

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/2 julio-diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7222024>

ESTUDIOS

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA TUTELA DE LAS PERSONAS LGBT, ENTRE ACTIVISMO JUDICIAL Y NECESIDAD DE NORMAS COMUNES DE PROTECCIÓN

The Inter-american Court of Human Rights and the European Court of Human Rights in the protection of LGBT people, between judicial activism and the need for common rules of protection

Silvia Romboli

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Ramon Llull, ESADE, España
<https://orcid.org/0000-0003-3466-4158>

<https://doi.org/10.18543/ed.3214>

Fecha de recepción: 05.12.2024

Fecha de aprobación: 06.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 72/2, julio-diciembre 2024
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS EN LA TUTELA DE LAS
PERSONAS LGBT, ENTRE ACTIVISMO JUDICIAL Y
NECESIDAD DE NORMAS COMUNES DE
PROTECCIÓN¹

*The Inter-american Court of Human Rights and the
European Court of Human Rights in the protection of LGBT
people, between judicial activism and the need for common
rules of protection*

Silvia Romboli

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Ramon Llull, ESADE, España
<https://orcid.org/0000-0003-3466-4158>

<https://doi.org/10.18543/ed.3214>

Fecha de recepción: 05.12.2024

Fecha de aprobación: 06.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

¹ El presente escrito es fruto de las investigaciones llevadas a cabo durante la estancia de investigación en la School of Law de la Fordham University, New York, en el periodo 15 de mayo de 2023 - 15 de agosto de 2023 y, en general, del trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i (PID2019-107025RB-I00) Ciudadanía sexuada e identidades no binarias: de la no discriminación a la integración ciudadana / Sexed citizenship and non-binary identities: from non discrimination to citizenship integration (BinaSex), financiado por el MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

Resumen

El presente trabajo pretende analizar los principales avances y evidenciar las problemáticas todavía por resolver en tema de protección de las parejas homosexuales y de las personas transexuales a través del estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una primera parte del ensayo se dedicará a observar y comparar las principales características propias del funcionamiento de cada Tribunal; mientras que la segunda tiene el propósito de comparar algunos elementos que se han considerado especialmente interesantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal de Estrasburgo en materia de protección del colectivo LGBT, con el propósito de elaborar unas normas comunes de protección aplicable a nivel global. En concreto, se han seleccionado dos problemáticas: el acceso al matrimonio para las parejas homosexuales, y la posibilidad de solicitar y obtener la rectificación del sexo registral para las personas transexuales.

Palabras-clave

Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – protección del colectivo LGBT – diálogo entre tribunales – acceso al matrimonio para las parejas homosexuales – cambio de sexo

Abstract

This paper aims to analyze the main advances and highlight the problems still to be resolved regarding the protection of homosexual couples and transsexual people through a critical study of the case-law of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. The first part of the essay will be devoted to observing and comparing the main characteristics of each Court; the second part aims to compare some elements that have been considered especially interesting in the case-law of the Inter-American Court and the Strasbourg Court in matters of protection of the LGBT community, with the aim of developing common standards of protection applicable at a global level. Specifically, two problems have been selected: access to marriage for homosexual couples, and the possibility of requesting and obtaining rectification of registered sex for transsexual people.

Key-words

European Court of Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – protection of the LGBT community – dialogue between courts – access to marriage for homosexual couples – sex change

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES SUPRANACIONALES Y LA CREACIÓN DE NORMAS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. II. LOS TRIBUNALES «REGIONALES» Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1. Estructura, acceso a la jurisdicción y competencias de los dos Tribunales regionales. 2. Efectos de las decisiones. 3. El activismo judicial en materia de tutela de derechos y los (eventuales) límites impuestos por la realidad social. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DE LA CORTE IDH EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL COLECTIVO LGBT. 1. La protección de las parejas homosexuales en el acceso al matrimonio civil. 1.1 *Las contribuciones de la jurisprudencia del TEDH.* 1.2 *Las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte IDH.* 2. La protección de las personas transexuales en el acceso al cambio de sexo registral. 2.1 *El TEDH y los derechos de las personas transexuales en el proceso de cambio de sexo registral.* 2.2 *La Corte IDH y los derechos de las personas transexuales en el proceso de cambio de sexo registral.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES SUPRANACIONALES Y LA CREACIÓN DE NORMAS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

La trascendencia del denominado «diálogo entre Tribunales» se presenta desde hace varios años como una cuestión más que consolidada en la doctrina, sobre todo en materia de protección de los derechos humanos y fundamentales. En efecto, «*[l]os derechos fundamentales generan un debate abierto, no se prestan a un monopolio ni al centralismo sino a un trabajo en red*» (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 111). Una de las más valiosas ventajas y aportaciones de ese diálogo es la posibilidad de que de ello nazcan y se consoliden unos criterios o normas comunes que inspiren la actuación de los poderes públicos nacionales en la más eficaz tutela de los derechos de los particulares a nivel global.

La mayoría de las investigaciones que se han dedicado al diálogo entre tribunales se ha concentrado en las relaciones entre Tribunales constitucionales nacionales y, respectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o Tribunal de Luxemburgo); o el diálogo entre TJUE y TEDH. De su lado, en las investigaciones de los estudiosos del Derecho que pertenecen a países del continente americano, se ha frecuentemente estudiado la relación entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte de San José).

En muchos de estos trabajos, una de las preocupaciones de fondo (explícita o no) tiene que ver con las relaciones entre la jurisprudencia de estos diferentes tribunales. Una pregunta atormenta a menudo los autores: si esas relaciones tienen que seguir las reglas «clásicas» del sistema de fuentes del Derecho como la jerarquía (Bandeira Galindo, 2017: 252) o la competencia, o si hay que abandonar esas ideas antiguas para sumergirnos en un sistema más colaborativo, más atento a la búsqueda de valores compartidos y menos centrado en el concepto de soberanía estatal y en que un determinado órgano pronuncie «la última palabra» sobre un determinado asunto.

Más recientemente, el interés de la doctrina se ha dirigido al estudio del diálogo entre tribunales que actúan en áreas geográficas diferentes, cuya interacción, por tanto, no busca establecer quién tiene la última palabra o la decisión final sobre un caso concreto que involucra un particular, sino que, antes bien, busca poner en común las mejores herramientas para la protección de los derechos, en la convicción de que este es uno de los roles principales de las instituciones internacionales o supranacionales que tienen como propósito la tutela de los derechos: la creación de normas comunes y universales de protección de los derechos (Viljanen, 2008).

En esa labor, uno de los temas que ha hecho surgir interrogantes a los comentaristas respecto de la consecución de un nivel satisfactorio de protección de los derechos se refiere a la tutela (sobre todo frente a la discriminación, pero también, veremos, de otros derechos) del colectivo LGBT.

Como es notorio, en los últimos años, la sigla LGBTIQ+ ha sustituido la antigua y más breve LGBT para incluir y hacer referencia a las reivindicaciones de unos colectivos cuyas demandas son todavía poco conocidas por la mayoría de la población. La intersexualidad y el no binarismo, por ejemplo, siguen siendo, tanto en términos conceptuales como jurídicos, grandes desconocidos para la mayoría.

En comparación con estas cuestiones, la protección jurídica de la homosexualidad y de las personas transexuales, objeto de este trabajo, parecen cuestiones ya «clásicas» y problemáticas superadas. Ello es así sobre todo en España, donde en 2005 se reguló el matrimonio igualitario (Ley 13/2005, de 1 de julio), y donde en 2023 la Ley Trans (Ley 4/2023, de 28 de febrero) ha reconocido el derecho a la autodeterminación de género. Sin embargo, ambas son todavía nociones y conceptos poco consolidados e interiorizados en términos tanto académicos como políticos, en la práctica jurídica y por parte de la sociedad civil².

Y, respecto de los temas que nos conciernen en este trabajo y como se acaba de mencionar, si bien pueden celebrarse importantes avances en las

² Un trabajo muy interesante, a este respecto, es el de Matia Portilla, Elvira Perales y Arroyo Gil (2019).

últimas décadas relativos a la protección, respectivamente, de las personas y parejas homosexuales frente a la discriminación y de las personas transexuales en el disfrute de sus derechos (en particular de su derecho a la autodeterminación y del derecho a la integridad física), las sendas que faltan por recorrer son todavía muchas y tortuosas.

Por ello, mi trabajo pretende contribuir al debate en torno a la protección jurídica de las personas homosexuales y trans, difundir los principales avances y evidenciar las problemáticas todavía por resolver en este ámbito. Las reflexiones aquí plasmadas tienen la aspiración de unirse a las voces de los denominados «vectores del diálogo» (Burgorgue-Larsen y Montoya Céspedes, 2017: 332 ss.), al propiciar que se difundan a nivel global los avances logrados gracias a las intervenciones de los órganos jurisdiccionales objeto de análisis en estas páginas. En concreto, esta contribución tiene el propósito de analizar y presentar unas reflexiones críticas respecto del rol de la jurisprudencia de dos Tribunales supranacionales en la creación de unos estándares comunes de protección de los derechos de las personas homosexuales y transexuales³: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Consciente de que el funcionamiento de estas dos Cortes se rige por reglas muchas veces muy diferentes, que sus decisiones tienen efectos distintos y repercusiones directas en unos territorios entre los que existen grandes diferencias desde el punto de vista jurídico y también cultural, una primera parte de este ensayo estará dedicada a observar y comparar las principales características propias del funcionamiento de cada Tribunal.

Pese a esas evidentes diferencias, la Corte IDH, y el TEDH dialogan con frecuencia entre sí en sus fundamentaciones (de forma explícita o tácita)⁴, retroalimentándose en la búsqueda del más alto nivel de protección de los derechos. Por ello, la segunda parte de este trabajo tiene el propósito de presentar algunos elementos que considero especialmente interesantes y que

³ Anteriormente, una parte considerable de mis estudios ha ido dirigida a buscar esos elementos que puedan construir pautas comunes de protección del colectivo LGBTIQ+ en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Romboli, 2020b; 2021; 2022a, 2022b), en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo o CEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o Tribunal de Luxemburgo), en aplicación del Derecho de la Unión (Romboli, 2020a). Se ha centrado, esto es, en los tribunales que actúan (uno directamente y el otro algo más indirectamente) en el entorno europeo para la protección de derechos. Se ha demostrado así cómo la difusión de esas normas comunes de tutela sirve de inspiración para la actuación de los poderes públicos, en particular de los legisladores nacionales y de los órganos judiciales ordinarios y constitucionales (Romboli, 2022b).

⁴ Sobre el particular, puede verse, entre otros Burgorgue-Larsen y Montoya Céspedes (2017).

merece la pena evidenciar de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte Interamericana en materia de protección del colectivo LGBT. He seleccionado dos problemáticas, una relativa a la protección de las personas homosexuales, y una respecto de la protección de la identidad sexual, y en concreto de las personas transexuales, en dos situaciones de especial relevancia para su real integración y su protección frente a la discriminación: el acceso al matrimonio para las parejas homosexuales, y la posibilidad de solicitar y obtener la rectificación del sexo registral para las personas transexuales.

II. LOS TRIBUNALES «REGIONALES» Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El análisis de las potencialidades del diálogo entre Tribunales tiene como punto de partida ineludible el conocimiento de los sistemas de protección de los derechos en los cuales actúan las Cortes que aparecen en ese «intercambio de ideas y fundamentaciones jurídicas».

Sobre todo en un trabajo como este, en el que una de las finalidades es la difusión de unos criterios comunes de protección de un determinado colectivo elaborados por los tribunales supranacionales para que sirvan de inspiración y sostén para los avances en la tutela de los derechos en las regulaciones y en la jurisprudencia nacionales, es fundamental dejar claro algunos elementos relevantes relativos al funcionamiento de los órganos jurisdiccionales supranacionales en su propio ámbito de actuación.

Por razones obvias, no es esta la sede más adecuada para proporcionar un análisis profundizada de todas las características del sistema del Consejo de Europa y del Sistema Interamericano de protección de los derechos, ni siquiera si se acotara el examen solo al funcionamiento de sus Cortes.

No obstante, resulta de utilidad evidenciar unos cuantos elementos que tendrán relevancia para alcanzar un mejor entendimiento de los temas tratados en la segunda parte de este ensayo, a saber, el análisis de la jurisprudencia más significativa en materia de protección del colectivo LGBT de la Corte IDH y del TEDH.

Empezando con cuestiones de carácter más amplio y general, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que tanto la organización internacional denominada Consejo de Europa, en cuyo seno se aprobó el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que creó el Tribunal de Estrasburgo, como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en cuyo ámbito se firmaron primero (a finales de los años '50 del siglo pasado) la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Declaración

Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁵ y posteriormente, en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se reguló la instauración y el funcionamiento de la Corte IDH (Novak, 2003: 27-29), compartieron un mismo propósito desde el momento de su nacimiento. En efecto, ambos sistemas regionales nacieron en un mismo momento histórico y con la finalidad manifiesta y explícita de implementar instrumentos de protección de los derechos humanos que actuaran de límite y de control respecto de los Estados ubicados en determinadas áreas geográficas.

En segundo lugar, es fundamental resaltar como ambos sistemas de protección se nutran de fuentes o «*parámetros de validez*» comunes (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 72), como la Declaración Universal de Derechos Humanos y numerosos tratados internacionales sobre derechos citados a menudo por los dos Tribunales.

En tercer y último lugar, ambos sistemas supranacionales comparten la voluntad de contribuir a la difusión de una cultura de protección de los derechos, más allá de la mera reparación de las violaciones puntuales que los Estados miembros pueden haber causado. Con el transcurrir de los años, tanto el TEDH como la Corte IDH han dejado cada vez más su papel de jueces del caso concreto, para convertirse en órganos cuya jurisprudencia (incluso la que proviene de casos no contenciosos, esto es, de solicitudes de opiniones consultivas) tiene un valor trascendente en las interpretaciones que los poderes públicos estatales hagan de los derechos reconocidos en sus respectivas Constituciones.

1. *Estructura, acceso a la jurisdicción y competencias de los dos tribunales regionales*

El Sistema Interamericano y el del Consejo de Europa difieren respecto de varios elementos que tiene que ver con la estructura organizativa de sus órganos jurisdiccionales, las modalidades de acceso a las mismas y sus competencias.

⁵ En 1959, en ocasión de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de los Estados Americanos, se encargó la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue el primer órgano de protección del sistema interamericano (Novak, 2003: 28), cuya regulación utilizó como prototipo y precedente la recién creada (1954) Comisión Europea de Derechos Humanos en el seno del Consejo de Europa (Fix-Zamudio, 1997: 174).

¹a Comisión Interamericana y la Europea tuvieron y siguen teniendo un rol fundamental en la protección de los derechos de las personas y de los colectivos en los dos sistemas regionales. No obstante, el presente escrito se centrará en el examen de decisiones que provienen del TEDH y de la Corte IDH y, por tanto, no se detendrá en analizar las características y el funcionamiento de las dos Comisiones.

No obstante, estas diferencias son solo relativas a procedimientos o a regulaciones procesales, y no enjuician cuanto afirmado en el apartado anterior respecto de la identidad en la vocación o el propósito de las dos Cortes. No olvidemos que, pese a las diferencias, *«una aproximación comparada es posible, porque el catálogo de derechos en ambos sistemas es homogéneo»* (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 72).

En el Sistema Interamericano, los artículos de la Convención Americana contemplan tres instrumentos de protección: los Informes de los Estados parte, las Denuncias Interestatales y las Denuncias Individuales. Dejando de lado el primero, que no tiene claramente carácter contencioso, los otros dos mecanismos responden a un sistema dual (que diferencia el funcionamiento de las garantías jurisdiccionales propias del Consejo de Europa de aquellas del Sistema Interamericano) en el que actúan tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según la Convención Americana existen tres diferentes supuestos en los que se puede presentar denuncias individuales o interestatales ante estos organismos, y en cada uno de estos casos la Comisión y la Corte tendrán competencias distintas. Solo en uno de estos tres casos, que presupone que *«la violación de un derecho de la Convención sea cometida por Estados Miembros de la OEA que han suscrito la Convención Americana y que mediante declaración unilateral han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»* (Novak, 2003: 32), el supuesto concreto podrá ser sometido al juicio de la Corte de San José. Por tanto, de conformidad también con el enunciado del art. 68.1 CADH, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana tiene carácter facultativo, esto es, opcional para los Estados del continente americano. Son los Estados partes en la Convención los que se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en los casos en los que sean partes. En la Opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983 (párrafo 21), la misma Corte Interamericana aclaró que los Estados tienen que prestar su consentimiento para someterse a su jurisdicción y así aceptarla y comprometerse al cumplimiento de la decisión final (Arias Ospina y Galindo Villarreal, 2017: 38-39). Esa prestación del consentimiento puede ser incondicional o bajo determinadas condiciones (como la condición de reciprocidad), para plazos concordados e incluso solo para casos determinados.

En el caso de la jurisdicción contenciosa del TEDH, sin embargo, todos los Estados que han firmado el CEDH se comprometen a acatar los contenidos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, como prescribe el art. 46 del Convenio Europeo (con las limitaciones, respecto de la fuerza obligatoria de las sentencias, que se detallarán en el próximo párrafo).

Respecto de la legitimación para plantear un asunto ante la Corte de San José, el art. 61 de la CADH reconoce solo a los Estados partes y la Comisión la legitimación para someter un caso a la decisión de la Corte.

Esta constituye una diferencia especialmente relevante respecto del sistema europeo de protección de los derechos, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el CEDH, es competente para resolver cualquier caso sometido a su jurisdicción que tenga que ver con «*asuntos inter-estatales*» (y que por tanto sea planteado por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa, art. 33 CEDH), como por parte de «*cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos*» (art. 34 CEDH).

Sin poder entrar en esta sede en el detalle de las competencias de las dos Cortes⁶, merece la pena mencionar que tanto la Corte IDH como el TEDH actúan como máximos intérpretes de sus respectivas Cartas de Derechos. Una prueba más de ello es que, en ambos sistemas regionales, al lado de las competencias contenciosas, gracias a las cuales los Tribunales procurar proporcionar la declaración y, en su caso, una reparación de la violación de un derecho, encontramos la previsión de competencias consultivas. Los Estados miembros, según procedimientos diferentes en cada sistema, pueden solicitar la interpretación de las normas de las Cartas de derechos, con la finalidad (y la poderosa ventaja) de prevenir eventuales violaciones del Convenio y de la Convención⁷. Una de las decisiones más trascendentes de la Corte IDH en materia de protección del colectivo LGBT y que será objeto de análisis en los próximos párrafos, tiene esta naturaleza, a saber, la de Opinión Consultiva en respuesta a una solicitud de mera interpretación.

2. Efectos de las decisiones

Uno de los problemas más debatidos cuando se analizan los sistemas internacionales o regionales de protección de los derechos es la eficacia de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales propios de dichos sistemas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En efecto, pese a que la mayoría de las Cartas internacionales afirme la fuerza obligatoria o vinculante de las sentencias de dichas Cortes, raras son

⁶ Para un estudio más detallado de las características de los dos Tribunales y en general de los dos sistemas, se aconseja la lectura de López Guerra y Saiz Arnaiz (2017); García Roca y Carmona Cuenca (2017); Novak (2003).

⁷ Recientemente, ha entrado en vigor el Protocolo n. 16 al CEDH, que ha añadido una nueva función consultiva entre las competencias del TEDH. En doctrina, véanse, entre muchos otros: López Guerra (2014), Rivero (2016), Romboli (2020).

las veces en las que una decisión de un Tribunal supranacional tiene efectos directos e inmediatos en el Estado miembro capaces de reparar la vulneración de un derecho fundamental. En el entorno europeo estos efectos se han logrado entre los Estados miembros de la Unión Europea, al tener las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE la misma fuerza de los Tratados de esta organización supranacional y al ser, por tanto, vinculantes y directamente aplicables en todos los Estados partes.

También son frecuentes los casos en los que los Estados miembros, aunque se hayan obligado a acatar las sentencias de los Tribunales de las organizaciones internacionales de los que forman parte, no activen realmente los instrumentos internos necesarios para reparar a la vulneración de un derecho y eliminar la posibilidad que la misma violación se repita posteriormente. Esto se debe, en ocasiones, a la falta de instrumentos u órganos de control de la ejecución de las sentencias de los Tribunales internacionales (Ayala Corao y Canosa Usera, 2017; Arangüena Fanego y Landa Arroyo, 2017; Saavedra Alessandri y Hernández Ramos, 2017; Novak, 2003: 59).

Más complejo aún es asegurar un real cumplimiento de la jurisprudencia de los Tribunales internacionales y supranacionales cuando esa jurisprudencia, que va dirigida a condenar un determinado Estado miembro, contenga estándares comunes de protección de los derechos reconocidos en las Cartas supranacionales que, teóricamente, deberían servir de pautas de comportamiento para la actuación de los poderes públicos de todos los Estados miembros.

A pesar de todas estas dificultades, coincido con los autores que remarcan el rol fundamental de estas Cortes en la efectiva protección de los derechos humanos y en la difusión de unas normas comunes de protección de los mismos a nivel global. Hoy en día es «*artificial*» (Bandeira Galindo, 2017: 244) hablar de eficacia *inter partes* de las sentencias de la Corte de San José y del Tribunal de Estrasburgo; con el paso del tiempo, el valor de las sentencias de estos tribunales y su capacidad para ser fuentes de inspiración para los Estados es cada vez mayor, y su eficacia se ha convertido en «*abstracta y general, erga omnes, y no solo inter partes*» (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 72).

Esto ha sido posible gracias al progresivo crecimiento del papel de «*[l]as jurisprudencias de Estrasburgo y San José [...], dotado de autoridad y con capacidad para imponer sus decisiones interpretativas (authoritative role). Los dos tribunales son los intérpretes supremos y finales de los derechos en ambos sistemas*» y sus sentencias tienen un impacto relevante en el sentido de tener «*capacidad de transformar y armonizar las normas nacionales sobre derechos fundamentales y las regulaciones legales conexas a ellas, así como sus exégesis. Hablamos de una interpretación supranacional que se impone tanto por su auctoritas, en virtud de la capacidad suasoria que*

concede al juzgador adoptar una perspectiva más amplia y distanciada de los hechos, como por su potestas, su eficacia vinculante para los poderes públicos nacionales» (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 74).

Sin poder entrar ahora en el detalle de las regulaciones de los efectos de las sentencias o decisiones de las respectivas Cortes, merece la pena mencionar algunos elementos de similitud y otros de diferencia.

Tanto la CADH como el CEDH afirman que las sentencias que declaran la violación de un derecho de su respectiva Carta por parte de un Estado miembro son obligatorias (art. 46 CEDH y art. 68 CADH) y que el Tribunal puede decretar que el Estado condenado pague una indemnización económica a la víctima (Saavedra Alessandri y Hernández Ramos, 2017).

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo no puede en ningún caso obligar al Estado a que corrija la vulneración de un derecho imponiendo ella misma un determinado instrumento de reparación (anulación del acto en cuestión, reforma legislativa etc.); el TEDH solo declara la violación del Convenio, y el Estado miembro se compromete a reparar a dicha vulneración con los medios que considere más oportunos⁸. Las sentencias de la Corte de San José, de su lado, obligan al Estado que ha sido condenado a investigar y sancionar internamente a los responsables de la violación del derecho de la Convención. Y pueden ellas mismas dejar sin efectos actos, sentencias o incluso leyes nacionales u ordenar reformas internas en plazos razonables (Novak, 2003: 58).

Respecto de las decisiones que terminan procedimientos no contenciosos y meramente consultivos, la jurisprudencia de las dos Cortes no tendrá, por supuesto, efectos directamente vinculantes. No obstante, está claro que el Estado que incumpla los contenidos de una Opinión Consultiva de uno de los dos Tribunales puede recibir más adelante una condena por violación del CEDH o de la CADH (Romboli, 2020: 53).

3. *El activismo judicial en materia de tutela de derechos y los (eventuales) límites impuestos por la realidad social*

Si es verdad que el Derecho es una creación humana en constante evolución y modificación, ambas impulsadas por múltiples factores (primero entre ellos, las nuevas exigencias de la sociedad civil), es igualmente cierto que, cuando esta «creación» se desliga de los órganos que más directamente están

⁸ Por supuesto que ha habido muchos casos en los que el TEDH ha «sugerido» métodos para evitar futuras violaciones de derechos o para reparar a una violación, en particular en las denominadas «*sentencias piloto*»; sobre ese tema, puede verse García Roca y Nogueira Alcalá, 2017, en particular las páginas 96 y ss.

vinculados al principio democrático, la misma suele recibir críticas y reproches.

Me refiero, a todas luces, al fenómeno denominado «activismo judicial» de los tribunales internacionales o supranacionales, esto es, a que estas Cortes actúen de una forma que va «*más allá de la mera elección e interpretación de la norma aplicable a cada caso*», y que supone «*una suerte de creación del Derecho*» (Martinón Quintero, 2018: 96-97).

Sin embargo, de acuerdo con autorizados autores (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017; Martinón Quintero, 2018), resulta extremadamente difícil que la labor de Tribunales como la Corte de San José o el TEDH mantengan siempre bien clara y alejada la diferencia entre mera interpretación de sus respectivas Carta de derechos y la creación de nuevo Derecho, por supuesto inherente y directamente conexo con la interpretación auténtica de los contenidos de aquellas Cartas.

Y esto porque, cuando el Derecho que tiene que aplicar un tribunal es un conjunto de normas que reconocen derechos humanos o fundamentales, normas por naturaleza impregnadas de valores y extremadamente genéricas y abstractas, el rol del Tribunal será interpretar esas disposiciones completándolas con contenidos nuevos y actualizados a las cambiantes exigencias de la sociedad y de la comunidad internacional. Tanto el TEDH como la Corte IDH han evidenciado en numerosas ocasiones el carácter «viviente» respectivamente de los contenidos del Convenio y de la Convención; y han remarcado y defendido su rol en la actualización de esos contenidos.

Es evidente como el activismo judicial de estas dos Cortes haya desempeñado el rol de «motor del cambio» y haya supuesto avances importantes en la tutela de los derechos de las personas que viven en los países sujetos a su jurisdicción, y también a nivel global, gracias al diálogo entre tribunales y la globalización en la protección de los derechos.

Este trabajo, al proponer una confrontación entre la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH y, como se dirá, al propiciar que se difundan también en el entorno europeo los avances logrados gracias al activismo judicial de la Corte de San José, se une a la voz de quienes afirman que «*[e]l lenguaje de los derechos refleja la cultura ilustrada de la razón, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, no debe tener fronteras, es universal*» (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 73). Y por ello deberían ser universales también las interpretaciones más extensivas en materia de tutela de los derechos.

Por tanto, no hay que considerar que el activismo judicial, sobre todo en materia de protección de derechos, conlleve una labor de interpretación *contra legem* que pretenda obligar a los Estados a aceptar e incorporar ciertos valores o principios, sino, antes bien, que su propósito sea el de crear y difundir unos valores compartidos que entren a formar parte de un «*incipiente*

orden público internacional concretado, en este caso, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos» (Jiménez García, 2010: 101-102).

Algunas de las críticas al activismo judicial de las Cortes que tienen como propósito la protección de derechos humanos han evidenciado como en varias ocasiones los Estados partes, al no reconocer la compatibilidad entre las interpretaciones proporcionadas por las Cortes y sus ordenamientos internos o al considerar que la sociedad civil no estaba lista para asumir una determinada evolución del significado de un derecho fundamental, han terminado por no incorporar la jurisprudencia de los Tribunales regionales, porque estas se habrían sustituido al legislador democráticos (Spigno, 2024).

Esto ha pasado tanto en el continente americano, en el que algunos casos han puesto de relieve que el Derecho interno sigue desafiando la obligatoriedad jurídica de las decisiones de la Corte IDH, sobre todo cuando el caso trate temas de gran impacto político en el país (Bandeira Galindo, 2017: 237), como en el entorno europeo (López Guerra, 2017). No obstante, en materia de protección de derechos no puede automáticamente considerarse un error o un desacierto que los tribunales supranacionales se sustituyan al legislador nacional. Si este vulnera (o no actúa para resolver una situación de vulneración) de un derecho de una Carta supranacional ratificada por el Estado, es responsabilidad de la Corte IDH o del TEDH intervenir. En efecto, *«[s]u posición contramayoritaria coincide con la propia del control de constitucionalidad de la ley y todas las razones allí vertidas pueden traerse a este otro contexto. El argumento que se refuta –el pretendido monopolio del legislador democrático– tiene algo de abdicación en el ejercicio de la protección de derechos. Un verdadero tribunal no puede adoptar decisiones políticas de oportunidad y renunciar a ejercer su jurisdicción en detrimento de los justiciables y de la eficacia de las normas del Convenio. Esta posición haría inviable el funcionamiento del sistema»* (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 112).

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DE LA CORTE IDH EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL COLECTIVO LGBT

Merece la pena destacar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana cuenta con poquísimas decisiones relativas a la protección de homosexuales y transexuales, a día de hoy 6 en total, mientras el TEDH se ha pronunciado sobre el tema entre 30 y 40 veces. Pese a ello, la Corte Interamericana se ha demostrado mucho más valiente y progresista en la materia que el Tribunal de Estrasburgo.

La Corte de San José se pronunció por primera vez sobre la protección de la población LGBT en su sentencia del caso *Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, de

24 de febrero de 2012: la señora Atala Riffo había perdido la custodia de sus hijas menores de edad ante los tribunales nacionales chilenos por su orientación homosexual. Aquí sentó las bases para el reconocimiento, de un lado, de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas por la CADH, incluidas como categoría sospechosa de discriminación en el concepto de «cualquier otra condición social» (artículo 1.1); y, de otro, de los derechos familiares de las personas homosexuales, afirmando que estos no pueden verse limitados por una concepción tradicional de familia.

Esta doctrina se vio ratificada en dos decisiones posteriores. En el caso *Duque vs. Colombia*, de 26 de febrero de 2016, la Corte condenó al Estado por denegar a un hombre homosexual la posibilidad de obtener una pensión de viudedad tras la muerte de su pareja, por tratarse de una pareja *same-sex*. En la sentencia *Flor Freire vs. Ecuador*, de 31 de agosto de 2016, la Corte IDH conoció de la destitución del recurrente de la base terrestre ecuatoriana, con base en el Reglamento de Disciplina Militar, que sancionaba las relaciones homosexuales; también aquí la Corte declaró violado el derecho a no sufrir discriminación.

La decisión paradigmática de la Corte IDH en el reconocimiento de derechos al colectivo LGBT es, en todo caso, la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, de 24 de noviembre de 2017. Dicho documento tiene su origen en el año 2016 cuando el Estado de Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana que se pronunciara respecto del alcance de varios artículos de la CADH, relativos a la obligación de respetar determinados derechos, entre otros, la libertad personal, la protección de la honra y de la dignidad y del derecho a la vida privada y familiar, la libertad de expresión, el derecho a formar una familia, el derecho al nombre y, evidentemente, el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación. Al respecto, se buscaba saber si dicho tratado protegía el cambio de nombre oficial de las personas transexuales y los derechos patrimoniales derivados de las uniones matrimoniales homosexuales. En esta decisión la Corte Interamericana reconoció que el Pacto de San José protege el derecho al cambio de nombre en documentos oficiales y que los Estados deben garantizar el acceso de las parejas del mismo sexo a instituciones jurídicas ya existentes como el matrimonio (párrs. 182, 201, 203).

Con esta decisión histórica, tan trascendente, como punto de referencia⁹, se procederá ahora a analizar cómo el TEDH y la Corte IDH abordan las dos problemáticas que son aquí objeto de estudio.

⁹ Posteriormente, la Corte IDH reiterará su jurisprudencia en dos sentencias, las últimas hasta la fecha. En el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, de 12 de marzo de 2020, declaró a la República del Perú responsable internacionalmente por la violación de varios derechos, entre los cuales el derecho a no ser discriminados por razón de la orientación e identidad sexuales, por las agresiones sufridas por la ciudadana peruana Azul

1. *La protección de las parejas homosexuales en el acceso al matrimonio civil*

Han sido muchos los avances a los que a nivel global se ha asistido en las últimas décadas en materia de tutela de la orientación sexual¹⁰, gracias a las intervenciones, de un lado, de los poderes públicos estatales (de sus poderes legislativos y sus Cortes constitucionales¹¹) y, de otro, de las organizaciones supranacionales (a través de la emisión de declaraciones, normas de naturaleza diversa y sentencias de los tribunales propios de cada organización¹²). La posibilidad de que las personas homosexuales puedan vivir su vida familiar en condiciones de igualdad respecto de las heterosexuales ha sido una de las cuestiones más controvertidas y debatidas. El acceso de las parejas homosexuales al matrimonio (o a instituciones legales que crearan un estatus jurídico parecido a ese) es, a todas luces, una de las problemáticas centrales, apta para medir el efectivo nivel de protección del colectivo homosexual en un país.

Los tribunales supranacionales, y en concreto los dos cuya jurisprudencia se examina en este ensayo, han producido numerosas declaraciones en sus

Rojas Marín, mujer trans, por parte de agentes policiales que la detuvieron sin motivo, la golpearon, insultaron, torturaron y violaron. En el caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, de 26 de marzo de 2021, la Corte consideró responsable al Estado de Honduras por la violencia (con resultado de muerte) ejercida contra Vicky Hernández, mujer trans, por parte de agentes estatales, en razón de su identidad y expresión de género.

¹⁰ Es igualmente cierto, con todo, que también se han detectado retrocesos en este ámbito, sobre todo en la última década, y en los países que se han incorporado recientemente a la Unión Europea. Paradigmáticos son los casos de Polonia y Hungría (Jerez, 2022; Zornona, 2023; Gómez, 2024).

¹¹ En la mayoría de los países (al menos de los que pertenecen al entorno europeo y al espacio de actuación de la Corte de San José) se aplica el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual, y se han aprobado regulaciones específicas que protegen a las personas y las parejas homosexuales en diferentes ámbitos de sus vidas personales y profesionales.

¹² En el marco europeo pueden mencionarse, entre muchas otras actuaciones: la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, que prohíbe que los Estados miembros discriminen a las personas por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación; o la Directiva 2004/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre los derechos de los ciudadanos de la UE y sus familiares para trasladarse y residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros*, cuyo preámbulo declara que «Los Estados miembros deberían aplicar esta Directiva sin discriminación entre los beneficiarios de esta Directiva por razones de orientación sexual». Aunque, como es sabido, el preámbulo no es jurídicamente vinculante, la interpretación que el Tribunal de Justicia proporcionó de esta fuente normativa permitió reconocer los mismos derechos a las parejas homosexuales y heterosexuales (Romboli, 2020a).

decisiones en relación con el concepto jurídico de familia, en general, y con el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, en concreto, y/o a otras tipologías de uniones civiles. En este sentido, como veremos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana evidencia su visión progresista y pro-derechos en la materia, proporcionando elementos útiles para la construcción de normas comunes de protección de personas y parejas homosexuales a nivel global, a un nivel al que, desafortunadamente, el TEDH todavía no ha llegado.

1.1. Las contribuciones de la jurisprudencia del TEDH

Como es bien sabido, desde el famosísimo asunto *Shalk y Kopf c. Austria*, del año 2010 (Sentencia de 24 de junio), el TEDH viene afirmando que los Estados miembros del Consejo de Europa están obligados a reconocer que las uniones homosexuales también son familias y a conceder ciertos derechos y deberes a sus integrantes. No obstante, desde entonces y hasta el día de hoy, la jurisprudencia del TEDH nunca ha reconocido la existencia de un derecho de las personas homosexuales al acceso al matrimonio civil, ni que la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio civil (esto es, de una institución regulada por el ordenamiento jurídico de cada Estado) constituya una discriminación, contraria al artículo 14 CEDH en relación con su artículo 8 (Contreras, 2016; Sales I Jardí, 2015; Sperti, 2013 y 2018; Torres Pérez, 2012).

En efecto, en estos 14 años y a través de numerosas sentencias (Romboli, 2020b), el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que las parejas homosexuales tienen exactamente el mismo estatus que las parejas heterosexuales respecto de la necesidad de ver reconocido su derecho al respeto de la vida familiar, reconocido en el artículo 8 CEDH. Esto significa que la homosexualidad tiene relevancia en la vida pública y que las uniones homosexuales *-de facto o de jure-* también constituyen una familia protegida por el artículo 8 CEDH. Sin embargo, según la doctrina del TEDH, el CEDH no obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa a reconocer el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, si bien tampoco prohíbe ese reconocimiento. El Tribunal de Estrasburgo, por lo tanto, eligió no proporcionar una interpretación definitiva y contundente sobre esta cuestión, y afirmó que, al no existir todavía consenso en Europa sobre esta cuestión, la elección respecto del acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio debe permanecer dentro del margen de apreciación estatal. Esta jurisprudencia, inaugurada en 2010 con la sentencia *Schalk*, ha sido reiterada en varias ocasiones y se ha mantenido inmutada hasta la fecha actual.

En la misma línea, el Tribunal Europeo afirmó también que los Estados miembros del Consejo de Europa pueden establecer formas diferentes de reconocimiento legal de las uniones homosexuales respecto de los

matrimonios. La regulación de las uniones civiles y del matrimonio, afirmó, está íntimamente ligada a las tradiciones y cultura de cada país y, por tanto, todos sus contenidos quedan dentro del margen de apreciación nacional. No obstante, declaró que los Estados miembros deben reconocer a las parejas homosexuales los mismos derechos que la legislación nacional reconoce a las parejas heterosexuales no casadas.

Así, en la sentencia del 13 de febrero de 2013 relativa al asunto *X. y otros c. Austria*, la Corte Europea condenó el Estado por haber aplicado una legislación nacional que reconocía exclusivamente a las parejas heterosexuales la posibilidad de adoptar el hijo de su pareja. El Tribunal reconoció que no había consenso mayoritario sobre la posibilidad de adopción por parejas homosexuales. Sin embargo, Austria había previsto que las parejas heterosexuales no casadas pudieran adoptar. Ciertamente, en lo que concierne a la comparación entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales casadas, el TEDH volvió a declarar que no son situaciones comparables y que una diferencia de trato entre ellas no vulnera el art. 14 en relación con el art. 8 CEDH. Sin embargo, un trato diferenciado injustificado entre parejas heterosexuales y homosexuales no casadas sí supone tal vulneración. La doctrina del TEDH reconoce a ambas tipologías de unión la misma dignidad jurídica; constituiría un comportamiento discriminatorio y por lo tanto ilegítimo que los Estados miembros del Consejo de Europa permitieran que solo las personas heterosexuales pudieran adoptar al hijo de su pareja. A partir de entonces, el Tribunal de Estrasburgo condenará a los Estados a que reconozcan en sus leyes derechos a las parejas heterosexuales no casadas que no extienden a las parejas homosexuales, «*a menos que el Estado demuestre que la prohibición [de acceso a las parejas homosexuales a tales beneficios] persiga una finalidad legítima y esté proporcionado a la persecución de dicho fin*» (Romboli, 2020b: 26).

Esta línea jurisprudencial contiene elementos positivos y otros digamos que «mejorables» en relación con la posición jurídica de las parejas homosexuales y su protección contra la discriminación. Centrándonos en los segundos, está claro que el Tribunal Europeo optó por ubicar dentro del margen de apreciación estatal las decisiones relativas al reconocimiento legal de las uniones homosexuales. Ello deja margen a los Estados miembros del Consejo de Europa para incurrir en vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación, al no contar con directrices precisas, ni con una línea de justificación sólida en que sustentar la diferencia de trato entre personas con diferentes orientaciones sexuales en el acceso a una institución jurídica como el matrimonio civil.

Entre los elementos positivos hay que destacar que el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que las parejas y familias homosexuales merecen protección por parte de los sistemas jurídicos nacionales tanto como las parejas

heterosexuales; y que los Estados están obligados a respetar el principio de igualdad y no discriminación entre parejas *more uxorio* heterosexuales y homosexuales. Sin negar el valor de dicho reconocimiento, no puede negarse que mantener un régimen «especial» para el matrimonio al que sólo pueden acceder las parejas heterosexuales significa que «*para las parejas del mismo sexo, el nivel mínimo de protección según la Convención es el reconocimiento, no la igualdad*» (Poppelwell-Scevak, 2018; Sperti, 2018: 1161).

A la luz de lo anterior, no cabe poner en duda que en Europa el TEDH esté jugando un rol fundamental en la construcción de estándares comunes de protección del colectivo LGBT; no obstante, también resulta patente que queda mucho camino por recorrer en este sentido. Como contraste, al analizar las declaraciones de la Corte de San José sobre las mismas temáticas, encontramos elementos muy útiles para la construcción de normas comunes de protección de las personas y parejas homosexuales a nivel global, elementos que el TEDH, desafortunadamente, todavía no ha desarrollado.

1.2. Las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte IDH

Al examinar la situación de las parejas y familias homosexuales, la Corte Interamericana ha desarrollado razonamientos radicalmente diferentes a los del TEDH sobre las obligaciones de los Estados miembros respecto de la protección de los derechos de dichas parejas y familias. El foco se pondrá aquí en la Opinión Consultiva 24/17, que es, a todas luces, la resolución que con más claridad y detenimiento se ocupa de abordar en términos genéricos la protección de los derechos de las personas LGBTIQ+. En ella la Corte IDH aporta afirmaciones tan claras y bien argumentadas que merecería la pena reproducirlas integralmente. Por razones obvias, sin embargo, me contentaré con intentar resumir los conceptos más relevantes de forma ordenada y crítica.

En primer lugar, en la Opinión Consultiva de 2017 antes citada, la Corte Interamericana afirmó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo en particular de la misma. Antes bien, la Corte de San José observó que, en aquel entonces (2017) como en la actualidad, existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio. La Corte IDH afirmó expresamente que una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/u orientaciones sexuales y que todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado (Páez Bimos, 2018: 36-39; León, 2019).

En segundo lugar, y en conexión con lo que se acaba de indicar, la Corte proporcionó una interpretación evolutiva del artículo 17 CADH (artículo que

reconoce el derecho al matrimonio y a fundar una familia) y no literal, formal o historicista. En efecto, en el artículo 17 puede leerse: «*Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*». El texto permitió a la Corte, por tanto, centrarse en dos cuestiones importantes: que los Estados pueden dar forma y contenido al derecho al matrimonio libremente, y que esos contenidos no pueden entrar en conflicto con el derecho a no sufrir discriminación. Evidentemente, no reconocer a las parejas homosexuales el acceso a una institución jurídica como el matrimonio civil vulneraría el derecho a no sufrir discriminación por razones de orientación sexual.

Partiendo de estos dos elementos, merece la pena poner de relieve al menos dos razonamientos de la Corte Interamericana que alejan su jurisprudencia de la del TEDH, y la colocan en una posición mucho más avanzada que la del segundo en protección de derechos. De un lado, la Corte apoyó y dio fuerza a su decisión de ampliar el concepto de matrimonio y el derecho al mismo en que la presunta falta de consenso, en el interior de algunos países, sobre los derechos de las minorías sexuales no puede ser asumido como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos en todo el territorio interamericano, o para perpetuar y reproducir su discriminación histórica y estructural (párr. 83). Contrástese este argumento con el desarrollado por el TEDH, que desde 2010 se ha quedado estancado en enunciar la necesidad de consenso en la mayoría de los países del Consejo de Europa para reconocer el derecho al acceso al matrimonio a las parejas homosexuales.

De otro lado, la Corte de San José declaró que establecer un trato diferente entre parejas heterosexuales y del mismo sexo en la forma en que pueden fundar una familia -sea por una unión de hecho o por un matrimonio civil- no logra superar un test estricto de igualdad, ya que no existe una finalidad convencionalmente aceptable que permita considerar a esta distinción como necesaria y proporcional. Obsérvese de nuevo, como contraste, que el TEDH no entra a valorar con suficiente profundidad y rigor jurídico si negar el acceso al matrimonio a las personas homosexuales constituye una violación del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (artículo 14 CEDH), en conexión con el derecho a la vida familiar (artículo 8 CEDH).

En términos más generales, la Corte de San José ha desarrollado una interpretación muy amplia y evolutiva de la problemática relativa al acceso de las parejas homosexuales al matrimonio. Ha afirmado, en concreto, que los Estados que han firmado la Convención no tienen por qué crear nuevas figuras jurídicas para garantizar los derechos de estas parejas, siendo suficiente extender las instituciones existentes (incluyendo el matrimonio civil)

a las parejas compuestas por personas del mismo sexo. Este constituye, en opinión de la Corte, el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados de la unión entre parejas del mismo sexo, que estarían así protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. Esta afirmación, importantísima, es al mismo tiempo una conclusión absolutamente obvia para quien defiende la igualdad de trato entre personas con diferentes orientaciones sexuales. Sorprende, efectivamente, que el Tribunal Europeo no haya llegado aún a ella.

La Corte Interamericana declaró a este propósito que crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre, configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana. Sin embargo, el TEDH recomienda justo esa opción; podemos decir que, desde el asunto *Oliari y otros c. Italia*, resuelto en 2015 (Sentencia de 21 de julio) «obliga» a adoptarla: si los Estados miembros no quieren dar acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, deben crear algún otro tipo de uniones civiles que protejan el derecho a la vida familiar de las personas que pertenecen a este colectivo. Los Estados miembros, esto es, están obligados a reconocer de alguna manera los derechos y regular el estatus jurídico de las parejas homosexuales en el marco del derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8 CEDH. Si no es en el seno de la institución matrimonial, deben hacerlo a través de alguna otra institución civil, so pena de incurrir en violación del Convenio (Ferraro, 2015; Romboli, 2020b: 26-27).

Estas reflexiones enfatizan el acierto y la vigencia de los argumentos de Poppelwell-Scevak, antes citados: «para las parejas del mismo sexo, el nivel mínimo de protección según la Convención es el reconocimiento, no la igualdad». En efecto, si es verdad que se reconoce a las parejas homosexuales la posibilidad de acceder a ciertos tipos de unión, esta circunstancia no llega a crear unas reales y efectivas condiciones de igualdad entre personas homosexuales y heterosexuales, porque en muchos países del entorno europeo solo estos últimos pueden acceder al matrimonio¹³ y la decisión en este ámbito no está sujeta a ninguna imposición o regulación homogénea, respetuosa de unos estándares comunes de protección de los derechos, que provenga del Consejo de Europa.

¹³ Es el caso de Armenia, Bielorrusia, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Georgia, Hungría, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Moldavia, Mónaco, Polonia, República Checa, Rumania, San Marino, Serbia y Ucrania. Algunos de estos países tampoco reconocen las uniones civiles entre parejas del mismo sexo (como, por ejemplo: Armenia, Bielorrusia, Bulgaria, Eslovaquia, Georgia, Lituania, Moldavia, Polonia, Serbia, Ucrania).

Para terminar este epígrafe, merece la pena mencionar otras dos afirmaciones importantes y valientes de la Corte Interamericana. En primer lugar, la Corte ha afirmado que ampliar el acceso a las parejas homosexuales al matrimonio no resta valor a la institución, siendo por el contrario necesario para reconocer igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano históricamente discriminado (párr. 33) -afirmación que resulta difícil de contradecir-. En segundo lugar, la Corte ha instado a los Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos. De todos modos, prosiguió, los Estados que aún no hubieran garantizado a las personas del mismo sexo su acceso al matrimonio están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben su discriminación, debiendo por ende garantizarles fuera del matrimonio los derechos derivados de éste; eso sí, deben hacerlo en el entendimiento de que se trata de una situación transitoria, ya que, de ser permanente, se trataría de una solución discriminatoria, vulneradora de los contenidos de la Convención.

2. *La protección de las personas transexuales en el acceso al cambio de sexo registral*

Corresponde ahora abordar la búsqueda de estándares comunes de protección respecto de las personas transexuales por parte tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana. Uno y otra han resuelto casos sobre la situación jurídica de las personas trans relativos, mayoritariamente, a solicitudes de modificación o rectificación del marcador identificativo del sexo, tal y como consta en los registros civiles de un Estado miembro y/o en los documentos oficiales de identificación personal. Esta circunstancia constituye, a todas luces y como ya he tenido ocasión de afirmar (Romboli, 2022b; 2023), una cuestión fundamental sin la cual una persona transexuales no puede siquiera empezar a disfrutar plenamente de sus derechos. En esta materia, la jurisprudencia de las dos Cortes ha terminado llegando prácticamente a unas mismas conclusiones. Sin embargo, el recorrido del TEDH ha sido más largo, ha necesitado más tiempo, con avances paulatinos y progresivos, mientras que la Corte IDH ha sido más directa y su doctrina contiene afirmaciones mucho más contundentes.

2.1. El TEDH y los derechos de las personas transexuales en el proceso de cambio de sexo registral

La jurisprudencia del Tribunal Europeo ha fluctuado entre conceder a los Estados miembros un margen de apreciación (más o menos amplio) en materia del derecho al cambio de sexo registral, basado en la falta de consenso

européo al respecto, y el establecimiento de ciertos criterios básicos de protección de las personas transexuales. Los primeros casos en los que personas trans solicitaron protección de sus derechos comenzaron en los años 80 del siglo pasado¹⁴. Sin embargo, hasta principios de 2000 la Corte prácticamente no reconoció esos derechos. El verdadero cambio se produjo en 2002, con el asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido* (Sentencia de 11 de julio de 2002). Es éste un caso similar a otros anteriores: en él la recurrente denunció la denegación de autorización para modificar la indicación del sexo en sus partidas de nacimiento, que en su opinión constituía una violación de los artículos 3 (prohibición de la tortura), 8 (derecho a la vida privada y familiar) y, en este caso y en algunos otros, también del artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) del Convenio Europeo. Sin embargo, a partir de él el Tribunal Europeo empezó a modificar su jurisprudencia sobre este asunto (Martínez Pérez, 2013: 173-175; Romboli, 2022b: 237-238).

Sus afirmaciones más importantes al respecto se pueden resumir en las siguientes: 1) La falta de reconocimiento legal de la reasignación de sexo mediante cirugía afecta la vida privada de las personas trans y puede vulnerar el derecho a disfrutar de la misma, reconocido en el artículo 8 CEDH. 2) La protección de las personas trans está vinculada a la necesidad de proteger la dignidad y la libertad de las personas, y el artículo 8 CEDH cubre la noción de autonomía personal y protege la esfera personal de las personas, incluido el derecho a definir su propia identidad como seres humanos. 3) No se puede negar una tendencia continua en los Estados miembros, no sólo hacia una mayor aceptación social de las personas transexuales, sino también hacia el reconocimiento legal de la identidad de las personas trans operadas. 4) En el siglo XXI, el pleno disfrute de los derechos de las personas trans ya no puede considerarse una cuestión jurídicamente controvertida a la que quepa dar tiempo de adaptación a los sistemas jurídicos; el Tribunal menciona específicamente los derechos al libre desarrollo personal y a la integridad física y moral (§ 90).

El Tribunal Europeo, en conclusión, incluyó la identidad sexual dentro del alcance del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH, y de sus criterios de protección. En este sentido, no podemos olvidar que su protección debe siempre sopesarse con otros intereses, como el mantenimiento del orden público, el interés público y la seguridad jurídica en ámbitos como el acceso a los registros, el derecho de familia, la filiación, la

¹⁴ El primer caso relevante fue resuelto con la sentencia del TEDH de 17 de octubre de 1986, *asunto Rees c. Reino Unido*, dado que en el supuesto decidido el 6 de noviembre de 1980, asunto *Van Oosterwijck c. Bélgica*, que tuvo origen de un caso en el que las autoridades belgas se negaron a modificar el sexo registral de una persona transexual, el TEDH no entró en el fondo de la cuestión porque el recurrente no había cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial nacional previa.

herencia, la seguridad social o los seguros. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo señaló que los conflictos que pueden surgir en estos ámbitos «*están lejos de ser insuperables*»; más bien «*puede razonablemente esperarse que la sociedad tolere ciertos inconvenientes para permitir a los individuos vivir con dignidad de acuerdo con la identidad sexual elegida por ellos a un gran coste personal*» (§ 91). Así, por primera vez, el Tribunal Europeo modificó la ponderación entre los intereses públicos y privados involucrados en la demanda de una persona trans por una reasignación registral del sexo, reconoció la prevalencia de los derechos de la señora Goodwin y afirmó que el Reino Unido había violado el artículo 8. del CEDH. Es importante subrayar, en todo caso, que esta sentencia se refiere a personas transexuales que se han sometido a intervenciones quirúrgicas de reasignación genital, algo que cambiará, como veremos, en decisiones posteriores. Aun con esta limitación, en *Goodwin* la prevalencia del margen de apreciación nacional en la protección de los intereses nacionales dio paso a la necesidad de proteger la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual del demandante, todo ello en consideración de la evolución de la conciencia social y de los conocimientos médicos y psicológicos relacionados con la condición trans.

Esta doctrina se consolidó en jurisprudencia posterior¹⁵. En los años siguientes, el Tribunal de Estrasburgo intensificó la protección de las personas transexuales; con cada decisión el Tribunal Europeo dio otro pequeño paso adelante en este sentido. Así, en 2007, en el asunto *L. c. Lituania* (Sentencia de 11 de septiembre), mostró una mayor y creciente atención a la situación «*de angustiosa incertidumbre*» en que se encuentran las personas trans en términos de desarrollo de su vida privada y de reconocimiento de su verdadera identidad. Esto incluye a personas que (como el demandante en este caso concreto) no han tenido acceso a la cirugía de reasignación de sexo, pero quieren someterse a ella.

El año 2014 marcó otro momento significativo en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre la materia. La ocasión fue el asunto *Hämäläinen c. Finlandia* (Sentencia de 16 de julio). Esta Sentencia es significativa al menos por dos razones. En primer lugar, permitió a la Corte aclarar sus criterios respecto del alcance del margen de apreciación de los Estados cuando está en juego el derecho a la identidad sexual. Entre esos criterios menciona el siguiente: ese margen es limitado en los casos en que está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo. Y la identidad sexual es obviamente uno de los aspectos más importantes de nuestra existencia e identidad. En segundo lugar, el TEDH empezó a prestar

¹⁵ Para el examen de toda la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de las personas transexuales en el acceso al cambio de sexo registral (Romboli, 2022b).

cada vez más atención a la protección de la integridad física de las personas transexuales en los procedimientos de cambio de sexo. El caso permitió al TEDH empezar a abonar el terreno para el reconocimiento de nuevos estándares de protección del colectivo trans que se han consolidado posteriormente, entre los cuales destaca, por ejemplo, el relativo a la prohibición de imponer la realización de operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo para permitir a los trans obtener el cambio de sexo en los registros civiles.

En efecto, desde 2015, el Tribunal Europeo empezó a pronunciarse sobre los requisitos que se pueden imponer para obtener el cambio registral de sexo. La Corte de Estrasburgo examinó los criterios establecidos en los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa: estos incluían esterilización, tratamiento hormonal previo, una prueba llamada «experiencia de la vida real», un diagnóstico de disforia de género, un período de psicoterapia, evidencia de integración social y/o un período de espera u observación. La novedad es que a partir de 2015 el Tribunal Europeo analizó si estas condiciones respetaban el artículo 8 del Convenio Europeo, esto es, el derecho al respeto de la vida privada y familiar. A este respecto, en el asunto *YY c. Turquía* (Sentencia de 10 de marzo de 2015) señaló que el número de Estados miembros en los que las personas transexuales ya no están obligadas a someterse a cirugía de reasignación, esterilización o terapia de reasignación hormonal está creciendo gradualmente, aunque los Estados que sí imponen al menos una de las condiciones enumeradas siguen siendo mayoría (§§42-43). También mencionó resoluciones y recomendaciones recientes a nivel supranacional que apuntan en la misma dirección. Ello llevó al Tribunal Europeo a establecer que exigir una esterilización previa equivalía a una injerencia en los derechos de los demandantes a la integridad física y a la vida privada que no era necesaria en una sociedad democrática, ni estaba suficientemente justificada, por lo que los Estados que lo imponen vulneran el derecho al respeto de la vida privada, reconocido en el artículo 8 del CEDH.

En 2017, en el asunto *AP, Garçon y Nicot c. Francia* (Sentencia de 6 de abril), el Tribunal añadió que «[e]l derecho al respeto de la vida privada previsto en el artículo 8 del Convenio se aplica plenamente a la identidad de género, como componente de la identidad personal» (§ 95); y que esto incluye a personas trans que no se han sometido ni desean someterse a un tratamiento de reasignación de sexo. Respecto de la esterilización como condición para conseguir la modificación del sexo en los documentos civiles, el Tribunal Europeo no dudó en afirmar que «los tratamientos y operaciones médicas de este tipo afectan a la integridad física de la persona, la cual está protegida por el artículo 3 del Convenio [...] y por el artículo 8» (§ 127), ya que impactan negativamente en el bienestar físico y mental de quien los sufre, así como en su vida emocional, espiritual y familiar (§ 128). El consentimiento a estos tratamientos, afirma además el Tribunal, no se otorga de forma genuinamente libre

cuando no prestarlo tiene como consecuencia privar a la persona del pleno ejercicio de su derecho a la identidad sexual y a su desarrollo personal.

En casos posteriores, la Corte de Estrasburgo continuó dando pasos hacia la construcción de estándares para la protección de los derechos del colectivo trans. Por ejemplo, en 2018, en el asunto *SV c. Italia* (Sentencia de 11 de octubre) el Tribunal Europeo añadió la «rapidez» procesal como una exigencia necesaria para la protección de las personas transexuales. En efecto, los procedimientos de rectificación del sexo registral deben garantizar que las personas no permanezcan en un estado prolongado de sufrimiento. Asimismo, en 2019, en el asunto *X. c. la Ex República Yugoslava de Macedonia* (Sentencia de 17 de enero), el TEDH falló contra el Estado porque «*el marco jurídico actual en el Estado demandado no prevé «procedimientos rápidos, transparentes y accesibles» para cambiar en los certificados de nacimiento el sexo registrado de las personas transgénero.*».

En sus sentencias más recientes hasta la fecha, la Corte consolida la doctrina establecida en las decisiones ahora mencionadas (Romboli, 2022b: 244 ss). Con todo, y como he comentado en otras ocasiones, pese a la indudable trascendencia de sus declaraciones sobre este tema para la construcción de unos criterios comunes de protección del colectivo trans, el Tribunal Europeo habría podido ser más contundente al imponer ciertos estándares de tutela, proceder que podremos constatar a continuación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva de 2017.

En cualquier caso, y a la luz de todo lo anterior, no cabe negar las aportaciones del Tribunal Europeo en materia de protección del colectivo trans ante la solicitud de cambio de sexo registral. Estas se pueden resumir en los siguientes puntos, que sientan las bases comunes mínimas a asumir por los Estados miembros: 1) El derecho a la identidad sexual, ejercido a través de la rectificación del sexo registral y/o el acceso a una reasignación de sexo quirúrgica u hormonal, está incluido en el ámbito de protección del artículo 8 del Convenio Europeo. 2) El margen de apreciación de los Estados para restringir el acceso a la rectificación del sexo registral es limitado, a pesar de que aún no se ha logrado un consenso al respecto entre los Estados miembros. 3) La imposición de determinados requisitos para autorizar la rectificación del sexo registral puede vulnerar el derecho a la integridad física y moral, en particular cuando implican tratamientos médicos o psicológicos que la persona no quiere realizar (artículo 3 CEDH).

2.2. La Corte IDH y los derechos de las personas transexuales en el proceso de cambio de sexo registral

Como ya se ha dicho, la Corte de San José llegó a conclusiones muy parecidas de una forma más directa. El tema fue abordado en la Opinión

Consultiva 24/17¹⁶, a que ya se ha hecho referencia. Como para la protección del colectivo homosexual, también las afirmaciones que tutelan las situaciones jurídicas de las personas transexuales demuestran la voluntad de difundir y consolidar entre los Estados miembros la visión extremadamente progresista y pro-derechos de este tribunal. En concreto, en la Opinión Consultiva 24/17, la Corte Interamericana evidencia que los derechos a la identidad en general y el de la identidad sexual en particular (Gauché Marchetti, 2018) están estrechamente vinculados con el respeto de la dignidad humana, de los derechos a la autonomía, a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, a la inviolabilidad de la vida privada e, incluso, con el derecho a la libertad de expresión (párrs. 85-96).

Como ha quedado apuntado, para proteger eficazmente el derecho a la identidad sexual, uno de los instrumentos primordiales y más importante es sin duda permitir y facilitar que la persona trans pueda modificar sus documentos para que esos reflejen el sexo «real» de la persona. También la Corte es de esta opinión, subrayando que el reconocimiento de la identidad de género por parte de los Estados es «*de vital importancia*» para garantizar el pleno disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas trans y protegerlos frente a la violencia y a la discriminación en el acceso a los servicios como la salud, la educación, el empleo, la vivienda, etc. (párr. 101).

En muchos países del continente americano, la modificación del sexo registral se puede obtener solo tras seguir procedimientos médicos más o menos invasivos (como tratamientos hormonales, la esterilización del sujeto o la reasignación del sexo a través de cirugía de los genitales). En otros casos son necesarias o complementarias certificaciones por personal médico psiquiátrico o psicológico. Todos estos requisitos están en contra de la integridad física y moral de la persona. Consciente de ello, la Corte declaró con firmeza que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género, en cuanto expresión de la autodeterminación, «*deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes*» (párr. 127 y en la Decisión, n. 3 y 4).

Por si la cuestión no quedara suficientemente clara, la Corte Interamericana precisó que la identidad de género, no es un concepto que deba vincularse necesariamente con las transformaciones físicas del cuerpo (párr. 145). Y que cualquier actuación administrativa que tenga que ver con la modificación registral o documental del sexo (cambio de nombre, adecuación de la

¹⁶ Posteriormente, como se ha mencionado, la Corte emitirá otras dos sentencias relativas a la protección de personas transexuales, pero en ninguno de los dos casos por razones conexas con el cambio de sexo registral.

imagen y rectificación de la referencia al género), «no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana» (párr. 146).

IV. CONCLUSIONES

El análisis de la jurisprudencia, hasta la fecha, del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana permite realizar unas reflexiones conclusivas respecto del rol tan trascendente que juegan en la elaboración y difusión de criterios comunes de protección de los derechos de las personas (y parejas) homosexuales en su vida familiar, y de aquellos de las personas transexuales en el acceso a la rectificación registral del sexo, en dos áreas geográficas muy diferentes y extensas como el continente europeo y el americano.

Respecto del primer ámbito, son indudables los pasos adelante que en las últimas décadas se han recorrido en la dirección de garantizar un estatus jurídico a las familias homosexuales que respete el principio de igualdad y no discriminación respecto del estatus de las familias heterosexuales. Sin embargo, en el entorno europeo, el Tribunal de Estrasburgo no ha llegado a proporcionar una definición de estándares de protección de las parejas homosexuales que incluyan el acceso al matrimonio como un derecho. Esta circunstancia permite afirmar que el nivel mínimo de protección en el entorno europeo no ha llegado a garantizar una efectiva igualdad y una real aplicación del principio de no discriminación por razón de orientación sexual. La Corte Interamericana, por su parte, aplica el criterio de no discriminación de forma más coherente, eliminando la posibilidad de que la implementación de este principio pueda depender de la existencia de consenso en los Estados miembros sobre la oportunidad de legalizar el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Cuando en juego está el respeto de la igualdad y de la dignidad de las personas, es cometido de las Cortes supranacionales imponer estándares de tutela que no dejen espacio a la apreciación estatal. Esta es una conclusión a la que, quien escribe, desea que pueda llegar pronto también el Tribunal Europeo.

Respecto del segundo ámbito, la jurisprudencia de ambas Cortes ha llegado a la elaboración y difusión de unas normas comunes de protección de las personas transexuales muy parecidas y satisfactoria. Entre ellas, resulta de especial interés evidenciar la voluntad común del TEDH y de la Corte IDH de luchar frente a la necesidad de que el cambio de sexo registral siga vinculado a prácticas que vulneran la dignidad y la integridad físicas de las

personas que pertenecen al colectivo trans. Sin embargo, en este ámbito también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha mostrado más clara, directa y contundente en la definición de unas pautas comunes de protección de las personas transexuales. Lo ha hecho, además, con un número muy reducido de decisiones, destacadamente con la Opinión Consultiva de 2017, en la que ha elaborado pautas de protección del colectivo LGBT a las que el TEDH ha tardado décadas en llegar. De este modo, gracias a una única decisión, el sistema interamericano cuenta con principios claros y precisos, de un lado, en materia de protección de las personas transexuales ante la posible violación de su derecho a la integridad física en los procesos de cambio de sexo registral y, de otro, en la protección de las parejas homosexuales y su efectiva equiparación con las heterosexuales a través del matrimonio (tutela, esta última, a la que el Tribunal Europeo no ha llegado aún).

Quisiera terminar apuntando a que, si bien es cierto que los tribunales supranacionales desempeñan un rol fundamental en la protección de los derechos de los particulares y de los colectivos más vulnerables, no pueden olvidarse las dificultades que, en muchos países, la transformación de estas afirmaciones de principio encuentra para su real incorporación, de un lado, en la legislación de cada Estado miembro de la organización supranacional y, de otro, en la cultura y sensibilidad de la sociedad civil. Solo así será posible erradicar la discriminación estructural contra el colectivo LGBTIQ+.

Por tanto, considero fundamental, de un lado, dar bien a conocer los estándares de protección elaborados por las Cortes supranacionales, con la esperanza de que ello ayude a que no se queden en meras afirmaciones sin efectividad real. Y, de otro, que cada vez más los Estados integren y asimilen el valor del diálogo entre tribunales y la utilización de la jurisprudencia de otras instituciones que persiguen el mismo propósito (la más amplia protección de los derechos fundamentales), y que no perciban esas normas o pautas como imposiciones que provienen de un órgano jerárquicamente superior, sino, antes bien, del órgano más autorizado para proporcionar la interpretación auténtica de los contenidos de los derechos humanos y fundamentales, concepción, esta, que permitirá que esas pautas se conviertan de verdad en estándares comunes de protección.

Como ya se ha tenido ocasión de mencionar, *«[e]l lenguaje de los derechos refleja la cultura ilustrada de la razón, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, no debe tener fronteras, es universal»* (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 73); por ello, la aspiración es que sean universales también las interpretaciones más extensivas en tema de tutela de los derechos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Ayala Corao, Carlos y Canosa Usera, Raúl (2017): «El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos», en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor, pp. 269-312.
- Arangüena Fanego, Coral y Landa Arroyo, César (2017): «Mecanismos procesales internos para la ejecución de las sentencias», en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor, pp. 169-209.
- Arias Ospina, Felipe y Galindo Villarreal, Juliana (2017): «El sistema interamericano de derechos humanos», en Luis López Guerra y Alejandro Saiz Arnaiz (dirs.), *Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales*, Palestra Editores, Lima, pp. 17-55.
- Burgogue-Larsen, Laurence y Montoya Céspedes, Nicolás (2017): «El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos», en Luis López Guerra y Alejandro Saiz Arnaiz (dirs.), *Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales*, Palestra Editores, Lima, pp. 329-359.
- Contreras, Francisco J. (2016): «Notas sobre la sentencia “Schalk y Kopf contra Austria” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Sobre la protección de la “vida privada” en la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo*, Javier Borrego Borrego (ed.), Madrid, Ideas y Libros Ediciones, pp. 157-168.
- Ferraro, Luigi (2015): «Il caso Oliari e la (inevitabile) condanna dell’Italia da parte della Corte EDU», *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, vol. 2/2015, pp. 1-13.
- Fix-Zamudio, Héctor (1997): «Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, pp. 163-224.
- García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor.
- García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto (2017): «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante», en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor, pp. 71-132.
- Gauché Marchetti, Ximena (2018): «Comentarios a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género», *Anuario de Derecho Público*, vol. 1, pp. 175-202.

- Gómez, Julián (2024): «La comunidad LGBT en Polonia: entre grandes expectativas y temores frustrantes», *Euro News*, <https://es.euronews.com/2024/04/05/la-comunidad-lgbt-en-polonia-entre-grandes-expectativas-y-temores-frustrantes> (acceso: 15/04/2024)
- Jerez, Andreu (2022): «Polonia y Hungría, a la cola de los derechos LGTBI en Europa», *El Periódico*, <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20220625/polonia-hungria-cola-derechos-lgtbi-13930253> (acceso: 16/06/2023).
- Jiménez García, Francisco (2010): «Activismo judicial en la evolución del Derecho Internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional», *Agenda Internacional*, Año XVII, n. 28, pp. 75-102.
- León, María Augusta (2019): «La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano», *FORO: Revista de Derecho*, vol. 32, pp. 43-60.
- López Guerra, Luis (2017): «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en López Guerra, Luis y Saiz Arnaiz, Alejandro (dirs.) (2017): *Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales*, Palestra Editores, Lima, pp. 255-278.
- López Guerra, Luis y Saiz Arnaiz, Alejandro (dirs.) (2017): *Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales*, Palestra Editores, Lima.
- López Guerra, Luis (2014): «Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, pp. 11-29.
- Martínez Pérez, Enrique (2013): «La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 44, pp. 155-190.
- Martinón Quintero, Ruth (2018): «El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista De Derecho Público*, n. 89, pp. 93-124.
- Matia Portilla Francisco Javier, Elvira Perales Ascensión, Arroyo Gil Antonio (dirs.), (2019): *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Novak, Fabián (2003): «El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo», *Agenda Internacional*, Año IX, n. 18, pp. 25-64.
- Páez Bimos, Pedro (2019): «Discriminación e igualdad el matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva OC-24/17 Corte IDH en Ecuador», *FORO: Revista de Derecho*, vol. 32, pp. 27-42.
- Poppelwell-Scevak, Claire (2018): «Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach to the Recognition of Same-Sex Marriages», *Strasbourg Observers blog*, 2 de febrero de 2018.
- Rivera, Ilaria (2016), «Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione», *Studi sull’integrazione europea*, pp. 455-476.

- Romboli, Silvia (2020): «El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el diálogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación», en Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta, María Pia Iadicco (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Vol. 2, pp. 41-62.
- Romboli, Silvia (2020a): «El conflicto entre identidad nacional y derecho de la unión europea en el caso *Coman*: El tribunal de justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación», *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 33, pp. 1-25.
- Romboli, Silvia (2020b): «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», *Anales de derecho*, vol. Extra 1 (*Ejemplar dedicado a: El TEDH en su sesenta aniversario*), pp. 1-39.
- Romboli, Silvia (2021): «El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes», *Revista catalana de dret públic*, vol. 63, pp. 231-249.
- Romboli, Silvia (2022a): «Protección del interés superior del menor y derechos de los progenitores transexuales: dos piezas que encajar (y ponderar)», en *Cuestiones actuales del derecho de familia: una visión inclusiva e interdisciplinar*, Teresa Duplá Marín (ed.), Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 257-281.
- Romboli, Silvia (2022b): «The standards of protection of trans people elaborated by the court of Strasbourg and their incorporation in the recent Spanish legislative proposal», *The Age of Human Rights Journal*, vol. 18, pp. 125-142.
- Sales I Jardí, Mercè (2015): *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Barcelona, Bosch Editor.
- Saavedra Alessandri y Hernández Ramos, (2017): «Reparación y supervisión de sentencias», en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor, pp. 211-268.
- Sperti, Angioletta (2013): *Omosessualità e diritti*, Pisa, Pisa University Press.
- Sperti, Angioletta (2018): «Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», *Studium Iuris*, vol. 10, pp. 1155-1164.
- Spigno, Irene (2024): «El Derecho Comparado como herramienta de protección de los derechos humanos ¿puede ser útil para América Latina?», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 35, pp. 219-286.
- Torres Pérez, Aida (2012): «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea», disponible en https://www.academia.edu/8975101/El_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_a_la_luz_del_Convenio_Europeo_de_derechos_Humanos_y_la_Uni%C3%B3n_Europea, pp. 1-18 (acceso: 20/06/2023).

- Viljanen, Jukka (2008): «The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, vol. 62/63, pp. 249-265.
- Zornona, María G. (2023): «Hungria y Polonia intensifican su ofensiva contra los derechos LGTBI, de mujeres, y de migrantes con una triple negativa en la UE», *Público*, <https://www.publico.es/internacional/hungria-polonia-intensifican-ofensiva-derechos-lgtbi-mujeres-migrantes-triple-negativa-ue.html> (acceso: 15/06/2023).