

PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LOS SISTEMAS REGIONALES: LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO ATALA RIFFO VS. CHILE¹

*Flávia Piovesan*²

Resumen

El presente artículo busca identificar los hitos, tanto del sistema universal de derechos humanos como del sistema europeo y americano de derechos humanos, sobre la prohibición de la discriminación por orientación sexual. Para lograr este objetivo, primero, se presenta la evolución desde la igualdad formal a la prohibición de la discriminación por orientación sexual para luego, con la jurisprudencia emanada de los sistemas europeo e interamericano –con especial énfasis en el caso *Atala Riffo vs. Chile*–, observar cómo es aplicado en la práctica. Este trabajo rescata las implicancias dentro del sistema interamericano de derechos humanos del primer caso que se presenta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violación de los derechos de la diversidad sexual.

Introducción

¿Cómo entender el derecho a la diferencia a la luz de la concepción contemporánea de los derechos humanos? ¿Cuál es el alcance del derecho al reconocimiento de las identidades? ¿Cuál es el grado de protección de la cláusula de

¹ Un especial agradecimiento a la Fundación Alexander von Humboldt por la beca que hizo posible este estudio y al Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Comparado por proveer un ambiente académico de extraordinario rigor intelectual.

² Profesora Doctora de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Profesora de Derechos Humanos de los Programas de Postgrado en la Universidad Católica de São Paulo, la Universidad Católica de Paraná y la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España), profesor invitado del Programa de Derechos Humanos de Harvard Law School (1995 y 2000), profesor visitante en el Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Oxford (2005), profesor visitante en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg - 2007 y 2008), desde 2009 es la Fundación Humboldt Georg Forster Research Fellow en el Instituto Max Planck (Heidelberg). Miembro del Consejo Nacional de Defensa de los Derechos Humanos. Miembro de la UN High Level Task Force on the Implementation of the Right to Development y el Grupo de Trabajo de la OEA para supervisar el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

igualdad y no discriminación y del derecho a la diversidad sexual en el sistema global y en los regionales europeo e interamericano? ¿Cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia promovida por las Cortes Europea e Interamericana en la prohibición de la discriminación por orientación sexual? ¿Cómo entender el impacto de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Atala Riffo vs. Chile? ¿Cuáles han sido los principales avances, desafíos y perspectivas en el proceso de defensa de los derechos a la diversidad sexual?

Estas son las preguntas que inspiran y en las cuales se centra este artículo, que tiene como principal objetivo enfocarse en el proceso de construcción del derecho a la diversidad sexual, su dinámica y complejidad, teniendo en cuenta la vocación emancipadora de los derechos humanos como un lenguaje de respeto a la alteridad.

1. El derecho a la diferencia a la luz de la concepción contemporánea de derechos humanos

En palabras de Joaquín Herrera Flores,³ los derechos humanos constituyen una racionalidad de la resistencia en la medida en que reflejan los procesos de lucha por la dignidad humana. Se basan en una plataforma emancipatoria centrada en la protección de la dignidad humana y la prevención del sufrimiento humano. El *victim centric approach* es la fuente de inspiración que mueve la arquitectura internacional de protección de los derechos humanos, todo ello dirigido a brindar una protección mejor y más eficaz a las víctimas reales y potenciales de violaciones de derechos humanos.

A lo largo de la historia, las más graves violaciones a los derechos humanos tuvieron como fundamento la dicotomía del “yo contra otro”, en que la diversidad fue capturada como un elemento para aniquilar los derechos. La diferencia fue visualizada para diseñar el “otro” como un ser inferior en dignidad y derechos, o –en situaciones extremas– un ser vaciado incluso de cualquier dignidad, un ser desechable, superfluo, objeto de compra y venta (como en la esclavitud) o campos de la muerte (como por el nazismo). En este sentido, es posible mencionar la esclavitud, el nazismo, el sexismo, el racismo, la homofobia, la xenofobia, entre otras prácticas de intolerancia.

El temor a la diferencia es el factor que permite entender la primera fase de la protección de los derechos humanos, marcada por una protección general y

3 Herrera, Joaquín, “Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência”, en *Revista Sequência*, (Universidade Federal de Santa Catarina) p.7.

abstracta, basada en la igualdad formal: igualdad que es legado del nazismo, el cual se basó en la diferencia para fundar sus políticas de exterminio, bajo el lema de la prevalencia y el dominio de la raza pura aria y la eliminación de las demás.

Resulta, sin embargo, insuficiente tratar al individuo de forma genérica, general y abstracta. Se hace necesaria la especificación como sujeto de derechos en su peculiaridad y particularidad. Determinados sujetos de derechos o determinadas violaciones de derechos requieren una respuesta específica y diferenciada. En este escenario las mujeres, los niños, los afrodescendientes, los pueblos indígenas, los migrantes y las personas con discapacidad, entre otros grupos vulnerables, deben ser vistos en las especificidades y peculiaridades de su condición social. Junto con el derecho a la igualdad también hay un derecho fundamental a la diferencia: respeto por la diferencia y la diversidad, lo que garantiza a ciertos grupos un trato especial.

Es posible distinguir tres aspectos relacionados con el concepto de igualdad: (a) la igualdad formal, reducida a la fórmula “todos son iguales ante la ley” –que fue crucial para la abolición de los privilegios–; (b) la igualdad material, que corresponde al ideal de justicia social y distributiva –orientadas a criterios socioeconómicos–; y (c) la igualdad material, que corresponde al ideal de justicia como reconocimiento de las identidades, según criterios de género, orientación sexual, edad, raza, origen étnico y otros .

Para Nancy Fraser⁴ la justicia requiere, simultáneamente, la redistribución y el reconocimiento de las identidades. El derecho a la redistribución exige medidas que enfrenten la injusticia económica, la marginación y la desigualdad económica, a través de la transformación en las estructuras socioeconómicas y la adopción de una política de redistribución. Del mismo modo, el derecho al reconocimiento exige medidas para luchar contra la injusticia de los prejuicios culturales y los patrones de discriminación a través de la transformación cultural y la adopción de una política de reconocimiento. A la luz de esta política de reconocimiento se propone avanzar en la revalorización positiva de las identidades discriminadas, negadas e irrespetadas, la deconstrucción de los estereotipos y prejuicios, y el aprecio de la diversidad cultural.

4 Ver Fraser, Nancy, “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist Age”, en Fraser, Nancy, *Justice Interruptus. Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*, (Routledge) 1997; Honneth, Axel, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, (MIT Press) 1996; Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, (Verso) 2003; Taylor, Charles, “The Politics of Recognition”, en por todos Taylor, *Multiculturalism - Examining the Politics of Recognition*, (Princeton University Press) 1994; Young, Iris, *Justice and the Politics of Difference*, (Princeton University Press) 1990; Gutmann, Amy, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, (Princeton University Press) 1994.

Si en la concepción formal de igualdad esta es tomada como presupuesto, como un dado punto de partida abstracto, en la concepción material de igualdad esta es tomada como un resultado al que se pretende llegar, teniendo como punto de partida la visibilidad de las diferencias: la óptica material objetiva para construir y afirmar la igualdad con respeto a la diversidad.

2. Protección del derecho a la diversidad sexual en el sistema global de protección de los derechos humanos: Testimonios del proceso de internacionalización de los derechos humanos y la humanización del derecho internacional

La Declaración de 1948 innovó la gramática de los derechos humanos mediante la introducción de la llamada concepción contemporánea de los derechos humanos, marcada por la universalidad y la indivisibilidad de estos derechos. La universalidad implica la extensión universal de los derechos humanos, bajo la creencia de que la condición de persona es el único requisito para ser titular de estos, considerando al ser humano como un ser esencialmente moral, dotado de unicidad existencial y dignidad como valores intrínsecos a la condición humana. La indivisibilidad supone que la garantía de los derechos civiles y políticos es condición para la observancia de los derechos sociales, económicos y culturales, y viceversa.

A partir de la Declaración de 1948, se comenzó a desarrollar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de la adopción de numerosos instrumentos internacionales de protección. La Declaración de 1948 proporciona el soporte axiológico y la unidad de los valores para este campo del derecho, con énfasis en la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

El proceso de universalización de los derechos humanos permitió la formación de un sistema internacional de protección de estos derechos. Este sistema se compone de los tratados internacionales de protección que, sobre todo, reflejan la conciencia ética contemporánea compartida por los Estados, en la medida en que invocan el consenso internacional sobre las cuestiones fundamentales de derechos humanos en la búsqueda de salvaguardar parámetros mínimos de protección: un *mínimo ético irreductible*.

Junto al sistema de regulación global, han surgido los sistemas regionales de protección, en busca de la internacionalización de los derechos humanos a nivel regional, particularmente en Europa, América y África. Se refuerza así la convivencia de lo global con los sistemas regionales de las Naciones Unidas,

a su vez, integrados por los sistemas interamericano, europeo y africano de derechos humanos.

En esta perspectiva, los distintos sistemas de protección de los derechos humanos interactúan en nombre de las personas protegidas. Al adoptar el valor de la primacía de la persona, estos sistemas se complementan entre sí, sometiendo al sistema nacional de protección a fin de proporcionar la mayor efectividad posible en la protección y promoción de los derechos fundamentales. Esta es también la lógica de los principios y normas de derechos humanos.

Desde la perspectiva del sistema global de protección, es evidente que el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación se consagra firmemente en la Declaración Universal de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Declaración Universal de 1948, en su artículo I, reconoce que “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Continúa, en el artículo II, estableciendo que “toda persona tiene derecho a los derechos y libertades establecidos en la Declaración, sin distinción de ningún tipo, como la raza, color, sexo, idioma, religión, origen político o de otro tipo, nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. El artículo VII establece el concepto de igualdad formal, que prescribe que “todos son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”. Así, el primer artículo de la Declaración afirma el derecho a la igualdad mientras que el artículo segundo añade la cláusula que prohíbe la discriminación de cualquier tipo, como corolario y consecuencia del principio de igualdad. La combinación de la igualdad y la no discriminación garantizada por la Declaración, bajo la inspiración de la concepción formal de la igualdad, afectará a la forma de todo el sistema normativo para la protección mundial de los derechos humanos.

De hecho, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 2 (1) establece que “Los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y son sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra manera, el origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Una vez más, la cláusula señala la prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos humanos. La relevancia de este tipo de cláusulas está marcado por el artículo 4 del Pacto, al proporcionar un

núcleo de derechos inalienables que se han conservado incluso en situaciones excepcionales y amenazadoras, admitiendo, sin embargo, la adopción de medidas restrictivas de los derechos en casos estrictamente necesarios, “siempre que tales medidas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente a causa de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. El concepto de igualdad formal, como en la Declaración, es previsto por el Pacto en su artículo 26, al afirmar que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley [...] 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”.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 18, en relación con el artículo 26, considera que la no discriminación es un principio fundamental establecido en el propio Pacto, condición y requisito previo para el pleno disfrute de los derechos humanos enunciados en él. En la opinión de la Comisión: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”.⁵

Cabe destacar que, en 1994, en el caso *Toonem vs. Australia*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que los Estados están obligados a proteger a las personas contra la discriminación por orientación sexual.⁶

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 señala, en su artículo segundo, que los Estados Partes se comprometen a garantizar que los derechos establecidos en ese documento sean ejercidos, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen político o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Una vez más, se consagra la cláusula de prohibición de discriminación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N°20, señaló que el término “otra condición social” consagrado en el artículo 2 del Pacto incluye la orientación sexual. Hizo hincapié en la obligación de los Estados Par-

5 En el mismo sentido, se destaca la Recomendación General N° 14 del Comité para la Limitación de Todas las Formas de Discriminación Racial, acordada en 1993, la cual señala que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación alguna, constituye un principio básico de la protección de los derechos humanos”.

6 Comité de Derechos Humanos, Caso *Toonen vs. Australia*, Comunicación N° 488/1992, U.N. Doc. CPR/C/50/D/488/1992 (1994).

tes de garantizar que la orientación sexual de una persona no signifique un obstáculo para la realización de los derechos en el Pacto como, por ejemplo, los derechos de pensión de viudedad, y agregó que la cláusula que prohíbe la discriminación alcanza el criterio de la identidad de género⁷.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 16, aprobada en 2005, estableció que “Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí”.

Tanto la Declaración Universal como los Pactos invocan la igualdad, por lo que la primera fase de la protección de los derechos humanos se caracteriza por una protección general, genérica y abstracta, bajo el lema de la igualdad formal y la prohibición de la discriminación. La segunda fase de protección, reflejada por el proceso de especificación del sujeto de derecho, estará marcado por una protección especial y específica de los tratados que tienen como objetivo eliminar todas las formas de discriminación que afectan desproporcionadamente a ciertos grupos, como las minorías étnicas y raciales, y las mujeres, entre otros.

En este contexto se inserta la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1965, inaugurando así un sistema especial de protección⁸. No existía, hasta ese momento, suficiente consenso internacional para avanzar en la adopción de una convención sobre la eliminación de la discriminación por orientación sexual. En más de 70 países, los actos homosexuales eran criminalizados y solo en 1990 la Organización Mundial de la Salud borró la homosexualidad de su catálogo de enfermedades.

En su preámbulo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial afirma que cualquier “doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte, la discriminación racial”.

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20).

8 En el campo del sistema especial de protección, en el Sistema Interamericano, merecen también ser mencionadas la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos de los Niños (1990), la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Agrega la urgencia de adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y para prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas. El artículo 1 de esta Convención define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En otras palabras, se entiende por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otro campo. Por lo tanto, la discriminación siempre significa desigualdad.

De lo anterior nace la urgencia de erradicar todas las formas de discriminación basada en raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tengan como principio la exclusión. La lucha contra la discriminación racial es una medida clave para garantizar el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, como también los derechos sociales, económicos y culturales.

El alcance de la protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación en el sistema global, se traslada a los sistemas regionales, con especial énfasis en los derechos de la diversidad sexual.

3. Protección del derecho a la diversidad sexual en los sistemas regionales: El impacto de la sentencia del caso Atala Riffo vs. Chile

Respecto al derecho a la diversidad sexual, tanto el sistema europeo como el sistema interamericano consagran la cláusula de igualdad y de prohibición de la discriminación.

Por una parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 14, acoge la cláusula de prohibición a la discriminación al señalar 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”.

Por otra parte, la cláusula de no discriminación se encuentra establecida enfáticamente en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, con el fin de establecer el deber de los Estados Partes de respetar los dere-

chos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 1). En la cláusula de no discriminación, se añade el principio de igualdad formal por el cual “todas las personas son iguales ante la ley [...] tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (artículo 24). Tal como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana, al permitir la suspensión de garantías y restricciones a los derechos en los casos de guerra, peligro público u otra emergencia, advierte expresamente que la suspensión no podrá en modo alguno implicar la discriminación basada en raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, indicando también un núcleo de derechos inalienables (artículo 27).

Al reiterar la comprensión del Comité de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca que la “no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio fundante, básico, general y fundamental relativo a la protección internacional de los derechos humanos [...] la Comisión [...] ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA. [...] En definitiva, la igualdad y la no discriminación revisten un carácter de principio fundamental que subyace en todo el sistema internacional de los derechos humanos. Su negación implicaría la negación misma de este sistema en su totalidad”.⁹

En el sistema europeo emerge un vasto y significativo repertorio jurisprudencial concerniente a los derechos de la diversidad sexual, que tiene como agenda inaugural el combate contra la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos en los años ochenta. Más tarde, otras violaciones fueron enfrentadas por el sistema europeo, como la discriminación por orientación sexual en los años noventa: los casos relativos al reconocimiento de los derechos de los transexuales, con decisiones favorables desde

9 Consejo Permanente OEA, Discursos y presentaciones durante la discusión y análisis de la Sesión Especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, celebrada en la sede de la OEA en Washington, entre el 28 y 29 de noviembre de 2005. Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/cajp.rdi15.orig.doc>.

2002; la adopción por homosexuales, con decisiones favorables desde 2008; y el derecho a contraer matrimonio, siendo los casos más recientes decididos a partir de 2010.

En el sistema interamericano, el caso más notorio ha sido el de *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, decidido por la Corte Interamericana el 24 de febrero de 2012, con relevante referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en la materia.

3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): Casos que involucran el derecho a la libre orientación sexual

3.1.1. Casos relativos a la prohibición de la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas

En esta categoría destaca el caso *Davis Norris vs. Irlanda*,¹⁰ originado en la denuncia de Davis Norris, activista homosexual irlandés, fundador y presidente del movimiento irlandés Irish Gay Rights Movement, en contra de las leyes irlandesas que penalizan los actos homosexuales consentidos entre adultos. El peticionario argumentó que tales medidas estarían en contra a su derecho a la intimidad y podían afectar seriamente su salud, proporcionando un estado de depresión, agravada por el abuso y las amenazas de violencia de que es víctima.

En sentencia dictada en 1988, el Tribunal aceptó la demanda y condenó a Irlanda en razón de que tales leyes constituyen una violación del artículo 8 del Convenio Europeo (derecho al respeto de la vida privada) y una injerencia indebida del Estado en el derecho al respeto de privacidad, no justificadas a la luz del párrafo 2 del artículo 8 de la Convenio como una medida “necesaria en una sociedad democrática”.

Asimismo, en el caso de *Modinos vs. Chipre*,¹¹ el Tribunal Europeo enfrentó una violación similar a partir de la denuncia presentada por el peticionario Alecos Modinos, presidente del Movimiento de Liberación de los Homosexuales en Chipre, sobre la penalización de las relaciones homosexuales consentidas entre adultos de la legislación penal local. Del mismo modo, el Tribunal aceptó la demanda y condenó a Chipre sobre la base de que tales le-

¹⁰ TEDH, *Caso Davis Norris vs. Irlanda*, sentencia de fecha 26 de octubre de 1988. En el mismo sentido, ver TEDH, *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, sentencia de fecha 22 de octubre de 1988; TEDH, *Caso L. y V. vs. Austria*, sentencia de fecha 9 de enero de 2003; TEDH, *Caso B. B. vs. Reino Unido*, sentencia de fecha 10 de febrero de 2004; y TEDH, *Caso S. L. vs. Austria*, sentencia de fecha 9 de enero de 2003.

¹¹ Ver TEDH, *Caso Modinos vs. Chipre*, sentencia de fecha 22 de abril 1993.

yes constituyen una violación del artículo 8 del Convenio Europeo (derecho al respeto de la vida privada) y una injerencia injustificada del Estado al derecho al respeto de la vida privada.

3.1.2. Casos relativos a la prohibición de discriminación por orientación sexual

Dos casos emblemáticos resueltos por el Tribunal Europeo sobre la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual son Perkins e R. vs. Reino Unido¹² y Beck, Copp y Bazeley vs. Reino Unido.¹³ Ambos se refieren al despido de homosexuales de las Fuerzas Armadas del Reino Unido después de una investigación de sus vidas privadas. Los peticionarios, todos nacionales del Reino Unido, que servían en la Armada británica, fueron despedidos con fundamento en su orientación sexual.

El señor Perkins sirvió en la Marina Real (Royal Navy) como asistente médico desde 1991, describiéndose como un personaje competente. Él admitió su condición de homosexual en una entrevista, luego de que las autoridades navales hubieran recibido información acerca de su orientación sexual. La señora R., a su vez, se unió a la Marina en 1990 realizando una pasantía como operadora de radio. En 1992, pasó un examen de calificación para ser operadora profesional de radio de “primera clase”, obteniendo una evaluación muy positiva de su carácter. Después que una colega –a la que le había confiado haber tenido una breve relación lésbica con una civil– dio conocimiento a las autoridades sobre su homosexualidad, fue sometida a una entrevista y despedida.

Por su parte, el señor Beck se incorporó a la Royal Air Force (RAF) en 1976. Antes de su renuncia, debido a su homosexualidad, era un analista de sistemas de comunicaciones con una conducta profesional ejemplar y con un pronóstico favorable para promoción y ascenso. El señor Copp ingresó al cuerpo médico del ejército en 1978; después de recibir una promoción y que se le asignara una posición en Alemania en 1981, declaró su homosexualidad para no ser separado de su pareja (un civil) y, por lo tanto, fue despedido. El señor Bazeley se unió a la RAF en 1985; antes de su renuncia, era un asistente de vuelo considerado con buen potencial. Durante la entrevista, admitió su

12 TEDH, Caso Perkins y R. vs. Reino Unido, sentencia de fecha 22 de octubre de 2002.

13 TEDH, Caso Beck, Copp y Bazeley vs. Reino Unido, sentencia de fecha 22 de octubre de 2002. En el mismo sentido, ver TEDH, Caso Lustig-Prean e Beckett vs. Reino Unido, sentencia de fecha 27 de septiembre de 1999; y TEDH, Caso Smith y Grady vs. Reino Unido, sentencia de fecha 27 de septiembre de 1999.

condición de homosexual después de que en su billetera fuesen encontradas dos tarjetas de clubes gays, y, por este motivo, también fue despedido.

Los peticionarios adoptaron sin éxito todas las medidas internas disponibles encaminadas a revocar la decisión de despido por motivos de discriminación por orientación sexual. Sostuvieron, además, que la política del Ministerio de Defensa del Reino Unido sobre la no presencia de homosexuales en el ejército era irrazonable y contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal aceptó los dos casos sobre la base de que la política de prohibir la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas, tras la investigación de la intimidad y la sexualidad, constituyen violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo. Sostuvo que esa práctica caracteriza la discriminación flagrante y una injerencia indebida en el derecho al respeto de la vida privada, y que no se justifica a la luz del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención como una medida “necesaria en una sociedad democrática”.

También respecto a la prohibición de la discriminación por orientación sexual, cabe mencionar el paradigmático caso de *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*,¹⁴ originado en la denuncia de un peticionario portugués que se casó y tuvo una hija, y quien, luego del divorcio de su mujer, sostuvo una relación homosexual. Hubo una disputa legal sobre la patria potestad y, en apelación, la ex esposa obtuvo la patria potestad en base a la homosexualidad del peticionario.

El Tribunal Europeo condenó a Portugal por violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y el artículo 14 (prohibición de discriminación), con el argumento de que se habría tratado de una violación del principio de proporcionalidad. Hizo hincapié en que la decisión de la justicia portuguesa, con base principalmente en la homosexualidad del peticionario, para negarle la patria potestad no es un criterio que se encuentre establecido en la ley, en contravención directa al principio de proporcionalidad como “no existencia de una relación razonable entre el medio y el fin perseguido”. Finalizó el Tribunal Europeo considerando que la decisión en sí misma constituye una justa indemnización por los daños sufridos por el peticionario.

3.1.3. Casos relacionados con el reconocimiento de los derechos de los transexuales

El caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*¹⁵ tuvo como objeto el reconoci-

¹⁴ TEDH, Caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* N. 33290/96, sentencia del 21 de marzo de 2000.

¹⁵ TEDH, Caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, sentencia de fecha 11 de julio de 2002. En el mismo

miento legal de una transexual que se hizo la operación de cambio de hombre a mujer, así como los derechos a un trato diferenciado (especialmente en el trabajo), seguridad social, pensión y matrimonio en el Reino Unido. La peticionaria, con un registro de nacimiento de hombre, vivió como una mujer de 1985 a 1990, sometiéndose a una cirugía de cambio de género en el servicio nacional de salud. Denunció la falta de reconocimiento legal de cambio de sexo, aduciendo la existencia de documentos en los cuales todavía constaba como de sexo masculino, lo que le había causado problemas, vergüenza y humillación. Añadió que debía tener acceso a la jubilación a los 60 años (edad aplicable a las mujeres). Como en el ámbito jurídico seguía siendo considerada como un hombre, se le obligaba a pagar contribuciones hasta los 65 años. También denunció la violación del derecho a contraer matrimonio, entendido en sentido estricto como la unión entre un hombre y una mujer.

El Tribunal Europeo estableció la necesidad de recurrir a una interpretación dinámica y evolutiva de modo que pudiera aplicarse la Convención a la luz de las condiciones de la realidad actual. Señaló que la falta de consenso en la sociedad sobre el status de una transexual (postoperación) no puede ser entendida como un mero inconveniente o trámite. No parece lógico, entiende el Tribunal, permitir que la cirugía sea realizada por el sistema nacional de salud y luego negar su impacto legal. Esta situación ha generado consecuencias de alta relevancia para la peticionaria.

El Tribunal afirmó que hay una tendencia internacional a favor de la aceptación social de los transexuales, así como el reconocimiento legal de su nueva identidad sexual (después de la operación de cambio de sexo). Sostuvo que las excepciones han sido admitidas en el sistema de registro de nacimientos, por ejemplo, en el caso de adopción o legitimación de los hijos. Añadir una nueva excepción en el caso de los transexuales no pone en peligro el sistema de registros en su conjunto ni daña a terceros. Asimismo, pone de relieve que la verdadera esencia de la Convención es garantizar el respeto de la dignidad humana y las libertades que incluirían, en el siglo XXI, el derecho de los transexuales al desarrollo de su personalidad, seguridad física y bienestar de forma plena, tal y como es asegurado a las demás personas. Argumentó que

sentido, consultar TEDH, Caso I. vs. Reino Unido, sentencia de fecha 11 de julio de 2002. En sentido contrario, ver decisión del Tribunal Europeo en un caso similar, dictada en 1990, donde concluyó que no se estaría violando el artículo 8º (por 10 a 8 votos) ni tampoco el artículo 12 (por 14 a 4 votos): TEDH, Caso Cossey vs. Reino Unido, sentencia de fecha 27 de septiembre de 1990. Se reflejan cambios jurisprudenciales en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con base en una interpretación dinámica y evolutiva.

no existe un supuesto interés público para caracterizar el llamado “margen de apreciación” para legitimar la restricción del derecho del peticionario. La ponderación de los bienes jurídicos vulnerados, de acuerdo con el Convenio, resultó ser favorable para reconocer el derecho de la peticionaria.

En cuanto al derecho del matrimonio de la demandante, el Tribunal señaló que, si bien el artículo 12 del Convenio se refiere al derecho a contraer matrimonio con referencia expresa a los derechos “del hombre y la mujer” a casarse y fundar una familia, esta predicción no excluye la intención de la demandante a casarse y fundar una familia, porque no puede ser considerado como único criterio la definición puramente biológica del sexo. El Convenio debe tener en cuenta los profundos cambios experimentados por la institución del matrimonio, así como los extraordinarios avances de la medicina y la ciencia en el campo de la transexualidad. Sobre la base del derecho a la vida privada (artículo 8 de la Convención), el Tribunal sostuvo que los factores biológicos ya no podían ser decisivos para negar reconocimiento legal a la reasignación de género, ni privar al solicitante del derecho a contraer matrimonio.

Igualmente, el Tribunal consideró que se presentaba violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia) y 14 (prohibición de discriminación), en virtud del derecho al respeto de la nueva identidad sexual de la demandante.

Por la misma razón, destaca el caso *Grant vs. Reino Unido*,¹⁶ petición dirigida al reconocimiento legal de cambio de sexo de los transexuales, así como la concesión de la jubilación, considerando la edad mínima aplicable a las mujeres, con base en el artículo 8 del Convenio Europeo (derecho al respeto de la vida privada y familiar). El peticionario es una persona transexual que se ha sometido a una cirugía de cambio de sexo (de hombre a mujer). Se identificó a la seguridad social como una mujer desde 1963, por lo que realizó el pago de las contribuciones sobre la base de la norma aplicable a las mujeres hasta 1975, cuando la diferencia de valores fue abolida. Solicitó, por lo tanto, al Estado el derecho a jubilarse cuando alcanzó la edad de 60 años, siendo su petición rechazada en el entendimiento de que la edad mínima sería 65 para los hombres. La decisión fue apelada, sin éxito.

El Tribunal consideró que en este caso se caracteriza la violación del artículo 8 de la Convención Europea, debido a la falta de reconocimiento legal de cambio de sexo de la solicitante. Añadiendo la inexistencia de una justificación a la denegación de tal reconocimiento, teniendo en cuenta que se realizó

¹⁶ TEDH, *Caso Grant vs. Reino Unido* sentencia de fecha 23 de mayo de 2006.

la cirugía para cambiarse de sexo. Queda, por tanto, establecer la vulneración al derecho al respeto de la vida privada de la peticionaria con base en los artículos 8 y 14 de la Convención Europea.

3.1.4. Casos relativos al derecho de adopción por homosexuales

En el caso de *Fretté vs. Francia*,¹⁷ sentencia del 26 de febrero de 2002, el Tribunal Europeo sostuvo que Francia, al negar el derecho de adopción por homosexuales, no estaría en infracción de los artículos 8 y 14 de la Convención. En el caso, después de conocer su homosexualidad, el “Departamento de Servicios Sociales de París” recomendó al peticionario no avanzar en el proceso de adopción, para luego desestimar la petición por considerar que el peticionario no ofrecía un “modelo estable de la maternidad” para que el niño fuera adoptado, e imponiendo otras dificultades en la evaluación del impacto de la adopción de un niño. El Tribunal sostuvo que tal decisión estaría amparada bajo la doctrina de la “discreción” conferida al Estado (*doctrine of margin of appreciation*) y no podría, por lo tanto, considerarse arbitraria. Llegó a la conclusión de que el trato diferenciado dado por Francia en el caso no representaría violación de los artículos 8 y 14 de la Convención Europea (en una decisión por 4 votos a favor y 3 votos en contra). El Tribunal consideró que solo se vulneró el artículo 6 de la Convención, por afrenta al debido proceso, citando fallas en el curso del proceso de adopción, lo que habría causado daños en perjuicio del peticionario.

En el caso *E.B. vs. Francia*,¹⁸ sentencia del 22 de enero de 2008, sobre la base de la interpretación dinámica y evolutiva, que concibe al Convenio como un *living instrument* a ser interpretado a la luz de los tiempos actuales, el Tribunal Europeo condenó a Francia por rechazar la adopción por homosexuales solteros, basado en la afrenta a los artículos 8 y 14 de la Convención. Sostuvo que la ley francesa permite la adopción por personas solteras, lo que haría viable la adopción por la peticionaria. En el caso, la petición de adopción se hizo sobre una base individual y no por una pareja. El Tribunal sostuvo que la denegación de la adopción en el caso significó la injerencia estatal indebida en la intimidad de la peticionaria, con violaciones adicionales del principio de igualdad de trato y de proporcionalidad. Señaló además que la decisión cuidaría la protección de los intereses del niño, ya que serían probadas las cualidades y las capacidades emocionales de la solicitante durante el proceso de adopción.

¹⁷ TEDH, Caso *Fretté vs. Francia*, sentencia de fecha 26 de febrero de 2002.

¹⁸ TEDH, Caso *E.B. vs. Francia*, sentencia de fecha 22 de enero de 2008.

3.1.5. Casos relativos al derecho de matrimonio entre homosexuales

En el caso *Schalk y Kopf vs. Austria*,¹⁹ los peticionarios, quienes mantenían una relación homo afectiva estable, exigieron el derecho a casarse. La petición fue denegada por el Estado de Austria, bajo el argumento de que el matrimonio implica un contrato entre personas de distinto sexo. En una sentencia dictada el 24 de junio de 2010, el Tribunal Europeo –aunque reconoció que la relación homo afectiva de los peticionarios estaría cubierta por el concepto de “familia”– argumentó que el Convenio Europeo no podría forzar al Estado a garantizar el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, no existiendo violación a los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio) y 14 (prohibición de discriminación). Agregó que las autoridades nacionales serían un *locus* más adecuado y apropiado para responder a las necesidades sociales, teniendo en cuenta los aspectos culturales y sociales del matrimonio en las diferentes sociedades.

3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): El impacto de la sentencia del caso *Atala Riffo vs. Chile*

En el sistema interamericano, destaca el caso paradigmático de *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, decidido por la Corte el 24 de febrero de 2012.²⁰ Este es el primer caso que se presenta ante la Corte IDH sobre la violación de los derechos de la diversidad sexual, por lo que carece de un universo de precedentes, como en el sistema europeo.

Sin precedentes, fue analizada la responsabilidad internacional del Estado frente a la discriminación y la injerencia indebida en la vida privada y familiar de la víctima, Karen Atala, debido a su orientación sexual. El caso fue objeto de un intenso litigio en Chile, que terminó con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de otorgar la custodia al padre de tres hijas, con el argumento de que la señora Atala no debía mantener la custodia por convivir con una persona del mismo sexo después del divorcio. En la opinión unánime de la Corte IDH, Chile violó el principio de igualdad y la prohibición de discriminación enunciados en los artículos 1.1 y 14 de la Convención.

A la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, y comprendiendo la Convención como un “*living instrument*”, la Corte estimó que la cláusula del artículo 1.1 se caracteriza por una abierta, de manera que se puede incluir la

19 Consultar TEDH, *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*, sentencia de fecha 24 de junio de 2010.

20 Corte IDH, *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile*, fondo, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012.

categoría de orientación sexual, imponiendo a los Estados la obligación general de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna.

En este sentido, la Corte Interamericana recurrió al caso de Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal argumentando que: “Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es ‘otra condición’ mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el cual prohíbe los tratos discriminatorios. En particular, en el caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de las categorías que se establecen en dicho artículo son ilustrativas y no exhaustivas”.²¹

Además, argumentó la Corte IDH que la noción de igualdad “es inseparable de la dignidad esencial de cada persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior un determinado grupo, implique un trato con privilegios; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidades o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos”²² reconocidos.

La Corte hizo hincapié en que el principio de la igualdad y la prohibición de la discriminación entró en el campo del “*jus cogens*” en la actual etapa de evolución del derecho internacional, apoyando el orden público nacional e internacional que permea todo el ordenamiento jurídico. Llegó a la conclusión de que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.²³ Agregó que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerada como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”,²⁴ bajo pena de permanecer en la infracción del artículo 1.1 de la Convención.

21 Ibid., párr. 87.

22 Ibid., párr. 79.

23 Ibid., párr. 91.

24 Ibid., párr. 92.

Con relación al argumento de la Corte Suprema de Chile de que habría un “derecho preferente de las menores (de edad) a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”,²⁵ una vez más la Corte Interamericana recurrió al precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, argumentando que “En el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual de la custodia de su hija menor de edad, con el argumento de que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)”.²⁶

La Corte añade, además, el argumento de la necesidad de respetar la vida privada, que abarca el desarrollo físico, social y personal, la autonomía personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otras personas del mismo sexo. Sustenta su hipótesis en la violación por parte de Chile del derecho consagrado en el artículo 11 de la Convención sobre la protección del honor y la dignidad, lo que implicaría el respeto a la vida privada y la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada.

Aunque este es el primer y único caso resuelto por la Corte Interamericana respecto a la discriminación por orientación sexual, se observa que, en virtud de la resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) del 7 de junio de 2011,²⁷ los Estados condenan todas las formas de discriminación y violencia por motivos de orientación sexual, fomentando la adopción de políticas públicas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual y para la protección de sus víctimas.

Mientras tanto, el 3 de noviembre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció una Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexuales. Para la Comisión Interamericana, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que ni el Estado ni otros pueden invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones

25 *Ibíd.*, párr. 113.

26 *Ibíd.*, párr. 143.

27 Asamblea General OEA, Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), del 7 de junio de 2011.

y determinar su propia identidad, y campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quién, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar”.²⁸

Conclusiones

La historia de la lucha contra la discriminación por orientación sexual tuvo un avance decisivo en la década de los noventa. Hay historia *pre* y *post* esa década con respecto a la protección de los derechos de la diversidad sexual, encontrando en los últimos veinte años avances extraordinarios. Estos avances se han logrado especialmente en el ámbito del sistema global y los regionales, que por sí mismos revelan la ausencia de un consenso normativo internacional sobre los derechos de la diversidad sexual.

El mayor reto actual consiste en ampliar, optimizar y densificar la fuerza catalizadora de una jurisprudencia que brinde protección global y regional. El punto de partida es la convergencia de los Comités de la ONU y las Cortes Interamericana y Europea respecto a que la igualdad y la prohibición de la discriminación es una cláusula abierta que abarca el criterio de la orientación sexual. En consecuencia, la orientación sexual no puede justificar la restricción, limitación y reducción de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta la fuerza del principio inderogable de igualdad y de la no discriminación (elevado al *jus cogens*), es necesario reforzar las obligaciones de los Estados para prohibir la discriminación basada en la orientación sexual y garantizar la igualdad a través de legislación, políticas públicas y recursos judiciales. Los Estados deben hacer suyas las obligaciones clásicas de respetar (no violar), proteger (prevenir a otros de violar) e implementar los derechos humanos (tomando todas las medidas necesarias para su realización).

Ello implica desencadenar el proceso de afirmación de los derechos de la diversidad sexual con la vocación de resignificar el alcance del derecho a la igualdad y la diferencia. En este sentido, destacan los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su alto impacto regional e internacional, en repudio a la criminalización de las prácticas homosexuales, para frenar la discriminación por orientación sexual, proteger los derechos de los transexuales y garantizar los derechos a la adopción y el matrimonio para los homosexuales. A esos precedentes se suma el caso paradigmático

²⁸ Consejo Permanente OEA, Nota del Presidente del Comité Jurídico Interamericano al Presidente del Consejo Permanente transmitiendo el informe preliminar sobre “orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, OEA/Ser.G CP/doc.4856/13, del 17 de abril de 2013.

de Atala Riffo vs. Chile, juzgado por la Corte Interamericana en febrero de 2012, sobre la prohibición de la discriminación por orientación sexual.

Al mismo tiempo que la penalización de las prácticas homosexuales se mantiene en más de 70 países, la lucha contra la homofobia emerge a nivel internacional a través de las iniciativas adoptadas por la ONU y la OEA en 2011, como se destaca en este estudio. En algunas zonas del mundo aún es un delito ser homosexual, lo que se contrapone a la vertiente global y regional que, por el contrario, afirma que es un crimen violar los derechos de los homosexuales. Por lo tanto, nos encontramos ante un desafío de transformación cultural.²⁹

La jurisprudencia innovadora global y regional ha sido capaz de romper con la apatía ante las diferencias, afirmando el derecho a la igualdad con respeto a la diversidad. Los derechos humanos simbolizan el lenguaje de la alteridad: ver a los otros como seres merecedores y dignos de igual consideración y profundo respeto, dotados con el derecho a desarrollar su potencial humano, de forma libre, independiente y autónoma. Son consistentes con una ética orientada en la afirmación de la dignidad y prevención del sufrimiento humano.

Para Luigi Ferrajoli,³⁰ los derechos humanos simbolizan la ley del más débil contra la ley del más fuerte, en la expresión de un contrapoder al absolutismo que surja del Estado, el sector privado o incluso de la esfera doméstica.

La impactante jurisprudencia del sistema global y de los sistemas regionales europeo e interamericano, en particular el caso Atala Riffo vs. Chile, revelan la importancia de la justicia para asegurar que triunfen los derechos, a veces en vía contramayoritaria, en el ejercicio de una racionalidad emancipadora basada en el principio de la prevalencia de la dignidad humana.

Se trata de avanzar en la lucha para proteger los derechos de la diversidad sexual mediante la expansión de la fuerza catalizadora de esta relevante jurisprudencia que, con su fuerza vinculante, sirve de guía para los Estados en la lucha contra la homofobia y en defensa de la diversidad sexual.

29 Para Navi Pillay: "Laws criminalizing homosexuality pose a serious threat to the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender individuals, exposing them to the risk of arrest, detention and, in some cases, torture and execution. (...) We also know that criminalization perpetuates stigma and contributes to a climate of homophobia, intolerance and violence. Alta Comisionada de las Naciones para los Derechos Humanos, enero 2011, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT_discrimination_A4.pdf.

30 Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali - Un dibattito teorico*, (Laterza) 2002, p. 338.