

Documentos CM

CM(2010)4 add3 rev2

31 de marzo de 2010

1.081.^a reunión, 31 de marzo de 2010

4 Derechos humanos

4.7 Comité Director de Derechos Humanos (CDDH) -

Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género

Exposición de motivos

Preparado por el GR-H en su reunión del 23 de marzo de 2010

Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente exposición de motivos fue preparada por la Secretaría en cooperación con el Presidente de la Comisión de Expertos sobre discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (DH-LGBT).

I. Introducción

Varios órganos del Consejo de Europa han adoptado numerosos textos sobre esta cuestión a lo largo de casi treinta años. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE) ha emitido varias recomendaciones al Comité de Ministros desde 1981 y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos prepara en estos momentos un informe sobre "La discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género". En marzo de 2007, el Congreso de los Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 211 (2007) sobre "La libertad de reunión y de expresión para las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales". El Comité de Ministros ha adoptado respuestas a las mencionadas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria y del Congreso y, más recientemente, ha emitido diversas respuestas a preguntas escritas formuladas por los miembros de la APCE que reiteran el principio de igualdad en el goce de los derechos humanos para todos, independientemente de características personales como la orientación sexual y la identidad de género, y que abarcan sobre todo las cuestiones de la

libertad de expresión, reunión y asociación, y manifestación. El Secretario General y el Comisario para los Derechos Humanos han formulado varias declaraciones públicas condenando la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros del Consejo de Europa. Asimismo, el Comisario para los Derechos Humanos ha dedicado parte de sus informes anuales de actividades, especialmente los correspondientes a 2006 y 2008, al problema de la discriminación contra las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales, y ha preparado una serie de documentos temáticos.

En el Sistema Europeo de los Derechos Humanos, la orientación sexual y la identidad de género no figuran expresamente en la lista de razones de discriminación prohibidas por el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo nº 12 (prohibición general de la discriminación); sin embargo, la lista está abierta y no hay nada que impida su inclusión, en la práctica, entre las características protegidas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "el Tribunal ") ya ha reconocido que el artículo 14 abarca la orientación sexual,¹ y el informe explicativo del Protocolo nº 12 indica que este instrumento brinda protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual. Si bien ello no ha sido reconocido expresamente en relación con la identidad de género, es razonable considerar que también estaría cubierto tanto por el artículo 14 como por el Protocolo nº 12. El Tribunal declaró que, a los efectos del artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar.² Por otra parte, el Tribunal sostuvo que en esos casos, por tratarse de una de las cuestiones más íntimas de la vida privada, la amplitud del margen de apreciación de los Estados es reducida, y deben existir motivos de especial gravedad para justificar la injerencia de la autoridad pública.³ La prueba de proporcionalidad no se limita a exigir que dicha injerencia sea adecuada, en principio, para la realización del objetivo perseguido, debiendo también demostrarse su necesidad para la consecución de dicho objetivo.⁴

Otras organizaciones internacionales han elaborado también diversos textos.

En el marco de la Unión Europea, el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea incluye expresamente la orientación sexual en la lista de motivos de discriminación, y el párrafo 1 del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene una disposición general contra la discriminación que expresamente menciona la "orientación sexual" en la lista de motivos prohibidos. El Consejo de la Unión Europea ha adoptado una directiva que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,⁵ que abarca explícitamente la orientación sexual. Asimismo, está siendo examinada una propuesta de Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas con independencia de su religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual en ámbitos distintos del empleo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una serie de aspectos de la cuestión de la discriminación contra las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales,⁶ particularmente en la situación de las

¹ Véase, entre otras, *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 2001, y *Karner contra Austria*, sentencia de 24 de julio de 2003.

² Véase *Karner*, párr. 37.

³ Véase *Karner*, párr. 41 y *Schlumpf*, párr. 115.

⁴ Véase *Karner*, párr. 41.

⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000.

⁶ Véase, por ejemplo, el caso de *P. contra S. y Cornwall County Council*, caso nº C-13/94, sentencia de 30 de abril de 1996 (disponible en inglés solamente), el caso de *Sarah Margaret Richards contra el Secretario de Estado de Trabajo y Pensiones*, caso nº C-423/04, sentencia de 27 de abril de 2007

personas transexuales en relación con el acceso al empleo y la seguridad social. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, rechazar a alguien que tiene la intención de someterse a una operación de cambio de sexo, o ha sido objeto de una operación de este tipo, se considerará discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario europeo.⁷ Por último, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) ha publicado dos informes con el título " *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la UE*".⁸

La Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OIDDH/OSCE) ha publicado recientemente varios informes y documentos de análisis sobre ciertos aspectos de los problemas relativos a la discriminación por motivo de orientación sexual o de identidad de género en los Estados participantes de la OSCE, a saber: los informes anuales de la OIDDH/OSCE de 2006 y 2007 sobre "delitos motivados por el odio en la región de la OSCE: incidentes y respuestas", que contienen secciones sobre la intolerancia hacia las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales; el informe de la OSCE, de 9 de marzo de 2009 sobre "Leyes de Delitos de Odio: Una Guía Práctica", el Manual de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Personal de las Fuerzas Armadas de la OIDDH/OSCE,⁹ el informe "Situación de los defensores de los derechos humanos en la región de la OSCE: desafíos y buenas prácticas", abril de 2007 a abril 2008.¹⁰

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 17 de diciembre de 2008 una declaración, que contó con el respaldo de 66 países,¹¹ que condena las violaciones de los derechos por motivos de orientación sexual e identidad de género tales como asesinatos, torturas, detenciones arbitrarias y privación de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud. Esta fue la primera declaración en la materia adoptada por la Asamblea General. Se recurre cada día con mayor frecuencia a los mecanismos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos - los órganos de tratados y el Consejo de Derechos Humanos - para que se pronuncien acerca de las cuestiones de discriminación basada en la orientación sexual.¹² De manera más general,

y el caso de *K.B. contra el Servicio Nacional de Salud y Pensiones y la Secretaría de Estado de Salud*, caso nº C-117/01, sentencia de 7 de enero de 2004.

⁷ Véase *P. contra S. y Cornwall County Council*, párr. 21 de la sentencia.

⁸ *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la UE* (Parte I - Análisis jurídico, y Parte II - La situación social), disponible en inglés en: <http://www.fra.europa.eu>

⁹ Disponible solo en inglés en <http://www.osce.org/item/30553.html>

¹⁰ Disponible solo en inglés en <http://www.osce.org/item/35711.html>

¹¹ Albania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Cabo Verde, República Centroafricana, Chile, Colombia, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, Dinamarca, Ecuador, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Alemania, Grecia, Guinea-Bissau, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Montenegro, Nepal, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, "la ex República Yugoslava de Macedonia", Timor Oriental, Reino Unido, Uruguay y Venezuela. En marzo de 2009, los Estados Unidos de América indicaron también su respaldo.

¹² En el caso *Toonen contra Australia* (comunicación nº 488/1992, documento de Naciones Unidas CCPR/C/50/D/488/1992 (1994)), el Comité de Derechos Humanos ha reconocido expresamente que los derechos de los homosexuales y las lesbianas están protegidos por el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, y destacó que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) incluye la "orientación sexual" en el concepto de "sexo" mencionado en esa disposición. En los casos de *Young contra Australia* (comunicación nº 941/2000, doc. de las Naciones Unidas CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)) y de *X contra Colombia* (comunicación nº 1361/2005, doc. de las Naciones Unidas CCPR / C/89/D/1361/2005 (2007)) esta posición se ha

cada día se tiene más en cuenta la preocupación acerca de la discriminación por motivos de orientación sexual. Un ejemplo es la nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género,¹³ publicada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en noviembre de 2008. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha publicado comentarios generales sobre la no discriminación en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y reiteró que la orientación sexual y la identidad de género están comprendidos entre los motivos de discriminación "de otra índole" prohibidos por el Pacto.¹⁴ Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha dejado en claro que la Convención sobre los Derechos del Niño exige que los Estados contratantes tomen las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, que brinden protección contra la discriminación de los niños por motivos de orientación sexual.¹⁵ El Comité también ha expresado su preocupación acerca de que los jóvenes homosexuales o transexuales no tengan acceso a una información apropiada, apoyo y la necesaria protección que les permita vivir de acuerdo con su orientación sexual.¹⁶

El presente texto es el primer instrumento preparado por el Comité de Ministros en que se aborda específicamente la cuestión de la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

En la 1031.^a reunión de los Delegados de los Ministros el 2 de julio de 2008, el Comité de Ministros emitió una declaración en que subrayaba su compromiso con el principio de la igualdad de derechos y la dignidad de todos los seres humanos, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Tomando nota de que, lamentablemente, los casos de discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, así como la homofobia y la intolerancia hacia las personas transexuales, seguían siendo muy frecuentes en Europa, el Comité de Ministros reiteró que las normas de tolerancia y no discriminación del Consejo de Europa se aplican a todas las sociedades europeas, y que la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género no era compatible con este mensaje.

En este contexto, el Comité de Ministros dio al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) el mandato de elaborar una recomendación sobre las medidas para combatir la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género, con vistas a garantizar el respeto de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y promover la tolerancia hacia esas personas. Se especificó que la recomendación debería indicar las medidas que deben adoptarse con este fin, lo que implica que ese instrumento debería no sólo estar firmemente basado en las normas y los principios de los derechos humanos, sino también perseguir un objetivo práctico.

confirmado una vez más en relación con la discriminación contra el derecho del sobreviviente a percibir los beneficios de la pensión de viudez en el caso de una pareja del mismo sexo.

¹³ Disponible en inglés solamente: Nota de orientación sobre solicitudes de asilo relativas a la orientación sexual y la identidad de género, noviembre de 2008, <http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22547,48abd5660,0.html>

¹⁴ Véase el documento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 32: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/EC12.GC.20_fr.doc

¹⁵ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño. Re: el Reino Unido (Isla de Mann), 16 de octubre de 2000, documento CRC/C/15/Add. 134.

¹⁶ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño. Re: el Reino Unido, 9 de octubre de 2002, documento CRC/C/15/Add. 188.

Asimismo, se decidió hacer un llamamiento a todos los comités directivos y a otros comités que intervienen en la cooperación intergubernamental en el Consejo de Europa para que, en el marco de sus respectivos mandatos, presten en sus actividades actuales y futuras la debida atención a la necesidad de que los Estados miembros tomen medidas para evitar y remediar toda discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género y para hacer propuestas de actividades intergubernamentales concretas y otras medidas destinadas a fortalecer, tanto en la ley como en la práctica, la igualdad de derechos y la dignidad de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y combatir las actitudes discriminatorias en la sociedad contra esas personas.

En su 1048.^a reunión, el 16 de febrero de 2009, el Comité de Ministros aprobó ese mandato del Comité de Expertos sobre la discriminación por motivos de la orientación sexual y la identidad de género (DH-LGBT), bajo la autoridad del CDDH. El Comité de Expertos llevó a cabo dos reuniones con el fin de preparar un proyecto de recomendación. Se decidió que un apéndice de la Recomendación debería establecer los principios que dimanen de los instrumentos europeos e internacionales, con especial énfasis en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El CDDH aprobó el texto propuesto de la presente recomendación en su 69.^a reunión (24 al 27 de noviembre de 2009) y la transmitió al Comité de Ministros, que la adoptó.

II. Comentarios

Consideraciones generales

La presente recomendación invita a los Estados miembros a que se rijan en su legislación, políticas y prácticas por los principios y medidas contenidos en su anexo, con miras a proteger el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales y a promover la tolerancia hacia las mismas.

El punto de partida para los principios y medidas establecidos en el Anexo a la Recomendación es la necesidad de luchar contra un alto nivel de discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Desde hace siglos, las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales han sido y siguen siendo objeto de homofobia, transfobia y otras formas de intolerancia generalizada y persistente, por motivos de orientación sexual o identidad de género, que llevan a actos hostiles que van desde la exclusión social a la discriminación en toda Europa y en todos los ámbitos de la vida. Como resultado de ello, innumerables personas se han visto obligadas a ocultar o suprimir su identidad y a vivir en el temor y el anonimato, incluso en el seno de sus familias.

Estos principios se basan esencialmente en la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Social Europea (incluida la Carta revisada), pero también se hacen referencias a otros documentos como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a la jurisprudencia de los respectivos tribunales y los órganos de tratados. Solamente los Estados miembros que han ratificado esos textos, que forman la base de los principios de la recomendación, están sujetos a las obligaciones y la jurisprudencia que se derivan de ellos. Sin embargo, esos importantes instrumentos internacionales de derechos humanos pueden servir de fuente de inspiración, y se alienta a todos los Estados miembros a que respeten los principios y apliquen medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y para promover la tolerancia. En el texto se hace referencia a otros importantes instrumentos como el Libro Blanco sobre el Diálogo Intercultural, la Carta

Europea del Deporte, la Resolución 1608 de la Asamblea Parlamentaria (2008) - *El niño y el suicidio de adolescentes en Europa: un grave problema de salud pública* y la Resolución 1660 (2009) - *Situación de los defensores de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa*, y las recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados miembros nº R(97)20 sobre "el discurso de incitación al odio", Rec(2001)10 sobre el Código Europeo de Ética de la Policía y la Rec(2007)17 sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, así como la Recomendación de política general nº 10 de la ECRI para luchar contra el racismo y la discriminación racial en y a través de la educación escolar.

La lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género debería comenzar con una revisión de las medidas legislativas y de otra índole que puedan causar, directa o indirectamente, la discriminación de una persona o grupo de personas por estos motivos. A continuación, deberían realizarse las investigaciones del caso y procederse a la recolección y el análisis de los datos pertinentes, con el fin de supervisar con regularidad y eficacia el impacto de las medidas legislativas y de otra índole sobre el derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual o identidad de género, y de corregir cualquier discriminación directa o indirecta por estos motivos. La plena aplicación de esas medidas requerirá seguramente algún tiempo, y podrían preverse diferentes plazos para las diferentes cuestiones mencionadas. Asimismo, se entiende que habría que eliminar sólo las restricciones discriminatorias.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias en los casos *Dudgeon contra el Reino Unido*¹⁷ y *Norris contra Irlanda*,¹⁸ ha sostenido que el mantenimiento en vigor de la legislación que prohíbe los actos homosexuales en privado constituía una interferencia continua con el derecho del demandante al respeto de su vida privada (que incluye su vida sexual), incluso si la ley en cuestión ya no supusiese estar sujeto a proceso. La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, en su informe sobre el caso *Sutherland contra el Reino Unido*,¹⁹ había declarado que, a pesar de que el solicitante no había estado sujeto a proceso ni amenazado con ser procesado, la existencia misma de esa legislación afectaba directamente su vida privada. Por otra parte, en su respuesta a la Recomendación 211 (2007) del Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa, el Comité de Ministros señaló que "en una serie de sentencias,²⁰ el Tribunal ha hecho hincapié en que toda discriminación por motivos de orientación sexual es contraria a la Convención. Todos los Estados miembros deben respetar la Convención cuando apliquen el derecho nacional, en particular a la luz de la jurisprudencia del Tribunal".²¹

En cuanto a las medidas de control, una opción podría ser que los Estados miembros adoptasen y aplicasen efectivamente planes periódicos de acción a nivel nacional, regional y local, así como indicadores para medir sus resultados y los progresos realizados en su aplicación.

¹⁷ *Dudgeon contra el Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1981, Serie A, nº. 45, p. 21, párr. 41. Éste fue el primer caso en que la Comisión y el Tribunal tomaron posición contra la existencia de leyes que declaran ilegal la homosexualidad.

¹⁸ *Norris contra Irlanda*, sentencia de 26 de octubre de 1988, Serie A nº 142, pág. 18, párr. 38.

¹⁹ *Sutherland contra el Reino Unido*, nº 25186/94, Informe de la Comisión de 1 de julio de 1997, no publicado, que critica la existencia de una legislación que establece una edad mínima de consentimiento más elevada para las relaciones entre hombres homosexuales y heterosexuales.

²⁰ En particular, *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999, *L. y V. contra Austria*, sentencia de 9 de enero de 2003, *Karner contra Austria*, sentencia de 24 de julio de 2003; *B.B. contra el Reino Unido*, sentencia de 10 de febrero de 2004.

²¹ Respuesta adoptada por el Comité de Ministros el 16 de enero de 2008 en la 1015.^a reunión de Delegados de los Ministros - CM/Cong(2008)Rec211 final.

Asimismo, deberían adoptarse y aplicarse de manera efectiva medidas específicas destinadas a combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, para garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y promover la tolerancia hacia esas personas. Los Estados miembros deberían garantizar que sus medidas legislativas y de otra índole sean adecuadas para luchar contra la discriminación por esos motivos, y deberían adoptar y aplicar eficazmente una estrategia integral que incluya educación a largo plazo y programas de sensibilización, dirigida a luchar contra prejuicios, actitudes y comportamientos discriminatorios entre la población en general y a corregir los prejuicios y estereotipos (por ejemplo, con mensajes políticos claros dirigidos al público en general, incluidos los profesionales de los medios de comunicación).

Los Estados miembros deberían garantizar que las víctimas tengan acceso efectivo a los recursos legales ante una instancia nacional, incluso si la violación es cometida por personas que actúen a título oficial. Esos recursos deberían ser eficaces, proporcionados y disuasorios, e incluir, en su caso, la concesión de una reparación adecuada a las víctimas de la discriminación. Deberían también adoptarse medidas para garantizar que las víctimas tengan conocimiento de la existencia de dichos recursos.

Asimismo, se insta a los Estados miembros a garantizar, empleando las iniciativas y los medios apropiados (entre ellos Internet), que el contenido de la presente Recomendación, incluido su apéndice, reciba la más amplia difusión posible con el fin no solo de informar a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales de su derecho a la igualdad de trato, sino también de sensibilizar a toda la administración pública, las estructuras de aplicación de la ley, incluido el poder judicial y el sistema penitenciario, a las estructuras nacionales de protección de los derechos humanos, a los sistemas de educación y de atención de la salud, así como a los representantes de los trabajadores y empleadores de los sectores público y privado, los medios de comunicación y las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

Por lo que se refiere al seguimiento de la Recomendación, se invita a los gobiernos de los Estados miembros a revisar su aplicación, a través del Comité de Ministros, tres años después de su adopción.

I. Derecho a la vida, a la seguridad y a la protección contra la violencia

A. Delitos de odio y otros incidentes motivados por el odio

1 - 2. Los delitos de odio son los delitos cometidos por motivos de pertenencia real o supuesta de la víctima a un determinado grupo, más comúnmente definido por su raza, religión, orientación sexual, identidad de género, nacionalidad, etnia, discapacidad, etc.²² Para los fines de esta recomendación, se utiliza el término "incidente motivado por el odio" para abarcar todo incidente o acto, tanto si está tipificado como delito en la legislación nacional como si no lo está, en contra de personas o la propiedad que implica un objetivo

²² En la introducción al informe de la OSCE: *Leyes de Delitos de Odio: Guía Práctica*, (pág. 7), los delitos de odio son descritos como "delitos motivados por la intolerancia hacia ciertos grupos de la sociedad". La OIDDH/OSCE también proporciona una "definición de trabajo" en su informe anual de 2006, según la cual constituye un delito motivado por el odio "toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar, o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo". Véase también la definición dada por el Ministerio del Interior del Reino Unido: <http://www.homeoffice.gov.uk/crime-victims/reducing-crime/hate-crimes/> y la del Departamento de Justicia de los Estados Unidos - Oficina de Asistencia Jurídica: *A Policymaker's Guide to Hate Crimes* [Guía para responsables de políticas sobre los delitos motivados por el odio]: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>.

seleccionado debido a su conexión real o percibida o la pertenencia a un grupo. El término es lo suficientemente amplio como para cubrir una amplia gama de manifestaciones de intolerancia desde los incidentes de bajo nivel motivados por prejuicios hasta los actos delictivos.²³ Los delitos de odio y otros incidentes motivados por el odio causan graves trastornos a las víctimas y a la comunidad a la que pertenecen, y lo que es aún más chocante, desde el punto de vista de la víctima lo más importante es haber sido objeto de un delito de ese tipo debido a un aspecto fundamental inmutable de su identidad.²⁴ Por otra parte, representan una amenaza contra la base misma de las sociedades democráticas y el imperio de la ley, ya que constituyen un ataque contra el principio fundamental de igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos, tal como se consigna en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales son el blanco de muchos delitos o incidentes de ese tipo. De acuerdo con el informe de la OIDDH/OSCE "*Delitos incitados por el odio en la región de la OSCE: Incidentes y respuestas*",²⁵ los delitos o incidentes motivados por homofobia a menudo se caracterizan por una marcada crueldad y brutalidad, y en muchos casos incluyen palizas, tortura, mutilación, castración o incluso asalto sexual, y pueden causar la muerte. También pueden incluir daños a la propiedad, insultos o agresiones verbales, amenazas o intimidación.

Como cabe suponer, las medidas y procedimientos más apropiados para hacer frente a un delito o un incidente motivado por el odio dependerá de la normativa nacional aplicable y de las circunstancias del caso, es decir, si se trata de una violación de la legislación penal, civil o administrativa nacional o de otras normas (procedimientos disciplinarios, etc.). Por lo tanto, los términos como "investigación" y "sanciones" deberían ser entendidos, en este sentido, en un sentido amplio, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Las medidas legislativas para luchar contra estos delitos son de vital importancia. Al condenar los motivos discriminatorios, envían una clara señal de que una sociedad justa y humana no tolera ese tipo de comportamiento. Al reconocer el daño causado a las víctimas, ofrecen a esas personas y a su comunidad la seguridad de que están protegidos por el sistema de justicia penal. Por otra parte, la existencia de esas leyes hace que los delitos u otros incidentes motivados por el odio sean más visibles y facilita la recopilación de datos estadísticos lo que, a su vez, reviste gran importancia para el diseño de medidas destinadas a prevenirlos y contrarrestarlos.

En la legislación, los delitos de odio suelen recibir una pena más severa ya que el delito ha sido cometido por un motivo discriminatorio. El hecho de no tener en cuenta los motivos de los delitos puede constituir también discriminación indirecta, como ha dictaminado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²⁶ Los Estados miembros deberían asegurarse de que en la determinación de las sanciones pueda ser tenido en cuenta como circunstancia

²³ Véase el informe anual de la OSCE para 2006, pág. 9,

http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296_931_en.pdf

²⁴ Véase el informe de la OSCE: Leyes de Delitos de Odio: Guía Práctica, pág. 42:

http://www.osce.org/publications/odihr/2009/03/36671_1263_en.pdf

²⁵ Véase el informe anual de la OSCE para 2006, págs. 53-54.

²⁶ *Angelova e Iliev contra Bulgaria*, nº 55523/00, sentencia de 26 de julio de 2007, párr. 115: "[C]uando investiguen incidentes violentos, las autoridades del Estado tienen el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista y establecer si el odio étnico o los prejuicios pueden haber desempeñado un papel en los acontecimientos. Si no lo hiciera y si la violencia racial y la brutalidad inducida por el racismo recibieran el mismo trato que los casos que no tienen ninguna connotación racista, ello equivaldría a hacerse de la vista gorda respecto de la naturaleza específica de actos que son particularmente nocivos para los derechos fundamentales. El hecho de no hacer una distinción en la manera en que se da cuenta de situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un trato injustificado incompatible con el artículo 14 del Convenio."

agravante todo prejuicio relativo a la orientación sexual o la identidad de género. Asimismo, los Estados miembros deberían garantizar que tales motivos sean consignados cuando un tribunal decide imponer una pena más severa.²⁷ Al menos 14 Estados miembros del Consejo de Europa ya han incluido en su legislación la orientación sexual como circunstancia agravante en la comisión de un delito.²⁸

Se desprende de numerosos informes que la policía u otras autoridades públicas reciben en pocos casos quejas acerca de estos delitos o incidentes. El hecho de que los agentes de la autoridad pueden demostrar hostilidad contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, ya sea cuando la víctima va a la comisaría o por iniciativa propia de los agentes de policía, hace aún menos probable que las víctimas presenten sus quejas.²⁹

El derecho a la protección del Estado contra toda forma de violencia o lesiones que garantizan los artículos 2 y 3 del Convenio implica el establecimiento de mecanismos eficaces de investigación en el caso de uso de fuerza letal o tratos inhumanos o degradantes, ya sea por parte de los representantes del Estado o por particulares.

El Tribunal ya ha reconocido que, en el caso de denuncias de actos violentos de carácter discriminatorio, podría ser necesario adoptar un procedimiento especial para reunir pruebas. En un caso que tuvo ante sí, el Tribunal declaró que no está excluido que una medida pueda ser considerada discriminatoria atendiendo a la evidencia de su impacto (efectos desproporcionadamente perjudiciales para un grupo en particular), aunque no esté específicamente dirigida a ese grupo.³⁰ Cuando el uso de la violencia está motivado por la discriminación contra homosexuales y transexuales, los artículos 2 y 3, así como el artículo 14 (el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio sin distinción alguna) debería llevar a los Estados a tomar medidas razonables para determinar el papel que desempeñan esos supuestos prejuicios y, en consecuencia, para asegurar que se establece una distinción tanto en el ordenamiento jurídico como en la práctica entre los casos en que se ha utilizado una fuerza excesiva y los relativos a delitos incitados por el odio. Los Estados deberían redoblar sus esfuerzos para investigar toda connotación homosexual y transexual en un acto de violencia, sobre todo porque, en la práctica, podría resultar difícil demostrar los prejuicios contra homosexuales y transexuales. Como los motivos de discriminación son difíciles de probar, la calidad de las investigaciones reviste incluso de más importancia. Del mismo modo, la obligación de investigar los casos con connotaciones racistas debe cumplirse sin discriminación alguna, como exige el artículo 14

²⁷ La guía práctica de la OSCE (op. cit.) señala que (pág. 36) en algunos Estados, las razones que llevan a imponer penas más severas no se consignan en registros públicos, lo que priva a la ley de gran parte de su valor simbólico y estadístico.

²⁸ A modo de ejemplo, el artículo 132-77 del Código Penal francés establece que "En los casos previstos en la ley, las penas por un delito o falta deberán ser más severas cuando una infracción se haya cometido por motivos de la orientación sexual de la víctima." La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala que diez Estados miembros de la Unión Europea han incluido la orientación sexual como circunstancia agravante en la comisión de un delito. Esos países son: Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Países Bajos, Portugal, Rumania, Finlandia, Suecia y el Reino Unido. Véase *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual en los Estados miembros de la UE* (Parte I – Análisis jurídico), pág. 122, disponible en http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/products/publications/reports/pub_cr_homophobia_0608_en.htm Por lo que se refiere a los Estados miembros del Consejo de Europa, Andorra, Croacia, Islandia y Noruega también lo han hecho.

²⁹ Véase el informe de la FRA-Parte II, págs. 46-47.

³⁰ *Hugh Jordan contra el Reino Unido*, nº 24746/94, párr. 154, 4 de mayo de 2001.

del Convenio.³¹ Estas obligaciones son claramente aplicables cuando un delito está motivado por la orientación sexual o la identidad de género de una persona.

3. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para alentar a víctimas y testigos de delitos motivados por el odio u otros incidentes incitados por el odio por motivos de orientación sexual o de identidad de género a que denuncien estos actos. Esas medidas podrían incluir:

- a. la elaboración y difusión de una definición sencilla y comprensible de los "delitos de odio", incluso por motivo de su orientación sexual o identidad de género; la definición estará dirigida tanto al público en general, para alentar la denuncia de estos delitos, como a los servicios de policía, encargados de registrar las quejas;
- b. la creación de programas de capacitación destinados a asegurar que las diferentes estructuras de aplicación de la ley, incluido el sistema judicial, posean los conocimientos y capacidades necesarias para proporcionar asistencia y apoyo adecuados a las víctimas y a los testigos;
- c. la creación de unidades especiales encargadas, entre otras cosas, de la investigación de delitos e incidentes relacionados con la orientación sexual o la identidad de género, y el nombramiento de oficiales de enlace especiales para mantener el contacto con las comunidades locales con vistas a fomentar una relación de confianza;
- d. poner especial énfasis en la creación de un mecanismo independiente y eficaz para recibir e investigar denuncias de delitos y otros incidentes motivados por el odio que presuntamente hayan sido cometidos por las fuerzas del orden, sobre todo cuando la orientación sexual o la identidad de género constituye uno de los motivos;
- e. la introducción de sistemas de denuncias anónimas o de quejas en línea, o la utilización de otros medios de fácil acceso, así como la posibilidad de presentación de informes por parte de terceros con el fin de reunir información sobre la incidencia y la índole específica de esos incidentes;

Por otra parte, los Estados miembros deberían tomar medidas para garantizar que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales no sean objeto de discriminación por las estructuras policiales ni por otras estructuras creadas con el fin de fomentar la denuncia por parte de las víctimas y los testigos de delitos y otros incidentes motivados por el odio, y por ello establecerán códigos de buena conducta y brindarán formación. También deberían tomar medidas para garantizar que en esas estructuras estén proscritos los actos homófobos y tránsfobos, incluidos los actos de tortura o los tratos inhumanos o degradantes como el abuso sexual, el cacheo intrusivo indebido y el lenguaje denigrante y, si procede, recurrir a mecanismos disciplinarios o sanciones penales.

³¹ Véase la argumentación del Tribunal en el caso de *Nachova y otros contra Bulgaria*, sentencia de 26 de febrero de 2004, párr. 155-162, acerca de los asesinatos con connotaciones racistas: "El derecho a la vida en virtud del artículo 2 del Convenio y la prohibición de la discriminación en general, y de la discriminación racial y étnica, en particular, en virtud del artículo 14 reflejan los valores básicos de las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa. Los actos motivados por el odio étnico que conducen a la privación de la vida socavan los cimientos de esas sociedades y requieren una vigilancia especial y una respuesta eficaz por parte de las autoridades". Además, el no establecer distinción en la manera en que se abordan situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir trato injustificado incompatible con el artículo 14 del Convenio (véase, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos contra Grecia* [GS], nº 34369 / 97, párr. 44, TEDH 2000-IV).

4. El uso de la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes está estrictamente prohibido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 3). Las personas privadas de su libertad, incluso las internadas en hospitales psiquiátricos, bajo la vigilancia y responsabilidad de las autoridades del Estado, son particularmente vulnerables y las autoridades tienen el deber de protegerlas contra las acciones de los funcionarios públicos y también contra las de otros detenidos. Esta necesidad es más imperiosa en el caso de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, que son incluso más vulnerables a ciertos abusos y está sujeta a intimidación, violencia, humillación, asalto sexual, violación y otras formas de malos tratos. Los Estados deberían prestar especial atención a estas situaciones, velar por que se cumplan las obligaciones derivadas de la jurisprudencia del Tribunal, y establecer mecanismos adecuados y eficaces para determinar la responsabilidad disciplinaria o penal de los responsables de tales acciones o los fallos en lo tocante a la supervisión de los lugares de detención.

Por lo que se refiere a las personas transexuales, las autoridades deberían prestar especial atención a la elección de la cárcel (para hombres o mujeres) con el fin de proteger adecuadamente y respetar la identidad de género de la persona que será encarcelada. La importancia de la elección subjetiva de un individuo está indisolublemente unida a criterios objetivos relacionados con la identidad de esa persona. Por lo tanto, el respeto a la identidad de género no implica, en este contexto, el derecho de la persona a elegir arbitrariamente su identidad de género. En los casos en que no baste con los documentos oficiales para determinar la elección de la cárcel, las autoridades deberían llevar a cabo una evaluación objetiva del caso, que tenga en cuenta no sólo la elección subjetiva del individuo y los documentos oficiales, sino también, por ejemplo, el progreso del proceso de reasignación de género.

5. Para poder luchar contra la discriminación es fundamental llevar a cabo las investigaciones pertinentes y recabar datos sobre las medidas y prácticas discriminatorias, en particular por lo que se refiere a "los delitos y otros incidentes motivados por el odio" relacionados con la orientación sexual o la identidad de género, teniendo debidamente en cuenta el derecho al respeto de la vida privada. Por su parte, el Comisario para los Derechos Humanos ha señalado la carencia de datos sobre la situación de las personas transexuales en Europa, particularmente en los Estados que no pertenecen a la UE.³²

Los instrumentos de este tipo no deberían limitarse al registro de los incidentes; deberían ser de utilidad para futuras iniciativas destinadas a prevenir este tipo de incidentes y aumentar la conciencia pública de lo que supone la agresión homófoba y transfoba y a adoptar medidas adecuadas para combatir este tipo de agresión. Por consiguiente, los Estados miembros deberían dotarse de herramientas eficaces para el análisis de datos y de información que les permitan obtener un mejor conocimiento cuantitativo y cualitativo de la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, sobre todo por lo que se refiere a los delitos motivados por el odio. Asimismo, deberían alentar la investigación sobre la índole y las causas de la conducta hostil o negativa contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, con miras a la formulación de políticas eficaces para combatir esos fenómenos.

B. "Discurso de odio"

6.8. En su Recomendación nº R(97)20 del 30 de octubre de 1997 sobre "discurso de odio", el Comité de Ministros declaró que se entenderá que el término "discurso de odio"

³² Derechos humanos e identidad de género, documento de debate, Comisario para los Derechos Humanos, 29 de julio de 2009, pág. 9:
<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1331143&SecMode=1&DocId=1433126&Usage=2>

abarca todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, al antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la discriminación y la hostilidad contra las minorías. A los efectos de la presente Recomendación, el término "discurso de odio" abarca toda forma de expresión motivada por el odio, con independencia del medio de expresión utilizado, incluido Internet y cualquier otro nuevo medio de comunicación.

Como también señala el Libro Blanco sobre el Diálogo Intercultural, el debate público debe respetar la diversidad cultural.³³ Expresiones públicas de racismo, xenofobia o cualquier otra forma de intolerancia, ya sea por parte de personas que ocupan cargos públicos o de miembros de la sociedad civil, deberían ser rechazadas y condenadas, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluido el artículo 17. Las declaraciones homófobas públicas de las figuras públicas son especialmente preocupantes ya que influyen negativamente en la opinión pública y promueven la intolerancia.

En esa misma recomendación, el Comité de Ministros afirmó que "los Estados miembros deberían crear conciencia entre las autoridades públicas y las instituciones públicas (...) acerca de su responsabilidad de abstenerse a realizar declaraciones, en particular a los medios de comunicación, que puedan ser razonablemente entendidas como susceptibles de legitimar dicho odio o discriminación (...) u otras formas de discriminación o de odio basados en la intolerancia. Este discurso de incitación al odio debería prohibirse y desautorizarse públicamente siempre que tenga lugar" (Principio 1). Al mismo tiempo, es importante que las interferencias con la libertad de expresión estén "estrictamente circunscritas y se apliquen de una manera legal y no arbitraria sobre la base de criterios objetivos [y] con sujeción al control judicial independiente" (Principio 3).

El Tribunal ha señalado que "quien ejerce su libertad de expresión tiene "deberes y responsabilidades", cuyo alcance depende de su situación y los medios técnicos que emplea"³⁴ y que el ejercicio de esas libertades podrá ser objeto de restricciones, en particular para proteger los derechos de los demás.³⁵ El Tribunal también ha afirmado que, si bien el artículo 10 deja poco margen para las restricciones del discurso político o el debate, el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los políticos electos que, al mismo tiempo, son titulares de cargos públicos en la rama ejecutiva del gobierno supone una responsabilidad particular.³⁶ Por consiguiente, esas personas deben ejercer esa libertad con moderación, en vista de que sus puntos de vista pueden ser considerados como instrucciones por parte de los funcionarios públicos cuyo empleo y carreras dependen de su aprobación.

En consecuencia, los Estados miembros deberían velar por que las autoridades y los organismos públicos a nivel nacional, regional y local tengan conciencia de su responsabilidad y se abstengan de hacer declaraciones, en especial a los medios de comunicación, que puedan razonablemente entenderse que tendrían el efecto de incitar, difundir o promover el odio u otras formas de discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Cuando entablen el diálogo con representantes de los

³³ En la sección 5.1 del Libro Blanco se afirma, entre otras cosas, que "los Estados deberían adoptar una legislación estricta, que prohíba los "discursos de incitación al odio", así como las manifestaciones de racismo, xenofobia, homofobia, antisemitismo, islamofobia e intolerancia hacia los romaníes y las poblaciones itinerantes, y cualquier otra manifestación que incite al odio o a la violencia."

³⁴ *Handyside contra el Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, Serie A, nº 24, pág. 25, párr. 49.

³⁵ Párrafo 2 del Artículo 10 del Convenio.

³⁶ *Baczkowski y otros contra Polonia*, nº 1543-1506, sentencia de 3 de mayo de 2007, párr. 98-99.

diferentes sectores de la sociedad civil, incluidas empresas privadas, organizaciones sindicales y de empleadores, organizaciones políticas u otras ONG, y las comunidades religiosas o filosóficas, los funcionarios públicos y otros representantes del Estado deberían esforzarse también por promover la tolerancia y el respeto por las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, entre otras, y emplear lenguaje responsable y no violento.

Se debería entender que la lucha contra la incitación al odio podría no exigir la penalización sistemática de cada expresión motivada por la intolerancia, y que las medidas y procedimientos más apropiados dependerán de la normativa nacional aplicable y de las circunstancias de cada caso.

La Recomendación nº R(97)21 del Comité de Ministros sobre los medios de comunicación y la promoción de una cultura de tolerancia hace hincapié en la importancia de las prácticas profesionales de los medios de comunicación y la responsabilidad que tienen de proteger a los grupos e individuos contra estereotipos negativos o de dar a conocer sus contribuciones positivas a la sociedad. Debería alentarse a las organizaciones de medios, incluidas las que operan en Internet, a que promuevan en sus prácticas una cultura de respeto, tolerancia y diversidad con el fin de evitar las representaciones negativas y estereotipadas de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el uso de material degradante o lenguaje sexista. En algunos países se han adoptado prácticas que incluyen la elaboración de códigos de conducta para tratar de una manera no discriminatoria los asuntos relacionados con las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Se recomienda alentar otra buena práctica, a saber: la organización de campañas de sensibilización de los medios para promover representaciones positivas de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.

En vista de la creciente importancia de Internet y de la dificultad para detectar y castigar a los autores de "discursos de incitación al odio" en Internet, los Estados miembros deberían establecer o mantener un marco jurídico sólido y adecuado aplicable a los nuevos medios y servicios o redes de comunicación, incluso en lo relativo al discurso de incitación al odio por motivos de la orientación sexual o identidad de género.³⁷ Deberían tomarse medidas de este tipo en cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio, de manera que la interferencia con la libertad de expresión sea lo más limitada posible, se ajuste a lo previsto en la ley y sea proporcional al objetivo a alcanzar. Entre otras cosas, los Estados deberían:³⁸

- garantizar que la orientación sexual y la identidad de género sean incluidas en los textos pertinentes respecto de la penalización de las infracciones cometidas por Internet, y procesar a los responsables;
- promover medidas específicas para evitar la difusión de materiales, amenazas o insultos homófobos en Internet bajo la supervisión de los proveedores de acceso del sitio web;
- mejorar la cooperación internacional y la asistencia mutua entre las autoridades judiciales para combatir la difusión por Internet de materiales que inciten al odio, incluidos los materiales basados en la orientación sexual o la identidad de género.

³⁷ Véase también, en este sentido, el *Protocolo Adicional a la Convención sobre el Delito Cibernético relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos mediante sistemas informáticos*, Consejo de Europa, Serie de Tratados, nº 189.

³⁸ El *Protocolo Adicional a la Convención sobre la Ciberdelincuencia* del 30 de enero de 2003 ya establece el principio de la penalización de los actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos mediante sistemas informáticos.

II. La libertad de asociación

9. El Tribunal ha afirmado que la obligación positiva de los Estados para garantizar el respeto real y efectivo de la libertad de asociación y reunión es "especialmente importante en el caso de las personas que tienen puntos de vista impopulares o que pertenecen a minorías, ya que son más vulnerables a la victimización".³⁹

Un informe del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del 24 de febrero de 2009 sobre "la situación de los defensores de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa" revela que, si bien las actividades de los defensores de los derechos humanos que trabajan por los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales se han intensificado en los últimos años en los Estados miembros del Consejo de Europa, esa tendencia ha encontrado una oposición muy fuerte y que esas personas corren un riesgo particularmente elevado.⁴⁰ El informe de la OSCE titulado "*Defensores de los derechos humanos en la región de la OSCE: desafíos y buenas prácticas*",⁴¹ señala que los obstáculos a la libertad de asociación pueden incluir: denegación de registro, disolución, expulsión o amenazas de expulsión de locales, daños o ataques a locales, campañas de difamación e impuestos abusivos. El informe también enumera eventuales medidas represivas: sanciones penales por denegación del registro de actividades, juicios abusivos, exigencias de derechos exorbitantes para el registro o reinscripción, controles, auditorías o investigaciones por parte de funcionarios del Estado, impuestos abusivos e incluso ilegales.

Todas las personas deberían poder, sin discriminación, obtener la acreditación necesaria y formar asociaciones con el fin de difundir información sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, facilitar la comunicación entre esas personas o defender sus derechos. Los Estados deberían garantizar que no se abuse de las nociones de orden público, moral pública, salud pública o seguridad pública para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de asociación en este respecto. La decisión de denegación del registro de una asociación debería responder solamente a una justificación objetiva y correctamente motivada susceptible de recurso. Los Estados donde la legislación o la práctica prohíbe la creación de organizaciones de defensa de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales deberían abolir esas leyes o prácticas, y también permitir la posibilidad de obtener un nuevo registro en los casos en que se haya ordenado disolución.⁴² Los Estados no sólo deberían abstenerse de toda interferencia en las actividades de esas asociaciones que se traduzca en la restricción discriminatoria del ejercicio de su derecho a la libertad de asociación, sino también tomar medidas apropiadas para garantizar que esas organizaciones puedan operar libremente, para defender sus intereses en caso necesario y para facilitar y alentar sus actividades. Los Estados también deberían solicitar la participación de esas organizaciones en la elaboración y aplicación de las políticas públicas, para que puedan hacer escuchar su voz.

10. Debería garantizarse el acceso a la financiación pública destinada a las organizaciones no gubernamentales sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Las ONG deberían ser libres de solicitar y recibir contribuciones

³⁹ Véase, por ejemplo *Baczowski y otros contra Polonia*, *op. cit.*, párr. 64.

⁴⁰ Párrafos 31-32 del informe.

⁴¹ http://www.osce.org/publications/odhr/2008/12/35711_1217_en.pdf, págs. 19 y ss.

⁴² Véase *Partido Presidencial de Mordovia contra Rusia* (sentencia de 5 de octubre de 2004), *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros* (sentencia de 30 de enero de 1998), *Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia* (sentencia de 13 de diciembre de 2001) o *La Organización Macedonia Unida Ilinden - Pirin y otros contra Bulgaria* - sentencia de 20 de octubre de 2005, y el seguimiento del Comité de Ministros a la ejecución de estas sentencias (véase, por ejemplo, el documento CM/Inf/DH(2007)8 de 7 de febrero de 2007).

- donaciones en efectivo o en especie - no sólo de las autoridades públicas en el Estado en que están constituidas, sino también de donantes institucionales o individuales, así como de otras agencias estatales o multilaterales, con sujeción únicamente a las leyes de aplicación general en materia de aduanas, cambio de divisas y lavado de dinero y a las relativas a la financiación de las elecciones y los partidos políticos.⁴³

11. Como recordó la Asamblea Parlamentaria,⁴⁴ los defensores de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales se cuentan entre los defensores de los derechos humanos más expuestos a ataques y abusos, debido a su identidad o a las cuestiones sobre las que trabajan. Con arreglo a la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las medidas para mejorar la protección de los defensores de los derechos humanos y promover sus actividades, de 6 de febrero de 2008,⁴⁵ los Estados miembros deberían adoptar medidas eficaces para proteger, promover y hacer respetar a los defensores de los derechos humanos y garantizar que sus actividades sean respetadas. Asimismo, deberían crear un entorno propicio, que permita a los individuos, grupos y asociaciones llevar a cabo libremente sus actividades, en toda legalidad, con arreglo a las normas internacionales, para promover y luchar por la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin más limitaciones que las autorizadas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Entre otras cosas, ello puede incluir permitir la autorización para que los defensores de los derechos humanos creen redes de comunicación con las instituciones independientes de derechos humanos a nivel nacional, los defensores del pueblo, los medios de comunicación, los defensores de los derechos humanos en otros países y las organizaciones internacionales. Asimismo, debería fomentarse la participación de los defensores de los derechos humanos en sesiones de formación, conferencias internacionales y otras actividades orientadas a la promoción del respeto de los derechos humanos.

También es importante a este respecto que los Estados miembros prevean una ayuda rápida y medidas de protección para los defensores de los derechos humanos que corran peligro en terceros países; ello puede incluir la asistencia en calidad de observadores a procesos judiciales en los casos pertinentes y/o, si es posible, la expedición de visados de emergencia.

12. Se insta encarecidamente a los Estados miembros a que desarrollen modalidades de cooperación con las organizaciones de defensa de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, a que intercambien información y buenas prácticas sobre las formas de prevenir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y a que promuevan el respeto y la tolerancia. Asimismo, se invita a los Estados a que participen en actividades de sensibilización con el fin de fomentar un clima de confianza y respeto mutuo entre los miembros de las comunidades y la administración pública. Los Estados miembros deberían realizar las consultas del caso con las organizaciones defensoras de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales en lo que se refiere a la adopción y aplicación de medidas que puedan tener un impacto en sus derechos humanos.

⁴³ Véase a este respecto la Recomendación CM/Rec (2007)14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la situación legal de las organizaciones no gubernamentales en Europa.

⁴⁴ Véase: Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1660 (2009) - Situación de los defensores de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa, párr. 5.

⁴⁵ Declaración del Comité de Ministros sobre la acción del Consejo de Europa para mejorar la protección de los defensores de los derechos humanos y promover sus actividades (*adoptada el 6 de febrero de 2008 en la 1017.ª reunión de los Delegados de los Ministros*).

III. Libertad de expresión y de reunión pacífica

13. El derecho a la libertad de expresión y, en particular, de compartir y expresar la propia identidad, es fundamental para la promoción de la diversidad y la tolerancia en la sociedad.⁴⁶ El Tribunal ha dictaminado en varias ocasiones que la libertad de expresión y de reunión pacífica es aplicable no sólo a la información y a las ideas que tienen una acogida favorable o son consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no puede existir una "sociedad democrática".⁴⁷

Todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica sin discriminación, incluso por razón de su orientación sexual o identidad de género. Este derecho comprende el derecho de expresar su identidad o personalidad mediante el lenguaje, el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o cualquier otro medio, así como la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, incluso en relación con los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, por cualquier procedimiento de su elección.⁴⁸

Los Estados deberían tomar las medidas apropiadas para alentar la recepción y transmisión de información e ideas relativas a la orientación sexual y la identidad de género, incluso las actividades que apoyan los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, la publicación de materiales, la cobertura en los medios de comunicación, la organización y/o participación en conferencias y la difusión y el acceso a la información sobre prácticas sexuales seguras. Asimismo, deberían fomentar el pluralismo y la no discriminación en los medios de comunicación en relación con cuestiones de orientación sexual e identidad de género.

14. En los Estados miembros del Consejo de Europa, se ha observado que el ejercicio de la libertad de expresión y de reunión pacífica de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y de las organizaciones que los representan a veces despierta hostilidad, y en algunas ocasiones incluso lleva a la prohibición de las marchas de "orgullo gay" o a ataques violentos contra los manifestantes, sin que la policía intervenga para proteger a los manifestantes. En muchos casos se ha observado que, a pesar de tener la obligación positiva de proteger a sus ciudadanos contra la discriminación, las autoridades en realidad apoyan activamente esas injusticias, o incluso las perpetran, lo que alienta las actitudes y acciones homófobas y tránsfobas.⁴⁹

15. Esto quiere decir que las autoridades tienen la obligación positiva de adoptar medidas eficaces para proteger y garantizar el respeto de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales que desean reunirse y expresarse, aunque sus puntos de vista sean impopulares o no sean compartidos por la mayoría de la población. Por lo tanto, las autoridades locales, los tribunales, la policía y las estructuras nacionales de derechos humanos, incluidos los defensores del pueblo, tienen el deber de proteger el derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica también de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y de las organizaciones de defensa de los derechos de dichas personas.

⁴⁶ Respuesta del Comité de Ministros de 16 de enero de 2008 a la Recomendación 211 (2007) del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa.

⁴⁷ *Handyside contra el Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, nº 5493/72, 1 EHRR 737, párr. 49.

⁴⁸ Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966; artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴⁹ Informe de la FRA, op. cit., "*Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la UE: Parte II*", págs. 54-58.

En cuanto a las instituciones de orden público, en particular, cabe señalar que el Comité de Ministros en su Recomendación de 19 de septiembre de 2001 sobre el Código Europeo de Ética de la Policía⁵⁰ afirmó que, para llevar a cabo sus actividades, "la policía deberá siempre tener en mente los derechos fundamentales de la persona, tales como la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión, reunión pacífica, circulación y el disfrute pacífico de sus bienes" y que "el personal de policía debe actuar con integridad y respeto hacia la población, teniendo especialmente en cuenta la situación de las personas que formen parte de grupos particularmente vulnerables."

16. Aunque la Convención permite restricciones al ejercicio de la libertad de expresión y de reunión, tales restricciones deben ajustarse a lo que establece la ley; en una sociedad democrática, deben responder al interés de la seguridad nacional, la seguridad pública, la prevención de desórdenes y delitos, la protección de la salud o la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.⁵¹ Los Estados miembros deberían asegurarse de que no se abuse de estas nociones para interferir con el ejercicio de la libertad de opinión y de expresión en apoyo de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las manifestaciones pacíficas a favor de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y también de otras personas, no pueden ser prohibidas simplemente debido a la existencia de actitudes hostiles a los manifestantes o a las causas que defienden. Por el contrario, el Estado tiene el deber de adoptar medidas razonables y apropiadas para que las manifestaciones legales puedan transcurrir pacíficamente.⁵²

El Tribunal ha indicado en su jurisprudencia que una manifestación puede "molestar u ofender a personas que se oponen a las ideas o reclamos que se intenta promover. Sin embargo, los participantes deben poder manifestar sin temor a verse sometidos a violencia física por parte de sus oponentes; [...] En una democracia, el derecho de contramanifestación no puede llevar a prohibir el derecho de manifestación".⁵³

En cualquier caso, toda interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión debería estar "estrictamente circunscrita y aplicarse de una manera legal y no arbitraria atendiendo a criterios objetivos" y debería estar "sujeta a control judicial independiente".⁵⁴

17. Debería alentarse a las autoridades públicas, en todos los niveles, a que condenen públicamente, sobre todo en los medios de comunicación, toda interferencia ilícita con el derecho de un individuo o grupo de individuos para ejercer su libertad de expresión y de reunión pacífica, incluso cuando las partes en cuestión desean defender la causa de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, y apoyar el ejercicio de ese derecho, incluso acompañándolos en la manifestación, en caso necesario.

IV. Derecho al respeto de la vida privada y familiar

⁵⁰ Recomendación del Comité de Ministros Rec (2001)10 sobre el Código Europeo de Ética de la Policía aprobada por el Comité de Ministros el 19 de septiembre de 2001, en la 765.^a reunión de Delegados de los Ministros, párr. 43 y 44.

⁵¹ Véase también: OIDDH/OSCE - Comisión de Venecia "Directrices sobre la libertad de reunión pacífica", en particular el párrafo 69.

⁵² Respuesta del Comité de Ministros de 16 de enero de 2008 a la Recomendación 211 (2007) del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, párr. 3.

⁵³ *Plataforma "Ärzte für das Leben" contra Austria*, sentencia de 21 de junio de 1988, Serie A, nº 139, pág. 12, párr. 32.

⁵⁴ Recomendación del Comité de Ministros nº R(97)20 sobre "discurso de incitación al odio".

18. El derecho a la libertad de expresión sexual, como un elemento de la vida privada, está protegido por el artículo 8 del Convenio. El Tribunal condena enérgicamente no sólo la existencia de leyes que penalizan las relaciones homosexuales consentidas entre adultos en privado,⁵⁵ sino también la legislación que establece una edad de consentimiento para ese tipo de relaciones y otra diferente para las relaciones heterosexuales.⁵⁶ Se ha determinado que, siendo éste uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona, los Estados tienen un estrecho margen de apreciación.

Por consiguiente, los Estados deberían derogar toda legislación que penalice las relaciones homosexuales consentidas entre adultos y también garantizar que su legislación establezca para esas relaciones la misma edad mínima de consentimiento que se aplica a las relaciones heterosexuales. Asimismo, deberían velar por que se deroguen las disposiciones del derecho penal que, debido a la manera en que han sido redactadas, son susceptibles de ser aplicadas de manera discriminatoria, o cuyo alcance podría conducir al arresto y registro de personas por motivo de su orientación sexual o identidad de género.

19. Los Estados miembros deberían asegurar que los datos de carácter personal acerca de la orientación sexual o la identidad de género de una persona no son recogidos, almacenados o utilizados por las instituciones públicas, en particular por las estructuras de aplicación de la ley,⁵⁷ excepto cuando ello sea necesario para fines específicos, legales y legítimos.

Esto se aplica especialmente a todo registro o archivo de antecedentes penales, o a cualquier otro tipo de documento que guarde relación con una investigación penal (por ejemplo, los archivos de los procesos que contienen información sobre la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas, testigos o autores de los delitos), así como los registros especiales que pudieran existir sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Los registros existentes que contengan dicha información deberían ser reexaminados con el fin de garantizar la inmediata destrucción de los documentos que no se ajusten a estos principios.⁵⁸

Por supuesto, el beneficio de la recopilación de estadísticas sobre comportamiento discriminatorio y otros delitos contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales por motivo de su orientación sexual o identidad de género no es incompatible con la necesidad de proteger los datos personales relativos a la orientación sexual o la identidad de género - que es un objetivo legítimo - a condición de que esas estadísticas se recojan de forma anónima o se garantice su anonimato cuando ya no son necesarias en una forma identificable. En todo caso, deberían servir únicamente para los fines mencionados y no deberán ser utilizadas en ningún caso para tomar decisiones o adoptar

⁵⁵ *Dudgeon contra el Reino Unido*, nº 7525/76, sentencia del 22 de octubre de 1981; *Norris contra Irlanda*, sentencia de 26 de octubre de 1986 y *Modinos contra Chipre*, sentencia de 23 de abril de 1993. Véase también *A.D.T. contra el Reino Unido*, nº 35765/97, 30 de julio de 2000, en la que el Tribunal consideró que la legislación del Reino Unido que prohíbe las relaciones homosexuales masculinas en privado con más de dos personas viola lo que dispone el Convenio.

⁵⁶ Véanse también las sentencias *L. y V. contra Austria* y *SL contra Austria*, de 9 de enero de 2003.

⁵⁷ En la Recomendación del Comité de Ministros Rec(2001)10 sobre el Código Europeo de Ética de la Policía se subraya que la policía sólo puede interferir con el derecho del individuo a la intimidad cuando sea estrictamente necesario y sólo para alcanzar un objetivo legítimo. La recogida, almacenamiento y utilización de datos personales por la policía se regirá por los principios internacionales de protección de datos y, en particular, se limitará a lo estrictamente necesario para alcanzar fines lícitos, legítimos y específicos de la información policial. Los registros que contienen datos relativos a la vida privada deberán ajustarse a lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio.

⁵⁸ Como ya había dispuesto en 1981 la Recomendación 924 (1981) de la Asamblea Parlamentaria.

medidas en relación con los interesados para complementar o corregir archivos existentes que no tienen una finalidad estadística.⁵⁹

20-21. Dos temas problemáticos para las personas transexuales son el de los requisitos que deben cumplir para los procedimientos de reasignación de género y el de la cuestión del reconocimiento legal.

Como se afirma en la Recomendación CM/Rec(2007)17 del Comité de Ministros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, "mujeres y hombres deben tener el derecho intangible de adoptar las decisiones sobre su propio cuerpo, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas. El reconocimiento de estos principios debe reflejarse en la elaboración, la implementación, el acceso, el seguimiento y la evaluación de los servicios sanitarios y en las prioridades de la investigación."⁶⁰

En algunos países, el acceso a los servicios de reasignación de género está condicionado a procedimientos como la esterilización irreversible, el tratamiento hormonal y los procedimientos quirúrgicos previos. A veces también se exige una prueba de la capacidad de la persona para vivir por un largo período de tiempo con arreglo a su nuevo género (la llamada "experiencia de la vida real"). En este sentido, debería procederse a una revisión de los requisitos y procedimientos existentes con el fin de eliminar aquellos que son desproporcionados. Cabe señalar, en particular, la posibilidad de que algunas personas no pudieran, por razones de salud, completar cada paso del tratamiento hormonal y/o quirúrgico exigido. Consideraciones similares se aplican en cuanto al reconocimiento legal del cambio de sexo, que puede estar condicionado a una serie de procedimientos y requisitos previos, incluso cambios de índole física.

El Tribunal viene estudiando desde hace varios años la cuestión del reconocimiento legal de la nueva identidad de género de los transexuales operados. En el caso de *B. contra Francia* de 25 de marzo de 1992 y, en particular, en el de *Christine Goodwin contra el Reino Unido*, el Tribunal consideró que la negativa de un Estado a reconocer legalmente una reasignación sexual completa constituía una violación del artículo 8.

Por lo tanto, los Estados tienen una obligación positiva del reconocimiento jurídico de la nueva identidad de una persona transexual⁶¹ que se ha sometido a un cambio de sexo total. Esto incluye la emisión de documentos oficiales como certificados de nacimiento, documentos de identidad, permisos de conducir, pasaportes, tarjetas y números de seguro social y los registros electoral, catastral y tributario. El Tribunal ha subrayado que reviste "crucial importancia" que el Convenio se interprete y aplique de manera que los derechos sean prácticos y efectivos, no teóricos ni ilusorios.⁶² Por ejemplo, los Estados tienen la obligación de expedir nuevos certificados de nacimiento. Asimismo, los documentos no oficiales emitidos por organismos no gubernamentales, como pueden ser diplomas, certificados de empleo, seguro o documentos bancarios deberían, en caso necesario y previa solicitud, ser modificados para reflejar la nueva identidad de género de esas personas.

⁵⁹ Recomendación del Comité de Ministros n° R(97)18, de 30 de septiembre de 1997, "relativa a la protección de los datos personales recogidos y tratados para fines estadísticos", principios 3.3 y 4.1. Véase también sobre este tema el informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales, Parte I, págs. 145-148.

⁶⁰ Recomendación del Comité de Ministros Rec (2007) 17, de 21 de noviembre de 2007, principio 44.

⁶¹ Sentencias *B. contra Francia* de 25 de marzo de 1992, Serie A, n° 232-C, págs. 52-54; *Sheffield y Horsham contra el Reino Unido*, sentencia de 30 de julio de 1998, *Repertorio de sentencias y decisiones*, 1998-V, p. 2021; *Christine Goodwin contra el Reino Unido* [GC], n° 28957/95, 11 de julio de 2002, párr. 89 y 124, y TEDH 2002-VI y *Grant contra el Reino Unido*, n° 32570/03, TEDH 2006.

⁶² *Christine Goodwin contra el Reino Unido*, op. cit., párr. 74.

Los Estados deberían garantizar también que los procedimientos para que una persona pueda cambiar legalmente de género y de nombre sean sencillos, transparentes y accesibles, y que se respete la integridad física de la persona y su vida privada (de manera que ningún tercero pueda llegar a tener conocimiento de la reasignación de género).

22. Las personas transexuales tienen derecho a contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto al nuevo sexo que se les ha asignado, siempre que el cambio de sexo haya sido reconocido con arreglo a la legislación aplicable y con lo dispuesto en los párrafos 20 y 21. El Tribunal ha reconocido que las personas que se han sometido a un cambio de sexo radical tienen derecho a casarse y ha establecido que, a los fines del matrimonio, la asignación de sexo en la legislación nacional atendiendo exclusivamente al sexo registrado al nacer representa una limitación que afecta la esencia misma del derecho de contraer matrimonio.⁶³ Por otra parte, ha estimado que si bien el texto del artículo 12 se refiere expresamente al derecho de un hombre y de una mujer a contraer matrimonio, no estaba convencido de que en estos momentos todavía pudiera seguir dándose por supuesto que estos términos deben referirse al sexo determinado atendiendo únicamente a criterios puramente biológicos.⁶⁴ Del mismo modo, la negativa a conceder una pensión de viudez a la pareja de hecho de una mujer transexual (la pareja no había podido casarse debido a la legislación en materia de reasignación de género) afiliada a un plan de pensiones que dispone que los beneficios se abonarán exclusivamente al cónyuge sobreviviente, constituye discriminación por razón de sexo con arreglo al Derecho comunitario europeo, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁶⁵

23. En los casos en que la legislación nacional reconoce derechos y obligaciones a las parejas de hecho, los Estados miembros deberían garantizar su aplicación de manera no discriminatoria tanto a las parejas del mismo sexo como a las parejas de diferente sexo. Por ejemplo, el Tribunal ya ha examinado una serie de cuestiones específicas, y ha determinado que las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones especialmente graves a modo de justificación y que el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en este ámbito es limitado. Por ejemplo, en materia de derechos de propiedad ha dictaminado que la negativa a permitir que un sobreviviente soltero de una pareja del mismo sexo pueda seguir ocupando el domicilio en que vivía con su compañero, mientras ello está permitido tratándose de parejas heterosexuales que no han contraído matrimonio, equivalía a una discriminación por razón de orientación sexual en el ejercicio del derecho al respeto del domicilio, en violación de los artículos 8 y 14 del Convenio.⁶⁶

En el caso *Young contra Australia*, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que la negativa de un Estado a conceder una pensión a uno de los integrantes de una pareja del mismo sexo por considerar que no se ajusta a la definición de "persona a cargo" representaba una violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por motivos de su orientación sexual. Al llegar a esa

⁶³ *Christine Goodwin contra el Reino Unido*, op. cit. y *I. contra el Reino Unido*, 11 de julio de 2002, párr. 101 y 81.

⁶⁴ *Ibid.* párr. 100 y 80. Debe tenerse en cuenta que esta jurisprudencia no allana el camino para matrimonios del mismo sexo, ya que el Tribunal se limita a aceptar la noción de "género social" como factor decisivo en la determinación del sexo. Sin embargo, está pendiente ante el Tribunal un caso relativo a la anulación de un matrimonio civil entre dos personas del mismo sexo atendiendo, en particular, a que en virtud de la legislación en cuestión, "el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer". Caso de *Chapin y Charpentier contra Francia*, nº 40183/07; véase la colección de casos comunicados: Declaración de los hechos y Preguntas a las partes: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=40183/07&sessionid=30302497&skin=hudoc-cc-fr>

⁶⁵ *K.B. contra el Servicio Nacional de Salud y Pensiones y la Secretaría de Estado de Salud*, TJ, caso C-117/01, sentencia de 7 de enero de 2004.

⁶⁶ *Karner contra Austria*, nº 40.016, 24 de julio de 2003, párr. 37-42.

conclusión, el Comité reiteró lo que ha señalado repetidamente en su jurisprudencia, a saber: que una distinción no siempre equivale a una discriminación prohibida en virtud del Pacto, siempre que esté basada en criterios razonables y objetivos, y señaló que el Estado Parte no presentó argumentos sobre cómo podía considerarse razonable y objetiva la distinción entre personas del mismo sexo, que de acuerdo a la ley no tenían derecho a recibir la pensión, y las parejas heterosexuales no casadas, que tenían derecho a percibir tales beneficios, y que no existen pruebas que indiquen la existencia de factores que justifiquen esa distinción.⁶⁷

24. Si la legislación nacional reconoce las uniones registradas entre personas del mismo sexo, su condición jurídica y sus derechos y obligaciones deberían ser equivalentes a los de las parejas heterosexuales en una situación comparable.⁶⁸ Sin embargo, la evaluación de si en el derecho nacional una pareja del mismo sexo se encuentra en una "situación comparable" a la de una pareja de distinto sexo se deja a la apreciación de las autoridades nacionales y depende de las circunstancias concretas de cada caso.⁶⁹ Ello significa que podría ocurrir que en algunas circunstancias no se considere que las parejas del mismo sexo estén en una situación comparable a las parejas de sexos opuestos.

25. Se recuerda que el derecho a contraer matrimonio, como se establece en el artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere al matrimonio tradicional entre personas de sexos opuestos. Esto ha sido confirmado en varios casos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estudio preparado por el Instituto Danés de Derechos Humanos para el Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CD-CJ) del Consejo de Europa sobre las diversas formas de alianzas y de convivencia matrimoniales y no matrimoniales con el fin de identificar las posibles medidas para evitar la discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género, también llegó a la conclusión de que las restricciones para contraer matrimonio o para obtener el reconocimiento de una unión similar para las parejas del mismo sexo tiene un impacto negativo en la protección efectiva de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales".⁷⁰

Cuando la legislación nacional no reconoce ni a las parejas del mismo sexo ni a las parejas de hecho registradas, los Estados miembros deberían por lo menos considerar la posibilidad de ofrecer a las parejas del mismo sexo algún medio legal o de otra índole para hacer frente a los problemas prácticos derivados de esta falta de reconocimiento legal, sin discriminación de ningún tipo. En particular, es evidente que ello no debe dar lugar a un trato discriminatorio de las parejas de distinto sexo que tienen necesidades similares. En este sentido, cabe señalar también que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1474(2000), había invitado ya en el 2000 a los Estados miembros a adoptar una legislación que prevé el registro de uniones de parejas del mismo sexo.⁷¹

⁶⁷ Véase *Young contra Australia* (comunicación n° 941/2000, doc. de las Naciones Unidas CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)), párr. 10.2. Consideraciones similares se aplicaron también en el caso *X contra Colombia* (comunicación n° 1361/2005, doc. de las Naciones Unidas CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007), párr. 7.2).

⁶⁸ Para un análisis exhaustivo de los reglamentos nacionales sobre parejas del mismo sexo en los Estados miembros del Consejo de Europa, véase el estudio preparado para el CDCJ por el Instituto Danés de Derechos Humanos sobre las diversas formas de convivencia y alianzas matrimoniales y no matrimoniales, con el fin de identificar las posibles medidas para evitar la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, documento CDCJ (2009) 9, págs. 18-22.

⁶⁹ *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, caso C-267/06, apartados 65 a 73.

⁷⁰ Estudio para el CDCJ, *op. cit.*, p. 23.

⁷¹ Más recientemente, el 14 de enero de 2009, el Parlamento Europeo pidió a los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho, y en aplicación del principio de igualdad, que adoptasen medidas

26. A lo largo de la vida familiar y en los casos de separación o divorcio de los padres, en todas las decisiones sobre responsabilidad parental o tutela, es decir, la atención y protección, la provisión de educación, el mantenimiento de relaciones personales, el lugar de residencia, la administración de los bienes del niño, su representación legal, etc., la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En vista de ello, los Estados miembros deberían asegurarse de que tales decisiones se toman sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.⁷² En el caso *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*,⁷³ relativo a la concesión de la custodia de un menor a la ex esposa del solicitante, el Tribunal dictaminó que, en este contexto, el órgano jurisdiccional nacional había establecido una distinción basada en la orientación sexual del solicitante, que no era aceptable en virtud de lo que dispone el Convenio. Por lo tanto, el Tribunal dictaminó que había habido violación del derecho del demandante al respeto de su vida familiar (artículo 8), así como de la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual (artículo 14).

27. Ningún Estado tiene la obligación de permitir la adopción de niños por individuos solteros. Sin embargo, si decidieran permitir ese tipo de adopción en su legislación nacional, esas disposiciones legales deberían aplicarse sin discriminación.⁷⁴ Por consiguiente, los individuos solteros, lesbianas, gays, bisexuales y transexuales deberían poder adoptar al igual que los heterosexuales que se encuentren en una situación comparable. En todas las decisiones que afectan a los niños, la consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.⁷⁵

El Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la discriminación por motivos de orientación sexual en lo tocante a la adopción de niños por personas solteras. En el caso de *Frette contra Francia*, tras constatar que "la decisión [de desestimar la solicitud de autorización para adoptar] impugnada por la demandante se basaba de manera decisiva sobre la homosexualidad declarada de esta última",⁷⁶ el Tribunal sostuvo que la justificación que había dado el Gobierno parecía objetiva y razonable, que la diferencia de trato aducida en la queja no constituía discriminación en el sentido del artículo 14 del Convenio,⁷⁷ y que no había duda de que las decisiones de rechazar la solicitud de autorización de la solicitante perseguían un fin legítimo, a saber: proteger la salud y los derechos de los niños que podrían estar involucrados en un procedimiento de adopción.⁷⁸ En fecha posterior, en una sentencia de la Gran Cámara en el caso de *E.B. contra Francia*, el Tribunal consideró que la orientación sexual de la demandante había sido un factor decisivo en la decisión de las autoridades para denegarle la autorización necesaria para poder adoptar a un niño. Por lo tanto, el Tribunal, citando la sentencia en el caso de *Salgueiro da Silva Mouta*, llegó a la conclusión de que las autoridades habían "hecho una distinción basada en consideraciones sobre su orientación sexual, distinción que no es aceptable en virtud del Convenio." El Tribunal dictaminó que había habido violación de los artículos 8 y 14 del Convenio.

legislativas para superar la discriminación que sufren algunas parejas por motivos de su orientación sexual.

⁷² Con respecto a la identidad de género, esto puede implicar, por ejemplo, que si uno de los padres cambia de sexo, ello no debería tener ningún efecto en su condición de padre, ni tampoco debería tomarse en cuenta en un fallo sobre el derecho parental.

⁷³ *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999, párr. 34-36.

⁷⁴ Véase *E.B. contra Francia*.

⁷⁵ Véase el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁶ *Frette contra Francia*, sentencia de 26 de mayo de 2002, párr. 37.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 43.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 38.

28. En los casos en que la legislación nacional permite el tratamiento de reproducción asistida para las mujeres solteras, los Estados miembros deberían velar por que ese tipo de tratamiento esté al alcance de todas las mujeres, sin discriminación por motivos de orientación sexual.

V. Empleo

29. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, las cuestiones relativas al empleo también podrán acogerse a la protección de la vida privada en el artículo 8. En *Niemietz contra Alemania*,⁷⁹ el Tribunal declaró que "Por otra parte, parecería que no hay razón de principio por qué debería entenderse que esta comprensión de la noción de «vida privada» excluye las actividades de índole profesional o de negocios, ya que, después de todo, es en el transcurso de su vida laboral que gran parte de personas tiene muchas oportunidades, por no decir la mayoría, de sus oportunidades de relacionarse con el mundo exterior. Esta opinión es sustanciada por el hecho de que [...] no siempre es posible distinguir con claridad cuáles son las actividades de una persona que son parte de su vida profesional o empresarial y las que no lo son." Asimismo, desde esta perspectiva, los Estados deberían garantizar el establecimiento y la aplicación de medidas adecuadas, tanto legislativas como de otra índole, que brinden protección eficaz contra la discriminación en el empleo y la ocupación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

En los sectores público y privado, deberían adoptarse medidas destinadas a garantizar la igualdad de condiciones de empleo para todos (incluso por lo que respecta a la contratación y promoción), y prevenir y combatir la discriminación y el acoso por razón de orientación sexual o identidad de género y todas las formas de victimización como, por ejemplo:

- la adopción de códigos de conducta aplicables tanto a los empleadores como a los trabajadores;
- los programas de formación y sensibilización dirigidos a los empresarios y a los trabajadores sobre cuestiones relativas a la discriminación en el lugar de trabajo y sobre las consecuencias jurídicas de las prácticas discriminatorias, haciendo hincapié en los procedimientos de contratación y promoción;
- la distribución a los trabajadores de material informativo que explique sus derechos, los mecanismos de denuncia disponibles y los recursos efectivos;
- los esfuerzos para la contratación de personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.

En la elaboración de esas medidas se debería alentar la participación de las agrupaciones o asociaciones de trabajadores existentes que son reconocidas como representativas de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.

En particular, los Estados deberían tomar las medidas necesarias para abolir las leyes, reglamentos y prácticas que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género, por lo que respecta al acceso y la promoción profesional en ciertas profesiones u ocupaciones, como las fuerzas armadas. Con respecto a este último punto, deberían elaborarse y aplicarse medidas destinadas a brindar protección contra las interferencias por motivo de orientación sexual o identidad de género en las actividades cotidianas de los miembros de las fuerzas armadas (por ejemplo, investigaciones, advertencias, acoso, intimidación, ritos crueles de iniciación, humillaciones y otras formas de malos tratos), con

⁷⁹ Véase: *Niemietz contra Alemania*, nº 13710/88, sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29.

arreglo a la jurisprudencia del Tribunal.⁸⁰ Deberían adoptarse códigos de conducta y programas de formación concebidos para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en las fuerzas armadas con el fin de promover la tolerancia y el respeto de la dignidad humana de cada persona.

Lo indicado anteriormente se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, por razón de la índole de las actividades profesionales concretas o del contexto en el que se llevan a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo, y el requisito proporcionado. El principio de no discriminación no se viola si la distinción entre personas en situaciones análogas tiene una justificación objetiva y razonable, persigue un fin legítimo y se emplean medios que sean razonablemente proporcionales al objetivo a alcanzar.⁸¹

30. La discriminación en el empleo y la ocupación es una gran preocupación para las personas transexuales, que se ven muy afectadas por el desempleo y la exclusión social. Asimismo, es muy elevado el número de personas transexuales que han sido despedidas, en particular durante un procedimiento de reasignación de género, que dejan sus puestos de trabajo para evitar cualquier forma de acoso, o que deciden no ir adelante con el cambio de sexo por las mismas razones.⁸²

Por consiguiente, los Estados miembros deberían velar por que las medidas destinadas a combatir la discriminación en el empleo se apliquen también a las cuestiones de identidad de género; tomar precauciones para evitar la divulgación innecesaria de los antecedentes o del nombre anterior de una persona transexual, tanto en los procedimientos de contratación como durante la vida laboral,⁸³ y crear programas centrados específicamente en las oportunidades de empleo para las personas transexuales.

VI. Educación

31. El derecho a la instrucción se expresa en el artículo 2 del Protocolo al Convenio. El entorno en que viven los jóvenes tiene una gran influencia sobre su salud y desarrollo. La escuela desempeña un papel crucial, sobre todo en vista de que la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género entre los jóvenes es un factor que contribuye a su aislamiento, bajo rendimiento y malestar general e incluso puede llevar a intentos de suicidio. El derecho de los niños a no ser discriminados en el goce de sus derechos también está reconocido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del

⁸⁰ Véase *Smith y Grady contra el Reino Unido* y *Lustig Preen y Beckett contra el Reino Unido*, sentencias de 27 de diciembre de 1999. La cuestión de la discriminación contra las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales en las fuerzas armadas es mencionada también en un proyecto de recomendación del Comité de Ministros sobre los derechos humanos de los miembros de las fuerzas armadas.

⁸¹ Véase también la Recomendación CM/Rec (2010)4 del Comité de Ministros acerca de los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas (aprobada el 24 de febrero de 2010 en la 1077.ª reunión de los Delegados de los Ministros).

⁸² El empleo es también vital para tener acceso a ciertos tratamientos de reasignación de sexo, ya que puede proporcionar una cobertura de seguro de salud.

⁸³ De acuerdo con el informe de la FRA (Parte I, pág. 155), incluso después de que el cambio de sexo ha sido reconocido oficialmente, podría ocurrir que se siga recogiendo información sobre el pasado de las personas afectadas, en particular en el contexto de las solicitudes de empleo, mediante el acceso a ciertos registros. El TJ, en el caso *P. contra S. y el Cornwall County Council* (C-13/94), censuró el despido de una persona por motivos de cambio de sexo, ya que constituía discriminación sexual.

Niño; el párrafo 1 del artículo 29 de esa Convención dispone que la educación tendrá por objeto "desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades". A este respecto, el Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha señalado que está prohibida la discriminación por motivos de orientación sexual, y que muchas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales jóvenes no tienen acceso a la información apropiada, ni al apoyo y la protección necesarios para poder vivir su orientación sexual, y que es necesario promover los derechos humanos de los adolescentes para garantizar que gocen de la mejor salud posible y tengan un desarrollo equilibrado y una preparación adecuada que les permita llegar a la edad adulta y asumir un papel constructivo en sus comunidades y la sociedad en general.⁸⁴

Por consiguiente, los Estados deberían garantizar el derecho de niños y jóvenes a recibir instrucción en un ambiente seguro, exento de violencia, intimidación, exclusión social u otras formas de trato discriminatorio y degradante por motivos de su orientación sexual o identidad de género. Asimismo, se deberían adoptar las medidas apropiadas para garantizar que los directores y el personal docente puedan detectar, analizar, responder con eficacia y combatir en la escuela toda forma de discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, y que en las instituciones educativas se aplique la disciplina de una manera compatible con la dignidad humana, sin ningún tipo de discriminación. En las instituciones de enseñanza, las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, o los estudiantes que son objeto de exclusión o violencia, no deberían ser separados o aislados por razones de protección: el interés superior de esos jóvenes debería determinarse y respetarse de manera participativa, y las medidas destinadas a remediar tales situaciones deberían estar dirigidas principalmente contra los autores de esos actos.

32. El no tomar en cuenta la cuestión de la orientación sexual o la identidad de género podría acarrear consecuencias nocivas para la autoestima de las jóvenes personas lesbianas, gays bisexuales y transexuales. Por consiguiente, los Estados deberían abordar la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género de manera respetuosa y objetiva en los programas de estudio o en las clases de salud y educación sexual, por ejemplo, y establecer programas de formación y actividades de apoyo y orientación para los maestros y otro personal docente, tanto durante su formación inicial como a lo largo de sus años de servicio, que les permitan abordar estas cuestiones, sobre todo desde una perspectiva de lucha contra la discriminación. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha afirmado recientemente que si un Estado diera su aprobación oficial a libros de texto que contienen declaraciones contra los homosexuales, o permitiera la utilización de tales libros, ese Estado habría dejado de cumplir con su obligación positiva de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud mediante la instrucción no discriminatoria sobre sexualidad y reproducción, que "supone incluso velar por que los materiales didácticos no refuercen estereotipos degradantes ni perpetúen formas de prejuicio que contribuyen a la exclusión social, la discriminación y la negación de la dignidad humana que a menudo experimentan los grupos históricamente marginados, como es el caso de las personas cuya orientación no es heterosexual".⁸⁵

Los Estados deberían también promover el acceso de los estudiantes a la información sobre orientación sexual e identidad de género y adoptar códigos de conducta contra las actitudes homófobas o transfobas o cualquier otro trato discriminatorio directo o indirecto. Asimismo, deberían producir y distribuir manuales destinados al personal docente y fomentar la

⁸⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación general nº 4 (2003): "La salud y el desarrollo del niño y del adolescente en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", 1 de julio de 2003.

⁸⁵ Véase: *Centro Internacional para la Protección Legal de los Derechos Humanos (INTERIGHTS) contra Croacia* - Carta Social Europea - Demanda nº 45/2007, decisión de 30 de marzo de 2009, párr. 60-61.

organización de campañas escolares y eventos culturales contra la homofobia y la transfobia, con la participación de actores relevantes en esos campos – que, en su caso, podrían incluir representantes de organizaciones de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales - con el fin de elevar la conciencia en torno a cuestiones de discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género entre el personal docente, los alumnos y los padres.

Los métodos didácticos, los programas de estudio y los recursos docentes deberían contribuir a mejorar la comprensión y el respeto, entre otras cosas, de todo tipo de personas independientemente de su orientación sexual o identidad de género, incluidas las necesidades particulares de los alumnos, sus padres y familiares. Por ejemplo, los Estados deberían tomar medidas para satisfacer adecuadamente las necesidades especiales de los estudiantes transexuales durante su vida escolar (por ejemplo, facilitando el cambio del nombre o el género en los documentos escolares).

En todos los casos, deberían tenerse en cuenta los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos, tales como el derecho a garantizar la educación y enseñanza con arreglo a sus propias convicciones religiosas y filosóficas, consagrado en el artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

VII. Salud

33. El derecho internacional en materia de derechos humanos afirma que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegura, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, y que los Estados reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.⁸⁶ La Recomendación Rec(2006)18 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los servicios de salud en una sociedad multicultural, aprobada el 8 de noviembre de 2006, recomienda que los Estados adapten sus servicios de salud a las necesidades de las sociedades multiculturales, entre otras cosas mediante el desarrollo de la "competencia cultural" de los profesionales de la salud, que puede definirse como la capacidad de ofrecer servicios eficaces de salud, con el debido respeto, entre otras cosas, a la orientación sexual del paciente.

El informe de la FRA señala que muchas lesbianas, gays, bisexuales y personas transexuales sufren discriminación en el campo de la atención de la salud: por ejemplo, se les aconseja someterse a tratamiento psiquiátrico; por otra parte, persiste la asociación entre la homosexualidad masculina y el VIH, e incluso la pedofilia.⁸⁷ Por lo tanto, muchas personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales no revelan su orientación sexual a su médico de cabecera y no siguen el tratamiento por temor a las reacciones de discriminación o intolerancia, lo que puede causar problemas de salud no sólo física sino también mental,⁸⁸

⁸⁶ Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸⁷ Informe de la FRA, parte II, pág. 78.

⁸⁸ En relación con la renuencia a revelar la orientación sexual a los médicos generalistas por miedo a la discriminación, se puede observar una marcada tendencia a problemas psicológicos, intentos de suicidio y suicidio entre las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales, y en particular entre los jóvenes homosexuales, lesbianas, bisexuales y transexuales.

incluidos problemas con la alimentación, las drogas o el abuso de alcohol, depresión, suicidio e intentos de suicidio.⁸⁹

Por consiguiente, los Estados deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar que todas las personas tengan acceso a instituciones, productos y servicios de salud y que todas tengan acceso a sus historias clínicas, sin discriminación alguna por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Los Estados deberían establecer políticas y programas adecuados de educación y formación que permitan a los trabajadores del sector de la salud ofrecer el más alto nivel posible de atención a todos, con pleno respeto de la orientación sexual y la identidad de género de cada persona. Ello incluye, por ejemplo:

- el fomento de estudios e investigaciones sobre la salud de las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales con el fin de identificar y atender sus necesidades específicas;
- tener en cuenta las necesidades especiales de las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales en la concepción de planes nacionales de salud, encuestas de salud, programas de formación médica, y cursos y materiales de capacitación, así como en el seguimiento y la evaluación de la calidad de los servicios de salud;
- garantizar que los programas de educación, prevención, atención y tratamiento y los servicios en el ámbito de la salud sexual y reproductiva respeten la diversidad de orientaciones sexuales y la identidad de género, y que estén igualmente disponibles para todos;
- alentar a los profesionales de la salud y a los trabajadores sociales a que creen un entorno tranquilizador y abierto para las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales, por ejemplo mediante la organización de campañas de información.

Por lo que se refiere a la cuestión de quién puede tener acceso a una persona hospitalizada y a la información sobre su estado de salud, así como a la cuestión de la toma de decisiones médicas en caso de emergencia, los Estados deberían reconocer como "familiares", a aquellas personas que el paciente haya indicado.. En todo caso, las normas nacionales sobre cuestiones relativas a los "familiares" deberían aplicarse sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

34. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha dejado en claro que la homosexualidad no debe ser considerada enfermedad, y en 1990 la eliminó de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud y más tarde la retiró de la lista de enfermedades en su Congreso de 1992, con las correspondientes repercusiones para todos los Estados signatarios de la Carta de la OMS. En consecuencia, los Estados deberían adoptar las medidas necesarias para que la homosexualidad sea explícitamente eliminada de sus clasificaciones nacionales de enfermedades. Asimismo, deberían asegurarse de que nadie está obligado a someterse a ninguna forma de tratamiento, protocolo o prueba médica o psicológica, ni ser confinado en una institución médica, por motivo de su orientación sexual o identidad de género.

⁸⁹ Véase también la Resolución 1608 (2008) de la Asamblea Parlamentaria sobre "El suicidio de niños y adolescentes en Europa: un grave problema de salud pública", en particular los párrafos 9 y 10.

35-36. La jurisprudencia del Tribunal considera el derecho a la libre determinación sexual como uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio y exige a los Estados Contratantes que prevean no sólo la posibilidad de intervenciones quirúrgicas conducentes a un cambio de sexo completo, sino también que los planes de seguro deberían, en general, cubrir el tratamiento "médicamente necesario", que puede incluir la cirugía de reasignación de sexo.⁹⁰ Cuando la legislación prevea que los sistemas de seguro social públicos o privados cubran los costos de la atención médica necesaria, esa cobertura debería asegurarse de manera razonable, no arbitraria y no discriminatoria,⁹¹ teniendo en cuenta también los recursos disponibles.

Por lo que se refiere a las condiciones que rigen los procedimientos de reasignación de género, el derecho internacional humanitario establece que nadie podrá ser sometido a un tratamiento o experimento médico sin su consentimiento.⁹² En consecuencia, los tratamientos hormonales o quirúrgicos exigidos como condiciones previas para el reconocimiento legal del cambio de sexo (véase el pár. 19), deberían limitarse a los estrictamente necesarios, previo consentimiento del interesado. Del mismo modo, debería abandonarse la terapia a las personas transexuales para forzarlas a aceptar su sexo de nacimiento, y los Estados deberían tomar las medidas apropiadas para garantizar que ningún niño pueda sufrir un cambio corporal irreversible resultado de prácticas médicas destinadas a imponer una identidad de género sin su consentimiento libre e informado, con arreglo a su edad y grado de madurez, a menos que tales interferencias médicas sean necesarias por otras razones de salud.

VIII. Vivienda

37. Los Estados deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar el derecho, exento de discriminación, de tenencia y acceso de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales a viviendas asequibles, habitables, accesibles, culturalmente apropiadas y seguras, incluidos refugios y alojamiento de emergencia.⁹³

De acuerdo con este principio, se deberían tomar medidas para evitar, por ejemplo, que se deniegue a una persona la posibilidad de comprar o alquilar una vivienda, o que no pueda recibir asistencia financiera para la compra de una vivienda, o que no se reconozcan los derechos del compañero de un inquilino, por motivos de orientación sexual o identidad de género. Respecto de estas cuestiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó en el caso *Karner contra Austria*,⁹⁴ que la negativa a permitir que un sobreviviente soltero de una pareja del mismo sexo pudiera seguir alquilando la vivienda que ocupaba con su compañero, mientras que esa posibilidad existe para las parejas heterosexuales que no han contraído matrimonio, constituye trato discriminatorio por motivos de orientación sexual

⁹⁰ *Van Kück contra Alemania*, nº 35968/07, sentencia de 12 de junio de 2003, párr. 73 a 86.

⁹¹ Véase *L. contra Lituania*, sentencia de 11 de septiembre de 2007, pár. 59, y *Schlumpf contra Suiza*, nº 29002/06, sentencia de 8 de enero de 2009, pár. 115.

⁹² Véase al respecto el Comentario General nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, par. 8, y el Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, CETS nº 164, Capítulo II.

⁹³ Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con el artículo 11 del PIDESC, en el documento E/1992/23. Véase también *Karner contra Austria*, *op.cit.* en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo. La propuesta de una Directiva Europea sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre personas sin tomar en cuenta su religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual prevé expresamente la protección de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales contra la discriminación en el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda.

⁹⁴ *Karner contra Austria*, *op cit*, párr. 37-42.

en el ejercicio del derecho al respeto de su domicilio, en violación de los artículos 8 y 14 del Convenio. Por ejemplo, se podría poner a disposición de los propietarios e inquilinos material de información sobre estas cuestiones con el fin de identificar y prevenir los casos de discriminación en la vivienda.

Deberían estar disponibles recursos legales adecuados y eficaces, u otros tipos de remedios apropiados, para quienes afirman ser víctimas de discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género con respecto a su derecho de acceso a la vivienda.

38. Muchas personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, en particular los jóvenes, son rechazadas por sus propias familias y pueden encontrarse sin hogar. En consecuencia, los Estados deberían establecer programas sociales, incluidos programas de apoyo, para hacer frente a los factores relacionados con la orientación sexual y la identidad de género que aumentan la vulnerabilidad de las personas sin hogar, especialmente los niños y jóvenes⁹⁵ y promover programas de apoyo y seguridad a nivel de barrio. Asimismo, los Estados deberían crear programas de capacitación y sensibilización para garantizar que los organismos tienen conciencia y son sensibles a las necesidades de las personas sin hogar o que se ven socialmente desaventajadas, por razón de su orientación sexual o identidad de género, en particular, las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales jóvenes.

IX. Deportes

39-41. El deporte puede jugar un importante papel en la integración social y en la promoción de la tolerancia y el respeto a la diversidad en la sociedad. Las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales a menudo se encuentran en una situación de desventaja cuando se trata de la participación en actividades deportivas, tanto en la escuela como en las organizaciones deportivas regulares. La homofobia, la transfobia y la discriminación en el deporte por motivos de orientación sexual o identidad de género, tanto entre los participantes como en sus relaciones con los espectadores son, al igual que el racismo y otras formas de discriminación, inaceptables y deberían ser combatidas.

En consecuencia, los Estados miembros deberían adoptar las medidas apropiadas para aplicar las recomendaciones relacionadas con el deporte y los principios adoptados por los órganos del Consejo de Europa en materia de orientación sexual e identidad de género, ya sea que incluyan esas referencias específicas o que no lo hagan. Los Estados deberían considerar la recomendación 1635 (2003) de la APCE de 25 de noviembre de 2003 sobre lesbianas y gays en el deporte, en la que se pide a los Estados que "incluyan la homofobia y el lenguaje ofensivo dirigido contra lesbianas y gays como fundamento de la acusación de discriminación y acoso por razón de orientación sexual; que tipifiquen como delito los cantos homófobos en o alrededor de los eventos deportivos, como es el caso actualmente con cánticos racistas en muchos Estados miembros, y que incluyan la participación de organizaciones no gubernamentales de la comunidad gay y lesbiana en sus campañas deportivas y en todas las demás medidas necesarias de creación de confianza". Asimismo, deberían aplicar las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Prevención de la Violencia e Irrupciones de Espectadores con motivos de manifestaciones deportivas y especialmente de partidos de fútbol, la Carta Europea del Deporte y la Recomendación de política general n° 12 adoptada por la ECRI,⁹⁶ adaptándolas también para abarcar la

⁹⁵ Como la exclusión social, doméstica y otras formas de violencia, discriminación, falta de independencia financiera y el rechazo de las familias o comunidades culturales.

⁹⁶ Convenio europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas y especialmente de partidos de fútbol, CETS n° 120, de 19 de agosto de 1985. Carta Europea del Deporte, Recomendación n° R(92)13 rev del Comité de Ministros, adoptada el 24 de septiembre de 1992. Recomendación de política general n° 12 de la ECRI sobre la lucha contra el

discriminación contra los deportistas o espectadores por motivo de su orientación sexual o identidad de género.

Las actividades e instalaciones deportivas deberían estar al alcance de todos, sin discriminación por ningún motivo, incluida la orientación sexual y la identidad de género. En este sentido, los Estados deberían fomentar la elaboración de códigos de conducta sobre cuestiones relacionadas con el deporte y la orientación sexual o la identidad de género, los que deberían distribuirse a las organizaciones y clubes deportivos. Asimismo, deberían fomentar las alianzas entre las asociaciones que representan a lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y los clubes deportivos; promover campañas contra la discriminación en el mundo del deporte, y brindar apoyo a los clubes deportivos creados por personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. En lo que respecta, en particular, a las personas transexuales, los Estados deberían adoptar medidas apropiadas para poner fin a su exclusión de las actividades o competiciones deportivas,⁹⁷ eliminar los obstáculos que encuentran las personas transexuales para participar en los deportes y reconocer su género preferido, sobre todo en lo que se refiere al acceso a los vestidores, en aras de una competencia justa.

X. Derecho a solicitar asilo

42. En su Recomendación 1470 (2000),⁹⁸ la Asamblea Parlamentaria criticó el hecho de que la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa no reconocen la persecución por motivos de orientación sexual como motivo válido para la concesión de asilo. Asimismo, señaló que los homosexuales que tienen un temor bien fundado de persecución como resultado de su preferencia sexual son refugiados en virtud del artículo 1.A.2. de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados por ser miembros de "un determinado grupo social" y, en consecuencia, deberían ser reconocidos como refugiados. La Recomendación Rec(2004)9 del Comité de Ministros de 30 de junio de 2004 aportó una definición del concepto de "un determinado grupo social" y estableció los principios para determinar si una persona es perseguida por su pertenencia a un determinado grupo social.⁹⁹ En los casos en que los Estados miembros tienen obligaciones

racismo y la discriminación racial en el ámbito del deporte (adoptada por la ECRI, el 19 de diciembre de 2008).

⁹⁷ Siguiendo los lineamientos de la Declaración de Estocolmo, adoptada por el Comité Olímpico Internacional en mayo de 2004, que especifica las condiciones en las cuales una persona puede competir en un evento deportivo con un género diferente de su género de nacimiento.

⁹⁸ Recomendación 1470 (2000), aprobada el 30 de junio de 2000, sobre la situación de gays y lesbianas y sus compañeros en respecto al asilo y la inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa.

⁹⁹ Recomendación Rec (2004) 9, adoptada el 30 de junio de 2004, sobre el concepto de "pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Se considera que un "determinado grupo social" es un grupo de personas que tienen, o a quienes se les atribuye, una característica común que no sea el riesgo de ser perseguido y que son percibidos como un grupo por la sociedad, o identificados como tales por el Estado o los perseguidores. Sin embargo, las acciones persecutorias contra un grupo puede ser un factor relevante en la determinación de la visibilidad de un grupo en una sociedad en particular". También establece que "el concepto de pertenencia a un "determinado grupo social" debe interpretarse de manera amplia e incluyente a la luz del objeto y el propósito de la Convención de 1951. Sin embargo, la interpretación de este concepto no debe llevar a la extensión del alcance de la Convención para imponer obligaciones a los Estados para las que no hubieren dado su consentimiento" y que "la mera pertenencia a un determinado grupo social, como se describió anteriormente, normalmente no bastará para justificar una solicitud de asilo. Cada solicitud de asilo debe ser considerada individualmente en relación con el nexo entre la "pertenencia a un determinado grupo social" y el riesgo de persecución que pudiera existir. Además, deben tenerse en cuenta las circunstancias reales en el país de origen. Sin embargo, pueden existir circunstancias especiales en casos

internacionales en este sentido, deberían reconocer que un temor bien fundado de persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género puede ser un motivo válido para la concesión del estatuto de refugiado y de asilo en virtud de la legislación nacional. Sin embargo, la interpretación del concepto de pertenencia a un determinado grupo social contenido en la Convención de 1951 no debería imponer a los Estados obligaciones para las que no hubieren dado su consentimiento

En lo que respecta al procedimiento para el examen de una solicitud de asilo, el personal responsable de procesar las solicitudes de estatuto de refugiado o de asilo debería recibir formación sobre los problemas específicos de los gays, lesbianas, bisexuales y transexuales. Una solicitud de asilo no debería ser rechazada aduciendo que el demandante puede evitar la persecución en su país de origen si mantiene en secreto su orientación sexual o su identidad de género.

43. La protección del derecho a la vida y la prohibición de la tortura implica la obligación de los Estados miembros a no deportar a una persona a un Estado donde es probable que esa persona se verá sometida a un trato contrario a los artículos 2 y 3 de la Convención.¹⁰⁰ De acuerdo con el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en 1951: "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas". Si existe el riesgo de que una persona sea sujeta a la aplicación de la pena de muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes, por motivos de orientación sexual o identidad de género en su país de origen, los Estados miembros deberían abstenerse de devolver a esas personas y, en su lugar, concederles la protección solicitada. Cuando las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son ilegales en una determinada sociedad, la imposición de severas sanciones penales equivalentes a los riesgos descritos anteriormente podría ser considerada también un motivo válido para no enviar una persona a ese país.

44. Con arreglo a su obligación positiva de proteger a todas las personas privadas de libertad (véase el pár. 4) y, en particular, a aquellas que son particularmente vulnerables, los Estados deberían tomar las medidas necesarias para brindar protección a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales que han solicitado condición de refugiado o asilo contra abusos tales como intimidación, humillación, asalto sexual, violación y otras formas de acoso, así como ofrecer recursos eficaces en casos en que ocurran hechos de ese tipo.

Asimismo, los Estados deberían proporcionar a lesbianas, gays, bisexuales y transexuales que soliciten asilo y condición de refugiado asistencia adecuada e información sobre sus derechos, en particular acerca de su orientación sexual o identidad de género, en un idioma que comprendan. El personal de los centros de detención administrativa, la policía y el personal médico, y las organizaciones de voluntarios que tienen acceso a esos lugares, deberían recibir formación adecuada e información sobre cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género.

XI. Estructuras nacionales de derechos humanos

individuales, en que la mera pertenencia a un grupo puede ser un motivo suficiente para temer la persecución".

¹⁰⁰ *Soering contra el Reino Unido*, sentencia de 7 de junio de 1989. El Tribunal ya ha aplicado el artículo 39 del Reglamento del Tribunal con respecto a la deportación de personas que alegan un riesgo de trato contrario a los artículos 2 y/o 3 de la Convención debido a su orientación sexual si son devueltos a su país de origen (en el caso de las deportaciones a Afganistán, Pakistán o Irán, por ejemplo). En esos casos, todavía no se ha pronunciado sobre el fondo del litigio.

45. Las estructuras nacionales de protección de los derechos humanos, que pueden incluir, pero no se limitan a, los organismos de igualdad y los defensores del pueblo, deberían recibir el mandato más amplio posible para hacer frente a los problemas de discriminación, incluso por motivos de orientación sexual o identidad de género, así como de discriminación múltiple, con arreglo a los "Principios de París" en relación con la situación y el funcionamiento de las instituciones nacionales para la protección y promoción de los derechos humanos.¹⁰¹

XII. Discriminación múltiple

46. Los seres humanos no se definen por un solo criterio como su sexo, color de la piel, idioma, origen nacional, étnico o social, religión, edad u orientación sexual, sino que son seres con identidades diversas en que coexisten diversos criterios. Se puede decir que ocurre discriminación múltiple cuando una persona es objeto de discriminación debido a que concurren al menos dos motivos de discriminación protegidos, o debido a la combinación específica de dos o más motivos. En muchos casos, esta última situación se conoce también como discriminación interseccional. Como ejemplo cabe citar el caso de una mujer lesbiana tratada de manera menos favorable que lo sería una mujer heterosexual, pero también de manera menos favorable que lo sería un hombre gay.¹⁰²

La orientación sexual y la identidad de género son factores que, en combinación con uno o más factores adicionales como la raza o el sexo, aumenta la vulnerabilidad de las personas en cuestión. En consecuencia, los Estados deberían tomar conciencia de la realidad de los fenómenos de discriminación múltiple o interseccional y debería alentárseles a que tomaran las medidas apropiadas para brindar una protección eficaz contra ese tipo de discriminación.

Por ejemplo, los Estados podrían tratar de elaborar herramientas estadísticas que tengan en cuenta las experiencias de discriminación múltiple o interseccional, respetando los principios fundamentales sobre el derecho a la privacidad. Por otra parte, deberían considerarse las disposiciones legales que prohíben la discriminación en casos de discriminación múltiple o interseccional; y las estructuras nacionales de derechos humanos, incluidos los organismos de igualdad y los defensores del pueblo, deberían recibir el mandato más amplio posible para que puedan hacer frente a los problemas de la discriminación basada en diversos motivos, incluida la orientación sexual y, en particular, la identidad de género.

¹⁰¹ Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, conocidos como "Principios de París" que figura en la resolución 48/134 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1993 (A/RES/48/134).

¹⁰² Instituto Danés de Derechos Humanos: "*Tackling multiple discrimination – Practices, policies and laws*" [La lucha contra la discriminación múltiple - prácticas, políticas y leyes], informe encargado por la Comisión Europea, septiembre de 2007. En la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban, de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció el fenómeno de la discriminación múltiple (Informe, declaración nº 2, documento A/CONF.189/12, pág. 5).