
Estimados Jueces,

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

Cuando el *Washington College of Law* y su Concurso de Derechos Humanos se comunicaron con nosotros para solicitarnos concebir un

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

La parte A señala los temas sustanciales del caso. La parte B contiene temas preliminares y de procedimiento. La parte C los temas relacionados con las medidas provisionales. Por último los autores han incluido

Constitucional de Sudáfrica⁴, el Tribunal Superior de Delhi en Nueva Delhi⁵ y el Tribunal Superior de Fiji⁶ y que está conectado con la intimidad, la autonomía sexual y la auto realización y también ha sido reconocido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁷, la Corte Europea de Derechos Humanos⁸

5. Adicionalmente, cualquier medida que interfiera con la privacidad en una sociedad democrática debe responderle a una "necesidad social absoluta".¹³ En ese sentido, es insuficiente que la medida responda tan solo a las costumbres o preferencias de algunos: debe probarse que responde a una necesidad que se satisface con la protección de los derechos de la mayoría y a la vez se ha sopesado para respetar los derechos de las minorías.
6. Se examinará con base en esos requisitos cualquier acción que se denuncie como interferencia excesiva en cuanto a la privacidad y actos sexuales de mutuo consentimiento entre adultos.
7. De conformidad con la Declaración Americana, los hombres "nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y "son iguales ante la Ley [...] sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.". Esta definición expresa "el derecho a la igualdad ante la Ley sin discriminación."¹⁴ Este derecho a la igualdad ante la Ley significa que la Ley se aplica de manera ecuánime a toda persona.¹⁵ La disposición asegura la igualdad, no la equidad en tratamiento, y no excluye diferenciación razonable entre personas o grupos."¹⁶
8. En su informe anual para el año 2000, la Comisión Interamericana se refiere al principio de no discriminación como "uno de los pilares básicos del sistema", y dice que su observancia se mantiene como uno de los desafíos centrales de los Estados miembros, que deben crear o fortalecer los mecanismos legales e institucionales destinados a combatir la discriminación a la luz de los parámetros establecidos en el sistema. En esa oportunidad la Comisión comentó que, de una vez por todas, los Estados miembros deben asumir seriamente el compromiso de brindar especial protección a ciertas personas o grupos de personas. Tres años después la Comisión agregó que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos¹⁷.

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

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

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

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

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

9. A menos que tenga un objetivo legítimo, imparcial, y razonable, la diferencia de trato a personas en situaciones similares ante la Ley se tildará como discriminatoria. La Declaración Americana hace referencia a las clasificaciones bajo las cuales no puede haber diferencia en el trato. Son raza, sexo, idioma, credo y "cualquier otro factor". La Comisión, al igual que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,¹⁸ y la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁹, tiene motivos para creer que la palabra "sexo" se refiere a identidad sexual. En todo caso, la orientación sexual se incluiría dentro de la categoría "otra condición" de la cláusula de la Convención Americana de Derechos Humanos, una conclusión aplicable a "cualquier factor adicional" para el propósito del artículo II de la Declaración.
10. Por lo tanto, no pueden ser legítimas las diferencias en trato legal basándose tan solo en la identidad sexual de una persona. Las lesbianas, gais, personas trans, bisexuales e intersex tienen el derecho a la igualdad de protección ante la Ley; y dicha protección se debe extender a su comportamiento y opción sexual. Cualquier medida que afecte el goce de sus derechos será examinada para determinar si es razonable y objetiva, es decir, si tiene un propósito legítimo, propicia el mismo y sus efectos en el goce de los derechos limitados no son desproporcionados.
11. Adicionalmente, las lesbianas, gais, personas trans, bisexuales e intersex han sido, objetivos de violencia, odio y discriminación. En el 2012 la Asamblea General de la OEA, respaldando las resoluciones emitidas en el 2008, 2009, 2010 y 2011 al respecto, resolvió, *inter alia*,

Condenar la discriminación contra perso

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

Instar a los Estados Miembros a que aseguren una protección adecuada de las y los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.²⁰

12. La discriminación histórica contra las personas LGBTI obliga a que los Estados vigilen en particular la adopción de medidas que aseguren la interrupción de los círculos de violencia, exclusión, estigmatización y que a su vez las lesbianas, gays, personas trans, bisexuales e intersex, deben declararse como pro(u)-4(e)9()10(b) onj/Tu(p)-4

20. El primer grupo de pronunciamientos tiene que ver con la respuesta que ha dado la Corte Europea cuando los Estados pretenden justificar diferencias de trato o restricciones en el ejercicio de los derechos, bajo el argumento de que las mismas fueron necesarias para proteger el "modelo de familia tradicional". La Corte Europea ha rechazado la aceptabilidad de argumentos basados en un concepto de "familia tradicional". Como ejemplo de este grupo de casos están *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*²⁶ y *Karner Vs. Austria*²⁷.
21. El segundo grupo de pronunciamientos de la Corte Europea tiene que ver lo el alcance de lo que dicho Tribunal entiende como "familia" o "vida familiar" protegida por el artículo 8 del Convenio Europeo. Respecto a parejas de diferente sexo, en anteriores casos la Corte Europea había hecho un análisis caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que le llevaban a determinar si en el asunto sometido bajo su conocimiento era posible hablar de "familia" o "vida familiar". Ejemplo de esta tendencia es el caso *X, Y y Z Vs. Reino Unido*, la Corte Europea indicó que "al decidir si una relación puede considerarse como 'vida familiar', una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso

23.

matrimonios heterosexuales³³. El Comité efectuó su análisis a partir del texto literal del artículo 23 del PIDCP³⁴ que consagra el derecho al matrimonio, en el sentido de la obligación de los Estados de garantizar dicha institución para “los hombres y las mujeres”.

28. Así, el Comité de Derechos Humanos observó que el artículo 23.2 del PIDCP es el único que incluye en su texto literal la fórmula “hombre y mujer” y no “todo ser humano” o “toda persona”, lo cual implica que la obligación convencional de los Estados partes es reconocer como matrimonio únicamente a la unión entre un “hombre y una mujer” entre sí³⁵

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

31. Como se indicó en la sección anterior sobre el derecho a la familia, mediante este caso la Corte Europea modificó su criterio anterior y amplió la noción de vida familiar al vínculo entre parejas el mismo sexo. Sin embargo, la Corte Europea indicó que el Convenio Europeo no obligaba a los Estados a permitir el matrimonio a las parejas del mismo sexo³⁷. En opinión de la Corte Europea, las autoridades nacionales están mejor posicionadas para enfrentar y responder a las necesidades de la sociedad en este campo, dado que el matrimonio tiene profundas raíces y connotaciones sociales que difieren significativamente de una sociedad a otra³⁸. En este punto la Corte Europea otorgó importancia a la inexistencia de un consenso regional en la materia.
32. Se destaca que a diferencia del Comité de Derechos Humanos, la Corte Europea se aproximó al tema, por una parte, tomando como base el texto del artículo 12 inenalee

Europea indica que los Estados deben demostrar que dicha diferencia no sólo es adecuada para lograr el fin propuesto, sino que es estrictamente necesaria⁴².

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

42. En cuanto a la interpretación del artículo 17.2 de la Convención, los representantes pueden invocar el principio de interpretación *pro persona* así como la interpretación evolutiva del tenor literal de los tratados.
43. Podría alegarse que, precisamente en virtud del principio *pro persona*, el tenor “entre un hombre y una mujer” tratándose de una norma restrictiva, debe ser interpretada restrictivamente, y en consecuencia, al no señalarse “entre un hombre y una mujer entre sí”, podría concluirse que no necesariamente tiene que ser entre personas del sexo opuesto.
44. Este argumento progresivo podría fortalecerse mediante ejemplos de prácticas similares de otros organismos internacionales que han interpretado extensivamente las normas de derechos humanos, incluso en forma diferente a su tenor literal con la finalidad de proteger a una minoría no representada en dicho tenor.
45. Así, podrían argumentar que el hecho de que una norma convencional incluya en su literalidad una noción mayoritaria, no implica que por vía interpretativa no pueda ampliarse esa noción a minorías, especialmente cuando de esa interpretación depende la posibilidad real de ser sujeto del derecho en cuestión. En esta línea podría alegarse que no se trata de incluir un elemento accesorio a un derecho ya reconocido, se trata de reconocer la titularidad y permitir el ejercicio del derecho.
46. Los representantes deberían distinguir que el caso puede ser argumentado en dos sentidos, en primer lugar, como se indicó en la sección inmediatamente anterior sobre una propuesta interpretativa del artículo 17.2 de la Convención, y en segundo lugar, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, vida privada, autonomía y familia y en este punto sería importante que los representantes identifiquen al artículo 396 del Código Civil de Elizabetia como una norma que al excluir a las parejas del mismo sexo, constituye una diferencia de trato, una interferencia en la vida privada y una afectación a su derecho a la familia.
47. En cuanto a la afectación del derecho a la igualdad, los representantes podrían presentar al menos dos argumentos.

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

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

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

70. De la jurisprudencia reiterada de los órganos del sistema interamericano, se resumen los siguientes puntos sobre el artículo 25 de la Convención. La Corte Interamericana ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión⁴³. Asimismo, la Corte ha señalado reiteradamente que la garantía contemplada en dichas normas no se limita a aquellos derechos consagrados en la Convención Americana, sino que abarca también los reclamos judiciales internos relacionados con otros derechos reconocidos a las personas tanto en la Constitución como en la legislación interna. La Corte ha sostenido dicho alcance en los siguientes términos:

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

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

74. Por su parte, el Estado de Elizabetia podría argumentar la jurisprudencia reiterada de la Corte en virtud de la cual el

situación de indefensión judicial en que quedaron Serafina Conejo Gallo y Adriana Timor,

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

91. Sobre el punto de discrecionalidad, los representantes podrían indicar que incluir como requisito para la presentación del recurso un “visto bueno” de una autoridad estatal, lo convierte en un recurso que depende de la opinión particular de la Procuraduría de Derechos Humanos.
92. Existen varias decisiones de la Comisión que *mutatis mutandis* apoyan este posible argumento de los peticionarios. En casos en los cuales los recursos que el Estado alega que se deben agotar tienen carácter de discrecionalidad en su admisión, la CIDH ha indicado que no es necesario agotarlos⁵⁶.
93. Et uanto a la razonabilidad de la exigencia de intrgosisión de la acción de inconstitucionalidad, represrg13(nte)14(nte)3(s)16(p)10(ue)3(d)10(e)3(n)10(a)4(r)4(g)6(ordenamiento jurídico interno y el Estado tuvo la oportunidad de remediar la cuestión en su jurisdicción, la finalidad de la norma internacional está cumplida”

potencialmente solucionar la alegada situación jurídica infringida⁵⁸.

- 97. Con base en este planteamiento general, el Estado podría alegar que existen ciertas circunstancias en las cuales la acción de inconstitucional puede considerarse idónea y son precisamente los casos en los cuales la alegada violación a la Convención Americana deriva de la vigencia de una norma que se alega incompatible con el instrumento. El Estado podría argumentar que el tema central del debate es la norma del Código Civil que impide que las autoridades administrativas y judiciales permitan el matrimonio entre parejas del mismo sexo. De esta manera, el Estado alega que la norma que impide el matrimonio entre parejas del mismo sexo es incompatible con el artículo 1 de la Convención Americana.

recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atenas vs. Grecia*, donde se declaró que la falta de reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo constituye una violación de los artículos 1, 8 y 15 de la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Convención Americana, incluyendo la modificación de la norma que impide el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

norma que prohíbe el matrimonio entre parejas del mismo sexo es incompatible con el artículo 1 de la Convención Americana.

s

(e)36l Eos(o(s)-1ellime (a1-1((s)-1e)-32) qee8(lr(e)36ce)-2hszvd p13((o)74 pp13((o)

representantes podrían indicar que es la Comisión la que primariamente está llamada a pronunciarse sobre las cuestiones de admisibilidad y que una revisión de la

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

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

Posibles argumentos del Estado

109. En el caso hipotético, el Estado de Elizabetia ha planteado que esta aproximación de la Comisión un análisis erróneo por parte de la Comisión Interamericana y sugiere que el mismo sea corregido por la Corte Interamericana.

110. El Estado podría sustentar lo anterior en que el artículo 46 de la Convención Americana establece claramente que para la presentación de una petición es necesario que se haya presentado y agotado por el peticionario ante la Comisión Interamericana y que el Estado no pueda alegar que la Comisión Interamericana no ha agotado el recurso de amparo. El Estado podría alegar que la Comisión Interamericana no ha agotado el recurso de amparo y que el Estado no puede alegar que la Comisión Interamericana no ha agotado el recurso de amparo.

refiere, pues, a recursos presentados en un período iniciado más de 5 meses después de la presentación de la petición inicial ante la Comisión y culminado 1 año y 7 meses después de dicha presentación. La Corte considera que, en tales condiciones, no se puede entender cumplido el requisito de previo agotamiento de los recursos internos establecido en el artículo 46.1.a) de la Convención Americana. Aún más, la Corte observa que, cuando se dio traslado de la petición inicial al Estado el 23 de febrero de 2007, aún no se había emitido la decisión de 11 de mayo de 2007, que supuestamente habría agotado los recursos internos⁶⁴. (resaltado fuera del original)

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

117. En cuanto al derecho de defensa del Estado, la Corte recordó las garantías mínimas que deben informar el sistema de peticiones individuales: “a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención⁶⁵), y b) las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención)⁶⁶ y equidad procesal. Igualmente, es preciso tener en cuenta el principio de seguridad jurídica (artículo 38 del Reglamento de la Comisión)⁶⁷”. Sin embargo, si un Estado alega que ocurrió un error grave que afectó estos supuestos, “debe demostrar efectivamente tal perjuicio”. En palabras de la Corte “no resulta suficiente una queja o discrepancia de criterios en relación a lo actuado por la Comisión Interamericana”⁶⁸.

118. En cuanto al tema concreto de debate, es decir, “la inclusión de nuevos derechos en el informe de fondo que no fueron indicados previamente en el informe de admisibilidad de la Comisión”, la Corte destacó que constata que ni en la Convención Americana, ni en el Reglamento de la Comisión Interamericana

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

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

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

125. Estas definiciones podrían leerse conjuntamente con la declaración de la Corte tocante a la gravedad que establece que, para el propósito de dictaminar medidas provisionales, la Convención exige que la misma sea extrema, es decir que se encuentre en su grado más intenso o elevado.⁷³
126. La Corte puede valorar el conjunto de factores o circunstancias políticas, históricas, culturales o de cualquier otra índole en el entorno de la situación para así determinar si afectan a una posible beneficiaria o crean una situación de vulnerabilidad en un momento dado.⁷⁴
127. La Corte también ha manifestado que las medidas provisionales pueden tener uno de dos objetivos, precaución o protección.
128. La medida cautelar tiene como objetivo el preservar los derechos en cuestión hasta que los órganos del Sistema logren pronunciarse y de ser necesario emitir resoluciones para la reparación.
129. La medida de protección tiene como objetivo proteger a los derechos humanos de un daño irreparable.
130. La declaración de la Corte en relación a que no puede considerar el fondo de

asunto, no adopta las medidas provisionales ya que implicarían un juzgamiento anticipado por vía incidental⁷⁵.

131. Desde una perspectiva moral, la situación reflejada en la petición de medidas provisionales es, a propósito, ambigua.
132. El Estado posiblemente alegará que si a Serafina se le permite brindar su consentimiento informado, se estaría estudiando un argumento del fondo del caso ya que se basaría en la admisión de que es "conyugue o pariente" conforme a la normativa elizabetina. Dicho argumento se fundamenta en el hecho de que la legislación le brinda ciertos atributos a las personas dentro de un matrimonio o familia para proteger su unión. Si se carece de dicha protección no existe base legal para que Serafina brinde consentimiento informado y la Corte debería inhibirse de ordenar que Elizabetia acepte su declaración a luz del precedente Castañeda Gutman (vide párr. 130, *supra*).
133. De igual forma el Estado puede argüir que la Corte debe evaluar el hecho, en actas, de

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

I. INTRODUCCIÓN

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

2. En este contexto la CIDH incluyó en su Plan Estratégico el Plan de Acción 4.6.i para los derechos de las personas LGTBI y, en noviembre de 2011ⁱⁱ, creó una unidad especializada en esta

característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad^{viii}.

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

9. En el ámbito de las ciencias de la salud, una categorización puede tener el objetivo científico de describir el tratamiento que debe ofrecerse a una persona; por ejemplo, en sus trabajos sobre la provisión de cuidado comprensivo a personas transgénero y transexuales en Latinoamérica y el Caribe, la Organización Panamericana de la Salud (en adelante, "la OPS") recomienda que al atender a una persona en un centro de salud, se le pregunte su sexo asignado al nacer ("masculino, femenino, u otro") y cómo se identifica en términos de su identidad de género ("femenina, masculina, mujer trans, hombre trans, persona trans, travesti u otro"), y señala que esta determinación es fundamental para asignar al tratamiento adecuado. También es esencial para generar estadísticas que pongan en

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

III. TÉRMINOS Y ESTÁNDARES RELEVANTES

A. Sexo

13. En un sentido estricto, el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”^{xii}, a sus características fisiológicas^{xiii}, a “la suma de las características biológicas que define el

inmutabilidad de ésta “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”^{xxv}.

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

Heterosexualidad

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

Homosexualidad

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

Bisexualidad

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

D. La identidad de género

18. De conformidad con los Principios de Yogyakarta^{xxix}, la identidad de género es

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales^{xxx}.

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

Transgenerismo o trans

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

Transexualismo

31. Así, la orientación sexual, la identidad de géne

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

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

^{viii} CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 94.

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

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

^{xlvi} La discriminación por sexo ha sido entendida dentro el sistema universal de protección de derechos humanos como aquella que además de incluir los rasgos biológicos-fisiológicos, incluye situaciones de discriminación por razones de género, orientación sexual, identidad de género y expresión de género. En el caso Toonen vs. Australia de abril de 1994, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas afirma: “el Estado parte ha solicitado la guía del Comité para aclarar si la orientación sexual puede ser considerada como “otro estatus” para los propósitos del artículo 26. El mismo aspecto puede surgir bajo el artículo 2.1 del Pacto. El Comité se limitará a señalar, sin embargo, que desde su punto de vista la referencia que se hace del “sexo” en los artículos 2.1, y 26 debe entenderse que incluye a la orientación sexual”. Toonen v. Australia,

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

iii

