

ESTUDIO SOBRE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA JURISDICCIONAL DE PERSONAS LGBTs EN REINO UNIDO Y PORTUGAL

DOUGLAS VERBICARO SOARES¹

WAGNER VINÍCIUS DE ANDRADE SILVA²

RUANNY BRENDA SILVA DE JESUS³

SUMARIO: *INTRODUCCIÓN; 1 ALGUNOS CASOS DE JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO DE REINO UNIDO SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL; 2 LA JURISPRUDENCIA PORTUGUESA SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL; CONSIDERACIONES FINALES; REFERENCIAS.*

RESUMEN: El artículo analiza casos jurisprudenciales de Reino Unido y Portugal en que las personas LGBTs reclaman sus derechos en Europa. Dicho esto, el método de

¹ Doutor em Pasado y Presente de los Derechos Humanos e Mestre em Estudos Interdisciplinares de Género en la Especialidad Jurídica, ambos pela Universidade de Salamanca (USAL/Espanha). Integra como pesquisador os grupos de pesquisas (CNPq): Núcleo de Estudos e Pesquisas Ovelário Tames/NEPOT (UFRR); Consumo e Cidadania (UFPA); Consumo Responsável e Globalização Econômica (CESUPA). Atua como Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e Direitos Humanos - NPJDH na Universidade Federal de Roraima, do Curso de Doutorado em Direito – Dinter UERJ/UFRR e, também, do Laboratório de Direitos Humanos, Género e Sexualidade da UFRR. É professor do magistério superior no Curso de Direito – UFRR. E-mail: douglas_verbicaro@yahoo.com.br

² Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail: viniusiaos19@gmail.com

³ Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail: ruannybrenda3@gmail.com

investigación fue el bibliográfico y respondió si los casos abordados pueden servir de base para las decisiones de la Justicia brasileña en el reconocimiento de los derechos del colectivo LGBTs en la sociedad. Este artículo buscó un enfoque multidisciplinario, basado en varias ramas, como el derecho, la historia, entre otras. La metodología utilizada en este artículo tuvo una investigación cualitativa y exploratoria. Los procedimientos de investigación harán uso de la investigación documental y bibliográfica. La investigación se dividió en 2 (dos) temas principales, más las consideraciones finales y referencias. Se concluye que los casos presentados pueden inspirar a la justicia brasileña a ampliar los derechos LGBTs.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia; Procedimientos legales; Orientación sexual.

STUDY ON THE INSTRUMENTS OF JURISDICTIONAL GUARDIANSHIP OF LGBT PEOPLE IN THE UNITED KINGDOM AND PORTUGAL

ABSTRACT: The article analyzes jurisprudential cases of the United Kingdom and Portugal in which LGBT people claim their rights in Europe. That said, the research method was the bibliographic and answered whether the cases addressed can serve as a basis for the decisions of the Brazilian Justice in the recognition of the rights of the LGBT collective in society. This article sought a multidisciplinary approach, based on several branches, such as law, history, among others. The methodology used in this article had a qualitative and exploratory research. Research procedures will make use of documentary and bibliographic research. The research was divided into 2 (two) main themes, plus final considerations, and references. It is concluded that the cases presented can inspire the Brazilian justice to expand LGBT rights.

KEYWORDS: Jurisprudence; Legal procedures; Sexual orientation.

INTRODUCCIÓN

La investigación busca reportar la jurisprudencia más importante proveniente del Reino Unido y Portugal en materia de género, identidad de género y orientación sexual. En este sentido, se denunciarán casos en los que las mujeres abogan por la igualdad en los mismos entornos en los que viven con los hombres y casos en los que las parejas homosexuales abogan por los mismos derechos que se otorgan a las parejas heterosexuales. Por lo tanto, este estudio resultó ser muy significativo, ya que los casos mostrados pueden servir de inspiración para el cambio en el tratamiento de estas minorías en la sociedad.

Además, se hicieron algunas preguntas para esta investigación: ¿Pueden los casos abordados servir de inspiración para la justicia brasileña para el reconocimiento y la expansión de los derechos de las personas LGBTs? ¿Hay isonomía entre géneros en el entorno laboral? ¿Dispone la jurisdicción internacional de instrumentos para frenar la discriminación sexual en el Reino Unido y Portugal? ¿Está o estaba prohibido ser gay o transexual en cualquier país mencionado en el artículo?

Por ello, se llevó a cabo una investigación jurídica, analizando casos y jurisprudencia europea con un enfoque cualitativo y el método documental, es decir, se estudió y analizó jurisprudencia que aún no ha recibido tratamiento analítico. Además, el artículo se dividió en dos partes, en la primera, la jurisprudencia del Reino Unido de los casos en los que la comunidad LGBT reivindica por la igualdad y en la segunda parte se analizó la jurisprudencia portuguesa de los casos en los que, además, las personas LGBTs abogan por la igualdad.

1. ALGUNOS CASOS DE JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO DE REINO UNIDO SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL

Es importante aducir que las Jurisprudencias a seguir son algunas de las que tienen mayor relevo en el ámbito de Europa relacionados con los temas de género, identidad de género y orientación sexual. Razón por la cual optamos por ejemplificarlas en este estudio. En especial los casos en que generaran cambios importantes en el trato de las personas homosexuales dentro de las Fuerzas Militares de Reino Unido.

Iniciaremos nuestros comentarios argumentando que para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las situaciones de los casos de “P” contra “S y Cornwall Country Council”⁴, además del caso de Lisa Jacqueline Grant contra South-West Ltd., son las Jurisprudencias referentes a la temática homosexual de mayor notoriedad en el viejo continente.

La primera plasmada en una sentencia del año de 1996. El primero caso respaldado por la Jurisprudencia del TJCE, tiene que ver con la presentación de un recurso sobre el análisis de la Directiva 76/207CEE del Consejo (1976), que prevé la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).⁵

Los hechos empiezan con “P” (demandante), que poseía un centro de enseñanza relacionado con el demandado, en este caso “Cornwall County Council”, que pertenecía a la administración. Después de un año del pacto celebrado entre las partes, “P” decide dar un paso a su felicidad personal y encontrarse bien integrada en sociedad, idealizando realizar una cirugía para cambio de su sexo biológico. “P” informó a las personas competentes en la empresa administrativa mencionada *supra*.

Con el pasar del tiempo, distintas operaciones han sido concretadas con el intuito de propiciar los mejor resultados para “P” en su búsqueda por la materialización de su identidad de género, en este caso pasar a vivir como una mujer plena en su significado, con la construcción incluso de un sexo femenino. A lo largo de los procedimientos médicos, “P” recibió un despido previo.

Para entender el caso, válidas son los comentarios de Tarrazona García, que en su trabajo de investigación nos recuerda que:

Citado en la Sentencia 52/1999 de 26-1-1999 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, F.J. Único. “S. y el Cornwall County Council” alegaron que la causa de su despido había sido la amortización de su puesto de trabajo.⁶En la resolución de remisión consta que, si bien era cierta la necesidad de amortizar su puesto de

⁴ Este caso se plasma en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996. “P” contra “S y Cornwall County Council”. Petición de decisión prejudicial: Industrial Tribunal, Truro - Reino Unido. Igualdad de trato entre hombres y mujeres - Despido de un transexual. Asunto C-13/94. EUR-LEX. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996.** Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0013>>. Acceso en: 17 de jun. 2021.

⁵ *Ídem*.

⁶ TARRAZONA GARCÍA, Juan Carlos. **El principio de no discriminación por motivo de orientación sexual: una aproximación a la situación actual.** Tesina. Departamento de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas y de la Administración. Universidad de Valencia. Valencia. España, 2001, p. 67-8.

trabajo, la auténtica razón del despido fue la intención de P. de someterse a una operación de cambio de sexo.⁷

En el desarrollo del caso:

P. presentó una demanda contra S. and Cornwall County Council ante el Tribunal Laboral, alegando que había sido discriminado por motivos de sexo. S. y el Consejo del Condado de Cornualles argumentaron que la causa de su renuncia había sido la depreciación de su trabajo. El auto de remisión dice que si bien la necesidad de pagar por su trabajo era cierta, la verdadera razón del despido fue la intención de P. de someterse a una operación de cambio de sexo. A continuación, el Tribunal Laboral considera que la Ley de discriminación sexual de 1975 no prevé esa situación, ya que la legislación inglesa sólo abarca las situaciones en que una mujer o un hombre reciben un trato diferente porque pertenecen a uno de los sexos. Según la ley inglesa, P. siempre será considerado un hombre. Sin embargo, si P. hubiera sido una mujer antes de someterse a una intervención de cambio de sexo, también habría sido despedido por su empleador debido a esta operación. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia cuestionó si esta situación no entraba en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Con base en los hechos y principalmente por tener en cuenta la existencia de posibles preguntas sobre el caso y la necesidad de analizar si la Directiva tendría un ámbito de incidencia mucho mayor que los límites de una normativa nacional, el Industrial Tribunal resolvió suspender el procedimiento y a indagar⁸ al TJCE algunos temas, con han sido:

- 1) En relación con la finalidad de la Directiva 76/207/CEE que, según su artículo 1, es la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, etc., ¿constituye una infracción de la Directiva el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo ['gender reassignment']?
- 2) ¿Prohíbe el artículo 3 de la Directiva, que se refiere a la discriminación por razón de sexo, tratar a un empleado en función de su transexualidad?

Dando paso a un análisis más exhaustivo sobre el caso presentado, el TJCE se manifiesta con los siguientes⁹ racionamientos:

* El Gobierno del Reino Unido y la Comisión sostienen que el despido de una persona debido a su condición de transexual o a una operación de

⁷ *Ídem.*

⁸ EUR-LEX. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996.** Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0013>>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

⁹ *Ídem.*

cambio de sexo no constituye una discriminación por razón de sexo a efectos de la Directiva;

* En apoyo de esta afirmación, el Gobierno del Reino Unido alega fundamentalmente que en la resolución de remisión consta que P. habría sido asimismo despedida si anteriormente hubiera sido una mujer y se hubiera sometido a una operación a fin de convertirse en hombre:

* Hay que señalar, en primer lugar, que, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "se entiende usualmente por 'transexuales' aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología. Los transexuales operados forman, por consiguiente, un grupo bien determinado y definible" (sentencia Rees, de 17 de octubre de 1986, serie A, volumen 106, apartado 38);

* Procede recordar a continuación que el principio de igualdad de trato "entre hombres y mujeres" que la Directiva enuncia en su título, en su exposición de motivos y en sus disposiciones, implica, como indican entre otros el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3, "la ausencia de toda discriminación por razón de sexo;"

* Por lo tanto, la Directiva no es sino la expresión, en el ámbito considerado, del principio de igualdad que es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario;

* Además, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia.

En el apartado final el TJCE se pronuncia sobre el caso:

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Industrial Tribunal, Truro, mediante resolución de 11 de enero de 1994, declara: en atención al objetivo perseguido por la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, el apartado 1 del artículo 5 es contrario al despido de un transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo.¹⁰

En relación con el caso de Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd. Los hechos se basan en una sentencia del Tribunal de Justicia del año de 1998. Se trataba de un caso relacionado con la igualdad de trato entre hombres y mujeres, con

¹⁰ EUR-LEX. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996.** Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0013>>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

supuesto violación de derechos debido a una denegación de una reducción en el precio de los transportes a personas del mismo sexo que convivían maritalmente.¹¹

La demandante Lisa Grant demandó la otra parte perteneciente a la empresa *supra* citada, motivada por la denegación de reducción en el precio de los transportes a la compañera afectiva de la demandante. Es importante informar que la Sra. Grant es empleada de la empresa demandada.

Por medio del pacto laboral celebrado entre los interesados en la causa, más específicamente en la cláusula 18 del contrato de trabajo, que tiene que ver con las ventajas concedidas en materia de transporte, explicitaba:

Tendrá Vd. derecho a la gratuidad y a las reducciones en el precio de los transportes aplicables a los empleados de su misma categoría. Su cónyuge y las personas a cargo de Vd. disfrutarán también de reducciones en materia de transporte. Estas reducciones serán concedidas discrecionalmente por [el empresario] y serán suprimidas en caso de abuso.¹²

Por otro lado, la empresa demandada defendía que el ordenamiento normativo al cual seguía era en la época el artículo 8, dónde expresamente decía:

Las reducciones en el precio de los transportes serán concedidas a todo empleado casado [...] en favor de su cónyuge, salvo si este último está legalmente separado del empleado. [...] Las reducciones en el precio de los transportes se concederán en lo que respecta al "common law opposite sex spouse" [expresión utilizada habitualmente para designar a la persona del otro sexo con la que se convive maritalmente] del empleado [...] previa presentación de una declaración formal de que existe una relación significativa desde hace dos años o más [...].¹³

El caso ha sido marcado por la solicitud de la demandante en recibir las reducciones a su compañera sentimental, una vez que tenía una relación establecida a más de dos años. La empresa demandada no ha atendido la súplica de la demandante, arguyendo, básicamente, que como la compañera de la Sra. Grant era una persona del mismo sexo, la ventaja sólo se podía atribuir a una persona de sexo distinto a del

¹¹ BIBLIOTECA DIGITAL. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998**. Disponible en: <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/RDCE/03/RDC_003_311.pdf>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

¹² BIBLIOTECA DIGITAL. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998**. Disponible en: <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/RDCE/03/RDC_003_311.pdf>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

¹³ *Ídem*.

empleado o empleada de la empresa. Alegó, también, que a un trabajador, le habían concedido el mismo tipo de auxilio por haber comunicado solamente tener una relación cercana a una mujer a más de dos años, pero que en su caso, por ser homosexual, esa ayuda ha sido denegada.

Tarrazona nos recuerda en este caso que la demandante interpuso recurso contra SWT ante el Industrial Tribunal, Southampton, manteniendo que la denegación de su solicitud constituía una discriminación por razón de sexo, contraria a la Equal Pay Act 1970 (Ley sobre la igualdad de retribución), al artículo 119 del Tratado y a la Directiva 76/207.¹⁴

Con base en la dificultad en la interpretación de las normas, el Tribunal de Southampton, que reconocía la inviabilidad en manifestar cuanto a posible discriminación por orientación sexual de la demandante en el caso presentado, basado en el artículo 119 del Tratado y de las Directivas relacionadas con el tema. Estos hechos generaron el planteamiento del Tribunal regional cuanto a las preguntas a seguir¹⁵:

- a) ¿Es contrario (sin perjuicio de la cuestión nº 6) al principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, establecido por el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y por el artículo 1 de la Directiva 75/117 del Consejo, denegar a un empleado determinadas reducciones en el precio de los transportes en favor de un compañero del mismo sexo, con el que convive sin estar casado, cuando tales reducciones se conceden en favor de los cónyuges de los empleados de la misma categoría o de sus compañeros del otro sexo con los que conviven sin estar casados?;
- b) La "discriminación por razón de sexo", a que se refiere el artículo 119, ¿incluye la discriminación basada en el sexo del compañero de ese empleado?;
- c) En caso de que la respuesta a la primera cuestión sea afirmativa, ¿confiere el ordenamiento jurídico comunitario al empleado a quien se hayan denegado tales reducciones un derecho que pueda invocar directamente contra su empresario?;
- d) ¿Es contraria a lo dispuesto en la Directiva 76/207 del Consejo una denegación de este tipo?;
- e) ¿Puede un empresario, en vez de alegar una razón económica o de organización relacionada con el empleo de que se trate, justificar tal denegación demostrando a) que el objetivo de las reducciones de que se trata es conceder ventajas a las personas casadas o a las que se encuentren en una situación equivalente a éstas y b) que, tradicionalmente, la sociedad no ha equiparado al matrimonio las

¹⁴ TARRAZONA GARCÍA, Juan Carlos. **El principio de...**, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵ BIBLIOTECA DIGITAL. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998**. Disponible en: <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/RDCE/03/RDC_003_311.pdf>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

relaciones entre personas del mismo sexo que conviven y, por lo general, no las equipara?».

Las indagaciones sugeridas motivan la reacción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Los artículos más importantes en cuanto a este proceso han sido:¹⁶

- a) en el párrafo 31: el Parlamento Europeo ha declarado que deploraba cualquier discriminación motivada por la tendencia sexual de un individuo, pero la Comunidad no ha adoptado, hasta ahora, normas para poner en práctica dicha equiparación;
- b) párrafo 33: la Comisión Europea de Derechos Humanos estima que, a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades en cuanto a la homosexualidad, las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar, protegido por el artículo 8 del Convenio no son contrarias al artículo 14 del Convenio, que prohíbe las discriminaciones por razón de sexo;
- c) párrafo 34 que el TEDH, en el Caso Rees y Caso Cossey, interpreta el artículo 12 del Convenio, refiriéndose al matrimonio como al tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente;
- d) artículo 119 del Tratado se pronuncia que si bien en el “(...)Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 en el que, según el Comité de Derechos Humanos establecido de conformidad con su artículo 28, el concepto de «sexo» se refiere también a las preferencias sexuales.”, (párrafo 43), “...dicho órgano, que, por otra parte, no es un órgano jurisdiccional y cuyas opiniones carecen de valor jurídico vinculante,...”, (párrafo 46) y “...en su estado actual, el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual, como la que es objeto del litigio principal.”, (párrafo 47). Con lo cual, la orientación sexual no es incardinable dentro de la no discriminación por razón de sexo, siendo de este modo independiente.

Para el caso mencionado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se basa en que:

La denegación, por parte de un empresario, de una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona, del mismo sexo, con la que un trabajador mantiene una relación estable, cuando tal reducción se concede a favor del cónyuge del trabajador o de la persona, de distinto sexo, con la que éste mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, no constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado CE o por la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los

¹⁶ BIBLIOTECA DIGITAL. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998**. Disponible en: <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/RDCE/03/RDC_003_311.pdf>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.¹⁷

Del mismo modo en que los ejemplos previamente citados representaron importantes cambios en los temas del trato igualitario y a la no discriminación por orientación sexual, también podemos aducir algunos casos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Se hacen pertinentes los comentarios de algunos de los casos de mayor proyección cuanto al tema de la identidad de género y de orientación sexual homosexual, en este apartado, los que tienen relación con el ámbito territorial europeo, más específicamente los del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Iniciamos ese momento, con la citación de otros casos en los que también destacaremos como relevantes para cambios en la situación de las personas homosexuales o para el tema de la identidad de género. En ese sentido, podemos resaltar el caso basado en la sentencia del mismo Tribunal de 17 de octubre de 1986. Los hechos han sido conocidos como el caso Rees contra Reino Unido. Es notorio que la sentencia 0116/1986, tiene relación con una persona de nacionalidad inglesa.¹⁸

Comentamos que esa persona había sido inscrita en el registro civil de aquel país anglosajón, con un nombre de Brenda Margaret Rees. A lo largo de la etapa de vida de esta persona, se ha manifestado un deseo personal que cambiaría su modo de vida.

La aceptación interna y personal de la persona y el reconociendo de que su identidad de género al asumir la identidad masculina a la cual realmente se identificaba. Para complementar esta conducta, se hace un procedimiento médico, que alteraría la parte física de su cuerpo, dando un posterior fin al cambio definitivo de su primer nombre a Mark Rees. Sin embargo, con el pasar de los años, se intentó que se le cambiara en el mismo registro el tema del sexo en la inscripción administrativa, sin éxito en este sentido.

Por esta razón, se vio la necesidad de invocar la Comisión Europea de Derechos Humanos, aduciendo algunos temas, como, por ejemplo:

a) el demandante se considera víctima de una legislación y de unos usos opuestos a su derecho a que se respete su vida privada, reconocido por

¹⁷ BIBLIOTECA DIGITAL. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998.** Disponible en: <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/RDCE/03/RDC_003_311.pdf>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rees.** Disponible en: <https://www.google.es/search?q=www.facebook&oq=www&aqs=chrome.3.69i60l3j69i59j69i65l2.2246j0j4&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8#q=caso+Rees+contra+Reino+Unido>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

el artículo 8 en los términos siguientes: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. La autoridad pública solamente podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos.”; El demandante se queja, ante todo, de los obstáculos que se pusieron a su total integración en la vida social, consecuencia de que el Gobierno no tomara las medidas adecuadas para que se le reconociera legalmente su condición masculina a efectos de la clasificación de todos los ciudadanos en varones y hembras. Critica especialmente que se le expidiera un certificado de nacimiento en el que sigue apareciendo como persona de sexo “femenino”. Dicho documento de hecho es una prueba indiscutible de su sexo en cuantas ocasiones se plantea esta cuestión, y el demandante se siente molesto y humillado en cada ocasión en que los usos sociales exigen la expedición de un certificado que pone de manifiesto la falta de concordancia entre su sexo aparente y el legal.¹⁹

Al analizar el caso finalmente el Tribunal se manifestó del siguiente modo que explicitaremos a seguir:

1. Falla, por doce votos contra tres, que no se violó el artículo 8; 2. Falla, por unanimidad, que no se violó el artículo 12. Se vio en los argumentos presentados por el Tribunal que: el art. 8 del Convenio, que recoge el derecho al respeto de su vida privada y familiar, deja un cierto margen de discrecionalidad al Estado en su cometido de legislar sobre las consecuencias del cambio de sexo en los distintos contextos y circunstancias. Las obligaciones positivas que se derivan del artículo 8 no pueden llegar tan lejos. Además de interpretar que el artículo 12, que el ejercicio del derecho a casarse y a fundar una familia debe someterse a las leyes nacionales sin que afecte a su propia esencia.²⁰

Lo que se ve a posterior y lo que nos ha llamado la atención han sido los llamados votos particulares disidentes, que algunos de los jueces apreciaron que existía una violación a derechos:

La Comisión considera que el Reino Unido ha faltado al respeto debido a la vida privada del demandante, como exige el artículo 8 del Convenio, al no haber previsto las correspondientes medidas para tener en cuenta las legítimas modificaciones producidas en su estado civil. Creemos, por tanto, que debemos fijar la atención a continuación en si el respeto de la vida privada del señor Rees obliga al Estado a tomar determinadas

¹⁹TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rees**. Disponible en: <https://www.google.es/search?q=www.facebook&oq=www&aqs=chrome.3.69i60l3j69i59j69i65l2.2246j0j4&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8#q=caso+Rees+contra+Reino+Unido>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

²⁰ *Ídem*.

medidas sobre la forma en que se redactan los documentos referentes a su estado civil.²¹

También los jueces con el voto contrario a la mayoría hicieron una sugerencia para el caso, que consistiría en la anotación en el registro público sería lo más oportuno sin necesidad de cambiar las leyes en Reino Unido: *c) Por otra parte, no creemos que una anotación en el Registro de nacimientos exija un cambio del régimen británico del estado civil; el uso seguido en otros Estados así lo demuestra.*²²

Otro caso relevante también ocurrido en Reino Unido, con referencia a una sentencia del año de 1990 (0226/1990), conocida como *Cossey versus Reino Unido*.²³

Los hechos tienen relación con el caso de una persona de Reino Unido, que había sido inscrita en el registro civil de aquella nación como un hombre. Explica el caso en que, la autora, al notar su verdadera esencia y su identidad de género femenina y que sus características biológicas físicas no pertenecían a su verdadero ser, resolvió realizar una cirugía para cambio de su sexo biológico.

En la década de los ochenta, la autora intentó formalizar su relación con un hombre, hecho que ha sido impedido por un funcionario de la administración pública británico, alegando que si celebrada la unión, el acto podría ser considerado nulo.

Con el pasar de los años, la autora logra realizar su matrimonio, con otra persona, otro varón, en una institución judía en la capital británica. La autora de la acción, en su momento, al plantear unos beneficios económicos del Gobierno, ha tenido el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido la declaración de nulidad de su matrimonio, motivada por la celebración de unión con personas del mismo sexo, es decir dos hombres.

Con base en estas ocurrencias, la autora demandante frente a la Comisión Europea de Derechos Humanos (1984) suplicando reconocimiento su vulneración de derechos, más específicamente los artículos 8 y 12 del Convenio, por inviabilidad de tener reconocido por el Ordenamiento jurídico inglés, su caso y por no poder contraer matrimonio.

²¹TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rees**. Disponible en: <https://www.google.es/search?q=www.facebook&oq=www&aqs=chrome.3.69i60l3j69i59j69i65i2.2246j0j4&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8#q=caso+Rees+contra+Reino+Unido>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

²² *Ídem*.

²³TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cossey**. Disponible en: <<https://www.google.es/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=caso%20cossey>>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

La Comisión bajo la súplica mencionada se manifiesta por medio de un informe (1989) que constataba la violación del artículo 12.

De este modo, se ingresa en el Tribunal de Derechos Humanos los pedidos de la demandante y en 1990, sale la sentencia del Tribunal informando que no habían ocurrido violaciones a los artículos solicitados por la demandante.

Cuanto al tema del artículo 8, el Tribunal se basó, con los mismos argumentos del caso anterior, es decir, nos referimos a la sentencia previa del caso *Rees*, alegando que la imposibilidad de cambio en el registro civil o de facilitar certificados con contenido distinto de las inscripciones originales, no constituye una interferencia del Estado en la vida privada de un ciudadano. Para el final, el Tribunal se manifestó que en relación con el artículo 12, que el derecho al matrimonio enunciado en el Convenio tenía que ver con la idea de un matrimonio tradicional, entre personas de sexo biológico distintos.²⁴

Del mismo modo que en el caso anterior (Caso *Rees*), la sentencia del Tribunal presentó manifestaciones de jueces distintas a la mayoría y que merecen nuestra apreciación, como por ejemplo la de la parte disidente de la señora Bindschedler-Robert y el señor Russo, que en su momento entendieran la vulneración del artículo 8 del Convenio, basándose en que la no adaptación de los Registros Civiles británicos que hagan posible la inscripción de los transexuales faltan al respeto a la vida privada de la demandante.²⁵

También la opinión separada en parte disidente de los señores Macdonald y Spielmann, que en su ocasión sostenían que el derecho de muchos Estados miembros había evolucionado considerablemente respecto a estos temas, circunstancia que debía ser llevada en cuenta por el Tribunal: *Junto con la mayoría, entendemos que no se ha violado el artículo 12 del Convenio. En cambio, opinamos que sí se ha infringido el artículo 8.*²⁶ Del mismo modo que distinta fue la manifestación del señor Martens, dónde se manifestaba por la violación de los artículos 8 y 12, *recogía una concepción más evolucionada de los conceptos "transexualidad" y "matrimonio"*. Así como a la de los jueces Sra. Palm y señores Foighel y Pekkanen, que también opinaron por entender la existencia de violación en los artículos 8 y 12 del Convenio.

²⁴TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cossey**. Disponible en: <<https://www.google.es/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=caso%20cossey>>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

²⁵TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cossey**. Disponible en: <<https://www.google.es/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=caso%20cossey>>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

²⁶ *Ídem*.

Como resaltado previamente quizás los que más influyeron directamente con el tema de las fuerzas militares y el cambio de actitudes frente a la integración de las personas homosexuales en Reino Unido han sido los ejemplos de los casos Perkins e R. y Beck, Copp y Bazeley verso Reino Unido.

Los casos mencionados ²⁷ ²⁸ tienen relación con el tema del despido de personas homosexuales en las FF. AA. de Reino Unido en la década de los noventa. Los hechos presentados se basarán en las investigaciones de las Instituciones militares británicas en la vida privada de los militares desligados de la organización. Los demandantes alegaron que por tener las Fuerzas Armadas conocimiento de sus orientaciones sexuales homosexuales, fueron victimados en integrar el Cuerpo Militar.

En ese relato los demandantes²⁹:

- a) El señor Perkins trabajó para la Marina Real – “Royal Navy” como médico desde el año de 1991. Reveló su orientación sexual en una entrevista, luego que la Institución militar recibiera datos referentes a su homosexualidad;
- b) La señora R., sirvió a la Marina en 1990, trabajando como operadora de radio. En 1992, ha sido aprobada en un examen de calificación, para desarrollar su labor como operadora profesional de radio. Reveló su orientación homosexual a una compañera, que posteriormente ha dado a conocer a la institución militar su orientación del deseo por personas del mismo sexo biológico. Después de una entrevista por parte de la organización militar, la demandante ha sido despedida de las FF. AA.;
- c) El señor Beck servía a la Fuerza del Aire - “Royal Air Force” en 1976. Era un militar conocido en la institución por su capacidad en desarrollar las funciones de analista de sistema de comunicaciones, era la persona apta para recibir una promoción interna, pero que al asumirse como homosexual, ha sido excluido del cuadro de militares;
- d) El señor Copp pertenecía al cuerpo de médicos del ejército (1978), de después de recibir una promoción y de asegurarse en un puesto en otro país (Alemania), tres años más tarde, asume su orientación sexual homosexual para la institución militar, motivado por no verse separado de su pareja homosexual, que no era militar, acaba siendo destituido de las Fuerzas Armadas;
- e) El señor Bazeley entró en la Fuerza del Aire en 1985, trabajando como asistente de vuelo y gozaba de un reconocimiento de la institución por su labor. Después que se ha encontrado en su billetera en una revista interna, material (tarjetas) de un club gay, fue sometido a una entrevista

²⁷ Para este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tratando de los ejemplos de Perkins y R. vs. Reino Unido, basándose en la sentencia de 22 de octubre de 2002. PIOVESAN, Flávia. **Prohibición de la Discriminación por Orientación Sexual en los Sistemas Regionales: La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo vs. Chile.** Anuario de Derecho UDP, p. 501-2.

²⁸ Del mismo modo que en el caso Beck, Copp y Bazeley vs. Reino Unido, plasmada en la sentencia de 22 de octubre de 2002. *Ídem.*

²⁹ *Ídem.*

por Organización. Al asumir su orientación homosexual, el demandante ha sido despedido de sus funciones.

Los demandantes han utilizados de todos los instrumentos internos judiciales para sanar la problemática enfrentada una vez que alegaban sufrir una persecución por discriminación a orientación sexual homosexual. Sin recordar que el propio Ministerio de Defensa de Reino Unido, en la época, de modo tendencioso favorecía, la no presencia de homosexuales como miembros de las FF. AA. Hechos esos que violaban claramente los términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para el cierre del caso, el Tribunal se manifestó considerando que las medidas utilizadas por las FF. AA., en el sentido de prohibir la permanencia de militares homosexuales en su Institución violaban los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo, respectivamente que versan sobre el respeto a la vida privada y la prohibición de discriminar. Del mismo modo que se plasmará en este estudio en algunos de los casos a seguir.

Por analogía, ese caso sería junto con los anteriormente citados, directamente relacionados con la temática de la homosexualidad en las Fuerzas Armadas, que es el tema de nuestro estudio científico. De este modo entendemos su relevancia y el caso Smith y Grady. El caso mencionado está plasmado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 1999, conocido como el caso Smith³⁰ y Grady versus Reino Unido. Como mencionado anteriormente. Los demandantes Sr. Grady y la Sra. Smith³¹ (que ejercían de enfermera y de auxiliar administrativo, respectivamente, en la institución militar de Royal Air Force), los dos demandantes según cuenta la propia sentencia *supra*:

Alegan que el expediente abierto sobre su homosexualidad y su expulsión del ejército británico del aire por el único motivo de ser homosexuales suponen la violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999\1190 y 1572), tomado aisladamente y en relación con el artículo 14. Invocan también

³⁰DOCUMENTO. **Caso de Smith and Grady contra el Reino Unido, de 27/09/1999**. Disponible en: <http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1313/Itemid,3/>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

³¹ El presente caso tiene relación con la demanda de ciudadanos británicos versus el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, motivado por violación del artículo 8 del Convenio. También relacionados con actos de investigación y posterior expulsión de los demandantes de las Fuerzas Armadas a causa de su homosexualidad conforme a la política del Ministerio de Defensa contraria a la existencia de homosexuales y lesbianas en los ejércitos: violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar. DOCUMENTO. **Caso de Smith and Grady contra el Reino Unido, de 27/09/1999**. Disponible en: <http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1313/Itemid,3/>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

los artículos 3 y 10 del Convenio, tomados aisladamente y en relación con el artículo 14, en cuanto a la política del Ministerio de Defensa que excluye a los homosexuales del ejército y a las investigaciones y expulsiones que de ella resultan. Se quejan, además, en el terreno del artículo 13, de no haber dispuesto de un recurso efectivo ante una instancia nacional para reparar estas violaciones.³²

En relación con el caso, el Tribunal se manifestó considerando la súplica de violación del artículo 8 del Convenio, sin considerar la supuesta violación alegada en el artículo 14, teniendo en cuenta una interferencia de la administración pública que no era concebible, sin existencia de justificación Estatal para hacerla según el Tribunal. La idea se mantiene en la motivación presentada que sí, el Estado, en los casos en que existan características verdaderas, que pongan en riesgo la seguridad y la efectividad de las Fuerzas Armadas, allí el Estado podría intervenir en la vida privada de un ciudadano, pero que para el caso estudiando, no se aplicarían por inexistencia de una eficacia operativa de ejemplos concretos y no meras alegaciones.

Tarrazona García nos enseña una idea para el entendimiento del caso, que estaría en la presentación del voto disidente, en este momento, del Sr. Loucaides:

Que comparte la opinión del Gobierno Inglés, ya que los demandantes deberían compartir con sus compañeros de armas heterosexuales alojamientos y otros servicios (duchas, aseos, etc.) previstos para personas del mismo sexo. Siendo de este modo una situación análoga a las que se produciría por el hecho de alojar en los mismos locales a militares de ambos sexos. La necesidad de prever alojamientos y servicios separados para las mujeres y los hombres se debe a la diferencia de su orientación sexual. Con lo cual no hay violación del artículo 8 del Convenio. Opina que en las circunstancias del caso, era razonable por su parte, adoptar una política que impidiera el acceso a las Fuerzas Armadas de los homosexuales, esto se justifica por la necesidad en una sociedad democrática, de la seguridad nacional y la defensa del orden. Esta condición había sido detallada a los demandantes antes de su alistamiento y no fue impuesta posteriormente.^{33 34}

No menos importante son los ejemplos encontrados también en otros casos, como por ejemplo, el caso Lustig-Prean y Beckett verso Reino Unido, 2000 y también el caso de A.D.T. verso Reino Unido, ambos sucesos, el primero referente a la interdicción de personas homosexuales en las FF.AA. era contrario a la estipulación del artículo 8 de

³² *Ídem.*

³³ TARRAZONA GARCÍA, Juan Carlos. **El principio de...**, *op. cit.*, p. 75-7.

³⁴ DOCUMENTO. **Caso de Smith and Grady contra el Reino Unido, de 27/09/1999.** Disponible en: <http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1313/Itemid,3/>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

la Convenio (derecho a la vida privada). El segundo, por considerar que las conductas, prácticas sexuales de una persona, desde que realizada en privacidad, la interferencia del Estado sin justificación legal representa una violación clara al artículo 14 del Convenio (prohibición de discriminación).³⁵

Citaremos para completar nuestra investigación el caso Dudgeon verso Reino Unido. Tratase de un caso basado en la Sentencia del Tribunal de 22 de octubre de 1981, donde el Sr. Dudgeon, una persona homosexual, cuestiona la eficacia de leyes anti-sodomía en Irlanda del Norte (Reino Unido).

En relación con un breve relato de los hechos, el demandante era un activista por los derechos de los homosexuales y luchaba para cambiar el Ordenamiento Jurídico por contener supuestamente leyes arcaicas (de 1861 y 1865 respectivamente), que básicamente penalizaban los actos denominados “buggery” e atentado grave al pudor y la decencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Para las conductas tipificadas, se penalizaría desde la prisión perpetua en el primer caso y de 2 años de reclusión en el segundo. Por otro lado nos llamó la atención que las prácticas entre mujeres adultas no serían apenadas.³⁶

En 1976 el demandante presenta su reclamación en la Comisión Europea de Derechos Humanos arguyendo que el Ordenamiento Jurídico Penal de Irlanda del Norte pune la conducta homosexual entre hombres, los que implicaría en una interferencia en su derecho de tener una vida privada, supuesta violación del artículo 8 de la Convención Europea de los DD. HH. Del mismo modo que alegó la existencia de violación en el artículo 14 de mismo texto legal, una vez que punir a los homosexuales masculinos solamente representaría un rigor máximo con relación a los hombres frente a las mujeres con la misma orientación sexual homosexual.

Para el caso, el Tribunal se manifestó a favor del demandante, reconociendo que la condena a las conductas homosexuales serian una interferencia no fundamentada en la vida privada de una persona, una vez que los fundamentos de la otra parte en actuar de modo hostil según parámetros morales, por sí solo, lo generan derechos. Además nos pareció oportuno el argumento del Tribunal en aducir que la tolerancia y la libertad hacían

³⁵ PIOVESAN, F. **Prohibición...**, *op. cit.*, p. 502.

³⁶ BEZERRA, Ricardo. **Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos Direitos Humanos: um panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil**. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Salamanca, España, 2011, p. 91-3.

parte de la esencia de una sociedad democrática y que merecen el aprecio del Tribunal.

37

Plasmaremos un caso a más, que se parece al caso anterior citado. Tratase de un hecho basado en la Sentencia del Tribunal de 26 de octubre de 1988, donde el Sr. Davis Norris, un ciudadano homosexual y creador del movimiento “Irish Gay Rights Movement”, cuestiona la eficacia de ley que penaban las conductas consentidas homosexuales entre adultos en Irlanda del Norte (Reino Unido). Para ese caso, el demandante alegó que había tenido su derecho a la intimidad violado, lo que implicaba un riesgo considerable en perjudicar su salud psíquica debido a las conductas discriminatorias que sufría (abusos y amenazas).

En la sentencia del TEDH se justificó en el sentido de dar la razón al Sr. Davis Norris, condenando a Irlanda por las leyes que violaban el artículo 8 del Convenio Europeo, referente al derecho a la vida privada, reconociendo en este caso una interferencia del Estado injustificada en no respetar la privacidad del demandante, muy parecida a las razones previamente presentadas en el caso *Dudgeon*.³⁸

2. LA JURISPRUDENCIA PORTUGUESA SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL

No menos importante estarían el conocido el caso de Salgueiro da Silva C. verso Portugal. Este representa más uno de los casos encontramos referentes al tema de reconocimiento de derechos a las personas homosexuales en el ámbito europeo. Se trata de una manifestación del Sr. Salgueiro (33290/96), apreciada y manifestada por el TEDH al 21 de diciembre de 1999.³⁹

La fundamentación del Tribunal quedó aclarada que el Ordenamiento Jurídico del país ibérico no había respetado el derecho del impetrante a la vida privada, según lo que establece el artículo 8, 1ª de la Convención Europea de Derechos Humanos, al establecer en la esfera del país la entrega de una hija suya a la madre, bajo el argumento judicial por motivos de discriminación por su orientación homosexual.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ PIOVESAN, F. **Prohibición...**, *op. cit.*, p. 500.

³⁹ Piovesan nos aclara que el caso había sido *originado en la denuncia de un peticionario portugués que se casó y tuvo una hija, y quien, luego del divorcio de su mujer, sostuvo una relación homosexual. Hubo una disputa legal sobre la patria potestad y, en apelación, la exesposa obtuvo la patria potestad en base a la homosexualidad del peticionario*. PIOVESAN, Flávia. **Prohibición...**, *op. cit.*, p. 502.

Con base a esta argumentación, el TEDH entiende que ocurrió discriminación por orientación sexual del Sr. Salgueiro, que debería ser analizada conforme una de las causas de discriminación que no se encuentran explícitamente vislumbradas, pero que su esencia se puede aplicar de acuerdo con la extensión amplia de la definición prevista en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Alder Izquierdo, sobre el caso nos aclara que: estimando que le han sido violados los preceptos recogidos en los artículos 8 y 14 del CEDH a seguir:

Art. 8 – Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de ese derecho, sino y tanto cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevalencia del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.⁴⁰
Art. 14 – El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, color, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.⁴¹

En ese sentido el demandante recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por su vez esa institución se manifiesta en el sentido de decir que el Tribunal de Apelación de Lisboa, para anular la sentencia del Tribunal de Familia, introdujo el factor de la homosexualidad del padre de la menor, y por esa razón, fundado en la sexualidad homosexual del padre, confirió la guardia de la hija común a la madre. Con base en esos hechos, el Tribunal se pronunció afirmando positivamente en la existencia de una discriminación entre las relaciones entre los padres de la menor, fundada simplemente en la orientación sexual homosexual del padre, lo que implicó posteriormente en el reconocimiento de violaciones a los artículos *supra* mencionados y la concesión de la patria potestad al demandante del caso (el padre).⁴²

En la misma línea de entendimiento, Piovesan nos resalta que:

El Tribunal Europeo condenó a Portugal por violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y el artículo 14

⁴⁰ ALDER IZQUIERDO, Alejandro. **Realidad jurídica y social del derecho a la orientación e identidad de género**. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca: Programa de Doctorado Pasado y presente de los derechos humanos, Salamanca, España, 2013, p. 387.

⁴¹ *Ídem*.

⁴² *Ídem*.

(prohibición de discriminación), con el argumento de que se habría tratado de una violación del principio de proporcionalidad. Hizo hincapié en que la decisión de la justicia portuguesa, con base principalmente en la homosexualidad del peticionario, para negarle la patria potestad no es un criterio que se encuentre establecido en la ley, en contravención directa al principio de proporcionalidad como “no existencia de una relación razonable entre el medio y el fin perseguido”. Finalizó el Tribunal Europeo considerando que la decisión en sí misma constituye una justa indemnización por los daños sufridos por el peticionario.⁴³

Terminaremos las consideraciones sobre el tema de las jurisprudencias, con la citación del caso el Caso Toonen verso Australia.

En este caso el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha entendido y se manifestó *a posteriori* que los términos antidiscriminatorios previstos en la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para añadir la explicación de la orientación sexual como un bien a tener protección. Sabias son las ideas de Piovesan sobre el caso: *cabe destacar que, en 1994, en el caso Toonem vs. Australia*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que los Estados están obligados a proteger a las personas contra la discriminación por orientación sexual.⁴⁴

A lo largo de ese Capítulo, hemos analizado la visibilidad de la implantación de distintos instrumentos de protección internacional para la protección de los Derechos Humanos y la relación directa que esos derechos tienen con la temática de del reconocimiento de los derechos extendido al colectivo de los homosexuales. A partir de esas consideraciones y como bien defendía Bobbio, la humanidad en sus aspectos globalizados lo que necesita a seguir es la efectividad de esos derechos, ponerlos en real aplicabilidad, adecuarlos a las realidades más actuales y clamadas por las distintas sociedades en el mundo.

Donde haya una situación de discriminación, que por alguna razón no pueda ser resuelta en un plan nacionalizado, que se sepa que la esfera de protección internacional de los Derechos Humanos está presente para auxiliar a los Estados que sufren los problemas de discriminación y que lo tienen más difícil cohibiros y resolverlos.

Bajo esa visión, también se manifestó Rocha Ferreira:

Para que hubiera un cambio en el escenario mundial, ha sido necesario la creación de una protección internacional eficaz a los Derechos Humanos, siendo posible la responsabilización del ente estatal en el dominio internacional, específicamente cuando las instituciones

⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Prohibición...**, *op. cit.*, p. 502.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Prohibición...**, *op. cit.*, p. 496.

nacionales demuestran fallar, actuar de modo omiso, o cuando son incapaces de contener las violaciones y agresiones a derechos.⁴⁵

De ese modo la autora resalta la incidencia de una limitación en el poder soberano de los Estados a favor de los DD.HH., arguyendo que el Estado debería respetar las leyes que protegían a los individuos y de limitar la interferencia de este sobre sus ciudadanos.

Ese proceso, al cual también estamos de acuerdo, sería el de una persona dejar de ser considerada como un simple objeto dando paso a la consideración indispensable y fundamental que es un sujeto del propio derecho internacionalizado, por ese simple hecho, merece protección a su esencia por el simple hecho de ser humano, de tener derechos basilares e universales, que constituyen mayor proyección que la esfera nacional de un Estado y para los casos en que esos derechos dejaran de ser efectivos, poder contar con la protección global de que la vida humana, su dignidad y sus derechos fundamentales están en una posición de superioridad y merecen esa protección.

En esa interpretación la visión sobre los derechos inherentes a las personas por el simple hecho de serlo hace que se amplíen, se universalicen en una idea común y compartida por la gran mayoría de las personas, en el sentido de entender que para la propia manutención de la humanidad, es necesario la realización de esfuerzos comunes entre todos, haciendo de la sociedad internacional participe de esas relevantes acciones para la manutención de un orden general internacionalizado entre la población mundial y la relación directa con los Derechos Humanos y la vida humana en condiciones de dignidad.

Válidas son los comentarios de los Molina y de Cleydy Molina sobre la tipificación de las generaciones de los Derechos Humanos, fruto de su propia evolución y desarrollo, es decir, conforme han sido reconocidos se fueran concretando sus generaciones, como en un proceso de etapas relacionadas con la propia evolución histórica de la humanidad. Para los autores:

De modo que se reconocen tres generaciones, una primera generación, donde se incorporan los derechos individuales, o si se quiere los derechos civiles y políticos; después con la denominación de derechos humanos de la segunda generación ingresarían los derechos colectivos o en forma más precisa los derechos económicos sociales y del avance tecnológico se instituyen los derechos humanos de tercera generación

⁴⁵ FERREIRA, Vanessa. **A exploração do trabalho infantil na produção do carvão vegetal no Brasil: uma análise do Estado do Pará**. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Salamanca, España, 2015, p. 50.

como aquellos no incorporados en las dos anteriores generaciones, y generalmente vinculados a los derechos humanos de la solidaridad.⁴⁶

Entre esos derechos como bien citados a lo largo de los últimos tiempos, los denominados de primera generación, comprendidos como civiles y políticos, relacionados a un ideario de la libertad, como derecho a la vida, a la libertad e igualdad para cada persona.

Para esos derechos, por ejemplo, el Estado no debería hacer distinciones entre los miembros de la sociedad que le compone, en ese sentido el principio de la igualdad entre todos, sin tener factores que motiven las discriminaciones, sea por la razón que sea, por ejemplo: la orientación sexual, raza, opinión, religión, etc. Bajo ese argumento, el Estado, supuestamente, tiene la obligación al crear, interpretar y poner en marchas sus medidas teniendo en cuenta los valores de respeto a los ciudadanos y combatiendo el surgimiento de las situaciones de diversidad que puedan ser implementadas por obstáculos discriminadores que impidan la armonía social.

En una segunda interpretación, fruto de una época marcada por una cuestión social de modelos de crecimiento capitalistas (Revolución Industrial) y nomenclatura extensiva sobre los DD.HH., representados por los derechos que abarcarían, a posterior, un ideario de los derechos conocidos como sociales, también influidos por preceptos de igualdad, reflejando en valores relacionados con la cultura, economía y social.

Bajo esas características, los clamores sociales y reivindicativos que han estado presentes en los últimos siglos, hicieron con que los Estados cambien sus posturas de un modelo liberal a un novedoso, con características de preservación de valores sociales bajo la influencia de normas que regulasen las relaciones de sus ciudadanos, lo que veremos la implementación de un Estado social de derecho, con clara participación del mismo en áreas como la social o económica, posibilitando como ejemplo la estructuración y normalización de temas relacionados con la vida laboral y medidas como el salario mínimo y otras conquistas de los trabajadores entrasen en las bases de los cambios implementados para el respeto de los Derechos Humanos.

Es un concepto donde la previa interpretación de los derechos fundamentales individuales pasaría a un nivel de ascensión a la idea común de que cada persona contribuye y es pieza fundamental para la construcción y participación inclusiva en el

⁴⁶ NÚÑEZ MOLINA, Waldo; NÚÑEZ MOLINA, Cleyde. **Curso de derechos humanos (parte general) T.1.** Primera Edición. Lima, Perú: WNM Ediciones, 2003, p. 101.

medio, exigiendo incluso del Estado el compromiso de velar por la armonía social, la justicia, la paz y la igualdad colectiva. Entre esos derechos podemos explicitar el acceso a una salud digna, a una educación de calidad, a un trabajo que permita desarrollarse socialmente, el derecho a huelga, a la libertad sindical.

Rocha Ferreira argumenta que esa época ha sido marcada por las conquistas sociales, denominando ese período histórico como la fase de las garantías, muchas de ellas en el sector de los derechos sociales, culturales, económicos en un nivel colectivo, impulsados por la implementación de la Revolución Industrial.⁴⁷ Ya para Manoel Ferreira Filho, ese momento ha sido caracterizado por la cuestión social, visibilizando un papel asumido por una clase trabajadora dentro de un contexto de la ascensión del modelo capitalista inicialmente en Reino Unido, seguido posteriormente por Francia, EE. UU., etc.⁴⁸

Para una interpretación más extensiva de los DD.HH., la denominada tercera fase, basada claramente en la interpretación del principio de la solidaridad, donde la implementación de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos. Rocha Ferreira nos habla que: es fase es denominada de concretista, refiriéndose a la formulación de los derechos de solidaridad internacional, los derechos de los pueblos, que surgen en un panorama de crecimiento económico e industrializado, basado en la lucha contra la dominación y la explotación imperialista.

Ese tercero momento comprendido como un factor de unión entre los períodos anteriores, con el objetivo de presentar una alternativa concreta para llegar a un modelo de justicia y a la promoción de ese ideal entre todos, teniendo en consideración a las desigualdades económicas, culturales, sociales. Entre ejemplos de esos derechos estarían: la autodeterminación de los pueblos, el derecho a tener un medioambiente saludable, a la paz y al desarrollo.⁴⁹ Ese modelo representa el avance de los derechos individuales antes expuestos hacia a un patamar más elevado, a de los derechos de la colectividad y de la propia humanidad.

En ese sentido, se expresó Consuelo Jávega sobre la universidad de los Derechos Humanos y su necesaria implementación/ efectividad en un ámbito conjunto nacional e internacional. Para la autora:

⁴⁷ FERREIRA, Vanessa. **A exploração do trabalho...**, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manuel. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª Edição. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva, 2000, p. 41-2.

⁴⁹ ROCHA FERREIRA, Vanessa. **A exploração do trabalho...**, *op. cit.*, p. 53.

La universalidad de estos derechos, por su propia esencia, no obligaría a escoger una determinada forma de implementación de estos en los ordenamientos internos, pero es necesario rescatar la idea de la fuerza jurídicamente vinculante de los mismo para que éstos no queden en meras declaraciones de principios. El respeto a la dignidad humana y la consecución de la igualdad, así como la eliminación de las condiciones sociales que inciden en cualquier tipo de discriminación, es una constante en todos aquellos instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos fundamentales. Es, en este contexto, donde el principio de igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual puede enmarcarse para lograr una protección real y efectiva en el camino de la justicia e igualdad material.⁵⁰

Entendemos que los ejemplos citados, que en muchos de los casos han servido para la fundamentación de decisiones de los Tribunales brasileños en reconocer y a extender los derechos a las personas homosexuales en la sociedad brasileña.

Del mismo modo como bien analizan Ricardo Martín de la Guardia y Guillermo Pérez Sánchez, que haciendo un abordaje a los hechos históricos de horrendos momentos para la humanidad, citando las injusticias, la pobreza, la intolerancia, segregación racial totalitarismos políticos, crímenes de Estado e otros se cuestionaban si esas lacras siguieran presentes en pleno siglo XXI. Según los autores:

La respuesta que pude darse en la actualidad no invita al optimismo, aunque algo se haya avanzado como se demuestra en el caso de la antigua Europa del Este, ya que todavía parece lejano el momento en que todos los Estados de la tierra apuesten decididamente por lograr la libertad, la justicia y el bienestar de sus pueblos y hagan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la norma básica de convivencia con respeto a todas las particularidades derivadas de la condición humana.⁵¹

Los casos vistos junto con los Textos Internacionales expuestos sirven como fuente de inspiración para el Estado brasileño y para la sociedad que le integra. Los valores democráticos, la búsqueda por la igualdad de trato, la participación real ciudadana, la manutención de la armonía social en la convivencia pacífica se basan en el reconocimiento y en la efectividad de muchos de los ideales de los Derechos Humanos y la valorización de cada persona en su dignidad y en la relación que tiene con los demás.

⁵⁰ JÁVEGA, Consuelo. **Discriminación y orientación sexual del trabajador**. 1ª Edición. Valladolid, España: Editorial Lex Nova, 2001, p. 146.

⁵¹ MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo; PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo. "Introducción histórica". In: Martín de la Guardia, R. / Pérez Sánchez, G. **Los Derechos Humanos sesenta años después (1948-2008)**. Universidad de Valladolid. Valladolid, España, 2009, p. 13.

CONSIDERACIONES FINALES

Tras analizar los casos de la jurisprudencia de Reino Unido y Portugal, se concluye que los casos de discriminación contra las personas LGBTs siguen siendo comunes en sus entornos de trabajo y que sus derechos a la libertad de ser siguen estando obstaculizados por la legislación. Además, el estudio de caso mostró que los países mencionados no apoyan a los miembros de la comunidad LGBT, por lo que siempre es necesario acudir a la justicia para que sus derechos estén garantizados.

Incluso si hay progreso, las leyes todavía necesitan cambios para ser su protección para todos, independientemente de su orientación sexual y orientación de género. Los Estados todavía tienen que hacer de la Declaración Universal de Derechos Humanos la norma básica de coexistencia y respeto para todas las personas.

Los casos estudiados pueden servir de estímulo para el Estado brasileño, de manera que los valores democráticos y el derecho a la igualdad de trato puedan ser respetados por toda la sociedad que lo integra. Aunque los desafíos persisten, los casos citados demuestran el esfuerzo que las personas buscan y luchan para garantizar que realmente haya una sociedad justa e igualitaria para todos.

REFERENCIAS

ALDER IZQUIERDO, Alejandro. **Realidad jurídica y social del derecho a la orientación e identidad de género**. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca: Programa de Doctorado Pasado y presente de los derechos humanos, Salamanca, España, 2013.

BEZERRA, Ricardo. **Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos Direitos Humanos: um panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil**. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Salamanca, España, 2011.

BIBLIOTECA DIGITAL. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998**. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/RDCE/03/RDC_003_311.pdf>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

DOCUMENTO. **Caso de Smith and Grady contra el Reino Unido, de 27/09/1999.**

Disponible en:

<http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1313/Itemid,3/>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

EUR-LEX. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996.** Disponible en:

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0013>>. Acceso en: 17 de jun. 2021.

FERREIRA, Vanessa. **A exploração do trabalho infantil na produção do carvão vegetal no Brasil: uma análise do Estado do Pará.** Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Salamanca, España, 2015.

FERREIRA FILHO, Manuel. **Direitos humanos fundamentais.** 4ª Edição. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva, 2000.

JÁVEGA, Consuelo. **Discriminación y orientación sexual del trabajador.** 1ª Edición. Valladolid, España: Editorial Lex Nova, 2001.

MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo; PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo. "Introducción histórica". In: Martín de la Guardia, R. / Pérez Sánchez, G. **Los Derechos Humanos sesenta años después (1948-2008).** Universidad de Valladolid. Valladolid, España, 2009.

NÚÑEZ MOLINA, Waldo; NÚÑEZ MOLINA, Cleyde. **Curso de derechos humanos (parte general) T.1.** Primera Edición. Lima, Perú: WNM Ediciones, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Prohibición de la Discriminación por Orientación Sexual en los Sistemas Regionales: La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo vs. Chile.** Anuario de Derecho UDP.

TARRAZONA GARCÍA, Juan Carlos. **El principio de no discriminación por motivo de orientación sexual: una aproximación a la situación actual**. Tesina.

Departamento de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas y de la Administración. Universidad de Valencia. Valencia. España, 2001.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cossey**. Disponible en: <<https://www.google.es/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=caso%20cossey>>. Acceso en: 17 de jul. 2021.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rees**. Disponible en: <https://www.google.es/search?q=www.facebook&oq=www&aqs=chrome.3.69i60l3j69i59j69i65l2.2246j0j4&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8#q=caso+Rees+contra+Reino+Unido>. Acceso en: 17 de jul. 2021.