo cual se tomarán todas las medidas legislativas y administrativas que sean pertinentes. Ahora bien, esta norma debe ser interpretada en forma coherente con el apartado primero. Es por ello que este tipo de medidas deben adoptarse tomando especialmente en consideración este “*interés superior*”.

Por ejemplo, el artículo 172,4 del Código Civil español, inserto en el Capítulo V, denominado “*De la adopción y otras formas de protección de los menores*”, Sección Primera “*de la guarda y acogimiento de menores*”, recoge expresamente este principio a propósito de la regulación de las adopciones. La norma señala, a saber:

“Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona”.

Por lo tanto, si en un caso determinado se debe decidir la guarda o el hogar de acogida de un menor, se debe tomar en consideración en primer lugar el interés del menor, por encima de los intereses particulares de quienes estén dispuestos a ser sus guardadores o acogerlos, de tal manera que ellos sean reinsertados en su propia familia y en caso de que ello no sea posible, procurar no separar a los hermanos.

Al parecer, ha sostenido la doctrina, que el origen del principio del interés superior del niño se encuentra en el en el derecho consuetudinario británico, específicamente en las resoluciones de los jueces de inicios del Siglo XX, los que apoyándose en los principios de equidad “resolvían los casos sometidos a su conocimiento, especialmente de disputa sobre la guarda de niños y niñas, en función del mejor interés del niño, a diferencia de los fallos anteriores en los que aparecían como criterios relevantes el interés social o el interés de la familia”¹⁹⁸.

En el mismo sentido, CILLERO BUÑOL¹⁹⁹ señala que el principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. Ahora bien, el análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres.

En la actualidad, sostienen estudiosos del derecho internacional que este principio ha ganado reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general. Y a pesar de las distintas denominaciones, sostiene AGUILAR CAVALLO, que “en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser

¹⁹⁸ SIMON, Farith: *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales, Tomo I*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2008, pp. 307-308.

¹⁹⁹ CILLERO, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en GARCÍA, Emilio y BELOFF, Mary (Comp.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p.34.

considerado, además, por esa razón, como un principio general de derecho, de aquéllos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”²⁰⁰.

Pues bien, ya sabemos que el principio del interés superior del niño ocupa un lugar central en cualquier actividad de protección de sus derechos. Sin embargo, y tal como sostiene RIVERO HERNÁNDEZ²⁰¹, cuando el legislador no ha precisado el contenido de este principio, que es lo usual, surgen una serie de inconvenientes para hacerlo en la práctica. Si las relaciones de familia son de por sí complejas, cuando hay niños y niñas esa complejidad se multiplica. ¿En qué consiste el interés del menor a la hora de determinar, por ejemplo, si se queda con su padre o madre tras la crisis matrimonial, o para aprobar el juez una adopción, o para decidir los padres si es bautizado o circuncidado, si estudia o entra a trabajar en un taller, si se somete a una intervención de cirugía estética sobre las que discuten sus padre y madre?, ¿Cómo se regula un régimen de relación regular o directa?, ¿Qué argumentos se pueden dar para negar la adopción a una pareja homosexual de conducta intachable?, ¿Es compatible el ejercicio de la prostitución con la crianza de los hijos?, etc.

En consecuencia, resulta muy complicado definir con una cierta pretensión de generalidad el llamado “interés del menor”, especialmente si se toma en cuenta que estos conceptos no escapan a la dinámica del tiempo y la cultura.

De esta forma, el principio del interés superior del niño es la piedra angular en el derecho de menores y su precisión conceptual genera muchos problemas. Ya sea considerado como un principio general del derecho, como un estándar jurídico o como un concepto jurídico indeterminado, es preciso despejar la nebulosa que se pueda formar a su alrededor, puesto que de no hacerlo así, queda una herramienta poderosa en manos del subjetivismo propio de las autoridades administrativas y los jueces, quienes resolverán cuestiones relativas a la protección de menores, aplicando “lo que ellos entienden por interés superior del niño”.

El problema que se produce a partir de lo descrito, es que este excesivo subjetivismo puede generar una serie de arbitrariedades y poner en riesgo, en definitiva, al propio menor

²⁰⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: “El principio de interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2008, Año 6, Nº 1, p. 226.

²⁰¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*. Madrid: DYKINSON, 2007, p. 62.

que se trata de defender. Por ejemplo, ¿qué es mejor para un niño o niña huérfana?, que se entregue su cuidado a una pareja homosexual, cuyos perfiles y antecedentes los hagan aptos para la crianza y educación o entregarlo a una hogar de niños y niñas en riesgo social.

El caso *Karen Atala* que nos encontramos analizando, y en especial la forma como ha razonado la Corte Suprema de Justicia de Chile constituye un claro ejemplo de lo que acabo de señalar.

Entonces, no puedo sino estar de acuerdo con las voces que sostienen que un serio problema al que se enfrenta el principio de interés superior del niño en la actualidad es la cuestión de la indeterminación. Este problema tiene lugar principalmente en el campo jurídico y en la práctica significa que en los asuntos que involucran a los niños, niñas y adolescentes, y en los que no existe unanimidad o consenso sobre lo qué es, o sobre lo que constituye su interés superior, el interés superior del niño es utilizado para fundamentar cualquier posición, incluso posiciones opuestas. Resulta paradójico que no sólo las diferencias culturales en una sociedad van generando visiones distintas de lo que debe entenderse bueno o malos para los niños, niñas y adolescentes, sino que también, el hecho que dentro de una misma sociedad coexistan ideologías distintas que convierten, no pocas veces, el interés superior del niño en un trofeo ideológico utilizado para imponer una determinada postura moral, política, religiosa o moral²⁰².

Por último, debemos ser enfáticos en señalar que cuando nos referimos al interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene a éste o de lo que la justicia cree que es lo mejor para él, sino que cuando hablamos del interés superior, no significa otra cosa que decidir sobre los derechos humanos de los niños, y esto hay que tenerlo muy claro.

Es por ello que consideramos que se debe hacer un esfuerzo intelectual importante para determinar el sentido y alcance de este principio. Quizás no sea posible establecer una regla general que tenga la fuerza suficiente para subsumir en ella todas las hipótesis que se puedan dar en la práctica, pues la vida es más ingeniosa que el más ingenioso de los juristas y legisladores, pero ello no exime de la tarea de contribuir a disminuir en la mayor medida

²⁰² Sobre estas materias se puede consultar: GARCÍA GUTIÉRREZ, Juan: “Una voz para la infancia. Génesis y desarrollo de la Noción de interés superior del niño”, en VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y HERNÁNDEZ PEDREÑO, Manuel (coord.) *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2007, pp. 173-186.

de lo posible la ambigüedad evitando que el contenido definitivo de este principio sea entregado sin más a los conceptos valóricos subjetivos del titular del órgano resolutorio de cada caso.

Atendido el objetivo central de la presente investigación, no me pronunciaré sobre la forma como debe entenderse este concepto jurídico indeterminado, pero sí se debe insistir en la importancia de esta tarea, especialmente al momento de juzgar las situaciones concretas como lo acaecido en el *caso Karen Atala* que estamos analizando.

b.- Sobre la forma procesal de resolver el caso. En el caso “*López contra Atala*” la Corte Suprema resolvió este asunto mediante un recurso disciplinario, que tiene por objeto controlar el adecuado desempeño de los jueces chilenos en el ejercicio de sus funciones. Sin perjuicio del contenido de fondo de la resolución, que personalmente me parece discriminatorio, considero particularmente grave que se haya utilizado un medio procesal que no ha sido concebido para resolver pronunciamientos de fondos sobre los litigios de las partes, para dejar sin efecto una resolución que ya había sido dictada por los tribunales competentes con todas las garantías del debido proceso.

5.- Actuación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

a.- Denuncia de Karen Atala. Argumentos.

Karen Atala con fecha 24 de noviembre de 2004 interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se pretende hacer efectiva la responsabilidad del Estado de Chile por las violaciones cometidas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que revocó la tuición entregada por otros tribunales de la República a la misma, pues estima que esta resolución fue dictada con vulneración a los derechos fundamentales garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Según la denunciante el Estado chileno vulneró la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰³ al no respetar los derechos contenidos en el artículo 8²⁰⁴ sobre garantías judiciales, artículo 11²⁰⁵ sobre protección a la honra y a la dignidad de las personas, artículo 17²⁰⁶ sobre protección a la familia, artículo 24²⁰⁷ sobre la igualdad ante la ley y el artículo 25²⁰⁸ sobre el derecho a la protección judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, Karen Atala también denuncia que el Estado de Chile no ha dado cumplimiento a su obligación de respetar los derechos contenidos en la Declaración y tampoco ha cumplido su compromiso de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Los peticionarios, representantes de Karen Atala denunciaron que varios derechos fundamentales de su representada y de sus hijas fueron conculcados en forma arbitraria y abusiva por el fallo de la Corte Suprema, en virtud del cual, dando lugar el recurso de queja, revocó a la Sra. Atala la custodia de sus tres hijas, fundándose exclusivamente en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual. La defensa de Atala alega que la

²⁰³ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. ARP, BJOR. *Código de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2010, p. 277.

²⁰⁴ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8. “Garantías Judiciales: 1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

²⁰⁵ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 11. “Protección de la Honra y de la Dignidad. 2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

²⁰⁶ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 17. “1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

²⁰⁷ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 24. “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

²⁰⁸ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 25. “Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Corte Suprema de Justicia de Chile aplicó discriminatoriamente las normas que regulan la tuición en Chile, las cuales se basan en el interés superior de los niños, pues en su sentencia diferenció en forma caprichosa e injustificada entre la habilidad de padres heterosexuales y homosexuales de cuidar a sus hijos adecuadamente. Del mismo modo, los peticionarios sostienen que existen violaciones relacionadas al debido proceso porque mediante un recurso de queja, de naturaleza disciplinario, los jueces de la Corte Suprema tomaron una decisión definitiva sobre el fondo del caso sin escuchar adecuadamente a las partes y sin nuevos peritajes que le permitieran tener bases sólidas para reconsiderar la decisión de custodia de dos tribunales inferiores²⁰⁹.

En este orden de cosas, los peticionarios reclaman que la sentencia de la Corte Suprema enfoca sus fundamentos exclusivamente en la orientación sexual de Karen Atala, con lo que se contraviene el principio de igualdad ante la ley. En definitiva sostienen que la injusticia de este fallo radica en que se declara inhábil a la madre para ejercer como tal sólo por ser lesbiana.

La demandante refuerza sus argumentos indicando que el Estado de Chile, a través de la Corte Suprema interfirió abusivamente en su vida familiar y privada, pues existiendo la posibilidad de adoptar medidas menos invasivas como un régimen de visitas amplio a favor del padre en su lugar se optó por la medida menos restrictiva, la total separación de las niñas de su madre. Aduce que el fallo de la Corte Suprema interfiere en su vida privada porque la obliga, innecesaria y arbitrariamente, a escoger entre el ejercicio de su orientación sexual y el mantener la tuición de sus hijas²¹⁰. Sin perjuicio de lo anterior, se alega que la decisión del máximo tribunal chileno vulnera el derecho a la integridad psíquica y moral de la recurrente, pues le vulnera de la legítima posibilidad de criar a sus propios hijos. En consecuencia, este fallo no hace más que trasuntar la idea de que los homosexuales son personas contrarias a los valores familiares, que rechazan las formas de vida familiar tradicional y “viven egoístamente centrados en la relación de pareja, sin ser capaces de desarrollar otros vínculos afectivos”²¹¹.

²⁰⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe No 42/08, sobre admisibilidad de la petición 1271-04, en el caso Karen Átala e hijas con Chile*, de 23 de julio de 2008. Disponible www.cidh.org/annualrep/2008sp/chile12502.sp.htm

²¹⁰ Ídem.

²¹¹ Ídem.

Y por último, se alega porque este fallo hace caso omiso del deseo expreso de las niñas de permanecer al lado de su madre y en su lugar “el fallo promovió la estigmatización y humillación de las niñas en la prensa”²¹².

Creo y espero haber resumido el núcleo esencial de las alegaciones efectuadas por Karen Atala, las que comparto tanto en la forma como en el fondo. A continuación presentaré las principales alegaciones realizadas por Chile.

b.- Posición del Estado chileno.

Los principales argumentos del Estado chileno se pueden resumir en los siguientes, a saber²¹³. El Estado solicita que la denuncia sea declarada inadmisibles debido a que los hechos en ella descritos no caracterizan violaciones a los derechos protegidos por la Convención y los peticionarios recurren al sistema interamericano como si fuera “una suerte de cuarta instancia”, con competencia para revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales sin que éstos hayan actuado fuera de la esfera de su competencia y no hayan aplicado las debidas garantías judiciales. El Estado afirma que dado el carácter subsidiario de los órganos del sistema interamericano, tanto la Corte como la Comisión, han adoptado jurisprudencia en donde indican que dichos órganos sólo podrán entrar a revisar las decisiones judiciales internas cuando la petición se fundamente en una sentencia que haya sido dictada al margen del debido proceso o que viole aparentemente cualquier otro derecho garantizado en la Convención, situación que no ha ocurrido en el presente caso.

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia de la Corte Suprema, según el Estado, no viola los derechos de las niñas. Por el contrario, alega el Estado que el fallo se basó en “el imperativo de proteger el interés superior de sus hijas, amagado, según los elementos de convicción allegados al juicio, por el comportamiento de la madre que optó por iniciar una convivencia con una pareja de su mismo sexo con quien pretendía criar a sus hijas, lo que se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de las menores en el

²¹² Ídem.

²¹³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe No 42/08, sobre admisibilidad de la petición 1271-04, en el caso Karen Átala e hijas con Chile*, de 23 de julio de 2008. Disponible www.cidh.org/annualrep/2008sp/chile12502.sp.htm.

actual contexto de la sociedad chilena”. Igualmente el Estado asevera que en “materia de cuidado personal no es el derecho de los padres el que se ventila, sino que el del niño o niños afectados.”

Sobre los derechos de la madre, el Estado expresa que no existió una denegación de justicia para ella ya que “si bien aparentemente podría pensarse que la decisión tomada afecta los derechos de la madre, ello no es real, ya que lo que existe es la defensa de un bien o derecho superior en protección. En estos casos, el juez o jueza debe optar por preferir un derecho en primacía del otro, resultando preeminente los derechos de los niños por sobre el derecho de su madre”. El Estado aduce que la decisión de la Corte Suprema se basó en una variedad de elementos incluyendo las circunstancias de las niñas, el mérito de la prueba considerada en el proceso, el deterioro social, familiar y educacional que experimentaron, y la discriminación que sufrieron por parte de sus propias amistades.

Como se puede apreciar, el Estado de Chile basó principalmente su defensa en el llamado interés superior de las niñas, lo que viene a reafirmar lo que dijimos en las páginas anteriores en orden a la necesidad de determinar este concepto jurídico, pues su indeterminación, asociado al subjetivismo permitiría justificar cualquier trasgresión de los derechos de los progenitores.

c.- Demanda de la Comisión²¹⁴.

Después de haber recibido los antecedentes, de haber escuchado a las partes y haber agotado la posibilidad de llegar a una solución amistosa, la Comisión con fecha 17 de septiembre de 2010 decide demandar al Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por considerar que los derechos de la ciudadana Karen Atala y sus hijas fueron conculcados por uno de sus órganos, en este caso, la Corte Suprema de Justicia.

De acuerdo a lo sostenido por la Comisión, el objeto de la demanda deducida en contra del Estado de Chile consiste en obtener que la Corte Interamericana de Justicia concluya y declare que: a) Que el Estado de Chile es responsable por la violación del

²¹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Demanda en contra del Estado de Chile en el caso 12.502 Karen Atala e hijas contra Chile, de 17/10/2010. Disponible <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>.

derecho a la igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala; b) Que el Estado de Chile es responsable por la violación a la vida privada consagrada en el artículo 11.2 de la Convención en relación con el mismo artículo 1.1; c) Que el Estado de Chile es responsable por la violación a la vida privada y familiar y a la familia, establecidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana en relación al artículo 1.1; d) Que el Estado de Chile es responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de protección especial de las niñas y de asegurar la igualdad de derechos de los cónyuges tras la disolución de un matrimonio, consagradas en los artículos 19 y 17.4 de la Convención en relación con el ya citado artículo 1.1; y, e) Que el Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidas en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 de la misma.

Para el supuesto que se hagan efectivas estas responsabilidades la Comisión solicito a la Corte que se ordene al Estado chileno a: a) Reparar el daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas en la demanda; b) Investigar e imponer las consecuencias legales que correspondan por el actuar de los funcionarios judiciales que violentaron los derechos de los peticionarios; c) Que se reconozca públicamente la responsabilidad internacional del Estado y publique las partes pertinentes de la sentencia que indique la Corte; d) Disponga medidas de rehabilitación que correspondan; e) Adopte medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia; y f) Que se paguen las costas y gastos legales incurridos durante la tramitación del caso.

Respecto a los fundamentos de hecho de la demanda deducida por la Comisión, dentro del contexto de esta investigación solamente nos ocuparemos de comentar las razones por las cuales este organismo llegó a la conclusión de que el Estado de Chile vulneró el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación de Karen Atala.

En primer lugar, se sostiene en esta demanda que tanto La Comisión como la Corte han “señalado reiteradamente que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos”²¹⁵.

Ahora, para configurar el concepto de discriminación ante el silencio de la Convención, se toma como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. De esta manera, se concluye que discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²¹⁶.

También la Comisión enfatiza que la Corte ha señalado reiteradamente que no se encuentran proscritas todas las distinciones de trato. En efecto, se recuerda que la jurisprudencia de la Corte ha diferenciado claramente entre distinciones y discriminaciones, de forma que “las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”²¹⁷.

Ahora bien, respecto de la discriminación por orientación sexual, la Comisión en su libelo señala que si bien Comisión observa que la orientación sexual no se encuentra establecida en el texto de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, ello no es óbice para que se entienda incluida puesto que esa norma “se trata de una cláusula abierta que permite la inclusión de otras categorías bajo la fórmula otra condición social”²¹⁸.

En relación con el caso *Karen Atala*, la Comisión en primer lugar hace referencia a que el Estado de Chile argumentó que la decisión de la Corte Suprema no se basó en la orientación sexual de la Sra. Atala, sino en la convivencia de ésta con su pareja, hecho que

²¹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. STC. Cit., Considerando 74.

²¹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. STC. Cit., Considerando 75.

²¹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. STC. Cit., Considerando 85.

²¹⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. STC. Cit., Considerando 91.

traía consecuencias negativas para las menores. Sin embargo, contraviniendo esta argumentación, la Comisión, a mi entender correctamente, recuerda que la orientación sexual de una persona como criterio prohibido de discriminación y categoría sospechosa, “no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”²¹⁹. Desde esta perspectiva, la Comisión argumenta en la demanda contra el Estado de Chile, que la orientación sexual de la madre, fue el principal sustento del Tribunal Supremo para fundar su decisión.

Según la Comisión, el que la Corte Suprema entendiera que la madre no podía conservar la custodia de sus hijas por el sólo hecho que vivía con una pareja del mismo sexo y esto afectaría el interés superior de las niñas, “evidencia de que dicha autoridad judicial efectuó una distinción en perjuicio de Karen Atala en la aplicación de la ley relevante para la determinación de asuntos de familia, con base en una expresión de su orientación sexual, como lo es la decisión de conformar una pareja y establecer una vida con ella”²²⁰.

d.- Algunas Perspectivas.

Con independencia de la importancia que tiene para Karen Atala y sus hijas una eventual sentencia favorable por parte de la Corte Interamericana, quisiéramos destacar con particular interés, que una condena al Estado de Chile, acompañada con la necesidad de realizar las acciones de adopción medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia, implicaría un trascendental giro en Chile respecto del respeto y protección de las personas que tienen una orientación sexual diversa a la heterosexual.

Por ello no es de extrañar que esta decisión de la Comisión en orden a demandar al Estado de Chile por las vulneraciones de derechos sufridas por Karen Atala ha sido calificada como un hecho histórico por las distintas asociaciones de defensa de los derechos ciudadanos. Sobre la materia, el Movilh resaltó el carácter histórico de la misma, que sin

²¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. STC. Cit., Considerando 96.

²²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. STC. Cit., Considerando 97.

duda marcará una nueva etapa en la lucha por el respeto a los derechos de las minorías sexuales, “sector social que generalmente ve vulnerados sus derechos, teniendo como cruel contexto a un poder judicial que lejos de hacer justicia, legitima los atropellos con sus fallos”.

La importancia de la resolución no se explica sólo porque abre una esperanza cierta de justicia para Atala, sino también porque pide a Chile que adopte “la legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”²²¹.

En efecto, una condena de esta naturaleza implicaría para el Estado de Chile implementar una serie de medidas tendentes a adecuar la normativa constitucional y legal con el objeto de dar debida protección a estas personas, pero además se haría necesario que se adoptarán todas las políticas y programas públicos, tanto preventivas como represivas que sean idóneas para erradicar de nuestra sociedad las discriminaciones de esta naturaleza.

Lo anterior, consideramos que es fundamental para el logro de la igualdad y el respeto a las minorías sexuales, y en cierta forma esperanzadora, pues el Estado de Chile en cierta medida se ha mostrado bastante respetuoso con las obligaciones nacidas de sentencias condenatorias en su contra dictadas por la Corte²²².

Pero además, el caso Atala no sólo producirá consecuencias respecto de Chile, sino en relación de todos los países que han suscrito El Pacto de San José de Costa Rica, porque este es la primera vez que el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos se pronuncia sobre un caso de discriminación por orientación sexual.

Creemos firmemente que la valentía de Karen Atala y la decisión de La Comisión constituyen un primer gran paso por el respeto de la dignidad y la diversidad en todo el continente americano.

²²¹ Nota publicada en el periódico on-line AG.Magazine.info. Disponible en <http://www.agmagazine.info/2010/04/05/la-comision-interamericana-de-ddhh-le-dio-la-razon-a-la-jueza-karen-atala/>.

²²² Por ejemplo, en el caso Claude Reyes y otros contra Chile, la Corte condenó al Estado chileno por vulnerar a los peticionarios su derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información pública, por sentencia de 19 de septiembre de 2006, imponiéndole como deber tomar todas las medidas legislativas que fueran necesarias para garantizar efectivamente este último derecho. Como consecuencia de esta sentencia el 20 de agosto de 2008, fue publicada la Ley No 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, que asegura efectivamente el ejercicio de este derecho por parte de los ciudadanos.

Una de las últimas consideraciones expuestas en la demanda por el organismo internacional es fundamental y ya comienza a marcar un nuevo horizonte y a dar nuevos bríos en la lucha por la igualdad:

“Finalmente, la Comisión considera que el Estado de Chile debe adoptar medidas de no repetición, a fin de asegurar que no vuelvan a repetirse violaciones como las alegadas en la demanda. En su informe de fondo, la Comisión observó con especial preocupación que los prejuicios contra las personas homosexuales presentados en la demanda interpuesta por el Señor López, equiparando descuido y desamparo con la opción sexual de la madre, y el tener una convivencia lésbica con el contagio de enfermedades de transmisión sexual, fueron cobijados y legitimados por la Corte Suprema de Justicia y por el Juez Titular del Tribunal de Menores de Villarrica al dictar su resolución de tuición provisional. Al hacerlo, dichas autoridades judiciales no sólo discriminaron a la señora Karen Atala, sino que promovieron y contribuyeron a perpetuar los mismos estereotipos que han generado la discriminación histórica contra un grupo determinado de personas, en este caso, las personas homosexuales”²²³.

Finalmente, cabe destacar que los días 23 y 24 de agosto de 2011 en Bogotá, Colombia, se celebró el juicio, ocasión en que la Corte en una audiencia pública se impuso de los alegatos de los representantes de la jueza chilena Karen Atala, junto con los alegatos del Estado chileno y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En esta audiencia, la Corte escuchó a la Comisión, cuyos representantes expusieron los fundamentos de la presentación del caso ante el tribunal. Acto seguido, se escuchó el testimonio de Karen Atala y los peritajes de expertos propuestos por la Comisión y la defensa de Karen Atala²²⁴. Finalmente, la Corte escuchó los alegatos de clausura de todas las partes

²²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. STC. Cit., Considerando 167.

²²⁴ Estos peritos fueron los profesores de derecho, Juan Carlos Marín (ITAM, México), Rodrigo Uprimny (U. Nacional de Colombia), Robert Wintemute (King’s College of London), y los expertos Emilio García Méndez

Por último, de acuerdo a versiones extraoficiales de la prensa chilena²²⁵ se espera que el fallo de la Corte Interamericana del caso Karen Atala sea dado a conocer durante el primer trimestre del año 2012. Lógicamente existe una gran expectación en el resultado de esta sentencia, especialmente en América pues como se ha dicho, será la primera vez que este alto organismo jurisdiccional se pronunciará sobre un caso de discriminación por orientación sexual, en una parte del mundo donde las hostilidades y abusos a las personas por causa de su orientación sexual siguen siendo muy frecuentes.

(Argentina) y Allison Jernow (Comisión Internacional de Juristas). A los testimonios orales se agregaron los informes en derecho preparados por la decana de la Facultad de Derecho de la U. de Buenos Aires, Mónica Pinto, así como los peritajes de los profesores de derecho Fabiola Lathrop (U. de Chile), Leonor Etcheberry (UDP) y Miguel Cillero (UDP). Junto con estos testimonios, diversas organizaciones y universidades presentaron sus propios escritos jurídicos, en apoyo al caso de Karen Atala e hijas.

²²⁵ <http://diario.latercera.com/2011/08/25/01/contenido/pais/31-81327-9-fallo-en-caso-de-la-jueza-karen-atala-se-conocera-el-primer-trimestre-de-2012.shtml>.

A modo de conclusión.

Después de la Segunda Guerra Mundial comienza a producirse un proceso de internacionalización de los derechos humanos, los errores y horrores de este período de nuestra historia, hicieron a muchas personas y Estados reaccionar y tomar conciencia de la importancia del respeto a la dignidad de todos los seres humanos y a los derechos que de ella emanan. En definitiva, desde finales de la década de los cuarenta del Siglo pasado, los derechos humanos comenzaron a instalarse con toda propiedad, tanto en el plano interno como en el internacional.

Grandes acontecimientos han pasado desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y el reconocimiento normativo de estos. Los derechos de segunda generación, esto es, los derechos sociales, económicos y culturales, en muchas sociedades son simples promesas para sus ciudadanos.

Con el valor de la igualdad y los principios y derechos que de él se desprenden la situación no ha sido diferente. Es decir, a pesar que las distintas declaraciones de derechos humanos y las diversas constituciones de casi todos los Estados, han hecho suyo el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado, la realidad social se encarga de desmentirlo día a día. No son pocas las situaciones en que se da la irónica y cruel paradoja de que los derechos que se entienden poseen los ciudadanos en la práctica son vulnerados una y otra vez.

Esta situación permanente de discordancia entre la norma y la realidad, entre el deber ser y el ser, ha sido dramáticamente experimentada, especialmente por el grupo compuesto por aquellas personas que tienen una orientación sexual distinta a la heterosexual y que han decidido vivir de acuerdo a este aspecto de su vida personal y no ocultarlo a los demás.

En los últimos años, especialmente gracias a la incansable labor de mujeres y hombres que han luchado valientemente por sus derechos, se ha ido produciendo una importante reacción tanto por parte del Derecho internacional de los derechos humanos como por los órganos constituyentes y legislativos de varios Estados en el sentido de comenzar a tomar medidas legislativas concretas tendentes a hacer realmente efectiva la igualdad y evitar las discriminaciones por causa de la orientación sexual de las personas.

Desde luego que este avance reconoce determinadas características y diversas particularidades, dependiendo de la región del mundo que pretendamos analizar. De esta manera, no hay avances y si los existieran, ellos serían mínimos, en las sociedades musulmanas donde existe una total identificación entre el Derecho, la religión y la moral. Por otra parte, las sociedades europeas se han mostrado mucho más abiertas a entender y empatizar con las personas LGTB, particularmente la sociedad española que en los últimos años ha ido tomando una serie de medidas concretas que apuntan a hacer efectiva la ansiada igualdad y comenzar a erradicar de una vez por todas cualquier forma de discriminación por causa de la orientación sexual. En Latinoamérica este proceso ha resultado mucho más lento, aunque poco a poco es posible observar como algunas sociedades y sus respectivos gobiernos comienzan a entender la importancia de respetar y garantizar estos derechos a sus ciudadanos, como es el caso de la conservadora sociedad chilena.

En definitiva, la sola igualdad formal, reconocida en las grandes declaraciones y las normas constitucionales, no fue capaz de dar una debida protección a las personas; no pudo evitar las discriminaciones y por ello fue necesario ir adoptando una serie de medidas, especialmente legislativas, para concretar una verdadera igualdad material.

En el plano internacional la lucha por el respeto a los derechos de las llamadas minorías sexuales se ha encuadrado dentro del contexto de Naciones Unidas. A nivel regional americano al amparo de la OEA y en Europa a la luz de las iniciativas emanadas, principalmente de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

En lo que respecta a la labor llevada a cabo al alero de Naciones Unidas, es preciso destacar que el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB ha sido bastante tardío, y si bien de los principios generales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se permite deducir con meridiana claridad que el derecho a no ser discriminado por causa de la orientación sexual se encuentra reconocido en estos instrumentos, atendida la importancia que tiene este sistema universal de derechos humanos, era esperable una posición más firme y más directa en este sentido.

La defensa de los derechos de las personas LGTB en Naciones Unidas es bastante nueva, tanto así que sólo en el año 2011 se ha conseguido una resolución específica sobre

los mismos, y, consecuentemente, sobre la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. Se trata de la resolución A/HRC/17/L.9/Rev.1 sobre “*Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género*” que aprobó el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 17 de junio de 2011. Sin embargo, a pesar de lo tardío de esta reacción, dicha resolución de todas formas ha sido considerada un hecho histórico en todo este proceso de reivindicación de los derechos de las personas LGTB.

En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), en total coherencia con los principios propios de una sociedad democrática y el respeto a los derechos humanos, en el año 2009, la Asamblea General adopta la “*Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*”.

Al respecto, considero que una de las consecuencias más importantes de esta resolución, emana del acuerdo adoptado para solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los demás órganos del sistema interamericano que sigan prestando la adecuada atención al tema. Así las cosas, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte más que nunca deberán tener en cuenta los principios de esta resolución, al momento de conocer algún caso en que se discuta la vulneración de los derechos de las personas con ocasión de su orientación sexual.

En Europa se han verificado esfuerzos tanto a nivel de la Unión Europea como del Consejo de Europa para ir fortaleciendo cada vez más el respeto a las personas, con independencia de su condición sexual. En especial, las diversas normativas emanadas de este último han sido fundamentales para que los diversos Estados vayan adecuando su legislación interna y la hagan, en definitiva, más armónica y compatible con la dignidad y los derechos de las personas LGTB.

Dentro de este marco, la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha resultado decisiva desde dos perspectivas. Por un lado, desde un punto de vista doctrinal sus fallos han sido una herramienta de ineludible valor para dar contenido a los distintos derechos fundamentales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por otro lado, se ha podido alzar como una instancia final, real y concreta a la que pueden acudir los ciudadanos que se ven afectados en sus derechos.

Sin embargo, y a pesar de estos esfuerzos, al parecer la situación de las personas lesbianas, gays, transexuales y heterosexuales aún es complicada en muchos de los países de la Unión. Dos recientes informes, emitidos uno en el año 2010 por la Agencia Europea para los Derechos Humanos y otro en el 2011 por el Consejo de Europa, nos hacen volver a asumir que la lucha por la igualdad y el respeto a los derechos de las personas LGTB en varios países de Europa presenta muchas deudas y tareas pendientes.

Ahora, el caso español ha resultado paradigmático en todo este proceso, y se ha transformado en un verdadero ejemplo a seguir para muchos países, especialmente latinoamericanos, por el enorme desarrollo que ha experimentado en tan poco tiempo, en el reconocimiento al respeto y dignidad de las personas que tienen una orientación sexual diversa a la heterosexual.

Es posible que muchos ciudadanos y ciudadanas españoles consideren que los resultados conseguidos son insuficientes, que falta camino por recorrer, sin embargo, y sin entrar a discutir el fondo de esta afirmación, desde mi particular perspectiva, no puedo dejar de señalar, dentro del contexto de estas reflexiones finales, que me parece notable los avances conseguidos por la sociedad española en tan sólo treinta y tres años. Todos sabemos que no es fácil cambiar las tradiciones, las costumbres y las creencias, que en las sociedades se generan, influidas por determinados estereotipos que suelen estar muy arraigados en el sentir colectivo. A veces sucede que el clamor popular actúa como fuente material del Derecho, pero en otras, debe ser la autoridad estatal, por medio del Derecho la que debe contribuir a este cambio de mentalidad. Me parece que en España se han producido ambos fenómenos sociales.

Lo que acabo de indicar cobra vida en una serie de medidas legislativas que me atrevo a señalar, han logrado hacer posible que una persona LGTB, tenga una mejor y más digna vida que hace treinta años atrás.

Este nuevo orden de cosas se comienza a construir desde la propia Constitución. Norma que hace suyos los valores de igualdad y dignidad y el derecho a no ser objeto de un trato diferenciado injusto, y que si bien no consagra el derecho a no ser discriminado por orientación sexual, no hay duda ni para la doctrina ni para el Tribunal Constitucional, que estamos en presencia de un derecho que es merecedor de toda la protección jurisprudencial que reconoce el sistema constitucional español.

En el plano legislativo, una de las primeras medidas adoptadas en la España democrática fue la despenalización de la homosexualidad. Y esto es fundamental, es desde luego el primer paso en todo este proceso, pues si la homosexualidad es considerada un delito, no tiene sentido reivindicar otras instituciones como el matrimonio, el derecho a adopción o la misma no discriminación. Este camino seguido por el derecho penal concluye con la reforma del Código penal por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la que se va a producir un cambio significativo a favor de las minorías sexuales, pues se introduce el delito de discriminación por orientación sexual.

En otras áreas del Derecho, como es el Derecho militar, el ámbito laboral, de la seguridad social o administrativo, se han ido paulatinamente adecuando sus disposiciones con el objeto de consagrar en ellas los valores y derechos constitucionales.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, quisiera detenerme especialmente en el reconocimiento de los avances experimentados en el ámbito propio del Derecho civil. En este escenario se han construido dos pilares claves en la defensa de los derechos de los ciudadanos LGTB.

Por un lado, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que posibilita la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Esta Ley es sin lugar a dudas el resultado de muchos años de luchas y esfuerzos. Es decir, desde ahora ya no basta que las personas homosexuales no sean penalizadas por su orientación sexual o que se impidan que sean discriminadas, ahora pueden optar por un proyecto de vida personal y sentimental como es el matrimonio, del mismo modo que cualquier persona. Sin duda estamos frente a un gran avance, pero no sólo para las personas LGTB, para la lucha en general por la igualdad efectiva. Tal como señale en el cuerpo del presente TFM, la existencia de un matrimonio entre personas del mismo sexo, es una situación llamada a contribuir en forma decisiva a la lucha por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, especialmente en lo que se refiere a la deconstrucción de los estereotipos y paradigmas propios de una sociedad patriarcal, es decir, con el matrimonio entre personas del mismo sexo la complementariedad de sexos pierde su significado histórico lo que repercute en la imposición de roles y de la división sexual del trabajo.

Por su parte, este nuevo escenario da lugar a otro derecho esencial en el libre desarrollo de la personalidad de las personas, el derecho a conformar una familia, la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo conduce a la adopción y la adopción conduce a desmitificar fuertemente la idea de que la homosexualidad es una desviación de la que debemos cuidar a nuestros niños y niñas. Otro gran avance, qué duda cabe de ello.

En el ámbito civil también vale la pena destacar la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; que permite en definitiva la admisión en el ámbito jurídico del cambio de sexo, por lo que reconoce el derecho a la identidad sexual de las personas transexuales. Esta Ley introdujo una importante reforma en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la que en relación a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, permitió que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última pudiese consentir en que cuando naciese el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

A pesar de todos estos avances legislativos, queda bastante por hacer. Estas medidas normativas deben ser complementadas con políticas públicas eficaces que apunten a educar en la igualdad. Estoy convencida, luego de todo lo que he aprendido en el marco de la presente investigación, de que la sociedad española es cada vez más tolerante y respetuosa y que las personas, con independencia de su orientación sexual, en la España del 2012, pueden vivir más dignamente que en muchos otros países.

Respecto a la situación chilena, debo partir señalando que los avances experimentados en la sociedad en la lucha por la igualdad y la no discriminación a las personas LGTB ni siquiera se asemeja a todos los avances experimentados en la realidad española.

Si bien la Constitución chilena reconoce el principio de igualdad como una de sus piedras angulares y en dicho texto se encuentra recogido expresamente el derecho a la no discriminación en términos generales, el ulterior desarrollo legislativo más específico no ha sido muy significativo en lo que dice relación con la protección a las personas que se circunscriben dentro del concepto minorías sexuales. Algunas manifestaciones muy primarias las encontramos en la legislación laboral donde se establece que son contrarias a

las leyes del trabajo las discriminaciones, entre otras causas por la orientación sexual de los trabajadores y las trabajadoras.

En la actualidad existen dos proyectos de ley que en algo vendrían a potenciar la protección normativa de las personas LGTB. Se trata, por un lado, de un proyecto de ley que tiene por objeto sancionar los actos arbitrarios de discriminación, estableciendo un procedimiento jurisdiccional más sumario y sanciones para las personas que afecten el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado y, por otro, el proyecto de acuerdo de vida en común que persigue dar un marco legal a las uniones entre personas al margen del matrimonio, al cual pueden acogerse las personas del mismo sexo.

En consecuencia, en los veinte años de democracia chilena, al año 2012 no existe ninguna legislación específica destinada a proteger a los ciudadanos LGTB, solamente dos proyectos de ley, fuertemente cuestionados por ciertos sectores de la sociedad, lo que demuestra que tener una orientación sexual diversa a la heterosexual en Chile y exteriorizarla, no es algo fácil, al contrario, la vida se puede complicar de forma inimaginable.

De esta manera, por la falta de un marco normativo de protección adecuado, unido a la conservadora sociedad chilena, considero que los derechos de las personas LGTB no se encuentran debidamente protegidos y los abusos y discriminaciones no se encuentran por tanto erradicados, al contrario se siguen produciendo.

El *caso Karen Atala* con el que concluimos esta investigación fue escogido especialmente para ilustrar la situación existente en Chile. Es un caso paradigmático, pues una mujer profesional, jueza de la República, con un nivel cultural y socioeconómico alto, sufrió en carne propia los prejuicios de un importante sector de la sociedad chilena. Pero lo más grave fue, que el propio sistema judicial, el encargado de velar por el respeto a los derechos y garantías fundamentales discriminó a una ciudadana por su condición de lesbiana.

La forma como la Corte Suprema cerró las puertas a la protección requerida por Karen Atala, la impulsó a solicitar la protección en el sistema interamericano de protección. La Comisión Interamericana, en ejercicio de sus facultades, entendió que el Estado chileno no había dado una efectiva protección a la ciudadana Karen Atala y atendidos los

antecedentes acompañados decidió demandar al Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El caso se encuentra bastante avanzado en esta última instancia, y de seguro que en los próximos meses ya debería salir a la luz el fallo. Entiendo que, la Corte debería condenar al Estado de Chile, y en virtud de esta condena exigirle que adecue su legislación tanto material como procesal a fin de impedir que en el futuro se vuelvan a producir situaciones de esta naturaleza.

La resolución de la Corte Interamericana es sumamente importante, desde luego para Karen Atala, pero también para miles de personas que atentas y esperanzadas esperan una poderosa señal de este órgano jurisdiccional, pues con ella se sentaría un precedente, especialmente en América Latina, en orden a conminar a los distintos Estados a no sólo de abstenerse de discriminar a las personas LGTB sino que especialmente a cumplir un rol más protagónico, por medio de acciones positivas y eficaces para que la igualdad deje de ser solamente una declaración y una promesa.

Desde mis primeros años de estudio de la carrera de Derecho, supe que VON IHERING, tenía toda la razón cuando reflexiona con estas bellas palabras: “El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza con la que pesa el derecho, en la otra la espada, con la que lo mantiene. La espada sin balanza es violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho. Ambas van juntas, y un estado jurídico perfecto impera sólo allí donde la fuerza con que la justicia mantiene la espada, equivale a la pericia con que se maneja la balanza”²²⁶.

En una sociedad donde se toleran y quedan impunes actos de discriminación como los expuestos en el presente trabajo, y especialmente cuando estos actos provienen de las autoridades públicas, la justicia se olvida de la balanza y es solamente la espada, es decir, la violencia bruta es la que se impone, y eso no puede seguir sucediendo, NUNCA MÁS.

²²⁶ VON IHERING, Rudolf: *La lucha por el derecho*. Ciudad de México: Editorial Cajica, 1957, p. 45.

Bibliografía utilizada.**I.- Doctrina.**

- AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo: “El principio de interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2008, Año 6, Nº 1, pp. 223-247.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique: “Prohibición de discriminación”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique, FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela y NUÑO GÓMEZ, Laura (Dir.) *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad*. Madrid: Iustel, 2009, pp. 39-54.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2008.
- ARECHERREDA ARANZADI, Luis: “El derecho del nacido a la verdad biológica”, *Centro de Documentación Bioética*, Departamento de Humanidades Biomédicas, Facultades de Medicina, Ciencia y Farmacia, Universidad de Navarra. Disponible en <http://www.unav.es/cdb/underechoverdad.html>.
- AYALA CORAO, Carlos: “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2007, Año 5, Nº 1, pp. 127-201.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, 2010, Nº 8, pp. 25-37.
- BEATRIZ GIMENO, Violeta: “La institución matrimonial después del matrimonio homosexual”, *Revista de Ciencias Sociales*, 2009, Nº 35, pp. 19-30.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Universidad Carlos III de Madrid, enero 2007. Disponible en http://www.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/4_4_2007.pdf.
- BUSTOS BOTTAI, Rodrigo: “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2007, Nº 6, pp.127-147.
- CALDERÓN VARGAS, Mario y TOLEDO TAPIA, Fernando: “El sistema interamericano de protección a la persona humana”, *Revista Chilena de Derecho*, 1991, Volumen 18, Nº 3, pp. 385-403.
- CANO ROCA, Guillem: *La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, pp. 36-58.

- CARMONA CUENCA, Encarnación: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, 1994, Nº 84, pp. 265-286.
- CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.
- CHUECA SANCHO, Ángel: “No discriminación en la Convención Europea de Derechos Humanos”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1979, Nº 6, pp. 29-51.
- CILLERO, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en GARCÍA, Emilio y BELOFF, Mary (Comp.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- DE MARTIN, Siro y PONT, Francisco: “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en PÉREZ CURCI, Juan Ignacio (Coord.) *Los derechos humanos en Latinoamérica*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica de Argentina, 2010, pp. 201-264.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Aranzadi, 2005.
- DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena: “El tratamiento de la discriminación por orientación e identidad sexual por parte de la Unión Europea y su relación con la jurisprudencia constitucional española”, *Analistas de Doctrina Constitucional*, publicado el 12 de noviembre de 2010. Disponible en <http://analistasdc.com/2010/11/12/el-tratamiento-de-la-discriminacion-por-orientacion-e-identidad-sexual-por-parte-de-la-union-europea-y-su-relacion-con-la-jurisprudencia-constitucional-espanola/>.
- DULITZKY, Ariel: “Una mirada al sistema interamericano de derechos humanos”, *América Latina Hoy*, Universidad de Salamanca, 1998, Volumen 20, pp. 9-18.
- FARNOS AMORÓS, Esther: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, Nº 1.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: *Principio constitucional de igualdad ante la ley*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2001.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Encarnación: *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2003.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, *JUS: Rivista di Scinze Giuridiche*, 2003, Año L, Maggio – Agosto, pp. 201-233.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: “La igualdad compleja en el constitucionalismo del Siglo XXI. Referencia especial a la no discriminación por razón de sexo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número Conmemorativo 1948-2008, 2008, pp. 245-271.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio: *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. Santiago de Chile: Legalpublishing, 2008.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, Juan: “Una voz para la infancia. Génesis y desarrollo de la Noción de interés superior del niño”, en VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y

- HERNÁNDEZ PEDREÑO, Manuel (coord.) *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2007, pp. 173-186.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel: “La complementariedad entre la igualdad y la diferencia”, *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 2008, Vol. 15, Nº 2, pp. 69-98.
 - GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
 - LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco: “Problemas de la igualdad”, en VALCÁRCEL BERNALDO DE QUIRÓS, Amelia (Comp.) *El concepto de igualdad*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 65-76.
 - LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1994, Nº 7, pp. 317-338.
 - MARTÍN SÁNCHEZ, María: *Inclusión de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el art. 14 C.E., en adecuación a la Constitución Europea*. Toledo, Universidad Castilla-La Mancha, Seminario de Profesores de Derecho Constitucional: La Reforma Constitucional, 18 de junio 2004. Disponible en: http://www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma_constitucional/ponencias/maria.pdf.
 - MONFERRER TOMÀS, Jordi: “La construcción de la protesta en el movimiento gay español: La Ley de Peligrosidad Social (1970) como factor precipitante de la acción colectiva”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2003, Nº 102, pp. 171-204.
 - MONTERO DE LA TORRE, David: *Derechos humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional*. En *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007.
 - MONTESINOS SÁNCHEZ, María: “Matrimonio y homosexualidad”, *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, 2006, Nº 8, pp. 159-180.
 - NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2ª Edición, 2008.
 - NUÑEZ POBLETE, Manuel: “La Igualdad ante la Ley”, en GARCÍA HUIDOBRO CORREA, Joaquín, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: EDEVAL, 1997, pp. 95-116.
 - NUÑEZ POBELTE, Manuel: “Los instrumentos procesales para la protección de los derechos humanos”, en GARCÍA HUIDOBRO CORREA, Joaquín, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: EDEVAL, 1997, pp. 315-351.
 - PALACIOS ZULOAGA, Patricia: *La no discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006.

- PASCUAL LAGUNAS, Eulalia: *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch Editor, 2009, p. 146.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, 1986.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- PICHARDO GALÁN, José Ignacio: “(Homo) sexualidad y familia: cambios y continuidades al inicio del tercer milenio”, *Política y Sociedad*, 2009, Vol. 46, Nº 1-2, pp. 143-160.
- PLATERO MÉNDEZ, Raquel: “La discriminación por orientación sexual e identidad de género”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique, FIGUERELO BURRIEZA, Ángela y NUÑO GÓMEZ, Laura (Dir.) *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*. Madrid: Iustel, 2009, pp. 169-182.
- PLATERO MÉNDEZ, Raquel: “Transexualidad y agenda política: Una historia de (dis) continuidades y patologización”, *Política y Sociedad*, 2009, Vol. 46, Nº 1-2, pp. 107-128.
- QUESADA SEGURA, Rosa: “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2007, Nº Extra 3, pp. 53-75.
- QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, Nº 3. Disponible en http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: “La discriminación múltiple. Una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, Año 28, Nº 84, pp. 251-281.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: “El Recurso de Protección. Sus innovaciones procesales”, *Revista Chilena de Derecho*, 1998, Volumen 20, Números 2-3, Tomo I, pp. 453-466.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*. Madrid: DYKINSON, 2007.
- RODRÍGUEZ –PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: “Igualdad y discriminación”. Madrid: Tecnos, 1983, pp. 167-173.
- OEHLING DE LOS REYES, Alberto: “El concepto constitucional de dignidad de la persona: Formas de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, Nº 91, enero-abril, pp. 135-178.

- SIMON, Farith: *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales, Tomo I*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2008.
- TODA CASTÁN, Daniel: “Un repaso de las resoluciones del Tribunal Constitucional referentes a la homosexualidad”, *Analistas de Doctrina Constitucional*, publicado el 12 de noviembre de 2010. Disponible en <http://analistasdoctrinatc.blogspot.com/2010/05/hoy-17-de-mayo-se-celebra-el-dia.html>.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana: *Manual de Derecho Político, Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos, 1991.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis: “El derecho de igualdad y el reconocimiento de la obligación a la dogmática”, *Revista de Derecho Político*, 2006, N° 67, pp. 41-75.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo II*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª Edición, 2006.

II.- Legislación interna.

Chile

- Constitución Política, 1980.
- Código Civil, 2011.
- Código del Trabajo, 2011.
- Código Penal, 2011.

España

- Constitución Española, 1978.
- Ley 16/1970, de 4 de agosto, *sobre peligrosidad y rehabilitación social*, publicada en el BOE N° 187 de 6 de agosto de 1970.
- Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento*, publicada en el BOE N° 10 de 11 de enero de 1979.
- Ley 5/1984, de 26 de marzo, *Reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, publicada en el BOE N° 74, de 27 de marzo de 1984.
- Ley Orgánica 12/1985, *del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, publicada en el BOE N° 0286, de 29 de noviembre de 1985.
- Ley Orgánica 13/1985, *del Código Penal Militar*, publicada en el BOE N° 296, de 11 de diciembre de 1985.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*, publicada en el BOE N° 275, de 17 de noviembre de 1987.

- Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, *sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores*, publicada en el BOE N° 0140, de 11 de junio de 1988.
- Ley Orgánica 3/1989, *de actualización del Código Penal*, publicada en el BOE N° 0148, de 22 de junio de 1989.
- Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, *De ordenación general del sistema educativo*, publicada en el BOE N° 238, de 4 de octubre de 1990.
- Ley Orgánica 10/1995, *del Código Penal*, publicada en el BOE N° 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, *del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, publicada en el BOE N° 289, de 3 de diciembre de 1998.
- Ley 10/2002, *de Calidad de la educación*, publicada en el BOE N° 307, de 24 de diciembre de 2002.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de Medidas fiscales, administrativas y financieras*, publicada en el BOE N° 313, de 31 de diciembre de 2003.
- Ley 13/2005, *Por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, de 1 de julio, publicada en el Boletín Oficial N° 157, de 2 de julio de 2005.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, *Sobre técnicas de reproducción humana asistidas*, publicada en el BOE N° 126, de 27 de mayo de 2006.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de 2006, *de Educación*, publicada en el BOE N° 106, de 4 de mayo de 2006.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, *Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, publicada en el BOE N° 65, de 16 de marzo de 2007.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, publicada en el BOE N° 71, de 23 de marzo de 2007.

III.- Jurisprudencia:

Jurisprudencia nacional

España

Tribunal Constitucional

- Sentencia 75/1983, de 3 de agosto de 1983.
- Auto 446/1984, de 11 de julio de 1984.
- Auto 222/1994, de 11 de julio de 1994.
- Sentencia 41/2006, de 13 de febrero de 2006.
- Sentencia 059/2008, de 14 de mayo de 2008.
- Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008.
- Sentencia 77/2009, de 23 de marzo de 2009.

Chile

Tribunal Constitucional.

- Sentencia de 4/11/2001, Rol 1683, Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

Tribunales Ordinarios

- Juzgado de Letras de Menores de Villarrica. Sentencia de 29/10/2003, en caso López con Átala.
- Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 30/03/2004, en apelación del caso López con Átala.
- Corte Suprema. Cuarta Sala. Sentencia de 31/05/2004, dictada en Recurso de Queja en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco en el caso López con Átala.

Colombia

- Corte Constitucional, Sentencia T-629/10, dictada en referencia al expediente T-2384611, el 13 de agosto de 2010.

Jurisprudencia internacional

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

- -Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).
- -Joslin et al. contra Nueva Zelanda, Comunicación N° 902/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999.
- -Young contra Australia, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000.
- Wolfmeyer contra Austria, sentencia de fecha 26 de mayo de 2005 dictada en el caso.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Informe No 42/08, sobre admisibilidad de la petición 1271-04, en el caso Karen Átala e hijas con Chile, de 23 de julio de 2008, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Dudgeon contra Reino Unido, sentencia de 22 de octubre de 1981.
- Smith y Grady contra Reino Unido, sentencia de 27 de septiembre de 1999.

- Mata Estévez contra España, sentencia de 10 de mayo de 2001.
- Fretté contra Francia, sentencia de 26 de mayo de 2002.
- L. y V. contra Austria, sentencia de 9 de enero de 2003.
- Karner contra Austria, sentencia de 24 de julio de 2003.
- E.B. contra Francia, sentencia de 14 de marzo de 2007.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Asunto P.S. C-13/94, sentencia data del 30 de abril de 1996.
- Asunto Lisa Jacqueline Grant y South-West Trains Ltd C-249/96, sentencia de 17 de febrero 1998.
- Asuntos acumulados C-122/99 y C-125/99, sentencia de 31 de mayo de 2001.
- Asunto Maruko C-267/06, sentencia de 1 de abril de 2008.

IV.- Declaraciones y Convenios y otros documentos de organismos internacionales.

Documentos emanados de Organismos Universales.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea general 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.
- Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución 2200 A (XXI), entrando en vigor el 3 de enero de 1976. Ratificado por España el 27 de abril de 1977.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), aprobada el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por España el 13 de abril de 1977.
-

Documentos emanados de la Organización de Estados Americanos.

- Carta Democrática Interamericana, adoptada en la sesión extraordinaria de la Asamblea General, de la Organización de Estados Americanos (OEA), de fecha 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, de fecha 4 de junio de 2009, de la Asamblea General de la OEA.

Documentos emanados del Consejo de Europa.

- Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.
- Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe. Francia, Council of Europe Publishing, June 2011, COUNCIL OF EUROPE.

- Recomendación N° 924 de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa de octubre de 1981.
- Recomendación N° 1470, de 30 de Junio de 2000, sobre inmigración y asilo a gays y lesbianas y a sus parejas.
- Recomendación N° 1474, de 26 de septiembre de 2000, sobre la situación de gays y lesbianas en Europa.
- Recomendación N° 1635, de 25 de Noviembre de 2003, sobre lesbianas y gays en el deporte.
- Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2000) (2000/2231(INI)), Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, 21 de junio de 2001.

Documentos emanados de la Unión Europea.

- Cien palabras para la igualdad. Glosario de términos relativos a la igualdad entre hombres y mujeres. Bruselas, 1998, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales.
- Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006).
- Decisión 771/2006, por la que se decide que el año 2007 será el año europeo de la igualdad de oportunidades.
- Directiva 2000/78/EC, de 27 de noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Directiva 2004/83/EC, de 29 de abril de 2004, 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.
- Informe sobre homofobia, transfobia y discriminación por motivo de orientación sexual en la Unión Europea, FRA, Noviembre de 2011.
- Resolución de 13 de marzo de 1984, sobre las discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo.
- Resolución de 8 de febrero de 1994 (Resolución Roth).
- Resolución de 18 de enero de 2006, sobre Homofobia en Europa.
- Resolución de 14 de junio de 2006, se pronuncia y condena el aumento de la violencia racista y homófoba en Europa.
- Resolución de 26 de abril de 2007, sobre Homofobia en Europa.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la versión dada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997) y modificado por el Tratado de Niza firmado el día 26 de febrero de 2001.
- Tratado de Lisboa, 13 de diciembre de 2007.

V.- Otras Fuentes:

- DE LA IGLESIA, Eloy. *El diputado*. España, 1978.
- Moción Parlamentaria (Congreso Nacional de Chile), contenida en el Boletín No 7.011-07, de 10 de junio de 2010.
- Moción Parlamentaria (Congreso Nacional de Chile), contenida en el Boletín No 7.656-07, de 18 de mayo de 2011.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición. Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>.
- SOLER, Juan Carlos. *La ley de igualdad de trato puede lesionar otros derechos fundamentales*. Diario ABC, edición 7/3/2011.