

**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**

*(Adoptada por el Comité de Ministros el 31 de marzo de 2010 en la
1081ª reunión de Delegados de los Ministros)*

El Comité de Ministros, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa,

Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es lograr una mayor unidad entre sus miembros, y que este objetivo puede alcanzarse, en particular a través de medidas comunes en el ámbito de los derechos humanos;

Recordando que los derechos humanos son universales y se aplicarán a todas las personas, y poniendo de relieve, por tanto, su firme compromiso por garantizar la igual dignidad de todos los seres humanos y el disfrute de los derechos y libertades de todas las personas sin discriminación por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, posición económica, nacimiento u otra condición, de conformidad con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (ETS, núm. 5) (en adelante, “el Convenio”) y sus protocolos;

Reconociendo que el trato no discriminatorio por parte de los agentes estatales, así como, cuando procedan, las medidas positivas adoptadas por los Estados para brindar protección contra el trato discriminatorio, incluso por parte de los agentes no estatales, son componentes fundamentales del sistema internacional que protege los derechos humanos y las libertades fundamentales;

Reconociendo que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales han sido objeto durante siglos, y lo siguen siendo, de homofobia, transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación,

incluso en el seno de su familia – tales como la criminalización, la marginación, la exclusión social y la violencia – por motivos de orientación sexual o identidad de género, y que se requieren medidas específicas para asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos de dichas personas;

Considerando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal”) y de otras jurisdicciones internacionales, que consideran la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación y han contribuido a promover la protección de los derechos de las personas transexuales;

Recordando que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal, toda diferencia de trato, para que no sea discriminatoria, debe tener una justificación objetiva y razonable, a saber, perseguir un objetivo legítimo y emplear medios que sean razonablemente proporcionales al objetivo que se pretende lograr;

Teniendo en cuenta el principio de que no pueden invocarse valores culturales o religiosos, ni las reglas de una “cultura dominante”, para justificar el discurso de odio o cualquier otra forma de discriminación, incluida la orientación sexual o la identidad de género;

Tomando en consideración el mensaje del Comité de Ministros a los comités directivos y a otros comités que toman parte en la cooperación intergubernamental en el Consejo de Europa en materia de igualdad de derechos y de igual dignidad de todos los seres humanos, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, adoptado el 2 de julio de 2008, y sus recomendaciones pertinentes;

Teniendo presentes las recomendaciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa desde 1981 relativas a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, así como la Recomendación 211 (2007) del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa sobre la “Libertad de reunión y de expresión de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales”;

Valorando el papel que desempeña el Comisario de Derechos Humanos en la supervisión de la situación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales en los Estados miembros con respecto a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

Tomando nota de la declaración conjunta, adoptada el 18 de diciembre de 2008 por 66 Estados en la Asamblea General de las Naciones Unidas, que condenaba las violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género, como asesinatos, tortura, arrestos arbitrarios y “privación de derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud”;

Subrayando que el mejor modo de superar la discriminación y la exclusión social por motivos de orientación sexual o identidad de género es a través de medidas dirigidas a aquéllos que experimentan dicha discriminación o exclusión, y a la población en general,

Recomienda que los Estados miembros:

1. examinen las medidas legislativas y de otra índole existentes, velen por su revisión continua, y recopilen y analicen datos pertinentes, con el fin de vigilar y reparar toda discriminación directa o indirecta por motivos de orientación sexual o identidad de género;
2. velen por la adopción y aplicación efectiva de medidas legislativas y de otra índole para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con miras a garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, y a promover la tolerancia hacia las mismas;
3. velen por que las víctimas de discriminación conozcan los recursos jurídicos eficaces que pueden interponerse ante una autoridad nacional y tengan acceso los mismos, y por que las medidas para combatir la discriminación incluyan, cuando proceda, sanciones y la facilitación de una reparación adecuada para las víctimas de discriminación;
4. se rijan en su legislación, políticas y prácticas por los principios y medidas contenidos en el anexo a la presente recomendación, y
5. garanticen a través de los medios y las medidas apropiadas que la presente recomendación, incluido su anexo, se traduzca y difunda lo más ampliamente posible.

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. Los Estados miembros deberían asegurar unas investigaciones eficaces, rápidas e imparciales de los presuntos casos de delito y de otros incidentes en los cuales existan sospechas fundadas de que la orientación sexual o la identidad de género de la víctima ha constituido una motivación para el autor; también deberían asegurar que se preste particular atención a la investigación de dichos delitos e incidentes cuando sean cometidos presuntamente por las autoridades públicas o por otras personas que actúen en el ejercicio de funciones públicas, y que los responsables de dichos actos sean llevados ante la justicia y castigados, cuando proceda, a fin de evitar la impunidad.
2. Los Estados miembros deberían asegurar que, al determinar las sanciones, se pueda tener en cuenta una motivación relacionada con la orientación sexual o con la identidad de género como circunstancia agravante.
3. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para asegurar que se aliente a las víctimas y testigos de delitos de odio y de otros incidentes motivados por el odio relacionado con la orientación sexual o la identidad de género, a notificar tales delitos e incidentes; a tal efecto, los Estados miembros deberían tomar todas las medidas necesarias para garantizar que las estructuras establecidas para velar por el cumplimiento de la ley, incluido el sistema judicial, tengan los conocimientos y habilidades necesarios para identificar dichos delitos e incidentes, y para prestar una asistencia y un apoyo adecuados a las víctimas y los testigos.
4. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar la seguridad y dignidad de todas las personas en prisión o en otra situación de privación de la libertad, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y, en particular, tomar medidas de protección adecuadas contra las agresiones físicas, las violaciones y otras formas de abuso sexual, ya sean cometidas por otros reclusos o por el personal; también deberían adoptarse medidas para proteger y respetar de manera adecuada la identidad de género de las personas transexuales.

5. Los Estados miembros deberían velar por que se recopilen y analicen datos pertinentes sobre la prevalencia y naturaleza de la discriminación y la intolerancia por motivos de orientación sexual o identidad de género y, en particular, sobre los delitos de odio y otros incidentes motivados por el odio relacionados con la orientación sexual o la identidad de género.

B. Discurso de odio

6. Los Estados miembros deberían adoptar las medidas apropiadas para combatir todas las formas de expresión, incluyéndose las difundidas a través de los medios de comunicación e Internet, que puedan ser razonablemente entendidas como susceptibles de incitar, difundir o promover el odio u otras formas de discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Este discurso de odio debería prohibirse y condenarse públicamente siempre que tenga lugar. Todas las medidas deberían respetar el derecho fundamental a la libertad de expresión de conformidad con el artículo 10 del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal.

7. Los Estados miembros deberían sensibilizar a las autoridades públicas y a las instituciones públicas a todos los niveles acerca de su responsabilidad de abstenerse de realizar declaraciones, en particular a los medios de comunicación, que puedan ser razonablemente entendidas como legitimadoras de dicho odio o discriminación.

8. Se debería alentar a los funcionarios públicos y otros representantes estatales a promover la tolerancia y el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales cuando participen en un diálogo con representantes clave de la sociedad civil, tales como los medios de comunicación y las organizaciones deportivas, las organizaciones políticas y las comunidades religiosas.

II. Libertad de asociación

9. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para asegurar, de conformidad con el artículo 11 del Convenio, que el derecho a la libertad de asociación pueda ejercerse efectivamente sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; en particular, se deberían evitar y eliminar los procedimientos administrativos discriminatorios, incluidas las formalidades excesivas para el registro y el funcionamiento práctico de las asociaciones; también se deberían adoptar medidas para evitar el abuso de las disposiciones jurídicas y administrativas, como las relacionadas con restricciones basadas en la salud pública, la moralidad pública y el orden público.

10. Debería garantizarse el acceso a los fondos públicos disponibles para las organizaciones no gubernamentales sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

11. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para proteger efectivamente a los defensores de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales contra la hostilidad y agresión a las que puedan estar expuestos, incluso cuando sean supuestamente cometidas por agentes estatales, con el fin de permitirles llevar a cabo libremente sus actividades de conformidad con la Declaración del Comité de Ministros sobre la acción del Consejo de Europa encaminada a mejorar la protección de los defensores de los derechos humanos y a promover sus actividades.

12. Los Estados miembros deberían asegurar que se celebren consultas apropiadas con las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales sobre la adopción y aplicación de medidas que puedan afectar a los derechos humanos de estas personas.

III. Libertad de expresión y de reunión pacífica

13. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar, de conformidad con el artículo 10 del Convenio, que el derecho a la libertad de expresión pueda ejercerse efectivamente, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo la libertad de recibir y difundir información sobre temas relativos a la orientación sexual o la identidad de género.

14. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas en los planos nacional, regional y local para asegurar que el derecho a la libertad de reunión pacífica, tal y como está consagrado en el artículo 11 del Convenio, pueda ejercerse efectivamente, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

15. Los Estados miembros deberían velar por que las autoridades públicas adopten medidas apropiadas para proteger a los participantes en las manifestaciones pacíficas a favor de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales contra todo intento de perturbar o impedir el ejercicio efectivo de su derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica.

16. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para evitar que se impongan limitaciones al ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica

derivadas del abuso de disposiciones jurídicas o administrativas, por ejemplo, por motivos de salud pública, moralidad pública y orden público.

17. Se debería alentar a las autoridades públicas a todos los niveles a condenar, en particular en los medios de comunicación, toda injerencia ilícita en el derecho de las personas y los grupos a ejercer su libertad de expresión y de reunión pacífica, en particular cuando esté relacionada con los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.

IV. Derecho al respeto de la vida privada y familiar

18. Los Estados miembros deberían derogar la legislación discriminatoria que penalice los actos sexuales consentidos entre adultos del mismo sexo, incluida toda diferencia con respecto a la edad de consentimiento para los actos sexuales entre personas del mismo sexo y para los actos heterosexuales; también deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar que las disposiciones de derecho penal que, debido a su lenguaje, puedan conducir a una aplicación discriminatoria, se deroguen, enmienden o apliquen de un modo que sea compatible con el principio de no discriminación.

19. Los Estados miembros deberían velar por que los datos personales que hacen referencia a la orientación sexual o la identidad de género de una persona no sean recopilados, almacenados o utilizados de otro modo por las instituciones públicas, incluyendo, en particular, las estructuras de aplicación de la ley, salvo cuando ello sea necesario para fines lícitos y legítimos específicos; se deberían destruir los registros existentes que no cumplen estos principios.

20. Los requisitos previos, incluidos los cambios de naturaleza física, para el reconocimiento jurídico de la reasignación de género, deberían examinarse con regularidad con el fin de eliminar los requisitos abusivos.

21. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar el pleno reconocimiento jurídico de la reasignación de género de una persona en todos los ámbitos de la vida, en particular haciendo posible el cambio de nombre y de género en los documentos oficiales de un modo rápido, transparente y accesible; los Estados miembros también deberían asegurar, cuando proceda, el reconocimiento y los cambios que correspondan por parte de los agentes no estatales con respecto a documentos clave, como los certificados educativos y laborales.

22. Los Estados miembros deberían adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que, una vez que se haya concluido y reconocido legalmente la reasignación de género de conformidad con los párrafos 20 y 21 *supra*, se garantice efectivamente el derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto a su sexo reasignado.
23. En los casos en que la legislación nacional confiera derechos e imponga obligaciones a las parejas no casadas, los Estados miembros deberían velar por que dicha legislación se aplique de un modo no discriminatorio a parejas tanto del mismo sexo como de sexo diferente, incluyendo la pensión de supervivientes y a los derechos de arrendamiento.
24. En los casos en que la legislación nacional reconozca el registro de parejas del mismo sexo, los Estados miembros deberían tratar de asegurar que su condición jurídica y sus derechos y obligaciones sean equivalentes a los de las parejas heterosexuales en una situación comparable.
25. En los casos en que la legislación nacional no reconozca ni confiera derechos, ni imponga obligaciones, a las parejas del mismo sexo registradas y a las parejas no casadas, se invita a los Estados miembros a contemplar la posibilidad de proporcionar a las parejas del mismo sexo medios legales o de otro tipo para abordar los problemas prácticos relacionados con la realidad social en la que viven sin discriminación alguna (incluso frente a parejas de sexo diferente).
26. Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debería ser la principal consideración en las decisiones relativas a la responsabilidad parental respecto de un niño, o a la tutela de un niño, los Estados miembros deberían velar por que dichas decisiones se adopten sin discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género.
27. Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debería ser la principal consideración en las decisiones relativas a la adopción de un niño, los Estados miembros cuya legislación nacional permita a personas solteras adoptar niños deberían garantizar que la ley se aplique sin discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género.
28. En los casos en que la legislación nacional permita el tratamiento de reproducción asistida a mujeres solteras, los Estados miembros deberían tratar de garantizar el acceso a dicho tratamiento sin discriminación por motivos de orientación sexual.

V. Empleo

29. Los Estados miembros deberían garantizar el establecimiento y la aplicación de medidas adecuadas que brinden protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el empleo y la ocupación, tanto en los sectores público como privado. Estas medidas deberían abarcar las condiciones para el acceso al empleo y la promoción, los despidos, las condiciones salariales y otras condiciones de trabajo, incluidas la prevención, la lucha contra el acoso y su castigo, y otras formas de victimización.

30. Se debería prestar particular atención a la protección efectiva del derecho de privacidad de las personas transexuales en el contexto del empleo, en particular con respecto a las solicitudes de empleo, con el fin de evitar toda revelación innecesaria de sus antecedentes relacionados con el género o de su anterior nombre al empleador y a otros trabajadores.

VI. Educación

31. Teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño como prioridad máxima, los Estados miembros deberían adoptar medidas legislativas y de otra índole apropiadas, dirigidas al personal docente y a los alumnos, con el fin de garantizar el efectivo derecho a la educación sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; incluyendo, en particular, proteger el derecho de los niños y los jóvenes a la educación en un entorno seguro, libre de violencia, acoso, exclusión social u otras formas de trato discriminatorio y degradante relacionado con la orientación sexual o la identidad de género.

32. Teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño como prioridad máxima, se deberían adoptar medidas oportunas a todos los niveles con el fin de promover la tolerancia y el respeto mutuo en las escuelas, con independencia de la orientación sexual o la identidad de género. Esto debería incluir proporcionar información objetiva con respecto a la orientación sexual y la identidad de género, por ejemplo, en los programas de estudio y los materiales educativos, y facilitar a los alumnos y estudiantes la información, la protección y el apoyo necesarios para que puedan vivir de acuerdo con su orientación sexual e identidad de género. Asimismo, los Estados miembros pueden elaborar y aplicar políticas y planes de acción que promuevan la igualdad y la seguridad en las escuelas, y puedan garantizar el acceso a una formación adecuada, apoyo contra la

discriminación y material docente. Dichas medidas deberían tener en cuenta los derechos de los padres en relación con la educación de sus hijos.

VII. Salud

33. Los Estados miembros deberían adoptar las medidas legislativas y de otra índole adecuadas para garantizar el disfrute efectivo del nivel más alto de salud sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; en particular, deberían tener en cuenta las necesidades específicas de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales en la elaboración de planes nacionales de salud, incluyendo medidas para la prevención de suicidios, encuestas de salud, programas de estudios médicos, cursos y materiales de formación, y en el control y la evaluación de la calidad de los servicios de salud.

34. Se deberían adoptar medidas adecuadas para evitar la clasificación de la homosexualidad como una enfermedad, de conformidad con las normas de la Organización Mundial de la Salud.

35. Los Estados miembros deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar que las personas transexuales tengan acceso efectivo a servicios adecuados de reasignación de género, incluidos los psicólogos, endocrinólogos y cirujanos especialistas en la atención sanitaria a personas transexuales, sin estar sujetas a requisitos no razonables; ninguna persona debería ser sometida a procedimientos de reasignación de género sin su consentimiento.

36. Los Estados miembros deberían adoptar medidas legislativas y de otra índole para asegurar que toda decisión que limite la cobertura prevista en el seguro de salud para los procedimientos de reasignación de género sea lícita, objetiva y proporcional.

VIII. Vivienda

37. Se deberían tomar medidas para asegurar que todas las personas puedan acceder efectivamente a una vivienda adecuada, sin discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género; dichas medidas deberían tener por objeto, en particular, brindar protección contra los desalojos discriminatorios, y garantizar la igualdad de derechos en la adquisición y conservación de la propiedad de un terreno u otros bienes.

38. Se debería prestar atención apropiada al riesgo de falta de vivienda de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, incluidos los jóvenes y niños que pueden ser particularmente vulnerables a la exclusión social, incluso por parte de sus propias familias; a este respecto, se deberían prestar los servicios sociales pertinentes sobre la base de una evaluación objetiva de las necesidades de cada persona, sin discriminación alguna.

IX. Deporte

39. La homofobia, la transfobia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el deporte son, al igual que el racismo y otras formas de discriminación, inaceptables, y deberían combatirse.

40. Las actividades e instalaciones deportivas deberían estar abiertas a todos sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; en particular, se deberían tomar medidas eficaces para prevenir, combatir y castigar los insultos discriminatorios que hagan referencia a la orientación sexual o la identidad de género durante y en relación con los eventos deportivos.

41. Los Estados miembros deberían fomentar el diálogo con asociaciones deportivas y clubes de aficionados al deporte, así como el apoyo a los mismos, en el desarrollo de actividades de sensibilización relativas a la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales en el deporte, y al condenar las manifestaciones de intolerancia hacia ellos.

X. Derecho a solicitar asilo

42. En los casos en que los Estados miembros hayan contraído obligaciones internacionales a este respecto, la legislación nacional debería reconocer que un temor fundado de persecución basada en la orientación sexual o la identidad de género pueda ser una razón válida para conceder la condición de refugiado y asilo.

43. Los Estados miembros deberían asegurar en particular que los solicitantes de asilo no sean expulsados a un país en el que su vida o libertad se vean amenazadas, o en el que corran el riesgo de tortura, trato inhumano o degradante, o castigo, por motivos de orientación sexual o identidad de género.

44. Los solicitantes de asilo deberían ser protegidos de cualquier política o práctica discriminatoria por motivo de orientación sexual o identidad de género; en particular, se deberían adoptar las medidas adecuadas para evitar los riesgos de la violencia física, incluyendo el abuso sexual, la agresión verbal u otras formas de acoso contra los solicitantes de asilo privados de su libertad, y para asegurar su acceso a la información pertinente a su situación particular.

XI. Estructuras nacionales de derechos humanos

45. Los Estados miembros deberían asegurar que las estructuras nacionales de derechos humanos tengan el claro mandato de luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; en particular, deberían poder formular recomendaciones sobre la legislación y las políticas, sensibilizar al público en general y – en la medida en que lo prevea la legislación nacional – examinar las quejas individuales relativas tanto al sector público como al privado, e iniciar o participar en procedimientos judiciales.

XII. Discriminación múltiple

46. Se alienta a los Estados miembros a adoptar medidas encaminadas a asegurar que la legislación nacional que prohíbe o previene la discriminación brinde asimismo protección contra la discriminación múltiple, incluyendo los motivos de orientación sexual o identidad de género; las estructuras nacionales de derechos humanos deberían tener un amplio mandato que les permita abordar dichas cuestiones.