

10

LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Ascensión Elvira Perales
Universidad Carlos III De Madrid

1. LECTURA DOCTRINAL

1.1 Se recomienda la lectura y comentario de los **Principios de Yogyakarta**. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Los Principios son fácilmente accesibles en www.yogyakartaprinciples.org

Resumen:

Los Principios constituyen un catálogo de derechos elaborado a partir de la búsqueda del respeto a la orientación o la identidad sexual. En ellos encontramos no solo el enunciado de los derechos, sino también las recomendaciones que se hacen a los Estados (tanto vinculadas a cada derecho enunciado como generales) para garantizar el efectivo goce de los derechos a las personas LGTBI.

1.2 Lecturas complementarias:

En el mismo enlace citado se encuentran otros dos recursos de utilidad:

- Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles (Noviembre 2007. Anotaciones efectuadas en el marco de University of Nottingham Human Rights Law Centre, bajo la dirección del Prof. Michael O'Flaherty. Investigador principal: Gwyneth Williams LLM), en las que se vinculan esos principios con diferentes declaraciones y con resoluciones de organismos y tribunales internacionales, normativa estatal y textos de

expertos.

- O'Flaherty, Michael y Fisher, John: 'Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles', en *Human Rights Law Review* 8:2 (2008), pp. 207-248. Artículo en el que, entre otros aspectos, se critican también los puntos débiles de estos principios.

Cuestiones:

Los Principios constituyen un buen medio para propiciar el debate en torno a los derechos –y su defensa– del colectivo LGTBI. A partir de su lectura y, en su caso, con el apoyo de las otras dos lecturas sugeridas, cabe abordar los siguientes ejercicios:

1. Contemplar los matices que ofrecen los Principios de los derechos generalmente reconocidos con respecto a las personas LGTB. Por ejemplo, en torno al Pº 6, donde por una parte puede abordarse el derecho de cada persona a revelar o no datos sobre su orientación y/o identidad sexual y, en torno a este punto discutir si en determinados supuestos sería posible divulgar este tipo de información sin el consentimiento de la persona afectada (por ejemplo en caso de políticos que se manifestaran públicamente en contra de los derechos de las personas LGTBI). Así mismo, puede abordarse la afectación a la privacidad que puede producirse desde el momento en que se denuncia una discriminación por razón de orientación o identidad sexual o la vulneración de algún otro derecho originado por esos motivos.
2. Estudiar aquellos derechos que son específicos de esas personas, como son, en particular, el Pº 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) y el Pº 18 (protección contra abusos médicos)
3. Estudiar en qué medida pueden y deben intervenir los Estados para garantizar esos derechos. En este caso, se distinguirá de medidas de acción directa, ya sean legislativas (por ejemplo, reconocimiento del matrimonio para las personas del mismo sexo) o de protección frente a vulneraciones de derechos (como la creación de unidades especializadas en la defensorías de derechos), ya de acción

indirecta, como la aprobación de políticas destinadas a fomentar la no discriminación (en este capítulo se incluirían medidas como la formación de funcionarios que, por su trabajo, hayan de abordar, en mayor medida, situaciones o problemas relacionados con LGTBIs, como puedan ser policías, médicos...).

4. Analizar en qué medida la legislación y la práctica del propio país es respetuosa con esos principios. Se pueden analizar diferentes sectores para comprobar el cumplimiento de la legislación estatal con los principios de Yogyakarta, analizando los aspectos más ligados con los problemas del colectivo LGBTBI en Derecho civil, laboral..., pero también se analizará si en la práctica se respetan esos principios. En aquellos supuestos en los que una legislación respetuosa con los derechos de las personas LGBTBI no se vea acompañada por una práctica semejante, se efectuarán propuestas en orden a conseguir la correspondiente adecuación.
5. Discutir acerca de la posible conversión de estos principios en un tratado internacional, de forma similar a los que se han firmado en defensa de los derechos de los menores o de las mujeres y analizar cuáles pueden ser los motivos que han provocado que no se llegara a esa conversión.

El estudio general de los Principios de Yogyakarta puede combinarse con el estudio específico de uno o de alguno de ellos, en particular para comprobar en qué medida el derecho/derechos elegidos son respetados desde el entorno más cercano (en la Universidad, en la ciudad...), la percepción social del problema y el tratamiento que ofrecen los medios de comunicación, para posteriormente ofrecer propuestas para lograr el pleno respeto a los derechos del colectivo LGBTBI.

2. LECTURA JURISPRUDENCIAL



Caso *Asociația Accept*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12.

Como lectura jurisprudencial proponemos una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su facilidad para acceder al texto completo tanto en español como en portugués, al margen de que, en la actualidad, la Unión Europea ofrece un nivel de protección significativo en los aspectos que se vinculan con su ámbito competencial.

La Sentencia elegida es el caso *Asociația Accept*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12. En ella se responde a una cuestión prejudicial planteada por la Corte de Apelación de Bucarest, en concreto la Corte Nacional para combatir la discriminación (Rumanía), sobre un caso de discriminación por razón de orientación sexual en la contratación de un jugador de fútbol, promovido por una asociación dedicada a la lucha contra la discriminación.

De ella destacamos los siguientes párrafos:

«50 El hecho de que, en una situación como aquella de la que trae causa el litigio principal, tal empresario no se distanciara claramente de las declaraciones controvertidas constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta por el tribunal que conoce del litigio, en una apreciación global de los hechos.

51 Procede recordar a este respecto que la percepción del público o de los medios de que se trata pueden constituir indicios pertinentes para la apreciación global de las declaraciones controvertidas en el litigio principal (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET, C-470/03, Rec. p. I-2749, apartados 55 a 58).

52 Por otra parte, en contra de lo que el CNCD dio a entender en sus observaciones ante Tribunal de Justicia, tanto escritas como orales, el hecho de que un club de fútbol profesional como el del litigio principal no emprendiera negociación alguna con vistas a contratar a un deportista presentado como homosexual no excluye la posibilidad de que se consideren acreditados hechos que permiten presumir

la existencia de una discriminación practicada por dicho club.

53 Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 2, apartado 2, y 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal pueden calificarse de «hechos que permit[e]n presumir la existencia de discriminación» respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad necesaria para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club.

[...]

55 A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cuando se acrediten hechos que permitan presumir que existe una discriminación en el sentido de dicha Directiva, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados de que se trate, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman*, C-303/06, Rec. p. I-5603, apartado 54).

56 En este contexto, las partes demandadas pueden refutar ante los tribunales nacionales competentes la existencia de tal violación, acreditando mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, en particular, que su política de contratación de personal está basada en elementos ajenos a cualquier discriminación por razón de la orientación sexual.

57 Para desvirtuar la presunción simple cuya existencia puede deducirse del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no es necesario que la parte demandada demuestre que en el pasado se contrató a personas con determinada orientación sexual, pues, en determinadas circunstancias, tal exigencia podría violar el derecho al respeto a la vida privada.

58 En el marco de la apreciación global que corresponde entonces efectuar al tribunal nacional que conoce del litigio, la apariencia de discriminación basada en la orientación sexual podría refutarse a partir de un conjunto de indicios concordantes. Tal como *Accept* alegó, en esencia, entre tales indicios podría figurar, en particular, una reacción de la parte demandada de que se trate distanciándose claramente de las declaraciones públicas que dieron lugar a la apariencia de discriminación, así como la existencia de disposiciones expresas en materia de política de contratación de personal de esa parte demandada, al objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 2000/78.»

A la luz de la Sentencia cabe plantear una serie de preguntas:

1. ¿Afecta la interdicción de discriminación a las relaciones entre particulares?
2. ¿Pueden la discriminación por razón de orientación sexual imputarse a personas jurídicas y no solo a personas naturales? ¿En qué casos?
3. ¿Podría un determinado medio de defensa provocar alguna vulneración de derechos? ¿Por qué motivo?
4. ¿Qué particularidad procesal ofrecen los supuestos de discriminación por razón de orientación/identidad sexual con respecto a su prueba?
5. ¿Qué órganos son los encargados de la defensa de estos derechos?
6. ¿Considera que se respetan los Principios de Yogyakarta? ¿Cuáles se ven afectados?
7. A la luz de esta sentencia, ante unas circunstancias semejantes, ¿en qué medida el Derecho interno aporta instrumentos de garantía? De no lograr satisfacción por parte de los órganos estatales, ¿Cabría posibilidad de recurso a órganos supranacionales? ¿Cuál sería la vía y el procedimiento?

Documentación complementaria:

De igual modo podrían analizarse otras sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: asuntos *Römer* (Sentencia de 10 de mayo de 2011, C-147/08), *Maruko* (Sentencia

de 1 de abril de 2008, C-267/06), *K.B.* (Sentencia de 7 de enero de 2004, C- 117/01) o *Margaret Richards* (Sentencia de 27 de abril de 2006, C-423/04).

Los enlaces para buscar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son:

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

o

<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

También puede resultar de utilidad el enlace general de la Unión Europea: www.europa.eu

3. SUPUESTO PRÁCTICO

Doña Manuela Pérez se sometió a una operación de cambio de sexo en 1992, para adecuar su cuerpo a su identidad sexual, convirtiéndose así en Manuel Pérez y dando lugar a los cambios correspondientes en el Registro Civil, para después proceder a cambio de identidad en el resto de documentos.

No obstante, cuando en el año 2000 desea contraer matrimonio con Doña Cristina Gómez, el encargado del Registro le informa de que no es posible dado que su sexo biológico de nacimiento era femenino y que la legislación del país no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Años después, en 2011 le informa la empresa en la que trabajaba que había de jubilarse dado que había alcanzado los 60 años, fecha de jubilación para las mujeres, aduciendo que, puesto que había entrado en la empresa con anterioridad al cambio de sexo, seguía figurando como mujer; por lo tanto había de jubilarse a esa edad –y con la fijación de la pensión de jubilación correspondiente a los años prestados hasta esa fecha- y no a los 65, edad de jubilación atribuida a los varones.

Preguntas:

1. ¿Es correcta la postura del encargado del registro, negando la posibilidad de contraer matrimonio la Sr. Pérez? Argumente la respuesta.
2. ¿Ha de jubilarse el Sr. Pérez a los 60 años como pretende la empresa?
3. ¿Qué argumentos deberá esgrimir el Sr. Pérez para justificar que su jubilación no deberá producirse hasta los 65 años?

4. ¿Qué Principios de Yogyakarta se ven afectados?
5. ¿Se han planteado casos similares en su país? ¿Cuál ha sido la respuesta ofrecida por los poderes públicos? ¿Considera la respuesta adecuada a la luz de los tratados internacionales?
6. Busque sentencias de tribunales internacionales, en particular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se aborden casos similares.

4. FUENTES DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS

4.1. Bibliografía

- BORRILLO, D. Y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. (Dirs.): Derecho y Políticas de las sexualidades: Perspectiva del mundo latino-mediterráneo, Huygens, Barcelona, 2013
- BORRILLO, DANIEL: Lutter contre les discriminations. Ed. La Découverte, Recherches, Paris, 2003
- BUSTOS MORENO, YOLANDA B.: La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo), Dykinson, 2008.
- O'FLAHERTY, MICHAEL Y FISHER, JOHN: "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles", en Human Rights Law Review 8:2 en (2008), pp. 207-248 (accesible www.yogyakartaprinciples.org).
- O'FLAHERTY, MICHAEL (COORD.): Jurisprudential annotations to the Yogyakarta Principles. www.yogyakartaprinciples.org
- VV.AA.: Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional. Unifor-Conceito Editorial, Florianópolis, 2012.
- VV.AA.: Revista General de Derecho Constitucional (revista electrónica de Iustel), núm., 2013, monográfico.

4.2. Enlaces

- Comité de Derechos Humanos de la ONU:
<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>
- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/
- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>