

El necesario reconocimiento del principio de no discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género en el ordenamiento jurídico-constitucional Nicaragüense

*Wendy Jarquin Orozco**

*Colaboradora extranjera con la
Revista de Derecho y Ciencia Política*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1.- *El principio de igualdad y no discriminación en el ordenamiento jurídico-constitucional nicaragüense.* 2.- *La prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género.* 2.1. *Definición de la orientación sexual y de la identidad de género.* 2.2. *La orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional De Derechos Humanos.* 2.3. *La orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación del art. 27 de la Constitución de Nicaragua.* 3.- *Panorama actual de los derechos de las personas LGBT en Nicaragua.* CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Doctora en Derecho por la Universidad Castilla La Mancha - España. Profesora invitada en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCLM.

INTRODUCCIÓN

En el pórtico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, encontramos el reconocimiento de que todas las personas nacemos libres e iguales en dignidad y en derechos (art. 1), lo que se traduce en la exigencia de la igualdad en el ejercicio de los derechos para todas las personas sin discriminación alguna¹. Esta exigencia se especifica en el art. 2 de dicha Declaración que reconoce a la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, como motivos concretos por los cuales no se puede discriminar y en el art. 7 que recoge el principio de igualdad ante la ley.

El mandato de igualdad y de no discriminación ha sido reconocido posteriormente por distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que imponen a los Estados la obligación de velar porque sus leyes, políticas y actuaciones sean ajenas a las prácticas discriminatorias, asimismo se ha adoptado en las legislaciones nacionales de la mayoría de los Estados, sin embargo, hay que precisar que en la mayor parte de estos textos no se incluyó desde un principio la referencia a la discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género. Ha sido posteriormente, en virtud de las reivindicaciones de los colectivos de personas LGBT (siglas que designan al colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales), cuando se ha venido incorporando paulatinamente y de manera expresa en algunas disposiciones nacionales e internacionales la no discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género (Alventosa del Río, J., 2008, p. 26).

1 Los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, han interpretado el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sentido de entender que todos los seres humanos *con independencia de su orientación sexual o identidad de género*, nacen libres e iguales en dignidad y derechos, es decir, que todas las personas deben disfrutar de los derechos humanos sin discriminación alguna por razón de su sexualidad. El texto consta de 29 principios seguidos de unas recomendaciones adicionales y su objetivo es facilitar la aplicación de las normas de derecho internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género y coadyuvar para que se garantice la protección a las personas LGBT.

No obstante, se debe reconocer que aún hoy día en muchas sociedades se continúa teniendo la concepción de los derechos humanos como derecho de las personas heterosexuales, con lo cual cuando la orientación sexual o la identidad de género de una persona no se ajusta a lo que la mayoría considera “normal” se le estigmatiza hasta el punto de poder llegar a considerarle objetivo legítimo de discriminaciones. Es por eso que se exige que los Estados tomen cuantas medidas sean necesarias para eliminar las prácticas discriminatorias que se basen “en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres” (Principios de Yogyakarta), y para ello considero que es imprescindible dar el primer paso cual es reconocer expresamente que la norma fundamental proscribe el trato peyorativo o discriminatorio de un ser humano en razón de su orientación sexual o de su identidad de género.

Por las razones expuestas el presente estudio tiene como objetivo reseñar la posición que en relación a este sensible tema ha adoptado el Estado nicaragüense desde una doble perspectiva: por un lado, a partir del análisis del principio de no discriminación en la Constitución, especialmente en relación a los criterios de la orientación sexual e identidad de género y, por otro, de la valoración de las medidas que en consecuencia se han podido adoptar a fin de hacer efectivo el mandato que exige que todas las personas tengan derecho al disfrute de todos los derechos humanos en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna.

1.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NICARAGÜENSE

El concepto de igualdad surge como una reivindicación de las revoluciones liberales desde la perspectiva de la equiparación de todos los ciudadanos frente a los efectos y alcance de la ley, es decir, que en un primer momento se alude a la igualdad formal de la norma, exigiendo de esta su alcance universal, general y abstracto, indiferente a la posición social de sus destinatarios: “la ley debe ser la misma para todos”, pero no se hizo referencia a su contenido².

2 Sobre la igualdad formal, García Morillo (2013, pp. 159-160) nos dice que surge para hacer frente a la realidad del Antiguo Régimen en el que existía una pluralidad de ordenamientos

En su evolución posterior, este concepto de igualdad se extiende también al contenido de la ley y parte de la constatación de que las situaciones reales de sus destinatarios no son iguales, por tanto, la ley podría darles un tratamiento diferente. En este momento se habla entonces de la “igualdad en la ley” que impone el derecho a ser tratados igual por esta: el legislador debe tratar igual a los supuestos iguales, pero reconociendo que los ciudadanos se encuentran en una situación real de desigualdad se le permite introducir un trato diferente, siempre y cuando se encuentre objetiva y razonablemente justificado.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en sentencia nº 220, de 2 de julio de 2007, ha reconocido que la igualdad se configura hoy día como una noción más compleja que la de la igualdad ante la ley pues se constituye en un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad del Poder Público, agregando que la igualdad no comporta un derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado igual a quienes se encuentran en idéntica situación: “La Igualdad, es también una obligación constitucional impuesta a los Poderes Públicos, obligación consistente en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho; siendo así, los Podres Públicos no pueden tratar a los ciudadanos según su libre consideración, ni tampoco pueden realizar tratamientos diferentes en función de su sexo, su pertenencia a una u otra raza, u otras características personales; han de ofrecer un tratamiento similar a todos cuanto se encuentren en similar situación” (*Criterios jurisprudenciales. Sala de Constitucional 1990-2010, 2013, p. 454*).

La igualdad en la ley, por tanto, no exige una completa paridad jurídica, en tanto no impide que existan tratos diferenciadores, siempre y cuando esta diferenciación sea objetiva y razonable para lo cual debe cumplir una serie de test y razonamientos. Es decir, que la intención que se persigue es evitar que exista una diferencia de trato discriminatoria más aún cuando el mismo se base en cualquier circunstancia personal o social.

jurídicos en función de la posición social del destinatario de la norma, así a cada estamento le correspondían normas jurídicas diferentes y a la vez, distintos tribunales. Los revolucionarios liberales procuraron igualar los efectos de la ley para todos sus destinarios, pero esto con independencia de su contenido concreto. Concluyendo que la “igualdad ante la ley tenía más que ver con los efectos de la ley que con la igualdad de los ciudadanos pues de lo que en realidad se trataba era de garantizar el alcance general de la ley”.

La Constitución nicaragüense consagra el principio de igualdad ante la ley en el art. 27 al establecer que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social”³. Este precepto contiene el principio de igualdad ante la ley que se desdobra, por un lado, en la igualdad de trato contenida en la ley o igualdad en la ley, que conlleva a que las normas traten de manera igual a los iguales, es decir, que no deben contener distinciones sin fundamento y, por otro lado, contiene a la igualdad en la aplicación de la ley, que impone la imposibilidad de que un mismo órgano cambie arbitrariamente (sin ofrecer una razonable fundamentación) el criterio de sus decisiones en casos sustancialmente iguales (Aráuz Ulloa, I., 1999, p. 31). No obstante, como se puede observar el contenido del precepto va más allá de la consagración de la igualdad ante la ley, pues también contiene una interdicción de discriminación por diversas causas o motivos específicos -nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, entre otros- sobre los que pesa una fuerte presunción de discriminación si se utilizan como criterio de diferenciación entre dos supuestos de hecho⁴.

Recapitulando, la igualdad ante la ley exige tratar igual los casos iguales, pero en la realidad resulta evidente que las personas no nos encontramos en una situación de igualdad, esta desigualdad real está contemplada por la

3 Existen otras menciones de la igualdad en la Constitución nicaragüense, así: el art. 6 recoge a la igualdad como valor superior. El art. 48, párrafo primero, se refiere a la igualdad de los nicaragüenses en el goce de los derechos políticos; y en su párrafo segundo, hace mención a la igualdad real o efectiva. El art. 50 reconoce la igualdad de todos los ciudadanos en la participación de los asuntos políticos y en la gestión estatal; el art. 59 proclama la igualdad de los nicaragüenses en el acceso a la salud; el art. 73 recoge la igualdad de derechos y responsabilidad de hombres y mujeres en las relaciones familiares; el art. 75 hace referencia a la igualdad en materia de filiación; el art. 131, párrafo 4, habla de la igualdad en la actuación de la Administración Pública y el art. 166 de la igualdad en el ejercicio de la actividad judicial.

4 Martín Sánchez (2010, p. 116) entiende que estas causas prohibidas de discriminación pueden ser de dos tipos “o bien se trata de características inmanentes al ser humano, con las que nace; o bien se trata de características que el individuo adquiere a lo largo de su formación personal, en las que pueden influir una multitud de factores como el componente hereditario o las propias decisiones que adopte, en las que además de la igualdad entra en juego el ejercicio de derechos y libertades”.

Constitución hasta el punto de exigir -art. 48, párrafo segundo- que el Estado elimine los obstáculos que impidan que la igualdad entre los ciudadanos sea real y efectiva. Para ello, los poderes públicos, en específico, el legislador pueden regular situaciones y necesidades diferentes de manera diferente. En consecuencia, el vínculo que existe entre el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, exige que los tratos diferenciadores que introduzca el legislador tengan una justificación objetiva y razonable, careciendo de esta, esa diferenciación devendría en discriminación⁵. En esta lógica, todo trato diferenciador arbitrario implicaría una vulneración del principio de igualdad, sin embargo, la prohibición de discriminación va más allá de la exigencia de una igualdad de trato o de una razonabilidad de la desigualdad de trato⁶.

La doctrina difiere al entender si igualdad y prohibición de discriminación son dos principios autónomos o son consecuencia uno del otro. Rey Martínez (2014, p. 297) considera que la igualdad en general -que a su entender es la igualdad ante la ley, contenida en la primera parte del art. 14 de la Constitución española, al mandatar que *los españoles son iguales ante la ley*- y la prohibición de discriminación guardan una relación de género a especie, así “la prohibición de discriminación es una variedad del género igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los «sospechosos»”. Por su parte, Díaz Revorio (2015, p. 60) defiende la tesis de que la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación son dos principios -o incluso derechos-

5 García Morillo (2013, p. 164) entiende que la prohibición de discriminación constituye un límite a la relativización del principio de igualdad, al entender que este no es absoluto pues puede ceder ante las exigencias de la realidad que requieran la actuación de los poderes públicos y del legislador en particular, para atender a las necesidades sociales.

6 Rey Martínez (2014, pp. 294-296) diferencia entre discriminación en sentido amplio, que sería aquella que se produce a partir de una vulneración del principio de igualdad ante la ley, esto es, cuando la diferencia de trato que se aplique por el legislador sea arbitraria, y una discriminación en sentido específico o especial, que se refiere a los supuestos -contenidos en el art. 14 de la Constitución española, que en nuestro caso lo están en el mencionado art. 27- en los que el criterio de diferenciación es la raza, el origen étnico, el sexo, la religión “o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona”. En este sentido manifiesta que el derecho a la igualdad en general -la prohibición de discriminación en sentido amplio- se satisface si la diferencia de trato es razonable, no obstante, la razonabilidad no sirve para las discriminaciones especiales, en las que el control judicial es más riguroso, pues se aplica el principio de proporcionalidad.

distintos aunque relacionados entre sí. De este modo, la prohibición de discriminación no sería una simple especificación del principio de igualdad ante la ley “sino un mandato especial que incluye la mención específica de ciertos criterios de discriminación especialmente prohibidos, y que tiene por tanto sus perfiles propios”⁷. Comparto la postura de este último autor partiendo de que si bien igualdad y no discriminación tienen puntos de intersección, esta última no debe quedar diluida en la primera pues cuenta con rasgos característicos y propios que le hacen ser un derecho autónomo. Por otro lado, resulta complicado establecer un concepto de discriminación -pues el concepto de discriminación y su bien tutelado puede evolucionar con el tiempo-, pero lo cierto es que esta implica no solamente otorgar un trato diferenciador, sino más allá de ello que dicho trato sea de inferioridad normalmente en base a una condición o circunstancia personal o a la pertenencia a una minoría o a un colectivo tradicionalmente preterido (Díaz Revorio, F., 2015, p. 77)⁸.

En conclusión, la discriminación no solo hace referencia a un trato desigual e irrazonable, sino que este produce una situación de inferioridad atentatoria contra la dignidad de la persona, situación que deriva de determinada con-

7 Este autor considera que la autonomía del principio de no discriminación se ha ido consiguiendo con el tiempo, pues en un origen igualdad ante la ley y no discriminación constituyían un único derecho a la igualdad, de tal modo que una vulneración del primero -un trato desigual arbitrario- suponía en todo caso una discriminación. Hoy día, entiende que si bien la afirmación anterior se mantiene a partir de un concepto amplio de discriminación, este último principio goza de perfiles propios que impiden diluirlo en el derecho a la igualdad, en razón de que aquel no siempre exige una igualdad de trato. Como perfiles propios de la prohibición de discriminación señala, entre otros: su vinculación directa con la dignidad de la persona -en cambio la igualdad se vincula con el valor igualdad y con el valor justicia-. Por otro lado, el principio de igualdad ante la ley se dirige solo a los poderes públicos -en especial al legislador-, en cambio la prohibición de discriminación es aplicable a los particulares. Finalmente, destaca que la prohibición de discriminación puede llegar incluso a exigir un trato diferente, lo que no sucede con la igualdad ante la ley que puede permitirlo mas no exigirlo. Esto, entiende, es una consecuencia del mandato de suprimir situaciones de discriminación que puede exigir a veces actuaciones positivas -acciones positivas o discriminaciones inversas- a fin de conseguir la igualdad material o real. Para una lectura más detenida del razonamiento del autor (Díaz Revorio, F., 2015, pp. 78-80).

8 Tapia Ballesteros (2013, p. 11) entiende que un elemento fundamental para identificar a un acto de discriminación es que el sujeto contra el que se dirija pertenezca a un colectivo o minoría, entendiendo como minoría al conjunto de personas con características físicas, ideológicas o sociales legítimas que les sitúan en una posición de inferioridad o de marginación.

dición o circunstancia personal del individuo o de su pertenencia a un determinado grupo históricamente estigmatizado. A mi juicio, y como se estudiará en adelante, ambos requisitos confluyen en el motivo de discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género, lo que ha conllevado a que el colectivo de personas LGBT sean objeto de exclusión de derechos. Es por ello, que resulta interesante analizar lo que establece el ordenamiento jurídico nicaragüense, específicamente la Constitución, en relación a la interdicción de la discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género.

2.- LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

2.1. Definición de la orientación sexual e identidad de género

Antes de abordar el estudio de la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual e identidad de género en la Constitución nicaragüense, es conveniente definir qué se entiende por tales conceptos.

La orientación sexual, según la *American Psychological Association* (APA), es la atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros y es diferente de la conducta sexual en tanto aquella es más amplia pues se refiere a los sentimientos y al concepto o imagen que una persona tiene de sí misma. Por tanto, la orientación sexual abarca los deseos, sentimientos, prácticas e identificación sexual y la atracción puede ser hacia personas del mismo sexo -orientación homosexual-, de diferente sexo -orientación heterosexual- o hacia personas de su mismo sexo y del sexo opuesto -orientación bisexual- (*Los derechos humanos y la orientación sexual*, 2004).

Aunque no es un tema pacífico entre los científicos, según la APA la posición mayoritaria considera que la orientación sexual de una persona es el resultado de una interacción compleja de factores biológicos, cognitivos y del entorno, aunque recientemente se ha demostrado que la biología, incluyendo los factores hormonales, genéticos o innatos, desempeñan un rol de trascendencia para determinar la sexualidad de una persona.

La identidad de género, por su parte, se refiere a la vivencia interna e individual del género (masculino o femenino) tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluye la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Principios de Yogyakarta).

Existe una diferencia entre el sexo y la identidad de género pues, según la APA, el primero es innato y biológico de un hombre o una mujer, en cambio el género se refiere a los atributos, las actividades, conductas y roles que en una sociedad se le asignan a hombres o mujeres y se traduce en la conciencia propia o el sentimiento psicológico que cada persona tiene de ser hombre o mujer con el desempeño de los roles sociales asignados⁹.

Por tanto, la orientación sexual y la identidad de género aunque son dos conceptos distintos¹⁰ forman parte de un concepto mayor que es la sexualidad del individuo y, por tanto, constituyen un elemento determinante de su identidad, un rasgo caracterizador e inherente de su personalidad que se relaciona directamente con la dignidad. En este sentido, como afirma Martín Sánchez (2008, p. 19) la persona es un todo, una unidad en la que no pueden aislararse los rasgos de su personalidad, ya que cada uno de ellos son por sí mismos definitorios y constituyen el *status* especial del que goza la persona al que denominamos dignidad, en consecuencia, resulta complicado limitar o eliminar derechos cuando el factor de diferenciación es un rasgo de la personalidad del ser humano, como es el caso de la orientación sexual o de la identidad de género.

-
- 9 Tapia Ballesteros (2013, p. 8) hace mención a esta diferencia entre sexo y género y considera que el primero, es el elemento biológico de los sujetos mientras que el género engloba las facultades, virtudes o defectos que se atribuyen a determinado sexo como resultado de los prejuicios sociales. Así, la identidad de género implicaría el reconocimiento de un sujeto de un determinado género, que puede coincidir o no con su sexo biológico.
 - 10 La orientación sexual hace referencia a la atracción física, romántica o emocional hacia otras personas y la identidad de género se refiere al sentido interno que tiene la persona de ser hombre o mujer, así la APA ejemplifica que una persona puede nacer con el sexo masculino y tener una identidad sexual femenina que le lleve a realizar la transición al sexo femenino, pero puede sentirse atraída por otras mujeres, en tal caso esta persona por su identidad de género sería una mujer transgénero y por su orientación sexual se identificaría como lesbiana o mujer homosexual.

Una diferenciación de trato que se basa únicamente en la orientación sexual o la identidad de género debe ser entendida como un acto de discriminación contrario a la dignidad de la persona y a los derechos humanos, constitutivo de una transgresión basada en el género, pues tal concepción se asocia con los roles que socialmente vienen asignados al hombre y a la mujer, en consecuencia, todo comportamiento que no se ajuste a esos parámetros de normalidad podría considerarse como un objetivo “legítimo” de ataque.

La ideología dominante en nuestra sociedad es aquella que establece a las relaciones heterosexuales como la norma o el patrón a seguir -a esta situación se le ha denominado heterosexismo o heteronormatividad-, en este sentido se considera legítima la aversión y el rechazo a toda orientación que no sea la heterosexual. Esto ha llevado a que se produzca una actitud de discriminación no solo en el ámbito social, sino también en el jurídico -con la existencia de leyes que no contemplan la igualdad entre las personas homosexuales y las heterosexuales-. De allí la importancia de la prohibición de la discriminación basada en estos aspectos tan sensibles e inherentes a la dignidad del ser humano.

2.2 La orientación sexual y la identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El principio de igualdad y el principio de no discriminación son componentes esenciales de las normas que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

A priori como ya se ha adelantado, por regla general estos instrumentos no reconocen expresamente a la orientación sexual e identidad de género como causas sospechosas de discriminación¹¹, lo que ha llevado a que tal reco-

¹¹ Como excepción encontramos el art. 21 párrafo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que hace mención expresa de la orientación sexual como categoría

nocimiento se haya producido a partir de la interpretación que han realizado los organismos internacionales competentes.

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado en la observación general nº 20 E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009, que la inclusión de la cláusula “cualquier otra condición social” en el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conlleva a que la lista de motivos prohibidos de discriminación no sea exhaustiva, sino que pueden incluirse nuevos supuestos, entre ellos considera expresamente a la orientación sexual e identidad de género. En consecuencia, se insta a que los Estados partes constaten que las preferencias sexuales de una persona no constituyen un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos reconoció en el caso *Nicholas Toonen v. Australia*¹², que la orientación sexual debe considerarse incluida en la referencia al “sexo” -y no en la cláusula “otra condición social”- que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) a fin de promover la protección y el goce efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales dictó la *Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, A/63/635, de 22 de diciembre de 2008¹³, en la que reafirma el principio de no discriminación que exige que todas las personas gocen por igual de los derechos humanos con inde-

sospechosa de discriminación: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

- 12 El Comité reconoce en el párrafo 8.7: “The State party has sought the Committee’s guidance as to whether sexual orientation may be considered an “other status” for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view the reference to “sex” in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation”.
- 13 Valga aclarar que esta declaración fue adoptada por un grupo de países -liderados por Francia- y no por la Asamblea General de la ONU como órgano, pues aunque se propuso su aprobación como resolución no se alcanzó el quórum necesario para ello.

pendencia de su orientación sexual e identidad de género, condenando las exclusiones, estigmatizaciones, actos de violencia y acoso existentes contra este grupo minoritario, que conllevan a la vulneración de su integridad y de su dignidad.

En el ámbito europeo podemos destacar además de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), la actividad de organismos tales como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que en la *Recomendación 924 de 1981*, reconocía que a pesar de los esfuerzos y las medidas legislativas existentes dirigidas a eliminar la discriminación en contra de las personas homosexuales, este colectivo continuaba siendo objeto de discriminación -y algunas veces de opresión- con base a los prejuicios mantenidos durante varios siglos. Se pronunció la Asamblea Parlamentaria del Consejo en el sentido de demandar que los Estados miembros, entre otras cosas, asegurasen la igualdad de trato a los homosexuales en materia laboral, en especial en el sector público, y en materia familiar al no restringir los derechos de los padres por razón de su orientación sexual. Esta recomendación ha sido calificada por Montero González (2007, p. 12) como un “primer reconocimiento por parte de este organismo internacional del derecho a ser homosexual y a no sufrir discriminación por ello”.

En la resolución 1728 de 2010, sobre discriminación basada en la orientación sexual y en la identidad de género, la Asamblea Parlamentaria reconoció expresamente que la orientación sexual y la identidad de género son motivos prohibidos de discriminación, aceptando sin embargo que debido a los arraigados prejuicios sociales, las personas LGBT aún sufren en Europa de una extensiva gama de violaciones de derechos y discriminaciones. En consecuencia, entre otras cosas, solicitó a los Estados miembros la adopción y aplicación de leyes que consagren a la orientación sexual y a la identidad de género como motivos prohibidos de discriminación, incluyendo sanciones en caso de infracción.

El Parlamento Europeo en su resolución de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa, después de hacer un recuento de la situación existente en algunos países -en los que se han aprobado leyes homofóbicas-, condenó enérgicamente todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género solicitando, por un lado, a

los Estados miembros de la Unión Europea garantizar la protección de las personas LGBT frente a las expresiones de odio y violencia y, por otro, a la Comisión Europea condenar firmemente todo tipo de expresión homofóbica, de odio o de incitación al odio y a la violencia y garantizar la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual en todos los sectores y la libertad de manifestación del colectivo LGBT¹⁴.

La Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales tampoco hace mención expresa de la orientación sexual o de la identidad de género como causas sospechosas de discriminación, sino que la inclusión se ha realizado -en parte- a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en base a una interpretación evolutiva de la Convención “se ha ido adaptando a los nuevos tiempos y a las nuevas concepciones sociales” (Cano Palomares, G., 2007, p. 36).

Esta interpretación inició a partir de la sentencia del caso *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, en la que el TEDH concluyó que el demandante había sufrido una diferencia de trato por razón de su orientación sexual, concepto “que indudablemente está cubierto por el art. 14 de la Convención” (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, § 28)¹⁵, recordando que la lista de

- 14 En esta resolución el Parlamento pide expresamente que se asegure que las parejas del mismo sexo puedan disfrutar del mismo respeto, dignidad y protección que el resto de la sociedad, a través del acceso a instituciones jurídicas como la convivencia, la unión registrada o el matrimonio.
- 15 En esta sentencia el demandante Sr. Salgueiro da Silva Mouta -de orientación sexual homosexual- alegaba que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Lisboa le había vulnerado los derechos reconocidos en los arts. 8 y 14 de la Convención Europea al haberle retirado la custodia de su hija para concedérsela a la madre, con base exclusivamente en su orientación sexual. El TEDH encontró que efectivamente había una vulneración del art. 14 de la Convención, pues la diferencia de trato contenida en la sentencia recurrida tuvo su base en la homosexualidad del padre lo que se demuestra a partir de expresiones desafortunadas de la Corte de Apelaciones de Lisboa, tales como la que afirmaba que la niña debía vivir en una familia tradicional portuguesa o la que conducía a considerar a la homosexualidad como una anomalía: “The child should live in a family environment, a traditional Portuguese family, which is certainly not the set-up her father has decided to enter into, since he is living with another man as if they were man and wife. It is not our task here to determine whether homosexuality is or is not an illness or whether it is a sexual orientation towards persons of

supuestos de este precepto no es exhaustiva, sino ilustrativa en base a las palabras “especialmente, por razones de” (any ground such as)¹⁶.

En el caso de la identidad de género ha existido una paulatina evolución jurisprudencial del Tribunal que partió de la admisión del margen de apreciación de los Estados para determinar el reconocimiento legal del nuevo sexo de una persona sometida a una operación de reasignación de sexo, en razón de que no existían criterios uniformes entre los Estados miembros para resolver las complejas cuestiones científicas, legales o morales que se derivaban de dicha situación (*Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, § 51-61)¹⁷. Posteriormente, en la sentencia del caso *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (§ 77), el TEDH cambió de postura al considerar la necesidad de reconocer la grave injerencia que en la vida privada puede surgir cuando la legislación de un Estado se niega a reconocer el cambio de sexo: “El estrés y la alienación resultante de una discordancia entre la posición que en la sociedad asume un transexual post cirugía y el status impuesto por la ley que rechaza reconocer el cambio de género no pueden, en opinión de la Corte, ser considerados como un pequeño inconveniente derivado de una formalidad”¹⁸. Asimismo, el Tribunal hizo un giro en la línea jurispruden-

the same sex. In both cases it is an abnormality and children should not grow up in the shadow of abnormal situations”. Lo anterior llevó al TEDH a concluir que esta diferenciación no es razonable ni proporcional por lo que constituye un acto de discriminación que vulnera los arts. 8 y 14 de la Convención.

- 16 Art. 14 Convención: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición”.
- 17 En esta sentencia el Tribunal concluye que no existe vulneración del art. 8 de la Convención pues el Estado demandado -dentro de su margen de apreciación- no tenía la obligación positiva de alterar el registro de nacimiento o expedir un nuevo certificado de nacimiento sobre la base del nuevo sexo asignado a las demandantes. Asimismo, reconoció que el Estado demandado se había esforzado por reducir al mínimo la intromisión en el género de los individuos al permitir que los transexuales pudiesen contar con permisos de conducir o pasaportes con el nuevo nombre y género asignado.
- 18 En este caso el Tribunal concluyó que si la reasignación de sexo se llevó a cabo por el servicio nacional de salud, resultaba incoherente que habiendo autorizado el tratamiento o proveído los medios para la cirugía, el Estado se negara a reconocer -lo que a su juicio considera como el punto final del largo y difícil proceso de transformación que afronta una persona transexual- legalmente la reasignación de sexo.

cial que había venido sosteniendo en dos sentidos: por un lado, en la ponderación entre el interés público e interés individual a fin de determinar las obligaciones positivas del Estado y, por otro lado, reconoció que aunque los Estados miembros deben contar con un margen de apreciación al momento de regular las repercusiones derivadas del cambio de sexo, estos no pueden seguir alegando la existencia de intereses públicos o la falta de consenso a nivel europeo para negarse a inclinar la balanza a favor del reconocimiento de los derechos protegidos por la Convención (*Christine Goodwin v. The United Kingdom*, § 84-93)¹⁹.

No obstante, debe hacerse énfasis en que a pesar del fuerte avance en relación a la regulación jurídica que deben dar los Estados a las personas transexuales sometidas a la cirugía de reasignación de sexo, aún queda mucha materia pendiente en razón del reconocimiento de la identidad sexual como causa sospechosa de discriminación: queda pendiente su reconocimiento expreso como causa sospechosa de discriminación incluida en el art. 14 de la Convención.

Por último, en el sistema interamericano, la orientación sexual y la identidad de género han sido reconocidas como criterios determinantes de actos discriminatorios por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) en sendas resoluciones, entre ellas, la resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) en la que los Estados miembros manifestaron su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos cometidos contra las personas a causa de su orientación sexual e identidad de género. Esta fue la primera ocasión en la que la OEA

19 Debe señalarse que también ha existido esta evolución en relación al derecho al matrimonio del art. 12 de la Convención, así en una primera etapa la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo no reconoció el derecho de una persona transexual, sometida a cirugía de reasignación de sexo, a contraer matrimonio con otra persona del sexo opuesto al asignado tras la cirugía. En *Sheffield and Horsham*, ya citado, el Tribunal consideró que existían suficientes razones para continuar adoptando el criterio biológico a fin de determinar el sexo de una persona a efectos del art. 12 de la Convención, posteriormente, en *Christine Goodwin v. The United Kingdom* cambió su posición al considerar que el género no podía seguir siendo determinado únicamente por criterios biológicos, pues han existido fuertes cambios sociales en la institución del matrimonio desde la adopción de la Convención y cambios provocados por la evolución de la ciencia y de la medicina en el campo de la transexualidad.

se pronunció sobre este asunto, pero no la única ya que posteriormente -y de manera consecutiva en cada período ordinario de sesiones- se han adoptado otras resoluciones sobre la materia, así encontramos las resoluciones AG/RES. 2600 (XL-O/10) y AG/RES. 2653 (XLI-O/11) donde se condena expresamente “la discriminación por motivo de la orientación sexual e identidad de género”, instando a los Estados miembros a adoptar las medidas y políticas públicas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha reconocido en el caso *Atala Riff y niñas vs. Chile*²⁰, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas constituyen categorías sospechosas de discriminación incluidas en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta consideración parte del reconocimiento de que las causas sospechosas de discriminación enunciadas en dicho artículo no constituyen un listado taxativo, sino que queda abierto especialmente a partir de la cláusula “cualquier otra condición social”, que conforme al criterio de la Corte debe ser interpretada a la luz de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. En consecuencia, la Corte se basó en la interpretación evolutiva de la Convención -“los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tienen que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”- y en el *corpus iuris* que integra al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a fin de concluir que “está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea

20 En el caso *Atala Riff y niñas vs Chile*, la Corte Interamericana analizó el alegado trato discriminatorio que había sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial -abierto por su ex esposo- y que culminó en el retiro de la custodia de sus tres hijas menores. La señora Atala había terminado su matrimonio e iniciado una relación sentimental con una mujer, producto de este hecho su ex esposo inició un proceso para obtener la tutición de las menores al considerar que la orientación sexual de la madre ponía en peligro el desarrollo emocional y físico de las niñas. La Corte Suprema de Justicia de Chile estimó la pretensión del padre y le otorgó la custodia definitiva. La Corte Interamericana concluyó que efectivamente existió un trato discriminatorio con base a la orientación sexual de la demandante.

por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (*Atala Ríffo y niñas vs Chile*, párrafo 91).

En conclusión, el reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género como causas sospechosas de discriminación se ha producido a partir de una interpretación evolutiva que conforme a los nuevos tiempos ha procurado adaptar la letra de los textos internacionales a fin de alcanzar una protección efectiva de los derechos humanos, reconociendo que el listado de criterios de discriminación no es taxativo o limitativo, sino que puede mudar hasta incluir otras categorías o motivos que no hubiesen sido recogidas expresamente y que hoy en día constituyan la expresión de una minoría discriminada por razón de dicha causa.

Este reconocimiento ha producido como consecuencia, entre otras, la condena de los organismos internacionales en relación a todos los actos de vulneración de derechos de las personas LGBT, que incluye también el rechazo de la violencia física, el odio e incluso la opresión. Asimismo, a raíz de este reconocimiento expreso se ha producido una responsabilidad directa de los Estados vinculados, en los casos de discriminaciones o vulneraciones de derechos por razón de las preferencias sexuales de las personas, lo que conlleva a que estos se vean compelidos a adoptar cuantas medidas y políticas, especialmente las legislativas, sean necesarias para evitar estos atropellos.

2.3 La orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación del art. 27 de la Constitución de Nicaragua

El art. 27 CP contiene una enumeración de criterios sospechosos de discriminación que hacen alusión a grupos desfavorecidos que históricamente han sido sometidos a un trato odioso y atentatorio a la dignidad humana, por lo que el constituyente consideró necesario enumerarlos expresamente a fin de dotarlos de una mayor protección, al exigir que todo trato diferenciador basado en dichas causas sea sometido a un test de razonabilidad más estricto.

Si bien dentro de estos criterios sospechosos de discriminación no se incluye expresamente a la orientación sexual y a la identidad de género del indi-

viduo, considero que existen razones que justifican su consideración como tal. La anterior afirmación se sustenta principalmente en el hecho de que los supuestos enunciados en el art. 27 no constituyen una lista taxativa o cerrada que refleje todos los posibles tratos discriminatorios²¹, sino que queda abierta a la evolución de la sociedad porque el carácter de la discriminación puede evolucionar con el tiempo, siendo imposible que el constituyente previese desde un primer momento las posibles causas de discriminación que pudiesen sobrevenir en el futuro. En este sentido, Martín Sánchez (2010, p. 116) reconoce que: “la noción «discriminación» no tiene unos parámetros exactos e inamovibles en virtud de los cuales considerar si por razón de una circunstancia se está o no discriminando; se trata de un concepto evolutivo que cambia con la sociedad, ya que algo que hace cincuenta años podía ser considerado causa de discriminación, puede no serlo ahora por el cambio de ideología y de modo de vida de la sociedad”.

Pocas Constituciones o instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen expresamente a la orientación sexual y a la identidad de género como causas sospechosa de discriminación, no obstante, no puede negarse que pese al silencio que ha existido alrededor de este asunto, silencio que imperó hasta las últimas décadas del siglo pasado, la orientación sexual y la identidad de género han sido y son un “elemento caracterizador de un grupo minoritario discriminado en diversos ámbitos en razón de dicha causa” (Martín Sánchez, M., 2008, p. 30), es decir, han constituido una condición a partir de la cual se ha otorgado un trato peyorativo y discriminatorio a una minoría. Lo anterior ha llevado a que en el derecho comparado y en la interpretación de los instrumentos de derechos humanos, se vaya

21 Este criterio ha sido sostenido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en el Considerando VI de la sentencia 504-2009, de 19 de octubre de 2009, al considerar que el constituyente prohibió cualquier tipo de diferenciación de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable mencionando expresamente algunos supuestos que se distinguen “o bien por su carácter particularmente odioso y atentatorio contra la dignidad humana, o bien porque, históricamente han sido con frecuencia causa de discriminación, o bien porque su arraigo social les hace particularmente susceptibles de constituir, aún hoy en día, un motivo de discriminación o bien en fin, porque los sectores en el mencionado se encuentren en una situación fáctica de inferioridad en la vida social”. Reconociendo expresamente que: “La específica mención de estas causas no implican, sin embargo una lista cerrada de supuestos de discriminación”.

incorporando tanto a la orientación sexual cuanto la identidad de género como causas sospechosa de discriminación con la consecuencia de que toda medida diferenciadora basada en aquellas exija un juicio de razonabilidad más estrieto que el común y habitual²².

Llegados a este punto cabe preguntarse cuál es la vía -sin llegar a la reforma constitucional- para otorgar un reconocimiento a la orientación sexual o a la identidad de género como causas sospechosas de discriminación en el ordenamiento jurídico-constitucional nicaragüense.

22 El Tribunal Constitucional español reconoció mediante STC 41/2006, de 13 de febrero (Fundamento Jurídico 3) que “(...) la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE”. Dentro de esa normativa destaca la jurisprudencia del TEDH, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas así como el art. 13 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. En relación a la identidad de género, el mencionado Tribunal Constitucional en STC 176/2008, de 22 de diciembre (Fundamento Jurídico 4), reconoció que si bien la condición de transexual no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los supuestos sospechosos de discriminación “es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona (...) y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE”. Sin embargo, encontramos que el Tribunal Constitucional español confunde lo que es la orientación sexual del demandante con su identidad de género al reiterar en varias ocasiones que la discriminación en este caso -caso de existir- podría considerarse incluida como discriminación por razón de la orientación sexual, olvidando que son dos términos distintos y que deben ser reconocidos y protegidos de manera autónoma.

A mi juicio, la incorporación de la orientación sexual y de la identidad de género como causas sospechosas de discriminación del art. 27 CP podría llevarse a cabo a través de dos vías: a partir de una interpretación del juez constitucional o incorporando la jurisprudencia que en ese sentido ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última vía sería posible con base a dos criterios: en primer lugar, por el carácter vinculante de dichas resoluciones para el Estado de Nicaragua y, en segundo lugar, en base al art. 46 CP que reconoce la plena vigencia de los derechos consignados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que desde luego incluye no solo al texto jurídico, sino también a la interpretación que del mismo haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La incorporación vía interpretación del juez constitucional podría realizarse si partimos de la premisa -reconocida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia- de que los criterios sospechosos de discriminación del art. 27 CP no constituyen una lista taxativa o cerrada, sino que queda abierta para que a partir de la evolución social se puedan ir incluyendo nuevos supuestos. Si bien es cierto, se debe reconocer que en este sentido y al margen del criterio que ha establecido la Sala de lo Constitucional, la apertura del constituyente nicaragüense no ha quedado tan evidente como si lo está en otras Constituciones o instrumentos internacionales de derechos humanos, pues el art. 27 de la Constitución no contiene una “cláusula abierta” donde se puedan entender subsumidos los nuevos supuestos específicos de discriminación, como por ejemplo sí existe en la Constitución española en cuyo art. 14 se establece que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, configurándose la cláusula abierta “cualquier otra condición personal o social”²³. Sin embargo, reiteramos que la Sala de lo Constitucional ya ha sentado claramente el criterio de que el listado de supuestos ha quedado abierto, con lo cual aún no existiendo la denominada “cláusula abierta”, entiendo que la inclusión de la orientación sexual o de la identidad de género

23 Esta cláusula abierta la encontramos -como vimos *supra*- en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y en la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

como supuestos sospechosos de discriminación podría hacerse derivar directamente del criterio "condición social", interpretándolo como un reflejo de la situación fáctica en la que se encuentra un sujeto o grupo de personas en la sociedad.

La segunda vía se puede llevar a cabo incorporando la jurisprudencia que en este sentido ha dictado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, específicamente en la sentencia *Atala Ríffo y niñas vs. Chile*, esta posibilidad existe aun cuando Nicaragua no fue parte de la controversia que dio lugar a esta sentencia, pues lo interpretado por la CIDH le vincula de manera indirecta como Estado Parte que ha suscrito y ratificado la Convención Americana y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte²⁴. En este sentido, Ferrer Mac-Gregor (p. 639) ha reconocido que la proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia consistiría en la obligación que tienen todas las autoridades nacionales de aplicar "no sólo la norma convencional sino la 'norma convencional interpretada' (*res interpretata*), es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general, al *corpus juris* interamericano, materia de su competencia para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional"²⁵.

-
- 24 La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita por el Gobierno de Nicaragua en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. La Convención fue ratificada mediante Decreto nº 174, de 25 de septiembre de 1979. El 12 de febrero de 1991, el Gobierno de Nicaragua presentó ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, el instrumento mediante el cual se reconocía, con carácter general e indefinido, la competencia de la CIDH, sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención.
- 25 Sánchez Ayala (2014, p. 362) reconoce que una de las dimensiones que despliegan las sentencias de la CIDH una vez que adquieren la autoridad de cosa juzgada formal internacional, es el efecto de "cosa interpretada" lo que produce una vinculación jurídica con efecto *erga omnes* que va dirigida a las autoridades nacionales. Con ello concluye que "los Estados parte ya no sólo tienen la obligación de aplicar la norma convencional dictada en los casos en que han sido parte, sino también están obligados a asegurar el «efecto útil» de la «norma convencional interpretada»".

En esta lógica, el estado nicaragüense está obligado a adoptar políticas internas, entre ellas, medias legislativas, a fin de compatibilizar el ordenamiento interno a la norma convencional interamericana que proscribe la discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género. Lo contrario implicaría el incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno a fin de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, según lo establece su art. 2.

Recapitulando, la consecuencia del reconocimiento del principio de no discriminación por razón de la orientación sexual e identidad de género, se traduciría en principio en la exigencia de un examen más estricto en cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas legislativas que introduzcan tratos diferenciadores entre personas por razón de su orientación sexual o identidad de género. Asimismo, este reconocimiento propiciaría una exigencia mayor a fin de homologarnos en relación con otros países en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas LGTB.

3.- PANORAMA ACTUAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBT EN NICARAGUA

En la actualidad, existe un fuerte activismo por parte de organismos no gubernamentales enfocados en promover los derechos de la comunidad LGBT y generar debates a fin de alcanzar una transformación social y jurídica.

Por otro lado, se debe reconocer los avances que el actual gobierno ha hecho en favor de la diversidad sexual, promoviendo diversas políticas, entre ellas, se puede mencionar que el Código Penal, que entró en vigencia en el año 2008, puso fin a la penalización de las relaciones homosexuales a partir de la eliminación del delito de sodomía²⁶; a la vez que el art. 36 reconoce como circunstancia agravante de la responsabilidad penal la comisión de un delito por motivo de orientación sexual, extendiendo la prohibición de discriminación a las relaciones entre particulares dado el grave impacto en la dignidad de la persona que supone el prejuicio social homofóbico (Reyes Martínez, F., 2013,

26 La Ley nº 150, de 11 de junio de 1992, Ley de reformas al Código Penal, había introducido en el art. 204 del Código Penal, el delito de sodomía.

p. 15). Por otro lado, en el Título dedicado a los delitos laborales (art. 315) se hace referencia a la discriminación laboral por razón de la opción sexual.

A pesar de ello, debe enfatizarse en la falta de control por parte del legislador penal de la terminología existente en torno a la diversidad sexual, pues el art. 36 hace referencia a la orientación sexual -no se dice nada sobre la identidad de género- y el art. 315, a la opción sexual “[e]sto sugiere que no se ha integrado en el nuevo código penal una visión clara de lo que se entiende por la diversidad sexual, lo cual puede verse reflejado también en la falta de claridad en el actuar de los funcionarios a cargo de investigaciones de crímenes de odio hacia la diversidad sexual” (*Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua*, p.180).

Asimismo, se debe destacar la creación en 2009, de la Procuraduría Especial de Diversidad Sexual con el objetivo de fiscalizar el cumplimiento de la no discriminación de las personas de la diversidad sexual en las instituciones públicas y educar a sus funcionarios en materia de derechos humanos de la diversidad sexual (*Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua*, p. 182). A esto se debe agregar el establecimiento de directrices, entre otras la resolución ministerial nº 671-2014 emitida por el Ministerio de Salud, a fin de promover el acceso de todas las personas a los establecimientos de salud públicos y privados, sin discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género.

Finalmente, hay que reconocer que si bien el Estado nicaragüense ha ido dando pasos importantes a fin de promover la igualdad por razón de la orientación sexual e identidad de género, aún queda mucha tarea pendiente en la que es exigible que el Estado incida no solo en su papel de legislador, sino también en la preparación de programas de educación a fin de sensibilizar a la población en el respeto de la dignidad y la igualdad de todas las personas sin discriminación alguna, y eliminar prejuicios o actitudes discriminatorias basados en la idea de superioridad o inferioridad por razón de la diversidad sexual. El Estado en este sentido, deberá promover políticas que reconozcan la individualidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluida la orientación sexual y la identidad de género, lo que se traduce en el respeto de la dignidad del ser humano.

CONCLUSIONES

1. A pesar de reconocer que los principios de igualdad y de no discriminación constituyen un elemento esencial de la mayor parte de los ordenamientos internos e internacionales en materia de derechos humanos, la generalidad de estos no han incluido como criterios sospechosos de discriminación ni a la orientación sexual ni a la identidad de género. No obstante, de manera paulatina se ha venido haciendo este reconocimiento a partir de la interpretación de los organismos competentes. Tal incorporación ha sido posible a partir del entendimiento de que los criterios de discriminación no son taxativos, sino que permiten su adaptación a partir de la evolución social.
2. En este sentido, se ha reconocido que tanto la orientación sexual cuanto la identidad de género constituyen criterios determinantes de la identidad de la persona que se relaciona directamente con su dignidad, a la vez de constituir históricamente un rasgo diferenciador que ha situado a las personas de la diversidad sexual en una posición de inferioridad, negándoseles derechos que sí se le reconocen al resto de personas.
3. El art. 27 CP no reconoce expresamente a la orientación sexual y a la identidad de género como causas sospechosas de discriminación, pero a mi juicio existen vías, que sin llegar a la reforma constitucional, permitirían conseguir esta incorporación, una de ellas a través del cumplimiento de la cosa interpretada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la otra, a través de la interpretación del juez constitucional. Esto último permitiría abordar el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual e identidad de género como un derecho constitucional, lo que produciría una fuerte presunción de discriminación en aquellos casos en los que se utilicen como criterio de diferenciación. Es decir, que a partir de este reconocimiento sería más complicado introducir medidas diferenciadoras basadas en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas pues pasarían a ser objeto de un examen más estricto en cuanto a su razonabilidad y proporcionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos:

- Alventosa del Río, Josefina (2008). *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Aráuz Ulloa, Ismael (1999). El principio de igualdad ante la ley. *Encuentro. Revista Académica de la Universidad Centroamericana*, 49, 31-37.
- Cano Palomares, Guillem (2007) La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos* (pp. 36-58). Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (2013). *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua*. 1 ed., San José..
- Centro Especializado de Documentación e Información Judicial (2013). *Criterios jurisprudenciales. Sala de Constitucional 1990-2010*. Nicaragua.
- Díaz Revorio, Francisco Javier (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*. México D.F.: Tirant lo Blanch.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del caso *Gelman Vs. Uruguay*). Recuperado el 4 de abril de 2015, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>
- García Morillo, Joaquín (2013). La cláusula general de igualdad. En *Derecho Constitucional* (pp. 159-178), volumen I, 9^a edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Martín Sánchez, María (2008) *Matrimonio Homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- _____(2010) La prohibición de discriminación por orientación sexual. *Estudios de Deusto*, 58, 115-134.
- Montero González, David (2007) Los derechos humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional. En *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos* (pp. 8-35). Barcelona: Generalitat de Catalunya.
 - Rey Martínez, Fernando (2013). Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, Iustel.
- _____(2014). El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: diez problemas actuales. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, volumen 8. Oviedo: Universidad de Oviedo y Junta General del Principado de Asturias.
- Sánchez Ayala, Claudia (2014) Impacto de la cosa interpretada por la Corte IDH y la reforma constitucional en México. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 17, pp. 359-371.
 - Tapia Ballesteros, Patricia (2013) Orientación sexual, identidad de género y Derecho Penal. *Revista general de Derecho Constitucional*, 100, 1-29.

Otros documentos:

- *Principios de Yogyakarta*. Recuperado el 26 de mayo de 2015, de http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf
- *American Psychological Association*. Recuperado el 27 de mayo de 2015, de <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>
- *Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género* (2004). Recuperado el 22 de mayo de 2015, de <https://www.amnesty.org/es/documents/act79/001/2004/es/>
- *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Recuperado el 23 de junio de 2015, de http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

- *Nicholas Toonen v. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C 50 D 488 1992, de 4 de abril de 1992. Recuperado el 29 de mayo de 2015, de <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm>
- *Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, A/63/635, de 22 de diciembre de 2008. Recuperado el 29 de mayo de 2015, de https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf
- *Recomendación 924* (1981). Recuperado el 1 de junio de 2015, de <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14958&lang=en>
- Resolución 1728 (2010) *Discriminación basada en la orientación sexual y en la identidad de género*. Recuperado el 6 de junio de 2015, de <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17853&lang=en>
- *Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa* (2012/2657(RSP)). Recuperado el 6 de junio de 2015, de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0222+0+DOC+XML+V0//ES>

Jurisprudencia:

- *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, caso 33290/96. Recuperado el 9 de junio de 2015, de [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404#{"itemid":\["001-58404"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404#{)
- *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, de 30 de julio de 1998. Recuperado el 9 de junio de 2015, de [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58212# {"itemid":\["001-58212"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58212#{)
- *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, de 11 de julio de 2002, caso n° 28957/95. Recuperado el 9 de junio de 2015, de [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596# {"itemid":\["001-60596"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596# {)

- *Atala Riff y niñas Vs. Chile.* Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239. Recuperado el 9 de junio de 2015, de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Sentencia nº 504-2009 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recuperado el 24 de mayo de 2015, de http://www.profesionalesandinistas.com.ni/?attachment_id=588
- STC 41/2006, de 13 de febrero. Recuperado el 24 de mayo de 2015, de <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/5643>
- STC 176/2008, de 22 de diciembre. Recuperado el 24 de mayo de 2015, de <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/6408>