



Agosto de 2020

DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS LGBTIQ

Jurisprudencia internacional

Contenido

1. Concepto de salud integral
2. Derecho a la salud del colectivo LGBTIQ
3. Discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género en el sistema de salud
4. Medidas de acción positiva del Estado en relación con la salud integral del colectivo LGBTIQ



Este documento fue elaborado originalmente con el fin de utilizarlo en la capacitación dictada en el marco de la ley Micaela.

Tabla de contenido

1. CONCEPTO DE SALUD INTEGRAL.....	4
1.1. CIDH. AVANCES Y DESAFÍOS HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN LAS AMÉRICAS. 7/12/2018.....	4
1.2. COMITÉ DESC. OBSERVACIÓN GENERAL Nº 14. 11/8/2000.....	4
2. DERECHOS A LA SALUD DEL COLECTIVO LGBTIQ.....	5
2.1. CIDH. AVANCES Y DESAFÍOS HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN LAS AMÉRICAS. 7/12/2018.....	5
2.2. COMITÉ DESC. OBSERVACIÓN GENERAL Nº 22. 22/5/2016.....	5
2.3. RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. 5/1/2016.....	6
2.4. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. INFORME SOBRE LEYES Y PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS Y ACTOS DE VIOLENCIA COMETIDOS CONTRA PERSONAS POR SU ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. 17/11/2011.....	7
2.5. CONSEJO DE EUROPA. RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ DE MINISTROS A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LAS MEDIDAS PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO. 31/3/2010.....	7
2.6. TEDH. VAN KÜCK V. ALEMANIA. 12/6/2003.....	7
2.7. TEDH. CHRISTINE GOODWIN V. REINO UNIDO. 11/07/2002.....	8
3. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD O EXPRESIÓN DE GÉNERO EN EL SISTEMA DE SALUD.....	8
3.1. CORTE IDH. OPINIÓN CONSULTIVA 24/17. IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. 24/11/2017.....	8
3.2. RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. 1/2/2013.....	11
3.3. TEDH. PB Y JS V. AUSTRIA. 22/7/2010.....	11
3.4. RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO DE TODA PERSONA AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD FÍSICA Y MENTAL. 27/4/2010.....	12
3.5. CONSEJO DE EUROPA. RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ DE MINISTROS A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LAS MEDIDAS PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO. 31/3/2010.....	13
3.6. TEDH. KOZAK V. POLONIA. 2/3/2010.....	13
3.7. COMITÉ DESC. OBSERVACIÓN GENERAL Nº 14. 11/8/2000.....	14
4. MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA SALUD INTEGRAL DEL COLECTIVO LGBTIQ.....	14
4.1. CONSEJO DE EUROPA. RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ DE MINISTROS A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LAS MEDIDAS PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO. 31/3/2010.....	14
4.2. TEDH. L V. LITUANIA. 11/9/2007.....	14

1. CONCEPTO DE SALUD INTEGRAL

1.1. CIDH. Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. 7/12/2018.

“El derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, también está reconocido en diversos instrumentos del Sistema Interamericano, como la Declaración Americana (artículo XI) y el Protocolo de San Salvador (artículo 10). De acuerdo con los artículos II de la Declaración y 3 del Protocolo de San Salvador, además, el derecho a la salud debe ser garantizado sin distinción alguna, incluso por razones de orientación sexual, identidad o expresión de género, y diversidad corporal. En ese mismo sentido, la Corte Interamericana ha dictado que las dimensiones del derecho a la salud comprenden no solo ‘la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral’ y, asimismo, ha resaltado que la discriminación de la población LGBTI, ‘no solo lesiona el derecho a la salud individual [...], sino también la salud pública (artículo 26 de la Convención y artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador), que es resultado de las condiciones de salud de los habitantes’” (párr. 157).

“[R]especto de obligaciones de los Estados relativas al derecho a la salud, los Principios de Yogyakarta +10 establecen una serie de obligaciones adicionales, incluyendo la de ‘proteger a todas las personas de la discriminación, violencia y otros daños por razones de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género, y características sexuales, en el sector de la salud’; y ‘garantizar el acceso al más alto nivel posible de atención médica relativa a tratamientos de afirmación de la identidad de género, con base en el consentimiento previo, libre e informado de las personas’. En relación con este último punto, sobre la salud de las personas trans, la CIDH advierte que su situación económica, en general, determina la calidad de los servicios médicos que reciben, incluyendo las cirugías de afirmación de género y otras modificaciones corporales relacionadas’” (párr. 158).

1.2. Comité DESC. Observación General N° 14. 11/8/2000.

“El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud” (párr. 8).

2. DERECHOS A LA SALUD DEL COLECTIVO LGBTIQ

2.1. CIDH. Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. 7/12/2018.

“[L]a Comisión Interamericana recuerda que estos protocolos dirigidos al personal médico son solo el primer paso en garantizar el acceso al derecho a la salud, y urge a los Estados a diseñar e implementar medidas integrales a fin de garantizar el derecho de las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, a acceder a los servicios de salud sin ser sometidos a discriminación o violencia” (párr. 170).

2.2. Comité DESC. Observación General N° 22. 22/5/2016.

“Debido a los numerosos obstáculos jurídicos, procedimentales, prácticos y sociales, el acceso a todos los establecimientos, servicios, bienes e información en materia de salud sexual y reproductiva se ve seriamente restringido. De hecho, el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas, especialmente para las mujeres y las niñas, en todo el mundo. Determinadas personas y grupos de población que sufren formas múltiples y concomitantes de discriminación que exacerban la exclusión en la legislación y en la práctica, como las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales y las personas con discapacidad, tienen aún más restringido el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva” (párr. 2).

“La no discriminación, en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, abarca también el derecho de todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, a ser plenamente respetadas por su orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad [...]. Los Estados partes también tienen la obligación de combatir la homofobia y la transfobia, que conducen a la discriminación, incluida la violación del derecho a la salud sexual y reproductiva” (párr. 23).

“Las personas pertenecientes a determinados grupos pueden verse desproporcionadamente afectadas por una discriminación intersectorial en el contexto de la salud sexual y reproductiva. Como ha señalado el Comité, algunos grupos, entre los que cabe mencionar, aunque no exclusivamente, a las mujeres pobres, las personas con discapacidad, los migrantes, las minorías indígenas u otras minorías étnicas, los adolescentes, las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, y las personas que viven con el VIH/SIDA tienen más posibilidades de sufrir discriminación múltiple” (párr. 30).

“Es menester contar con leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter temporal, para prevenir y eliminar la discriminación, la estigmatización y los estereotipos negativos que obstaculizan el acceso a la salud sexual y reproductiva [...] Los Estados han de velar por que las personas no sufran hostigamiento por ejercer su derecho a la salud sexual y reproductiva. La eliminación de la discriminación sistémica también requerirá con frecuencia que se destinen más recursos a grupos tradicionalmente descuidados y se vele por que los

funcionarios, entre otros, apliquen en la práctica las leyes y políticas contra la discriminación” (párr. 31).

“La obligación de respetar requiere que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas. Los Estados no deben limitar ni denegar a nadie el acceso a la salud sexual y reproductiva, en particular mediante leyes que tipifiquen como delito los servicios y la información de salud sexual y reproductiva” (párr. 40).

“Las leyes y políticas que perpetúan indirectamente las prácticas médicas coercitivas, incluidas las políticas anticonceptivas basadas en incentivos o cuotas y la terapia hormonal, así como los requisitos de cirugía o esterilización para el reconocimiento legal de la identidad de género, constituyen violaciones adicionales de la obligación de respetar” (párr. 58).

“Las violaciones de la obligación de proteger se producen cuando un Estado no adopta medidas efectivas para impedir que terceros menoscaben el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva. Ello comprende el hecho de que no se prohíban todas las formas de violencia y coacción cometidas por particulares y entidades privadas ni se adopten medidas para prevenirlas” (párr. 59).

2.3. Relatoría Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 5/1/2016.

“Las personas transgénero suelen tener dificultades para acceder a una asistencia sanitaria adecuada, como la discriminación por parte de los trabajadores sanitarios y el desconocimiento de sus necesidades o la falta de sensibilidad con respecto a ellas. En la mayoría de los Estados se les niega el reconocimiento legal del género de su elección, lo que tiene graves consecuencias para el disfrute de sus derechos humanos, pues se obstaculiza su acceso a la educación, al empleo, a la atención sanitaria y otros servicios básicos. En los Estados que permiten modificar los indicadores de género en los documentos de identidad se pueden imponer unos requisitos abusivos, como la reasignación de sexo mediante una intervención quirúrgica, la esterilización u otros procedimientos médicos forzados o involuntarios. Incluso en aquellos lugares en los que no existe tal requisito legislativo, es frecuente la esterilización forzada de las personas que solicitan una reasignación de sexo. Estas prácticas tienen su origen en la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, violan los derechos a la integridad física y a la libre determinación de las personas y constituyen malos tratos o torturas” (párr. 49).

“En lo que respecta a los malos tratos en entornos sanitarios, el Relator Especial exhorta a los Estados a que: [...] d) Garanticen el tratamiento inmediato e incondicional a las personas que solicitan atención médica urgente, aunque sea como consecuencia de un aborto ilegal; e) Prohíban la esterilización forzada o bajo coacción en cualquier circunstancia y ofrezcan una protección especial a los miembros de los grupos marginados; y velen por que los proveedores de asistencia sanitaria obtengan el consentimiento libre, pleno e informado para ejecutar tales procedimientos y expliquen todos los riesgos, ventajas y alternativas existentes de manera

comprensible, sin recurrir a amenazas o incentivos, en todos los casos; Adopten procedimientos transparentes y accesibles de reconocimiento legal del género y abolan los requisitos de esterilización y otros procedimientos nocivos como condiciones necesarias para dicho reconocimiento; i) Deroguen las leyes que permitan aplicar tratamientos invasivos e irreversibles a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, como las intervenciones quirúrgicas de normalización genital y otros tratamientos “reparadores” o “de conversión”, cuando estos se empleen de manera forzada o se administren sin el consentimiento libre e informado del paciente; j) Prohíban y eviten la denegación discriminatoria de atención médica y de tratamientos [...] a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales” (párr. 72).

2.4. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. 17/11/2011.

“[L]as personas trans tienen especiales dificultades para acceder a la atención de la salud. La cirugía de reasignación de sexo, en su caso, suele ser prohibitiva y raras veces se dispone de financiación pública o cobertura de seguros para ello. Los profesionales de la salud no suelen ser conscientes de las necesidades de las personas trans y carecen de la formación profesional necesaria. Además, los niños intersexos, que nacen con atributos sexuales atípicos, suelen ser víctimas de discriminación y se los suele someter a intervenciones quirúrgicas innecesarias desde el punto de vista médico, practicadas sin su consentimiento informado previo ni de sus padres, en un intento de fijar su sexo” (cfr. párr. 57).

2.5. Consejo de Europa. Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. 31/3/2010.

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

2.6. TEDH. Van Kück v. Alemania. 12/6/2003.

“[L]a carga que recae sobre una persona transexual para probar la necesidad médica del tratamiento, incluida la cirugía irreversible, parece desproporcionado cuando se trata de uno de los ámbitos más íntimos de su vida privada” (cfr. párr. 82).

“Con respecto al tratamiento médico de transexuales, el peticionario tuvo que aportar pruebas de esta orientación sexual y los motivos de la misma. La obligación de los tribunales de determinar si una enfermedad ha sido causada deliberadamente se aplica a todos los asegurados generalmente. En el caso de un transexual, el tratamiento hormonal era una prueba relevante.

[C]uando los tribunales nacionales fundamentan sus decisiones en supuestos generales que introducen una diferencia de trato en función de la orientación sexual, puede surgir un problema en virtud del artículo 14 del Convenio [...]. Con respecto a la discriminación por cualquier otro motivo o condición, se aplican consideraciones similares; es decir, también por motivos de orientación sexual de una persona” (cfr. párr. 89-90).

2.7. TEDH. Christine Goodwin v. Reino Unido. 11/07/2002.

“Cuando un Estado autoriza un tratamiento e intervención quirúrgica para aliviar la situación de una persona transexual, financia la totalidad o parte de las operaciones y llega a consentir la inseminación artificial de una mujer que convive con un transexual [...], parece ilógico que se niegue a reconocer las implicaciones jurídicas del resultado al que conduce el tratamiento” (cfr. párr. 78).

“[El Tribunal] considera significativo que la transexualidad tenga un amplio reconocimiento internacional como una situación médica que justifica un tratamiento con el fin de brindar alivio [...]. Sabiendo como cierto que una persona transexual no puede adquirir todas las características biológicas del nuevo sexo [...], con la creciente sofisticación de las intervenciones quirúrgicas y los diferentes tipos de tratamiento hormonal, el principal aspecto biológico de la identidad de género que permanece sin cambios es el elemento cromosómico. No obstante, sabemos que las anomalías cromosómicas pueden ocurrir naturalmente (por ejemplo en casos de intersexualidad, donde los criterios biológicos al nacer no son coincidentes) y que algunas personas que se ven afectadas deben someterse a una conversión o más del uno al otro sexo, según difiera el caso” (cfr. párr. 81-82).

“El goce pleno del derecho de las personas transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral en el mismo sentido que el resto de los individuos no puede ser considerada una cuestión de controversia en el siglo XXI [...]. En resumen, resulta insostenible la situación en la que se encuentran las personas trans operadas, quienes viven en una zona intermedia, sin pertenecer a un género o al otro” (cfr. párr. 90).

3. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD O EXPRESIÓN DE GÉNERO EN EL SISTEMA DE SALUD

3.1. Corte IDH. Opinión Consultiva 24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24/11/2017.

“La discriminación que sufren las personas LGBTI resulta también altamente lesiva del derecho a la integridad psíquica de estas personas (artículo 5.1 de la Convención), en razón de las particularidades de la discriminación por orientación sexual, que en buen número de casos se le revela a la persona en una etapa psicológicamente evolutiva difícil como es la pubertad, cuando ya ésta ha internalizado los desvalores prejuiciosos incluso dentro del núcleo familiar. Esto no se produce en otras formas de discriminación, para las cuales la persona conoce el motivo discriminante desde su infancia y es apoyada por su núcleo familiar con el que incluso lo

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

comparte. La contradicción valorativa en que se sumerge el adolescente es particularmente lesiva de su integridad psíquica en el momento de evolución de su personalidad que hace a su identidad y proyecto de vida, lo que en ocasiones determina no sólo conductas autolesivas sino incluso es causa de suicidios adolescentes” (párr. 48).

“Así, la discriminación de este grupo humano no solo lesiona el derecho a la salud individual (artículo 5.1), sino también a la salud pública (artículo 26 de la Convención y artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador), que es resultado de las condiciones de salud de los habitantes. El clásico concepto de salud de la Organización mundial de la Salud (en adelante ‘OMS’) la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. A la persona discriminada por su orientación sexual, dado que ésta hace a su identidad y, por ende, a su integridad psíquica, se le condiciona a un trastorno psíquico originado a partir de una situación o un suceso en particular, o sea, que se le altera su salud individual aunque más no sea situacionalmente” (párr. 49).

“[C]uanto mayor sea el nivel de salud (equilibrio psíquico) de las personas que integran una población, mayor será su nivel de salud pública, pero cuantas más personas con su equilibrio debilitado situacionalmente la integren, no sólo se afecta la salud pública en razón de quienes sufren este debilitamiento, sino el nivel general de salud psíquica de la población, dado que los que padecen la situación deteriorante, interaccionan en la sociedad” (párr. 51).

“Respecto al derecho a la identidad, [...] puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. De esta forma, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)” (párr. 90).

“[E]ste derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de

Derecho a la salud de las personas LGBTIQ

Boletín de jurisprudencia

ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual” (párr. 91).

“En relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reitera que la misma también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada” (párr. 93).

“[L]a identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales. En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad” (párr. 94).

“De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad” (párr. 95).

“[L]a identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación. [L]a falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos” (párr. 98).

“Además, la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica” (párr. 99).

“[E]l Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. La Corte opina que esa protección no se refiere simplemente al contenido de esos derechos, sino que a través de ella, el Estado también estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer” (párr. 100).

3.2. Relatoría Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 1/2/2013.

“El Relator Especial exhorta a todos los Estados a que deroguen cualquier ley que permita la realización de tratamientos irreversibles e intrusivos, como la cirugía reconstructiva urogenital obligatoria, la esterilización involuntaria, la experimentación contraria a la ética, las demostraciones médicas y las ‘terapias reparativas’ o ‘terapias de conversión’, si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente. Los exhorta además a que proscriban la esterilización forzada o coaccionada en cualquier circunstancia y ofrezca una protección especial a los miembros de los grupos marginados” (párr. 88).

3.3. TEDH. PB y JS v. Austria. 22/7/2010.

“A los efectos del artículo 14, el Tribunal reitera que una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido [...]. Además, tendrían que ofrecerse consideradas razones antes de que el Tribunal pudiera considerar que una diferencia de trato basada exclusivamente en la orientación sexual es compatible con el Convenio [...]. Al igual que las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones particularmente graves a modo de justificación” (cfr. párr. 38).

“[E]n aquellos casos en que el margen de apreciación otorgado a los Estados es estrecho, al igual que la posición donde existe una diferencia en el tratamiento basado en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no sólo exige que la medida escogida sea, en principio, la adecuada para la realización del objetivo perseguido. También se debe demostrar que para lograr dicho fin era necesario excluir a determinadas categorías de personas del ámbito de aplicación de una disposición específica, en este caso personas que viven en una relación homosexual” (cfr. párr. 42).

3.4. Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 27/4/2010.

“La legislación penal relativa al comportamiento homosexual, la orientación sexual y la identidad de género suele infringir diversos derechos humanos, incluido el derecho a la salud. Estas leyes son por lo general intrínsecamente discriminatorias y, en tal sentido, están reñidas con un enfoque que priorice el derecho a la salud, el cual requiere, a su vez, un acceso equitativo para todos. El efecto sanitario de la discriminación basada en el comportamiento y la orientación sexuales es enorme e impide a los afectados el acceso a otros derechos económicos, sociales y culturales” (párr. 6).

“La negación de la dignidad de las personas mediante la penalización de ciertos comportamientos perjudica decisivamente su autoestima, impidiendo, de esta suerte, la realización del derecho a la salud. Su despenalización resulta, pues, necesaria para hacer frente a la marginación que sufren individuos y comunidades y permitir la plena realización del derecho a la salud” (párr. 7).

“El temor de ser juzgados y castigados puede disuadir a quienes practican un comportamiento homosexual de acceder a los servicios de salud. Ello suele ser consecuencia directa de las actitudes de los profesionales de la atención sanitaria que no están capacitados para atender a las necesidades de sus pacientes homosexuales, no solo en cuanto a la salud sexual, sino a la salud en general. A menudo, dichos profesionales se niegan de plano a atender a pacientes homosexuales o se disgustan cuando se los obliga a hacerlo” (párr. 18).

“Abundan las noticias de casos de violencia por motivos de comportamiento homosexual o identidad de género. La violencia puede hacer que los afectados se inhiban a la hora de procurar acceso a los servicios de salud por temor a las represalias y a una segunda victimización si se identifican como víctimas de este tipo de agresiones” (párr. 21).

“[L]os Estados deben tomar medidas para respetar, proteger y realizar el derecho a la salud. La penalización del comportamiento homosexual consensual privado crea una atmósfera no propicia a que los afectados logren realizar plenamente ese derecho. Los servicios de salud deben ser accesibles para todos sin discriminación, y especialmente para los sectores más vulnerables o marginados de la población. La derogación de las leyes que penalizan el comportamiento homosexual entre adultos contribuye a garantizar que el Estado cumpla sus obligaciones” (párr. 24).

“La penalización [del comportamiento homosexual] no solo es un quebrantamiento del deber del Estado de prevenir la discriminación, sino que crea también una atmósfera en la que los afectados se ven enormemente marginados y no pueden realizar plenamente sus derechos humanos [...]. Se ha señalado que un marco legislativo que promueva un entorno favorable a la desmarginación es, junto con la lucha contra la discriminación y la violencia estructural, uno de los requisitos más importantes a este fin” (párr. 25).

“Un enfoque que privilegie el derecho a la salud exige que, a fin de satisfacer las correspondientes obligaciones medulares y crear un ambiente que permita su pleno disfrute, los Estados despenalicen el comportamiento homosexual consensual y abroguen las leyes que discriminen sobre la base de la orientación sexual y la identidad de género” (párr. 26).

3.5. Consejo de Europa. Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. 31/3/2010.

“Los Estados miembros deberían adoptar las medidas legislativas y de otra índole adecuadas para garantizar el disfrute efectivo del nivel más alto de salud sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; en particular, deberían tener en cuenta las necesidades específicas de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales” (cfr. párr. 33).

3.6. TEDH. Kozak v. Polonia. 2/3/2010.

“En el goce de los derechos y libertades garantizados por el Convenio, el artículo 14 protege contra el trato diferente, sin una justificación objetiva y razonable, de personas en situaciones similares [...]. No toda diferencia de trato equivaldrá a una violación de esta norma; por lo tanto, los Estados Parte disfrutan de un margen de apreciación al evaluar si –y en qué medida–, las diferencias en situaciones similares justifican un trato legal diferente. A los efectos del artículo 14, debe establecerse que no existe una justificación objetiva y razonable para la distinción impugnada, lo que significa que no persigue un ‘fin legítimo’ o que no existe una ‘proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los fines que se buscaba realizar’” (cfr. párr. 91).

“La orientación sexual es un concepto abarcado por el artículo 14. Además, cuando la distinción en cuestión opera en esta esfera íntima y vulnerable de la vida privada de una persona, es necesario esgrimir razones de especial consideración y fundamento ante el Tribunal para justificar la medida denunciada. Cuando una diferencia de trato se basa en el sexo o la orientación sexual, el margen de apreciación otorgado al Estado es estrecho y, en tales situaciones, el principio de proporcionalidad no solo requiere que la medida elegida sea, en términos generales, adecuada para lograr el objetivo perseguido, sino que debe también se debe demostrar que era necesario dadas las circunstancias. En efecto, si las razones invocadas para una diferencia de trato se basa únicamente en la orientación sexual del peticionario, esto equivaldría a discriminación a la luz del Convenio” (cfr. párr. 92).

3.7. Comité DESC. Observación General N° 14. 11/8/2000.

“En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud” (párr. 18).

“Los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. [Los Estados] tienen la obligación inmediata de garantizar el derecho de acceso a las instalaciones, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, especialmente para los grupos vulnerables o marginados” (párr. 43).

4. MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA SALUD INTEGRAL DEL COLECTIVO LGBTIQ

4.1. Consejo de Europa. Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. 31/3/2010.

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

4.2. TEDH. L v. Lituania. 11/9/2007.

“El Tribunal resalta la obligación positiva de los Estados de asegurar el respeto a la vida privada, en particular el respeto a la dignidad humana y, en ciertos aspectos, a la calidad de vida [...]. Si bien se concede un cierto margen de apreciación a los Estados en este contexto, el Tribunal ha sostenido que están obligados, por su obligación positiva en virtud del artículo 8, a asegurar el reconocimiento del cambio de género en los transexuales postoperatorios” (párr. 56).

“La ley lituana ha reconocido el derecho de las personas transgénero a cambiar no solo su sexo sino también su estado civil [...]. Sin embargo, la ley es deficiente debido a la ausencia de legislación que regule la cirugía para completar la reasignación de género. Hasta que se apruebe una ley de este tipo, no parece que haya instalaciones médicas adecuadas, de fácil acceso o disponibles [...]. En consecuencia, la peticionaria se encuentra en una situación intermedia como transexual antes de la operación, sometida a cirugía parcial y para la que se han modificado una serie de importantes documentos de estado civil. Hasta que no se complete la operación, su

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

código personal no será modificado y la persona seguirá siendo considerada mujer en aspectos importantes de su vida privada [...]” (párr. 57).

“El Tribunal constató [...] un vacío legislativo en el ámbito de las operaciones de reasignación de sexo. Esta circunstancia coloca al denunciante en una angustiosa incertidumbre sobre su vida privada y el reconocimiento de su verdadera identidad. Las limitaciones presupuestarias del servicio de salud pública probablemente pueden justificar algunos retrasos en la implementación inicial de los derechos de las personas transgénero bajo el Código Civil, pero no una espera de más de cuatro años. Dado el número limitado de personas involucradas [...], la carga fiscal no debería ser onerosa. En consecuencia, el Estado no encontró el equilibrio adecuado entre el interés general y los derechos del individuo” (párr. 59).